

RÄTTEN TILL BITRÄDE

Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar



SEBASTIAN WEJEDAL

Med ”Access to Justice” (AtJ) avses idén att alla människor – även mindre bemedlade – skall garanteras ett effektivt rättsskydd, ytterst genom domstol. I linje härmed har föremålet för den AtJ-relaterade forskningen varit olika rättsliga och/eller praktiska hinder, som försvarar eller rent av omöjliggör för enskilda att använda domstolarna för att hävda sina intressen (s.k. ”Access Barriers”). Ett sådant potentiellt hinder är höga processkostnader i allmänhet, och kostnader för rättsligt biträde i synnerhet.

Att enskilda parter anlitar kvalificerat biträde är inte sällan en förutsättning för att parten skall kunna föra sin talan på ett ändamålsenligt vis, åtminstone i processformer som har inrättats efter kontradiktoriskt mönster. Följaktligen har rätten till biträde successivt kommit att betraktas som en grundläggande mänsklig rättighet, som kan härledas ur den övergripande principen om ”Access to Court” i vid mening (AtC), dvs. att var och en skall tillförsäkras en både effektiv och rättvis domstolsprövning.

I Sverige har den som är part i domstolsprocess – såväl inför allmän domstol som förvaltningsdomstol – en ovillkorlig frihet att biträdas i rättegången. Den aktuella frihetsrättigheten kan dock beskrivas som praktiskt villkorad, eftersom det alltid är förenat med en kostnad att anlita en advokat. I den mån domstolsprocessens utformning ger upphov till ett biträdesbehov är det därför angeläget att reglera hur biträdeskostnaderna skall hanteras – helt enkelt eftersom rätten till domstolsprövning annars riskerar att bli illusorisk för stora samhällsgrupper.

I denna avhandling behandlas biträdeskostnadernas hantering vid svenska domstolar i relation till kraven på AtJ respektive AtC. Närmare bestämt jämförs kostnadshanteringen i tvistemål, brottmål och förvaltningsmål inom ramen för tre olika regelsystem: *för det första* partens möjligheter att få ersättning för sina biträdeskostnader av motparten, genom ett system där kostnaderna fördelas mellan parterna i målet (”partsfinansiering”); *för det andra* partens möjligheter att få ett biträde förordnat för allmänna medel, genom de idag frikopplade systemen med rättshjälpsbiträden, målsägandebiträden, offentliga försvarare och offentliga biträden (”offentlig finansiering”); *för det tredje* partens möjligheter att få sina biträdeskostnader ersatta av tredje man, i Sverige genom hemförsäkringarnas rättsskydd (”tredjemansfinansiering”). Eftersom rätten till biträde anses ge uttryck för en grundläggande mänsklig rättighet, konfronteras dessutom svensk rätt med Europadomstolens praxis i anslutning till Europakonventionen artikel 6.

Att processa i domstol är aldrig enkelt men kan – beroende på processens utformning – vara förenat med större eller mindre svårigheter. En nyanserad diskussion kring biträdeskostnadernas hantering måste därför beakta parternas s.k. ”biträdesbehov”. Av detta skäl avslutas studien med en problematisering av enskilda parter förmåga att föra sin egen talan inför svensk domstol, givet processformernas utformning och utveckling över tid. Studien utmynnar i en kritik av kostnadshanteringen i svensk domstolsprocess, framförallt i förvaltningsprocessen där enskilda vanligtvis tvingas att processa utan biträde, därför att ersättning för biträdeskostnader inte utgår inom ramen för något ersättningssystem.

Sebastian Wejedal är verksam vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet. Detta är hans doktorsavhandling.

Keywords: right to legal counsel/representation/assistance, lawyer advantage, access to lawyers, access to justice (AtJ), access to court (AtC), fair trial, equality of arms, counsel fees, fee shifting, legal aid, legal insurance, inquisitorial/adversarial procedure, simplification of procedure, lawyer-led litigation, pro se litigation, self-representation, LIP:s, human rights, ECHR/ECtHR.
Juridiska institutionens skriftserie, skrift nr 024, 2017. ISBN 978-91-87869-11-2.



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

RÄTTEN
TILL BITRÄDE

RÄTTEN TILL BITRÄDE

—

Om biträdeskostnaders hantering
vid svenska domstolar

SEBASTIAN WEJEDAL



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Abstract: “The right to counsel – On the allocation of counsel fees before Swedish courts”

The term “Access to Justice” (AtJ) refers to the fundamental notion that all people – even disadvantaged groups of society – should enjoy effective legal/judicial protection, ultimately through the courts. Accordingly, the principal targets of the AtJ-movement’s criticism have been so called “Access Barriers”, i.e. different legal and/or practical obstacles that make it difficult, or even impossible, for the general public to turn to the courts in order to vindicate their rights. The most significant barrier is legal fees in general, and counsel fees in particular.

In a vast number of cases, the European Court of Human Rights (ECtHR) has concluded that law – substantive as well as procedural – is a rather complicated matter, which is often unintelligible to the layperson. Consequently, many self-represented litigants are neither accorded effective access to court (AtC), nor a fair trial – simply because they lack the skills necessary to present their case properly and competently. Therefore, the right to counsel has gradually evolved into a fundamental human right – not just in criminal cases, but also under the civil head of Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

Before Swedish courts, the parties to a dispute are always free to hire an attorney to conduct their case. In this narrow sense, the “right to counsel” is unconditional under Swedish law – both before the general courts and the administrative courts. In practice, however, the right to be assisted by counsel is conditional, since hiring a lawyer is always associated with a cost. In this way, a right that is theoretically bestowed on all is de facto denied many by the realities of economics. Or as the saying goes: “Justice is open to all; like the Ritz Hotel.”

It is an undeniable fact that most litigants will not be able to obtain counsel, if counsel fees are not covered by a legal aid and/or legal protection insurance scheme, or at least reimbursed through cost shifting rules. Against this background, this thesis examines how counsel fees are handled before Swedish courts in relation to the imbricated notions of AtJ and AtC. More specifically, the thesis discusses (1) “party funding” (i.e. cost shifting), (2) “public funding” (i.e. legal aid) and (3) “third-party funding” (i.e. legal insurance), with a comparative perspective on the Swedish civil, criminal and administrative procedure. Since a right to counsel can be derived from Article 6 of the ECHR, Swedish law is also compared with the case law of the ECtHR. Lastly, the thesis criticises “simplification of procedure” as an unrealistic alternative to lawyer-conducted litigation, at least in court proceedings which are adversarial in structure.

The thesis argues that all people are not guaranteed equal AtJ in Sweden and that Swedish law – in some respects – is not even in compliance with the standards set by the ECtHR. With regard to the general courts, it is argued that the rules concerning assignment of public defence counsel are constructed in a way that infringes the suspect’s fair trial rights under Article 6. Before administrative courts, moreover, it is argued that the absence of legal aid (as well as legal insurances), combined with a default application of the American (“no-way” fee shifting) rule give rise to Access Barriers, since most individual parties (usually “one shot litigants”) are forced to proceed pro se in disputes against highly skilled adversaries, viz. state and municipal agencies (“repeat player litigants”). In view of this asymmetry, it is asserted that self-represented litigants are not always guaranteed effective access to a court/a fair trial.

Keywords: right to legal counsel/representation/assistance, lawyer advantage, access to lawyers, access to justice (AtJ), access to court (AtC), fair trial, equality of arms, counsel fees, fee shifting, legal aid, legal insurance, inquisitorial/adversarial procedure, simplification of procedure, lawyerless litigation, pro se litigation, self-representation, LIP:s, human rights, ECHR/ECtHR.

© **Sebastian Wejedal**, Department of Law, School of Business, Economics and Law at University of Gothenburg, Box 650, SE-405 30 Gothenburg, Sweden. www.law.gu.se

Publicerad av: Juridiska institutionens skriftserie, skrift nr 024, Göteborg: 2017.

Layout: Richard Skärby, Adstream AB, Västra Frölunda, Sweden.

Tryck: Brand Factory AB, Källered, Sweden.

ISBN: 978-91-87869-11-2

Denna avhandling har trycks genom generösa bidrag från Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning samt Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.

FÖRORD

“Piglet noticed that even though he had a Very Small Heart, it could hold a rather large amount of Gratitude.”

– A.A. Milne, *Winnie-the-Pooh*

Att ensam skulle vara stark är det kanske mest verklighetsfrånvända – ja, rent av befängda – ordspråk som någonsin har myntats. Ibland behöver vi hjälp, och den verkliga styrkan finns i mötet mellan människor.

Det sägs att det krävs en by för att uppfostra ett barn och detsamma kan sägas om att skriva en doktorsavhandling. Under de senaste åren har jag efter bästa förmåga försökt att göra båda samtidigt, vilket aldrig skulle ha varit möjligt utan hjälp från många. Och på sätt och vis är dessa två historier intimt sammanflätade.

Lorentz, tack för att du är och under de senaste 10 åren har varit min ledstjärna i livet. När du kom till världen år 2007 läste jag fortfarande på juristprogrammet. Du var nyfiken på livet och föddes två månader för tidigt – alldeles fjäderlätt kunde du sova i min ena hand. Det var aldrig någon fara för dig, men att vara på Handels när du låg på sjukhus och solade under en UV-lampa var inte ett alternativ. Och i den livsomvälvande – i ärlighetens namn smått kaotiska – situation som då uppstod hade jag förmånen att träffa professor Lotta Vahlne Westerhäll, som var kursansvarig för den fördjupningskurs som jag inte kunde fullfölja. I samråd med Lotta kom vi överens om att jag istället skulle skriva en uppsats, som kom att handla om avsaknaden av rättshjälp i förvaltningsprocessen. Denna uppsats satte igång en tankeprocess hos mig som nu – 10 år senare – har utmynnat i föreliggande doktorsavhandling. Temat för den nu genomförda studien är förvisso väsentligen utvidgat, men grundproblemet är detsamma: Ensam är *inte* stark, varken i vardagen, på arbetet eller för den som – inte sällan i tider av kris – tvingas att uppträda inför domstol.

Jag är dig evigt tacksam Lotta, inte bara för du hittade en lösning som möjliggjorde för mig att bli jur. kand. när det väl begav sig, utan också för att du sedan uppmuntrade mig att utveckla uppsatsen till den projektskiss som sedermera låg till grund för min doktorandansökan, och för att du därefter axlade rollen som min handledare – den bästa handledaren som jag någonsin skulle kunna önska mig. Det finns inte ord som tillräckligt kan beskriva den tacksamhet jag känner, så jag stannar vid ett konstaterande: Ingenting hade varit möjligt utan dig. Ingenting.

Jag har också haft förmånen att ha två biträdande handlare som på olika sätt – genom kloka råd och vänliga dåd – har stöttat mig under avhandlingsskrivandet. Mitt största tack för detta till jur. dr Torbjörn Odlöw och docenten Karol Nowak.

Under åren har jag fått möjlighet presentera mitt manus vid åtskilliga tillfällen, och vid dessa haft synnerligen kvalificerade läsare (och auditorier) för vars konstruktiva

kritik jag är mycket tacksam. Alla kan dessvärre inte nämnas här. Ett särskilt tack vill jag dock rikta till jur. dr Joachim Åhman (som agerade läsare vid mitt tvåårsseminarium), till jur. dr Mattias Hjertstedt och docenten Filippo Valguarnera (som båda agerade läsare vid mitt treårsseminarium), samt till docenten Anna Kaldal och professorn Robert Pålsson (som båda agerade läsare vid mitt slutseminarium). Era kommentarer har varit ovärderliga i kritiska skeden av avhandlingsskrivandet – då viktiga vägval skulle göras – och jag är er alla ett stort tack skyldig.

På Juridiska institutionen har jag haft förmånen att ingå i vad som initialt betecknades ”Det Processrättsliga Nanoseminariet”, bestående av blott två personer: under-tecknad och min dåvarande doktorandkollega, numera jur. dr Anna Wallerman. Anna, du har varit min vapensyster alltsedan studietiden – alltid ett steg framför mig, alltid lite smartare än jag. Det har varit en ära att få bilda stridspar med dig, liksom en utmaning att försöka hålla jämna steg med dig under de många mil som vi nu har tillryggalagt tillsammans. Jag ser fram emot att fortsätta vandringen i ditt sällskap.

Med tiden fick vi förmånen att välkomna ytterligare en doktorand till nanoseminariet, numera jur. dr Erik Björling – då känd som ”Supernotarien från Göteborgs tingsrätt”. Erik skulle också visa sig vara både en superdoktorand och en superkollega, och jag är innerligt tacksam för all den klokskap (och vänskap!) som du har delat med dig av.

Vad som började som ett nanoseminarium utvecklades sedermera till en kreativ straff- och processrättslig miljö, och för detta vill jag tacka alla som har ingått i och på olika sätt bidragit till det gemensamma kunskapsutbytet i gruppen, särskilt jur. dr Moa Bladini, univ.assistentsadjunkten, tillika rådmannen, Robert Eneljung, univ.assistentsadjunkten, f.d. hovrättsrådet, Christer Ranch, docenten Mikael Baaz samt doktoranden Mikael Bernardini.

På nationell nivå har jag likaså haft förmånen att vara del av olika sammanhang, av vilka jag särskilt vill framhålla det förvaltningsprocessuella nätverket som är under blivande. Tack till f.d. professorn, numera JustR Ulrik von Essen för att du lade grunden för oss juniorer (med dina inspirerande ord, ”den 5:e generationen”), och till doktoranderna Isa Cegrell Karlander, Michaela Ribbing och Gustav Lindqvist.

Under mina år som doktorand har jag inte ägnat varje dag (och natt) åt att skriva den avhandling som du nu håller i din hand, vilket man kanske skulle kunna tro givet dess omfattning. För det första har jag tagit ett antal välbehövliga pauser för att arbeta med mindre artikel- och bokprojekt tillsammans med andra. Att samförfatta har varit oerhört lärorikt och för detta vill jag tacka docenten David Kleist, doktoranden Tormod Otter Johansen samt jur. dr Allison Östlund (som jag också är ett stort tack skyldig för att den engelska sammanfattningen inte blev svengelsk). För det andra har jag haft den stora förmånen att få undervisa i hög uträkning – i princip på halvtid alltsedan jag påbörjade mitt avhandlingsprojekt – vilket har varit oerhört givande. Tack till alla skarpa och engagerade studenter som jag har fått nöjet att träffa under dessa år – jag har lärt mig mer av er än vad jag någonsin kommer att kunna lära er.

Tack också Juridiska föreningen för det viktiga arbete som ni bedriver – det har varit en ära att få engagera mig i era olika projekt.

För att jag har fått det enorma privilegiet att ägna mig åt två saker som jag genuint älskar – att forska och att undervisa – vill jag (utöver skattebetalarna) tacka Juridiska institutionen och i synnerhet vår prefekt, professor Thomas Erhag, samt vår propprefekt, professor Sara Stendahl, för ert inspirerande ledarskap och ert stöd. Jag vill också rikta ett tack till alla mina kollegor för att ni har gjort Juridiska institutionen till en fantastisk arbetsplats. Ni har alla – på ert eget sätt – bidragit till min utveckling och för detta hyser jag den största tacksamhet mot var och en av er. Alla kan dock dessvärre inte nämnas här.

Bland det seniora forskarkollegiet vill jag, utöver de redan nämnda, särskilt tacka professorn Ulf Petrusson, professorn Eva-Maria Svensson, docenten Mats Glavå, docenten Claes Martinsson och docenten Andreas Moberg. Ert kritiska/ansvarstagande perspektiv på juridiken inspirerade mig redan under studietiden, och har i än högre grad kommit att forma mig som junior forskare. Jag vill också rikta ett särskilt tack till professorn Christina Ramberg (numera vid Stockholms universitet) och professorn Håkan Gustafsson (numera vid Karlstads universitet) för att ni alltid med stor generositet har delat med er av er tid och ert kunnande.

Ett särskilt tack också till alla er som en gång i tiden var mina doktorandkollegor, numera jur. dr Peter Andersson, jur. dr Jens Andreasson, jur. dr Merima Bruncevic, jur. dr Paula Bäckdén, jur. dr Therese Bäckman och jur. dr (numera rådmannen) Christina Olsen Lundh, för att ni med värme och omtanke tog in mig i doktorandgemenskapen och vägledde mig under mina första år vid institutionen, och för att ni därefter – i er nu seniora egenskap – har lämnat många värdefulla synpunkter i olika sammanhang. Tack också till jur. dr Jannice Käll, jur. dr Anna Warberg och doktoranden (i ytterligare någon månad) Philip Almestrand Linné, för att jag har fått dela den här resan med er från början till slut. Slutligen ett stort tack till alla mina nuvarande doktorandkollegor, särskilt David Ryffé, Annkatrin Meyerson och Karin Hervéus.

I would also like to extend my gratitude to jur. dr Trisha Rajput and jur. dr Abhinayan Basu Bal, for keeping me company on the 6:th floor during my last intense summer as a doctoral candidate; your positive energy and kind advice was very well needed. Ett stort tack också till universitetsadjunkten Mats Persson för att du alltid är en sådan positiv kraft.

Utan fantastiskt administrativt stöd hade varken någon forskning eller någon undervisning kunnat bedrivas vid Juridiska institutionen. Tack för detta, särskilt Britt Randvik, Jeffrey Johns, Ylva Benson, Emma Lager, Elisabeth Kask och Christine Forssell.

Utanför akademien vill jag rikta ett särskilt tack till chefsjuristen Maria Billing vid Sveriges Advokatsamfund och till rådmannen Henrik Hedberg vid Domstolsakademien, för att jag dels har fått förmånen att utbyta tankar med er, dels har fått utrymme att presentera min forskning i olika sammanhang – både för advokater och domare. Detta utbyte mellan rättsvetenskapen och den rättsliga praktiken har för mig varit

ovärderlig, och jag ser fram emot fortsatt dialog. Tack också till chefsjuristen vid Passal, Mia von Wachenfelt, VD:n vid Centrum för rättvisa, Clarence Craaford samt till advokaterna Poly Jensell, Linus Gabrielsson, Petter Aasheim och Sebastian Scheiman för givande samarbeten under åren.

För generösa ekonomiska bidrag vill jag tacka stiftelsen Fru Mary von Sydows, född Wijk, donationsfond (som svarade för min försörjning under mitt första år som doktorand) och Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning (som har möjliggjort tryckningen av denna bok).

Och vad vore livet utan vänner? Tack till advokaten Marcus Berglie och jur. kand. Patrik Gargolinski. Ni är för mig vad Athos och Porthos var för Aramis – un pour tous, tous pour un! Tack till dig Jakob (för att du är så klok och snäll), till dig Sebastian (för att du är min allra äldsta och än idag en av mina bästa vänner), till dig Samuel (för du vet vad och mer därtill), samt till alla medlemmar i AP (för att ni får mig att skratta varje dag). Och ett alldeles särskilt tack till dig Richard för allt det arbete som du har lagt ner på att formge denna avhandling.

Slutligen, till min familj. Ni är min livboj i den stormande ocean som livet ibland kan vara – utan er hade jag sjunkit som sten till havets botten för länge sedan. Boken tillägnas min mamma, min pappa och min syster.

Och framför allt dig, Lorentz.

*You're a sky full of stars,
'cause you light up the path.*

Haga den 21 oktober 2017

Sebastian Wejedal

INNEHÅLLSÖVERSIKT

Del I	Inledning
Kap. 1	Ämnet
Kap. 2	Utgångspunkter
Del II	Biträdeskostnadernas hantering
Kap. 3	Kostnadsreglerna
Kap. 4	Partsfinansiering
Kap. 5	Offentlig finansiering
Kap. 6	Biträde som ”mänsklig rättighet”
Del III	Avslutning
Kap. 7	Biträdesbehovet
Kap. 8	Åter till frågan om ”access”
Summary	

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

FÖRORD	V
INNEHÅLLSÖVERSIKT	IX
INNEHÅLLSFÖRTECKNING	XI
FÖRKORTNINGAR.....	XXIII
ALLMÄNT	XXIII
RÄTTSAKTER	XXVI
TIDSKRIFTER M.M.	XXVIII
FORMALIA	XXXI
I. ÄMNET	3
I.1 ADVOKATEN I RÄTTSSALEN.....	3
1.1.1 Hönan och ägget.....	6
1.1.2 Biträde – en rättighet?.....	9
1.1.2.1 ”Rätten till biträde” och den processrättsliga systematiken	12
1.1.2.2 Beslutsmaktens allokering hos parten	13
1.1.2.3 Beslutsmaktens allokering hos domstolen	15
I.2 PROBLEMET	22
1.2.1 Framför lagen	23
1.2.2 ”Pro se litigants” – en probleminventering.....	27
1.2.2.1 Rättssäkerhets- och jämlikhetsbrister	28
1.2.2.2 Effektivitetsbrister.....	33
I.3 ”LÖSNINGARNA”	37
1.3.1 Ett problem – två alternativa lösningar?	39
1.3.1.1 Att anlita biträde.....	41
1.3.1.2 Att förenkla processen	42
1.3.2 Två processformer – två olika lösningar?	43
I.4 DEN FORTSATTA FRAMSTÄLLNINGEN.....	45
1.4.1 Syfte och frågeställningar	45
1.4.1.1 Ersättning för biträdeskostnader?	46
1.4.1.2 Behov av biträde?	46
1.4.1.3 ”Access” eller ”Access Barriers” – det är frågan	49
1.4.2 Avgränsningar	49
1.4.3 Ansats	51
1.4.3.1 Den regelorienterade ansatsen	52
1.4.3.2 Den problemorienterade ansatsen	53
2. UTGÅNGSPUNKTER.....	57
2.1 INTRODUKTION.....	57

2.2 ACCESS TO JUSTICE.....	58
2.2.1 "Access to Justice" som en (rätts)teoretisk rörelse.....	60
2.2.2 "Access to Justice" som en (rätts)politisk rörelse.....	65
2.2.2.1 Höga processkostnader	66
2.2.2.2 Processuella (o)balanser	66
2.2.2.3 Oprocessbara anspråk	69
2.2.2.4 "The Three Waves"	70
2.2.2.5 Den första vågen – en tidvattenvåg?	73
2.2.2.6 Rättvisans pris	75
2.2.3 "Access to Justice" – ett välfärdsprojekt?	77
2.2.3.1 "Access" som ett medel.....	78
2.2.3.2 "Access" som ett mål.....	78
2.3 ACCESS TO COURT.....	79
2.3.1 "Access" – från rättspolitik till rätt	80
2.3.2 "Access" enligt Europakonventionens artikel 6.....	82
2.3.2.1 Tillträde till domstol ("Access to Court" i snäv mening).....	83
2.3.2.2 Effektiv domstolsprövning ("Effective Access to Court").....	85
2.3.2.3 Rättvis domstolsprövning ("Fair Trial/Hearing")	86
2.3.3 Rätten till biträde som "mänsklig rättighet"	89
3. KOSTNADSREGLERNA.....	93
3.1 INTRODUKTION	93
3.2 BITRÄDESKOSTNADERNA OCH DESS HANTERING	94
3.2.1 De tre "ersättningsnivåerna" (i inhemsk rätt)	95
3.2.2 Ytterligare finansieringsformer (i utländsk rätt)	98
3.3 BITRÄDESKOSTNADERNA FRÅN ETT JÄMFÖRANDE PERSPEKTIV	105
3.3.1 Tidigare forskning.....	105
3.3.2 Inomnationellt jämförande forskning.....	107
4. PARTSFINANSIERING	109
4.1 INTRODUKTION.....	109
4.1.1 En typologi	111
4.1.2 Huvudreglerna	114
4.1.3 Undantagen	115
4.1.4 Fördelningsreglerna som en skala	117
4.2 FULL KOSTNADSTÄCKNING SOM HUVUDREGEL I ALLMÄN DOMSTOL.....	119
4.2.1 Fördelningen mellan parterna i ordinära tvistemål.....	119
4.2.1.1 Straff- och skadeståndsteorierna	119
4.2.1.2 Rättsskyddsteorin	120
4.2.1.3 Biträdeskostnader som ersättningsgill rättegångskostnad	122
4.2.1.4 Skäligan påkallade kostnader och "godtagandepresumtionen"	124
4.2.1.5 Prutningsgrunder.....	127
4.2.1.6 Skäligt arvode.....	131
4.2.2 Full kostnadstäckning – ett veeggat svärd?	132
4.3 PARTIELL KVITTNING SOM UNDANTAG FRÅN HUVUDREGELN I ALLMÄN DOMSTOL.....	133
4.3.1 Fördelningen mellan parterna i tvistemål om mindre värden	134
4.3.1.1 Införandet av den s.k. "småmålslagen"	134
4.3.1.2 Kritiken mot småmålslagen.....	136

4.3.1.3	Småmålslagens inkorporering i rättegångsbalken	138
4.3.1.4	Biträdeskostnad motsvarande rättslig rådgivning under en timma.....	139
4.3.1.5	Skäligen påkallade biträdeskostnader i småmål	141
4.3.2	Partiell kvittning – fördel eller nackdel för den svagare parten?.....	142
4.4	FAKULTATIV KVITTNING SOM UNDANTAG FRÅN HUVUDREGLN I ALLMÄN DOMSTOL	144
4.4.1	Fördelningen mellan parterna i arbetstvister	144
4.4.1.1	Kvittning enligt lagen om arbetsdomstol	145
4.4.1.2	Kvittning enligt arbetstvistlagen	145
4.4.1.3	Kvittning (endast till förmån för arbetstagaren) enligt lagen om anställningsskydd	147
4.4.1.4	Enhetliga kvittningsregler i alla arbetstvister	149
4.4.2	Fördelningen mellan parterna i diskrimineringstvister	150
4.5	SKEV FÖRDELNING TILL FÖRMÅN FÖR ”SVAGARE” PART.....	152
4.5.1	Fördelningen mellan parterna i underhållstvister	152
4.5.2	Fördelningen mellan parterna i faderskapstvister	154
4.5.3	Fördelningen mellan parterna i brottmål	156
4.5.3.1	Kvittning enligt äldre rätt	156
4.5.3.2	Fördelningen mellan parterna vid friande dom	158
4.5.3.3	Skäligen motiverade (privata) försvararkostnader.....	161
4.5.3.4	Fördelningen mellan parterna vid fällande dom	163
4.6	KVITTNING SOM OMVÄND HUVUDREGL I ALLMÄN DOMSTOL.....	165
4.6.1	Fakultativ kvittning enligt rättegångsbalken	165
4.6.2	Fördelningen mellan parterna i vårdnads-, boende- och umgängestvister	168
4.7	KVITTNING SOM OSKRIVEN REGEL I FÖRVALTNINGSDOMSTOL.....	173
4.7.1	Fördelningen mellan parterna i förvaltningsmål	173
4.7.1.1	Besvärssakkunniga.....	174
4.7.1.2	Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden.....	175
4.7.1.3	Domstolsutredningen och den preventiva funktionen.....	179
4.7.1.4	Domstolsutredningen och kostnadsreglernas ”balanserande” funktion.....	186
4.7.1.5	Domstolsutredningen och den reparativa funktionen.....	189
4.7.1.6	Domstolsutredningens slutbetänkande – ett antiklimax	191
4.7.2	Ersättning för biträdeskostnader som ”en form av skadestånd”	196
4.7.2.1	Skadeståndsteoriens renässans	197
4.7.2.2	Allmänt om det allmännas skadeståndsansvar.....	198
4.7.2.3	Det allmännas skadeståndsansvar vid myndighetsutövning	199
4.7.2.4	Allmänt om culpabedömningen	204
4.7.2.5	Culpabedömningen vid felaktig rättstillämpning	206
4.7.2.6	Culpabedömningen vid felaktig bevisvärdering och bevisprövning.....	208
4.7.2.7	Culpabedömningen vid utövande av fritt skön	209
4.7.2.8	Endast uppenbart felaktiga myndighetsbeslut utgör skadeståndgrundande fel	210
4.7.2.9	Endast skäligen påkallade biträdeskostnader utgör ersättningsgill skada	210
4.7.3	Skattemålen – ”det stora undantaget” från kvittningsprincipen.....	215
4.7.3.1	Införandet av den s.k. ”ersättningslagen”	215
4.7.3.2	Ersättningslagens inkorporering i skatteförfarandelagen.....	216
4.7.3.3	Skäligen har behövt biträde.....	219
4.7.3.4	Skäligt arvode.....	222
4.7.3.5	Slentrianmässig prutning i skattemål?	224
4.7.3.6	Skattemålen ”privilegierade ställning”	226
4.8	DOMSTOLSÄRENDEN – ETT SISTA EXEMPEL PÅ KONSEKVENT INKONSEKVENS	231

4.8.1 Ärenden med enskild motpart.....	233
4.8.2 Ärenden med allmän motpart.....	234
4.9 FÖRDELNINGSGREGLERNA OCH DEN RÄTTVISA RÄTTEGÅNGEN	236
4.9.1 NJA 2015 s. 374	236
4.9.2 Mål nummer T 3957-15.....	239
4.9.3 RÅ 2006 ref. 89	243
4.10 SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER	245
4.10.1 Skälen för full kostnadsäckning.....	245
4.10.1.1 Funktionella och principiella argument i allmän domstol	246
4.10.1.2 Funktionella och principiella argument i förvaltningsdomstol.....	247
4.10.2 Skälen för kvittning.....	249
4.10.2.1 Kostnadsriskens processavkräckande effekt	251
4.10.2.2 Avgörandet ligger i båda parternas intresse/det finns ingen ”vinnare” och ”förlorare”	252
4.10.2.3 Den formella partsställningen svarar inte mot den reella partsställningen	252
4.10.2.4 Parten borde inte ha ådragit sig kostnader/måste tåla att åsamkas kostnader	253
4.10.2.5 Dubbling av ersättningsmöjligheterna	256
4.10.2.6 Balansen i kostnadshänseende.....	259
4.10.3 En nyanserad diskussion kring biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna	262
5. OFFENTLIG FINANSIERING.....	269
5.1 INTRODUKTION	269
5.1.1 Budgetanslaget för rättsliga biträden m.m. – en överblick	270
5.1.2 Å ena sidan: Intresset av kostnadskontroll och kostnadsdämpning.....	273
5.1.3 Å andra sidan: Intresset av ”rättssäkerhet” (och jämlikhet m.m.)	275
5.1.4 Biträdesbehovet – i brytpunkten mellan motstående intressen.....	275
5.2 RÄTTSHJÄLPSBITRÄDE.....	278
5.2.1 Tillbakablick.....	279
5.2.1.1 ”Fri rättegång” enligt 1919 års lag om fri rättegång	280
5.2.1.2 Rättshjälpsbiträde enligt 1972 års rättshjälpslag.....	281
5.2.1.3 Rättshjälpsbiträde enligt 1996 års rättshjälpslag.....	287
5.2.2 Allmänna förutsättningar för rättshjälp	288
5.2.2.1 Behovsprövningen.....	289
5.2.2.2 Inkomstprövningen (och rättshjälpens transformering till ett ”yttersta skyddsnät”).....	290
5.2.2.3 Rimlighetsprövningen	305
5.2.3 Måltyper i vilka rättshjälp förutsätter särskilda skäl	310
5.2.3.1 Tvistemål som inte avser den enskildas ”vardagliga välfärd”	311
5.2.3.2 Tvistemål om mindre värden	312
5.2.3.3 Vissa familjerättsliga mål	316
5.2.3.4 Förvaltningsmål	323
5.2.4 Mål (och ärenden) i vilka rättshjälp aldrig kan utgå	331
5.2.4.1 Tillfällig spärr i vissa tvistemål, m.m.....	332
5.2.4.2 Brottmål och förvaltningsmål i vilka annan offentlig finansiering är tillgänglig ...	333
5.2.5 Rättshjälpens ”privatisering”	334
5.2.5.1 Från rättshjälp till rättsskydd	335
5.2.5.2 Tvister som omfattas av rättsskyddet – självrisker och maxbelopp	337
5.2.5.3 Tvister som det inte går att försäkra sig mot	340
5.3 OFFENTLIG FÖRSVARARE.....	342
5.3.1 Tillbakablick.....	343
5.3.1.1. Offentlig försvarare enligt 1906 och 1919 års lagar om rättegångsbiträde åt häktad....	343

5.3.1.2 Offentlig försvarare enligt rättegångsbalken 21 kapitlet 3 § fjärde stycket.....	344
5.3.1.3 Offentlig försvarare enligt rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a §	347
5.3.2 Ovillkorlig rätt till offentlig försvarare	352
5.3.2.1 Frihetsberövade misstänkt.....	353
5.3.2.2 Misstänkta för brott av allvarlig art	353
5.3.3 Villkorlig rätt till offentlig försvarare.....	360
5.3.3.1 Behov av försvarare med hänsyn till utredningen av brottet	361
5.3.3.2 Behov av försvarare med hänsyn till valet av påföljd	369
5.3.3.3 Behov av försvarare på grund av särskilda skäl	373
5.3.4 Offentlig försvarare för unga misstänkta.....	378
5.3.4.1 Från ”unga” till ”riktigt unga”.....	380
5.3.4.2 Från frihetsberövande påföljd till oberoende av påföljd	381
5.3.4.3 Från tilltalad till misstänkt	386
5.3.4.4 Uppenbart saknar behov av försvarare – en jämförelse med RB.....	389
5.3.5 Tidpunkten för försvararinträdet	392
5.3.5.1 Försvarare vid skäligen misstanke.....	394
5.3.5.2 Försvarare vid delgivningsförhöret	396
5.3.5.3 Försvarare vid upplysningsvisa förhör	398
5.3.5.4 Försvarare vid ett så tidigt (eller sent?) skede som möjligt	402
5.3.5.5 Särskilt om förhör utan försvarare med unga misstänkta.....	407
5.3.6 Att avstå rätten till försvarare.....	410
5.3.6.1 Försvarare på den misstänkta begäran	410
5.3.6.2 Försvarare oberoende av den misstänkta begäran	411
5.3.6.3 Något om ”samtycke” – särskilt hos unga misstänkta	414
5.3.7 Erkännandet som grund för att inte förordna en försvarare – ett systemfel?	425
5.4 MÅLSÄGANDEBITRÄDE	429
5.4.1 Tillbakablick	429
5.4.1.1 Målsägandeprocessen enligt äldre rättegångsbalken.....	430
5.4.1.2 Målsägandens ställning enligt nya rättegångsbalken.....	432
5.4.2 Åklagaren – målsägandens ”företrädare”?	435
5.4.3 Åklagarens objektivitetsplikt – ett hinder för ett ”aktivt stöd”?	437
5.4.3.1 Åklagaren som målsägandens ”biträde” före åtalsbeslutet	438
5.4.3.2 Åklagaren som målsägandens ”biträde” efter åtalsbeslutet.....	442
5.4.3.3 Åklagaren som målsägandens ”biträde” vid enskilt anspråk	444
5.4.4 Behov av målsägandebiträde <i>trots</i> åklagarens ”aktiva stöd”	445
5.4.4.1 Sexualbrottsutredningen och Sexualbrottskommittén.....	446
5.4.4.2 Rättshjälpkommittén	448
5.4.4.3 Införandet av lagen om målsägandebiträde	450
5.4.4.4 Den första utvidgningen.....	452
5.4.4.5 Den andra utvidgningen	454
5.4.4.6 Den tredje utvidgningen	455
5.4.4.7 Ytterligare utvidgningar	457
5.4.4.8 Den sista föreslagna (och icke genomförda) utvidgningen.....	461
5.4.4.9 Den första föreslagna inskränkningen	465
5.5 OFFENTLIGT BITRÄDE	468
5.5.1 Tillbakablick.....	469
5.5.1.1 Offentligt biträde före införandet av 1972 års rättshjälpslag	469
5.5.1.2 Offentligt biträde efter införandet av 1972 års rättshjälpslag.....	474
5.5.1.3 Offentligt biträde efter införandet av 1996 års rättshjälpslag.....	483
5.5.2 Rätt till biträde enligt utlänningslagstiftningen.....	489

5.5.2.1 Den rättsliga regleringen.....	489
5.5.2.2 Biträde åt den som riskerar att avvisas eller utvisas, m.m.	490
5.5.2.3 Biträde åt den som (bl.a.) riskerar att inte kunna återförenas med sin familj	492
5.5.2.4 Biträde åt den som riskerar att överföras enligt Dublinförordningen	495
5.5.2.5 Behovsprövningen	501
5.5.3 Rätt till biträde enligt tvångsvårdslagstiftningen.....	504
5.5.3.1 Den rättsliga regleringen.....	504
5.5.3.2 Biträde vid beslut om att inleda tvångsvård, m.m.	507
5.5.3.3 Biträde vid vissa beslut under (och efter) tvångsvård	508
5.5.3.4 Behovsprövningen.....	516
5.5.4 Starkt framträdande behov – något ytterligare om systemets avgränsning	520
5.6 SKÄLIGT ARVODE VID OFFENTLIG FINANSIERING.....	523
5.6.1 Skälig ersättning – några utgångspunkter	523
5.6.1.1 Principen om skäligt arvode för utfört arbete.....	524
5.6.1.2 Tidsåtgången.....	527
5.6.1.3 Timkostnadsnormen	527
5.6.2 Skälig (eller oskälig?) ersättning utanför det taxereglerade området.....	528
5.6.3 Skälig (eller oskälig?) ersättning innanför det taxereglerade området.....	534
5.6.3.1 Brottmålstaxan	538
5.6.3.2 Konsekvenserna av slopad brottmålstaxa	542
5.6.4 Utvidgning av det taxereglerade området?	547
5.7 SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER	551
5.7.1 Skälet <i>mot</i> offentlig finansiering.....	554
5.7.1.1 Varför blir det dyrare?.....	554
5.7.1.2 Måste det bli billigare?	557
5.7.2 Skälen <i>för</i> offentlig finansiering.....	558
5.7.3 Intresset av jämlikhet	559
5.7.3.1 Jämlikhetsintresset som argument för den allmänna rättshjälpen	559
5.7.3.2 Jämlikhet kontra besparingar	563
5.7.4 Intresset av rättssäkerhet	566
5.7.4.1 Rättssäkerhetsintresset som argument för offentliga försvarare/biträden	567
5.7.4.2 Rättssäkerhet kontra besparingar	571
5.7.4.3 Rättssäkerhet som argument för en utvidgad rätt till offentligt biträde.....	577
5.7.5 Intresset av humanitet	583
5.7.5.1 Humanitet som argument för målsägandebiträden	583
5.7.5.2 Humanitet kontra besparingar	585
5.7.6 Mänskliga rättigheter – den bortre gränsen?.....	588
6. BITRÄDE SOM ”MÄNSKLIG RÄTTIGHET”	591
6.1 INTRODUKTION.....	591
6.1.1 Biträde ”as a matter of right” – en utblick.....	592
6.1.1.1 Gideon	593
6.1.1.2 Miranda och Edwards	594
6.1.1.3 Lassiter	596
6.1.2 Konstitutionell eller konventionsgrundad rätt till biträde i Sverige?.....	598
6.1.2.1 Är ”delen” < helheten?	600
6.1.2.2 Rätten till rättshjälp som försvann	603
6.1.3 Tillämpningsområdet för artikel 6	606
6.1.3.1 Brottmål.....	606
6.1.3.2 Civila mål	608

6.1.4	Tolkningen av artikel 6	610
6.1.4.1	Principen om autonom tolkning	611
6.1.4.2	Principen om effektiv tolkning	612
6.1.4.3	Principen om extensiv tolkning.....	612
6.1.4.4	Principen om evolutiv tolkning	613
6.2	RÄTT TILL BITRÄDE I BROTTMÅL.....	613
6.2.1	Rätt till biträde för att tillgodose ”rättvisans intresse” (art. 6.3.c)	616
6.2.1.1	Quaranta-kriterierna	618
6.2.1.2	Benham och påföljdens allvar	620
6.2.1.3	Pham Hoang och målets komplexitet.....	623
6.2.2	Rätt till biträde och kravet på ”rättvis rättegång” (art. 6.1-6.3).....	626
6.2.2.1	Kontradiktoriskt förfarande, effektivt försvar och processuell balans	627
6.2.2.2	Rätten att (vara tyst och i övrigt) inte belasta sig själv	633
6.2.3	Tidpunkten för försvararinträdet	635
6.2.3.1	Rätt till försvarare under förundersökningen	637
6.2.3.2	Rätt till försvarare från första polisförhöret	638
6.2.4	Att avstå rätten till försvarare.....	645
6.2.4.1	Biträde på begäran av den misstänkta (eller ex officio?)	650
6.2.4.2	Implicit eller explicit avstående	652
6.2.4.3	Informerat avstående.....	654
6.2.5	Rättegången som en helhet – ett försök till sammanfattning	656
6.2.6	Biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna i brottmål	659
6.2.6.1	Biträdeskostnadernas fördelning vid fällande dom	660
6.2.6.2	Biträdeskostnadernas fördelning vid friande dom.....	665
6.2.7	Rätt till biträde i brottmål – några slutsatser i relation till svensk rätt.....	667
6.2.7.1	Den ovillkorliga rätten till försvarare vid ett straffminimum på sex månaders fängelse.....	667
6.2.7.2	Försvararinträdet vid skäligen misstanke	668
6.2.7.3	Möjligheten att avstå från och erkänna brott utan försvarare	671
6.2.7.4	Rätt till ”försvarare” i förvaltningsmål som innefattar anklagelser om brott	678
6.3	RÄTT TILL BITRÄDE I CIVILA MÅL	690
6.3.1	Rätt till biträde som en del av rätten till en ”effektiv domstolsprövning”	690
6.3.1.1	Airey – konventionsgrundad rätt till biträde i civila mål	691
6.3.1.2	Airey-kriterierna i efterföljande praxis	694
6.3.2	Rätt till biträde som en del av rätten till en ”rättvis domstolsprövning”	698
6.3.2.1	P, C. & S. – konventionsgrundad rätt till biträde på två skilda grunder?.....	698
6.3.2.2	Steel & Morris och den processuella balansen.....	701
6.3.3	Begränsningar i rätten till rättshjälp i civila mål.....	708
6.3.3.1	Ashingdane-kriterierna.....	709
6.3.3.2	Inkomst-, rimlighets- och behovsprövning.....	710
6.3.4	Rättegången som en helhet – ett försök till sammanfattning	711
6.3.5	Biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna i civila mål.....	713
6.3.6	Rätt till biträde i civila mål – några slutsatser i relation till svensk rätt.....	716
6.3.6.1	Ersättning av motparten i mål med allmän motpart	716
6.3.6.2	Rättshjälp i civila mål	721
7.	BITRÄDESBEHOVET	729
7.1	INTRODUKTION.....	729
7.1.1	Behov av biträde?.....	730
7.1.2	Biträdesbehovet från ett externt perspektiv	733

7.2 BEHOVSREKVISITEN OCH BEHOVSPRÖVNINGEN	733
7.2.1 Det (o)verkliga behovet	734
7.2.1.1 En verklig prövning av om den enskilda verklighen har ett verkligt behov?	735
7.2.1.2 Behovet av biträde kan aldrig vara verkligt	736
7.2.2 Förhållandet mellan det ”verkliga” behovet och behovsrekvisiten	738
7.2.2.1 En typologi	740
7.2.2.2 Omvända behovsrekvisit – ett presumerat behov?	740
7.2.2.3 Raka behovsrekvisit – ett presumerat icke-behov?	748
7.2.3 Framgår det ”verkliga” behovet i praxis?	750
7.2.3.1 Ibland anses domstolarnas behovsprövning avvika från det ”verkliga” behovet	751
7.2.3.2 Ibland anses domstolarnas behovsprövning avspegla det ”verkliga” behovet	753
7.2.3.3 Regel och regeltillämpning – vad är orsak och vad är verkan?	754
7.2.4 Framgår det ”verkliga” behovet i förarbetena?	756
7.2.4.1 Behov av biträde – en rättsfråga eller sakfråga?	757
7.2.4.2 Exempel 1: Behov av offentligt biträde i utlänningsmål	759
7.2.4.3 Exempel 2: Behov av målsägandebiträde i brottmål	760
7.2.4.4 Exempel 3: Behov av rättshjälpsbiträde i förvaltningsmål	762
7.2.4.5 Exempel 4: Behov av offentlig försvarare i brottmål	766
7.2.4.6 Biträdesbehovet – i brytpunkten mellan faktum och rätt	767
7.3 BEHOVET DEKONSTRUERAT	770
7.3.1 Behov av biträde som risk	772
7.3.1.1 Risken för ”rättsförluster” i vid mening – grunden för biträdesbehovet?	773
7.3.1.2 En strukturerad hantering av risker	776
7.3.1.3 Är behovsbedömningen en riskbedömning?	778
7.3.1.4 Biträdesbehovet – en avvägning mellan tre kriterier?	780
7.3.2 Måltypens betydelse	782
7.3.2.1 Mål där den enskilda riskerar att berövas sin frihet	782
7.3.2.2 Mål där den enskilda riskerar att dödas eller utsättas för inhuman behandling ...	783
7.3.3 Partens (o)förmåga att processa/upplevelse av processen	784
7.3.3.1 Enskilda som anses särskilt skyddsvärda	785
7.3.3.2 Enskilda som har särskilda svårigheter att föra sin egen talan	787
7.3.4 Målets komplexitet	789
7.3.4.1 Distinktionen mellan ”enkla” och ”svåra” mål	791
7.3.4.2 Processens ”yttre förlopp” och processlagens utformning	792
7.3.4.3 Processuell handläggningsform	795
7.3.4.4 Partsställningen	799
7.3.4.5 Rättsfrågorna och den materiella lagstiftningens utformning	802
7.3.4.6 Sakfrågornas natur och ansvaret för utredningen	804
7.3.5 Biträdesbehovet och officialprincipen	807
7.3.5.1 Officialprincipen och förhandlingsprincipen – två ändrar på en skala?	807
7.3.5.2 Inkquisition eller kontradiktion	811
7.3.5.3 Officialprincipen – en ”intressebevakningsmodell”	813
7.3.6 Processformernas utveckling – från undersökning till förhandling?	819
7.3.6.1 Processreformen – rättegången som en förhandling	819
7.3.6.2 Småmålsreformen – den materiella processledningens renässans	826
7.3.6.3 Mot en allt tydligare rollfördelning i allmän domstol	834
7.3.6.4 Förvaltningsrättsreformen – fortsatt inkvisitorisk process inför förvaltningsdomstol ..	841
7.3.6.5 Tvåpartsreformen – kontradiktorisk process inför förvaltningsdomstol	844
7.3.6.6 Förvaltningsprocessen är inte ”en av domstolen bedriven undersökning”	849
7.3.7 Distinktionernas upplösning	859

7.3.8	Risken för rättsförlust – vad vet vi på aggregerad nivå?	863
7.3.8.1	Empiriska argument i den juridiska debatten	865
7.3.8.2	Den utländska empirin	867
7.3.8.3	Mål om misshandel, ekobrott och grovt rattfylleri.....	871
7.3.8.4	Mål om (f.d.) förtidspension (numera sjukersättning).....	871
7.3.8.5	Mål om personlig assistans	873
7.4	SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER	875
7.4.1	Skiljelinjen mellan processformerna är inte rationell.....	877
7.4.2	Skiljelinjen mellan processformerna får praktiska konsekvenser	881
7.4.2.1	Enskilda som anses sakna behov av biträde tvingas processa ensamma	881
7.4.2.2	Enskilda som tvingas processa ensamma har sämre processodds än parter som anlitar biträde.....	884
7.4.3	Kejsaren är naken!.....	885
8.	ÅTER TILL FRÅGAN OM "ACCESS"	889
8.1	INTRODUKTION	889
8.2	BITRÄDESKOSTNADERNAS HANTERING – EN INOMNATIONELL JÄMFÖRELSE	892
8.2.1	Partsfinansiering.....	893
8.2.1.1	Ersättning av motparten i tvistemål?	894
8.2.1.2	Ersättning av motparten i brottmål?	898
8.2.1.3	Ersättning av motparten i förvaltningsmål?	900
8.2.2	Offentlig finansiering.....	907
8.2.2.1	Ersättning av staten i tvistemål?.....	908
8.2.2.2	Ersättning av staten i brottmål?	911
8.2.2.3	Ersättning av staten i förvaltningsmål?	912
8.2.3	Tredjemansfinansiering.....	915
8.2.4	Kostnadsrättsliga vakuum	916
8.3	BITRÄDESBEHOVET – NÅGRA KRITISKA REFLEKTIONER	918
8.3.1	Lagstiftarens förhållningssätt till biträdesbehovet	918
8.3.2	Domstolarnas prövning av biträdesbehovet	921
8.4	"ACCESS" ... TILL VAD?.....	922
8.4.1	Att tillåta självrepresentation säkerställer tillträde till domstol.....	923
8.4.1.1	Den "urgamla rätten" att föra sin egen talan inför svensk domstol.....	923
8.4.1.2	Å ena sidan: intresset av partsautonomi	926
8.4.1.3	Å andra sidan: intresset av rättvis rättegång	929
8.4.1.4	Inskränkningar i rätten rätt till självrepresentation – mot global samsyn?	935
8.4.1.5	En "rätt att sova i kloakerna" – historiska argument i nytt ljus.....	937
8.4.2	Tillgång till biträde säkerställer en effektiv och rättvis domstolsprövning.....	939
8.4.2.1	Intresset av jämlikhet	941
8.4.2.2	Intresset av rättssäkerhet	942
8.5	REFORMFÖRSLAG	943
8.5.1	Därför bör en skev ersättningsregel införas i förvaltningsmål	943
8.5.1.1	Skälen för kostnadstäckning (vid den enskilda partens processvinst)	943
8.5.1.2	Skälen för kvittning (vid den enskilda partens processförlust).....	947
8.5.1.3	Sammanfattningsvis: Det finns skäl att införa en skev kostnadsregel i förvaltningsmål.	949
8.5.1.4	Ytterligare motargument: kostnader och behov.....	951
8.5.1.5	Till sist: rättvis rättegång	954
8.5.1.6	Lagförslag de lege ferenda.....	954

8.5.2 Därför bör systemet med offentligt biträde utvidgas till fler måltyper	955
8.5.2.1 Skälen för att utvidga systemet med offentligt biträde	956
8.5.2.2 Motargumenten: kostnader och behov.....	958
8.5.2.3 Till sist: rättvis rättegång	959
8.5.2.4 Lagförslag de lege ferenda	960
8.5.3 Parallella diskussioner och skenargumentation – slutord.....	961
SUMMARY	963
Chs. 1-2: Introductory remarks.....	963
“Access to Lawyers” (or “lawyerless litigation”?)	963
“Access to Justice” and “Access to Court”	964
The right to counsel – aim and research questions	964
Chs. 3-5: The allocation of counsel fees under Swedish law.....	966
Cost shifting – two-way, no-way or one-way rules?.....	967
Legal aid.....	971
Legal insurance.....	973
A comparison between civil, criminal and administrative proceedings	974
Chs. 6-7: Critique.....	975
The right to counsel as a human right.....	975
The need for counsel before Swedish Courts.....	976
Ch. 8: Concluding remarks	977
AVGÖRANDE.....	979
INHEMSKA DOMSTOLAR.....	979
Högsta domstolen	979
Högsta förvaltningsdomstolen (f.d. Regeringsrätten).....	980
Mark- och miljööverdomstolen	981
Migrationsöverdomstolen.....	981
Arbetsdomstolen.....	981
Hovrätterna	981
Kammarrätterna.....	982
Mark- och miljödomstolarna.....	982
Tingsrätterna	982
Förvaltningsrätterna (f.d. länsrätterna)	982
INTERNATIONELLA DOMSTOLAR/TRIBUNALER	983
Europadomstolen.....	983
Europakommissionen	986
Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien.....	987
UTLÄNDSKA DOMSTOLAR	987
Storbritannien.....	987
USA.....	987
ÖVRIGA AVGÖRANDE	988
Justitiekanslern.....	988
Justitieombudsmannen	988
KÄLLOR OCH LITTERATUR	989
OFFENTLIGT TRYCK.....	989
Propositioner	989
Statens offentliga utredningar.....	992

Nytt juridiskt arkiv avdelning II.....	994
Departementsskrivelser	994
Kommitté- och utredningsdirektiv	995
Regeringsbeslut	995
Utskottsbetänkanden/-utlåtanden/-yttranden.....	995
Riksdagsskrivelser.....	996
Motioner	996
Övrigt offentligt material	996
LITTERATUR.....	998
ÖVRIGT MATERIAL	1028

FÖRKORTNINGAR

Allmänt

a.	anfört/anförd
a.a.	anfört arbete
a. st.	anfört ställe
ABA	American Bar Association
ABWOR	Assistance by Way of Representation
AD	Arbetsdomstolen
ADR	Alternative Dispute Resolution
ang.	angående
Anm.	anmälan
app.	application
ARN	Allmänna reklamationsnämnden
art.	article/artikel
AtC	Access to Court
ATE	after-the-event
AtJ/A2J	Access to Justice
avd.	avdelning
bd	band
bet.	betänkande
bil.	bilaga
BKU	Biträdeskostnadsutredningen
BO	Barnombudsmannen
BSK	Besvärssakkunniga
BTE	before-the-event
CCBEA	The Council of Bars and Law Societies of Europe
CFA	conditional fee agreements
CLS	Critical Legal Studies
CPT	The Council of Europe's Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("Tortyrkommittén")
DepC	Departementschefen
dir.	direktiv
dnr	diarienummer
DO	Diskrimineringsombudsmannen
DOM	Domstol
DON	Domstolsväsendets organisationsnämnd
DV/Dv	Domstolsverket
DVFS	Domstolsverkets föreskrifter/författningssamling
Ds	Departementsskrivelse
DU	Domstolsutredningen

ECtHR/ED	The European Court of Human Rights/Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna ("Europadomstolen")
EBM	Ekobrottsmyndigheten
EU	Europeiska unionen
exv.	exempelvis (som "se ett exempel bland flera möjliga")
f./ff.	följande sida/sidor
FHL	förhållning
FI	Finansinspektionen
FK	Försäkringskassan
fn.	footnot
FR	förvaltningsrätt
fsv	försvarare
FT-mål	förenklade tvistemål ("småmål")
FU	förundersökning
förf.	författaren/författarna
GA/UNGA	General Assembly (FN:s Generalförsamling)
GLU	Grundlagsutredningen
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen (f.d. Regeringsrätten)
HovR	hovrätt
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia/ Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien
jfr	jämför (i bemärkelsen "se för ett liknande resonemang", vilket skall skiljas från "jfr dock" som markerar en annorlunda/avvikande mening)
JO	Justitieombudsmannen
JK	Justitiekanslern
JuU	Justitieukskottet
JustR	Justitieråd
KamR	kammarrätt
kap.	kapitel
KFM	Kronofogdemyndigheten
KO	Konsumentombudsmannen
KSV	Konsumentverket
KU	Konstitutionsutskottet
kurs.	kursiverat
LEP	Legal Empowerment of the Poor
LF	Litigation Funder
LIP	litigant in person (även "pro se litigant")
LR	länsrätt
LST	Länsstyrelse
LU	Lagutskottet
MD	migrationsdomstol
MIG	Migrationsöverdomstolens avgöranden
MMD	mark- och miljödomstol
MiÖD	Migrationsöverdomstolen
mot.	motion
mt	misstänkt

MV	Migrationsverket
MÖD	Mark- och miljööverdomstolen
NIPU-kommittén	Kommittén om ny instans- och processordning i utlänningsärenden
no.	numero/nummer (i plural: "nos.")
not.	notis
NGO	non-governmental organization
NJ	Ny Juridik
NJA	Nytt juridiskt arkiv
ODR	Online Dispute Resolution
OSL	"One Shot Litigant"
p.	punkt/punkterna
para.	paragraph (vanligtvis i Europadomstolens domskäl när dessa citeras på originalspråk, och motsvaras då av "stycke" när hänvisningen avser konventionstexten eller av "punkt" när hänvisningen avser domstolens praxis)
PBB	Prisbasbeloppet (enligt socialförsäkringsbalken)
PLB	Processlagberedningen
PK	Processkommissionen
prop.	proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
QPL	"quota pars litis" eller "pactum de quota litis", på engelska "contingent fee agreements" eller "contingency fee agreements", på svenska kvotandelsavtal, kvotdelsavtal eller resultatandelsavtal
red.	redaktör/redaktörer
ref.	referat
RegR	Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen)
Res.	resolution
resp.	respektive
rev.sekr.	revisionssekreterare
RH	rättsfall från hovrätterna
RHU	1993 års Rättshjälpsutredning
RHK	Rättshjälpskommittén
RiR	Riksrevisionen
RM	Rättshjälpsmyndigheten
RPL	"Repeat Player Litigant"
RPU	Rättspsykiatrisk undersökning
rskr.	Riksdagsskrivelse
RSV	Riksskatteverket
RU	1977 års Rättegångsutredning
RÅ	Regeringsrättens årsbok
RÅ	Riksåklagaren
RÅC	Riksåklagarens cirkulär
s.	sida/sidan/sidorna
SFS	Svensk författningssamling
SFU	Skatteförfarandeutredningen
SIS	Statens institutionsstyrelse
SK	Statskontoret
SKV	Skatteverket

SoS	Socialstyrelsen
SOSFS	Socialstyrelsens författningssamling
SoU	Socialutskottet
SOU	Statens offentliga utredningar
SU	Socialutredningen
SÄPO	Säkerhetspolisen
T-mål	Tvistemål
TJ	”therapeutic jurisprudence”/terapeutisk juridik
TPLF	Third-Party Litigation Funding/Third-Party Legal Financing
USSCt	U.S. Supreme Court/USA:s Högsta domstol
UD	Utrikesdepartementet
UN/FN	United Nations/Förenta Nationerna
ÅFS	Åklagarmyndighetens författningssamling

Rättsakter

ACHR/AKMR	The American Convention on Human Rights/Amerikanska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
AFL	lagen (1962:381) om allmän försäkring
AnmL	lagen (2000:1087) om anmälningsskyldighet för vissa innehav av finansiella instrument (”anmälningsslagen”)
BrB	brottsbalken (1962:700)
BvL	barnavårdslagen (1960:97)
CRC/BK	The Convention on the Rights of the Child/Konventionen om barnets rättigheter (”Barnkonventionen”)
DL	diskrimineringslagen (2008:567)
ECHR/EKMR	The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms/Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (”Europakonventionen”)
ErsättningsL	lagen (1989:479) om ersättning för kostnader i ärenden och mål om skatt m.m. mera (”ersättningslagen”)
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02)
FAP	Rikspolisstyrelsens föreskrifter och allmänna råd
FB	föräldrabalken (1949:381)
FBL	fastighetsbildningslag (1970:988)
FL	förvaltningslagen (1986:223)
FPL	förvaltningsprocesslagen (1971:291)
FUK	förundersökningskungörelsen (1947:948)
ICCPR	The International Covenant on Civil and Political Rights/FN:s konvention om de medborgerliga och politiska rättigheterna
LAD	lagen (1928:254) om Arbetsdomstolen
LAFD	lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar
LAS	lagen (1982:80) om anställningsskydd
LASS	lagen (1993:389) om assistansersättning
LFR	lagen (1919:367) om fri rättegång
LGR	lagen (2002:599) om grupprättegång

LMB	lagen om målsägandebitråde (1988:609) ("MålsägandebiträdesL")
LOB	lagen (1996:1620) om offentligt biträde ("BiträdesL")
LOU	lagen (2016:1145) om offentlig upphandling
LOM	lagen (2010:921) om mark- och miljöödomstolar
LPT	lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård
LRA	lagen (1974:371) om rättegång i arbetsvister ("ArbetstvistL")
LRV	lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård
LSF	lagen (1999:116) om skiljeförfarande
LSS	lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
LSU	lagen (1991:572) om särskild utlänningskontroll
LUL	lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare
LVM	lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall
LVU	lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
NvL	lagen (1954:579) om nykterhetsvård
OmsorgsL	lagen (1967:940) angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda
PsykL	lagen om (1966:293) om beredande av sluten psykiatriskvård i vissa fall (även benämnd "LSPV")
RB	rättegångsbalken (1942:740)
RF	kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform ("regeringsformen")
RhjL	rättshjälpslagen (1996:1619)
RprL	lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut ("rättsprövningslagen")
SFB	socialförsäkringsbalken (2010:110)
SFL	skatteförfarandelagen (2011:1244)
SkL	skadeståndslagen (1972:207)
SmåmålsL	lagen (1972:8) om rättegång i tvistemål om mindre värden ("småmålslagen")
SoL	socialtjänstlagen (2001:453)
Stadgarna	Stadgar för Sveriges Advokatsamfund
UB	utsökningsbalken (1981:774)
UDHR	The Universal Declaration of Human Rights/FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna
USL	lagen (1996:1030) om underhållsstöd
UtlL	Utlänningslagen (2005:716)
VRGA	Vägledande regler om god advokatsed
WK	Wienkonventionen om traktaträtten/The Vienna Convention on the Law of Treaties
ÄB	ärvdabalken (1958:637)
ÄktB	äktenskapsbalken (1987:23)
ÄL	lagen (1996:242) om domstolsärenden ("ärendelagen")
ÄLAS	lagen (1974:12) om anställningsskydd ("äldre LAS")
ÄRB	1734 års rättegångsbalk ("äldre rättegångsbalken")
ÄRhjL	rättshjälpslagen (1972:429) ("äldre rättshjälpslagen", även förkortad "RHL" i vissa förarbeten).
ÄUtlL	utlänningslagen (1954:193) ("äldre utlänningslagen")
ÄÄL	lagen (1946:807) om handläggning av domstolsärenden ("äldre ärendelagen")

Tidskrifter m.m.

A.B.A.J.	American Bar Association Journal
Advoc. Q.	The Advocates' Quarterly
Alabama L. Rev.	Alabama Law Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Polit. Sci.	American Journal of Political Science
Am. Polit. Sci. Rev.	American Political Science Review
Am. Scholar	American Scholar
Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L.	American University Journal of Gender, Social Policy & the Law
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
A.N.J.C.	Australian & New Zealand Journal of Criminology
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
B.Y.U. J. P.L.	Brigham Young University Journal of Public Law
Behav. Sci. L.	Behavioral Sciences & the Law
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics
Brooklyn L. Rev.	Brooklyn Law Review
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
C.J.Q.	Civil Justice Quarterly
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Can. J. Polit. Sci.	Canadian Journal of Political Science
Cap. U. L. Rev.	Capital University Law Review
Cardozo J. Int'l & Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J.	Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal
Case W. Res. J. Int'l L.	Case Western Reserve Journal of International Law
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review
Clearinghouse Rev.	Clearinghouse Review
Clev.-Marshall L. Rev.	Cleveland-Marshall Law Review
Cornell J. L. & Pub. Pol'y	Cornell Journal of Law and Public Policy
Crim. Def.	Criminal Defence
Crim. Just. J.	Criminal Justice Journal
DePaul L. Rev.	DePaul Law Review
Det. C.L.	Detriot College of Law
DPC	Diritto Penale Contemporaneo
Drake L. Rev.	Drake Law Review
Duke L.J.	Duke Law Journal
Edinburgh L. Rev.	Edinburgh Law Review
Emory Int'l L. Rev.	Emory International Law Review
Eur. Hum. Rts L. Rev.	European Human Rights Law Review
Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice
Eur. J. Crim. Policy Res.	European Journal on Criminal Policy and Research
Fam. Ct Rev.	Family Court Review
Fam. L.Q.	Family Law Quarterly
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Fordham. Urb. L.J.	Fordham Urban Law Journal
FT	Förvaltningsrättslig Tidskrift

Geo. J. Int'l L.	Georgetown Journal of International Law
Geo. J. L. Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
Geo. J. on Pov. L. & Pol'y	Georgetown Journal on Poverty Law and Policy
Golden Gate U. L. Rev.	Golden Gate University Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Hong Kong L.J.	Hong Kong Law Journal
Hum. Rts L. Rev.	Human Rights Law Review
I.C.J. Rev.	International Criminal Justice Review
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Int'l J. Evid. & Proof	International Journal of Evidence & Proof
Int'l J. L. Crime & Just.	International Journal of Law, Crime and Justice
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J.S.I.J.	Judicial Studies Institute Journal
J. Conflict Resol.	Journal of Conflict Resolution
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
J. L. & Econ.	Journal of Law & Economics
J. L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
J. L. Econ. & Pol'y	Journal of Law, Economics & Policy
J. L. Stud.	Journal of Legal Studies
J. Legal Educ.	Journal of Legal Education
J. Int'l Crim. J.	Journal of International Criminal Justice
JT	Juridisk Tidskrift
Just. System J.	Justice System Journal
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Law & Soc'y Rev.	Law & Society Review
Law Libr. J.	Law Library Journal
LGD J.	Law, Social Justice & Global Development Journal
Loyola L.A. L.S.P.	Loyola of Los Angeles Law School Legal Studies Papers
Loy. L.A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
Loy. U. Chi. L.J.	Loyola University Chicago Law Journal
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
Nev. L.J.	Nevada Law Journal
NJ	Ny Juridik
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Notre Dame Law.	Notre Dame Lawyer
Nott. L.J.	Nottingham Law Journal
NZJPIL	New Zealand Journal of Public and International Law
Ohio St. J. Crim. L.	Ohio State Journal of Criminal Law
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
Oxford Econ. P.	Oxford Economic Papers
Oxford J. L. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies

Oxford L.R.P.	Oxford Legal Research Papers
Psychol. Rev.	Psychological Review
Queen's L.J.	Queen's Law Journal
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rand J. Econ.	Rand Journal of Economics
Rev. Gen. Psychol.	Review of General Psychology
Rev. Jurid. Univ. P.R.	Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico
S. African L.J.	South African Law Journal
Seattle J. Soc. Just.	Seattle Journal for Social Justice
Seton Hall Const. L. J.	Seton Hall Constitutional Law Journal
Soc. S. Rev.	Social Service Review
St. Louis U. L.J.	Saint Louis University Law Journal
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Sup. Ct Rev.	The Supreme Court Review
SvJT	Svensk Juristtidning
SvSkT	Svensk Skattetidning
Temp. Pol. & Civ. Rts L. Rev.	Temple Political & Civil Rights Law Review
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TJFF	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
Touro L. Rev.	Touro Law Review
TSA	Tidskrift för Sveriges advokatsamfund/Advokaten
TSN	Tidskriften Skattenytt
U. Brit. Colum. L. Rev.	University of British Columbia Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Mich. J. L. Reform	University of Michigan Journal of Law Reform
U. Pa. J. Bus. L.	University of Pennsylvania Journal of Business Law
U. Rich. L. Rev.	University of Richmond Law Review
UCLA L. Rev.	University of California, Los Angeles Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
W. Va. L. Rev.	West Virginia Law Review
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Wash. U.L.Q.	Washington University Law Quarterly
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
Yale L. & Pol'y Rev.	Yale Law & Policy Review
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht

FORMALIA

Citerad text	Alla kursiveringar i citerad text är mina, om inte motsatsen uttryckligen anges ("kurs. där"). I citerad text har också hänvisningar och fotnoter i originaltexten konsekvent utelämnats utan att detta anges särskilt.
Genus	Eftersom maskulint pronomen vanligtvis används i rättskällorna – åtminstone i äldre källor – har jag själv använt feminint genus i så hög utsträckning som möjligt. Jag talar således konsekvent om "den enskilda", "den misstänkta" och så vidare, liksom om biträdet, ombudet, advokaten, domaren med flera som "hon". Förhoppningsvis har avhandlingen härigenom blivit förhållandevis balanserad.
Websidor	Alla websidor har besökts den 14 september 2017.

DEL I

INLEDNING

1. ÄMNET

Framför lagen står en dörrvakt. Till denne dörrvakt kommer en man ifrån landet och ber om tillträde till lagen. Men dörrvakten säger att han just nu inte kan bevilja honom tillträde. Mannen funderar och frågar därefter om han får gå in senare. ”Det är möjligt,” säger dörrvakten, ”men inte just nu.” Eftersom porten till lagen som vanligt är öppen och dörrvakten går åt sidan, lutar sig mannen fram för att se in genom porten. När dörrvakten märker detta skrattar han och säger: ”Om det är frestande för dig kan du väl försöka gå in trots mitt förbud. Men kom ihåg: Jag är mäktig. Och jag är bara den lägsta dörrvakten. Från sal till sal möts man av dörrvakter, den ena mäktigare än den andra. Redan åsynen av den tredje står jag inte ens ut med.” Sådana svårigheter har mannen från landet inte väntat sig, lagen skall ju alltid stå öppen för alla och envar, tänker han ...

– Kafka, *Framför lagen*

1.1 Advokaten i rättssalen

I denna avhandling tar jag mig an den yrkeskategori som i gammelsvenska benämndes *sakförare*, varmed avsågs personer som ”idka hanteringen att föra andras talan inför rätta”.¹ På grund av termens historiska användning – främst dess negativa konnotationer² – har den numera utmönstrats ur det svenska språket.³ Idag talas det

¹ Nya lagberedningens principbetänkande *angående rättegångsväsendets ombildning* (1884) s. 69 ff.

² Se exv. Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, *Rättegång: Första häftet* (2002) s. 193 (detta textparti, som avser advokatväsendets historia i Sverige, har uteslutits ur 9:e uppl; se Ekelöf, Per Olof et al., *Rättegång: Första häftet* (2016) s. 219 fn. 7).

³ Detta till skillnad från Norge och Danmark, där det alljämt talas om ”saksfører” resp. ”sagfører”. I Sverige används visserligen termen ”processförare”, men med denna benämning avses den yrkeskategori som har att föra det allmännas talan inför domstol.

istället om *rättegångsombud* respektive *rättegångsbiträden*,⁴ och kring denna aktör i domstolsprocessen kommer jag att uppehålla mig i det följande.⁵

I den moderna rättegången förkroppsligar den processförande advokaten ett flertal rättsstatliga ideal.⁶ Så har dock inte alltid varit fallet – åtminstone inte i Sverige. I Nya lagberedningens år 1884 framlagda principbetänkande *angående rättegångsväsendets ombildning* presenterades exempelvis det svenska ”sakförarväsendet” i följande – allt annat än smickrande – ordalag:

”Det svenska sakförarväsendet erbjuder ... en verkligt sorglig anblick. Hvad underätterna angår, äro städernas domstolar och särskildt hufvudstadens mer än tillbörligt hemsökta af ett antal s.k. sakförare af underhaltig beskaffenhet så väl i moraliskt som i juridiskt hänseende. [...] En närmare beskrifning på den antydda kategorin af personligheter ... är emellertid lika överflödig som motbjudande. Sakförhållandet lär ej kunna bestridas, och dess menliga följer i främsta rummet för parterna sjelfa och vidare för domstolarnas arbete ligga äfven i öppen dag. Sakföraryrket har såsom

⁴ Se exv. rättegångsbalken (1942:740) (”RB”) 12 kap. 1 och 22 §§, förvaltningsprocesslagen (1971:291) (”FPL”) 48 § samt lagen (1996:242) om domstolsärenden (”ÄL”) 47 §. I brottmål talas det istället om ”biträde av försvarare”, exv. i RB 21 kap. 3 §. Om försvararens ställning såsom ett ”mellanting” mellan ett biträde och ett ombud; se Ekelöf, Per Olof, Edlestam, Henrik & Pauli, Mikael, *Rättegång: Andra häftet* (2015) s. 101 ff. och vidare i fn. 1650 nedan. Se även Stavros, Stephanos, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of The European Convention on Human Rights – An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments* (1993) s. 220, om vad som avses med ”legal assistance” vid tillämpningen av Europakonventionen (”EKMR”) art. 6.

⁵ För att inte onödigtvis tynga framställningen med kontinuerliga upprepningar kommer jag att nyttja termerna ”biträde” resp. ”biträdeskostnader” även avseende ombud/ombudskostnader, om inte någonting annat framgår av sammanhanget. Skillnaden mellan ett ombud och ett biträde är att ombudet agerar med stöd av en rättegångsfullmakt (och därmed är behörig att vidta processhandlingar även i partens frånvaro), till skillnad från biträdet som inte behöver någon fullmakt (men inte heller äger företa processhandlingar åt parten annat än i dennas närvaro); i förarbetena till RB heter det att biträdet, i motsats till ombudet, ”icke [intager] någon självständig ställning i förhållande till parten”. Se SOU 1938:44 s. 178 samt härtiltill exv. Ekelöf, Edlestam & Pauli (2015) s. 81 ff., Bolding, Per Olof, *Två rättegångar: Hur går det till i svensk domstol?* (1989) s. 16, Ebervall, Lena, *Försvararens roll: Ideologier och gällande rätt* (2002) s. 286 ff. samt Kallenberg, Ernst, *Svensk civilprocessrätt* (1917-1939) bd I avd. 3 s. 822 ff. Se även Kallenberg (a.a. s. 824) som skiljer mellan rättegångsbiträde och rättegångsfullmäktige, och poängterar att det inte är så enkelt att biträdet representerar en närvarande part och fullmäktigen (dvs. ombudet) en frånvarande – huruvida ”han är det ena eller det andra, beror [istället] på bemyndigandet”.

I diverse specialförfattningar kan terminologin vara försedd med i olika prefix. Sålunda talas de exv. om ”rätts hjälpsbiträden”, ”målsägandebiträden” och ”offentliga biträden” och ”offentliga försvarare” (se rätts hjälpslagen (1996:1691) (”RhjL”) 4, 15 och 23-29 §§, lagen (1988:609) om målsägandebiträde (”LMB”) 1 § och lagen (1996:1620) om offentligt biträde (”LOB”) 1 § samt därtill lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (”LVU”) 39 §, lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall (”LVM”) 42 §, lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård (”LPT”) 38 a §, lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård (”LRV”) 22 a och utlänningslagen (2005:716) (”UtlL”) 18 kap. 1 §), samt RB 21 kap. 3 a § och lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare (”LUL”) 24 §. Ett biträde som förordnas enligt någon av dessa specialförfattningar har ställning som rättegångsbiträde, såvida parten inte utfärdar en rättegångsfullmakt.

⁶ Jag kommer genomgående referera till det juridiska biträdet/ombudet som ”advokat”, trots att det i Sverige inte föreligger ett advokatmonopol (om termen; se fn. 210 nedan). Det stora flertalet personer som yrkesmässigt för andras talan inför domstol är dock advokater (eller i vart fall biträdande jurister på advokatbyråer). När jag fortsättningsvis talar om (juridiskt) biträde avses således *qualificerad biträdes hjälp* i (eller omedelbart inför) en domstolsprocess, företrädesvis av en advokat (eller åtminstone en blivande advokat, verksam som biträdande jurist på advokatbyrå). Jfr Moorhead, Richard & Sefton, Mark, *Litigants in Person – Unrepresented Litigants in First Instance Proceedings* (2005) s. 4, som talar om ”legally and professionally qualified agents conducting litigation”. Att andra människor – utan juridisk kompetens – undantagsvis sysselsätter sig med att för andras räkning processa i domstol intresserar mig med andra ord inte. Inte heller intresserar det mig att det i andra sammanhang – utan anknytning till domstol – kan vara motiverat att anlita en advokat; jfr distinktionen mellan en ”barrister” och en ”solicitor” i brittisk rätt (av vilka den tidigare fungerar som juridiskt biträde inför rätta, medan den senare ger juridisk rådgivning utom rätta) och vidare Ekelöf & Edlestam (2002) s. 192 som m.h.t. just brittisk rätt skiljer mellan advokater med olika kompetens (uteslutet ur 9:e uppl.). Sammantaget är det den *processförande advokaten* – advokaten i rättsalen – som står i fokus för denna framställning, medan den utomprocessuella verksamheten lämnas därhän.

sådant kommit i allmän missaktning. Den stora mängden känner knappt till andra sakförare än de i bästa fall tvetydiga personer, som med en betecknande benämning kallas 'brännvinsadvokater'. [...] Underrätterna på landet befinna sig i den på sätt och vis lyckligare belägenheten att sakförare vanligen ej förkomma i de mindre betydande rättegångarne. Parterna utför der oftare sjelfa sin talan."⁷

Detta är naturligtvis starka ord, i synnerhet då de är "lämnade med den objektivitet som kunde förväntas från lagberedningens krets av framstående jurister och erfarna lagstiftare".⁸ Denna mörka skildring av det svenska sakförarväsendet är dock symptomatiskt för sin tid och måste förstås mot bakgrund av två förhållanden: För det första betraktades *sakföraryrket* som sådant – både från allmänheten och från det allmänna – med stor skepsis vilket, för det andra, medförde att *sakförarna* inte huvudsakligen var kvalificerade jurister utan snarare mindre nogräknade personer, som av allt att döma gjorde mer skada än nytta för sina klienter.⁹ Låt mig kort utveckla dessa två punkter, eftersom dåtidens förhållanden alljämt har viss bäring på vår *samtid*.

Att man från statsmakternas sida betraktade sakföraryrket som en i någon mån ohederlig syssla har sin förklaring i att den svenska rättegångsordningen under 1800-talet till hela sin karaktär var inkvisitorisk.¹⁰ På domaren ankom sålunda att finna Sanningen (med stort S), och sakförarens blotta närvaro i processen ansågs försvåra snarare än förenkla fullgörandet av denna uppgift.¹¹ Med Wiklunds ord:

"Hur parterna skötte sin talan spelade mindre roll. Allt ordnade den gode och kloke domaren till det bästa, och den materiella rättvisan segrade naturligtvis alltid – enligt domarens övertygelse. Och allmänheten var i regel snäll och tålig. Det var ju 1800-talet, och det fattades bara att man skulle ha respekt för överheten. Inte kunde man betvivla eller ifrågasätta dess förmåga att göra det rätta. Någon offentlig försvarare i brottmål förekom inte. Det ansågs inte nödvändigt, ty den kloke och gode domaren rannsokade hjärtan och njurar och såg till att den tilltalade blev 'rättvist' behandlad."¹²

Till saken hör även att det i Sverige, till skillnad från flertalet västerländska stater, vid tidpunkten ännu inte fanns något organiserat advokatstånd i modern mening, till vilket allmänheten kunde vända sig för att erhålla kvalificerad biträdes hjälp.¹³ Advokat var, enligt dåtida språkbruk, helt enkelt den som yrkesmässigt tillhandagick

⁷ Nya lagberedningens principbetänkande (1884) s. 69 ff. Se här till exv. Kallenberg (1917-1939) bd I avd. 3 s. 838, Bomgren, Gunnar, *Det svenska advokatväsendet före bildandet av Sveriges advokatsamfund* (1937) s. 105 f., Modéer, Kjell-Åke, *Den offentliga försvararen: Rättshistoriska studier rörande frågan om rättegångsbiträde åt häktad*, i Modéer, Kjell Å. (red.), *Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg* (1977) s. 253-338 (s. 289), Wiklund, Holger, *Sveriges Advokatsamfund 75 år*, i Ahrnberg, Bertil, Westman, Bo & Wiklund, Holger (red.), *Festskrift med anledning av Sveriges Advokatsamfunds 75-årsjubileum* (1962) s. 67-122 (s. 70).

⁸ Sylwan, Bertil, *Kring det svenska advokatväsendets historia*, i Gullnäs, Ingvar (red.), *Om advokater, andra jurister och den rättshistoriska utvecklingen* (2002) s. 49-73 (s. 50)

⁹ Se den historiska översikten hos Brandberg, Ulrika & Knutson, Mats, *Offentlig försvarare 100 år* (TSA 9/2006) s. 16-19.

¹⁰ Modéer (1977) s. 284.

¹¹ Blomkvist, Curt, *Försvararen* (2003) s. 1.

¹² Wiklund (1962) s. 68. Se även Modéer (1977) s. 284 f.

¹³ Som Bomgren (1937) konstaterar (s. 105) "stod advokatståndet [i Sverige] ännu på en för europeiska förhållanden otroligt primitiv nivå". Se även Strömholm, Stig, *Advokatrollen genom tiderna* (SvJT 1/1987) s. 305-317 (s. 316).

allmänheten genom att föra deras talan vid rättegångar, och med epitetet följde inte några särskilda kvalifikationskrav.¹⁴ Förvisso fanns det ett fåtal skolade jurister som åtog sig att föra andras talan inför rätta, men någon sammanhållen och offentlig-rättsligt reglerad advokatkår av nutida snitt fanns inte; majoriteten av de så kallade ”advokaterna” var istället ”avsikkomna handlare, handelsbokhållare, slaktare, kypare och dylika personer”, vilka ”förledde enfaldigt folk till orimliga rättegångar, som de sedan misskötte”.¹⁵ Att sakföraryrket – som i sig betraktades som ett ohederligt yrke – på detta vis *dessutom* kom att vanskötas, medförde att det med tiden också hamnade i allmän missaktning.¹⁶ På så vis uppstod en ond spiral: Emedan det betraktades som en allt mer skamfylld syssla att yrkesmässigt föra andras talan inför domstol ville allt färre jurister med gott rykte ägna sig åt denna vanhedrande verksamhet, och yrket kom därför att i allt högre grad utövas av rena bovar och banditer, som genom sin handel ochandel endast förvärrade den redan negativa bilden av professionen. För att citera Kallenberg gick utvecklingen ”stadigt i förfallets riktning”,¹⁷ och mot den bakgrunden är det knappast förvånande att många domare betraktade advokaterna som ”djävulens anhang eller åtminstone som ett alldeles onödigt påhäng”.¹⁸

1.1.1 Hönan och ägget

I takt med tiden har dock synen på den processförande advokaten som aktör i rättsprocessen väsentligen förändrats. I Sverige kan denna utveckling inte förstas frånskild från de stora reformerna, som under de senaste seklerna har omformat såväl vår judiciella som administrativa rättskipning från grunden. Dessa parallella utvecklingslinjer är rent av så intimt sammanflätade, att det svårigen går att avgöra vad som är hönan och vad som är ägget: Förekomsten av en profession med juridiskt skolade biträden var *såväl en förutsättning för, som ett resultat av, den ”moderna” rättegången*.¹⁹

Nya lagberedningens principbetänkande kom inte, såsom föreslagits, att direkt föranleda en ombildning av vår processordning efter modernare grundsatser,²⁰ men fick ändå betydelse för den framtida utvecklingen – inte minst såvitt avsåg sakförarnas verksamhet. Lagberedningen hade nämligen föreslagit en omfattande reglering av advokatverksamheten (”för att bringa denna verksamhet från de afvägar, på vilka

¹⁴ Advokat och sakförare var således synonyma begrepp; se Kallenberg (1917-1939) bd I avd. 3 s. 827 f.

¹⁵ Bomgren (1937) s. 86. Enligt Bomgren (a. st.) utgjordes dåtidens advokater av ”[a]vsigkomna skraddare, snickare, hökare och andra, som icke hava den ringaste lagkunskap” och som ”lidit skeppsbrott på sina föregående banor”. Jfr Kallenberg (1917-1939) bd I avd. 3 s. 832, som anför att sakförarna ”ofta [orsakade] parterna rättsförlost genom sin oskicklighet”, samt Wiklund (1962) s. 69: ”Okunniga och ohederliga ockrade de på människors enfald och godtrogenhet och lurade folk till de mest befängda rättegångar.”

¹⁶ Enligt Wiklund (1962) s. 69 var advokaterna ”ett socialt lågt stående och allmänt föraktat skrä”.

¹⁷ Kallenberg (1917-1939) bd I avd. 3 s. 838.

¹⁸ Wiklund (1962) s. 69.

¹⁹ Se i och vid fn. 24-25 nedan.

²⁰ Enligt Kallenberg var det Nya lagberedningen som för första gången föreslog ”mera vittgående och radikala förändringar” av 1734 års rättegångsbalk (nedan ”äldre rättegångsbalken” eller ”ÄRB”); se Kallenberg, Ernst, *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk – några anteckningar och reflexioner* (SvJT 1/1940) s. 1-42 (s. 1). Jfr även SOU 1926:31 s. II.

den förrirt sig²¹), men antydde också en alternativ väg för de kunniga och redbara sakförarna, nämligen *att bilda en frivillig sammanslutning* för att på så vis – underförstått – rensa i de egna leden. När någon offentligrettslig reglering inte kom till stånd hölls sålunda, i enlighet med beredningens förslag, år 1887 konstituerande möte i Sveriges Advokatsamfund,²² och därigenom lades grunden för en privat sammanslutning som kunde förse allmänheten med kvalificerade sakförare. Under det sekel som sedan följde genomfördes den stora processreformen, varigenom processen i tvistemål och brottmål – genom införandet av den nya rättegångsbalken – definitivt övergick från en inkvisitorisk till en kontradiktorisk modell.²³ På så vis kom också rollfördelningen i rättegången mellan domstolen och parterna att förskjutas, från en process där domstolen spelade huvudrollen, till en process där denna roll istället tillkom parterna. Denna omställning förändrade behovet av, och därmed förhållningssättet till, professionella biträden.

I förarbetena till rättegångsbalken inskräppte både Processkommissionen och Processlagberedningen att den förändrade rättegången – för att fungera ändamålsenligt – förutsatte att allmänheten hade tillgång till kompetenta sakförare. Kommissionen anförde rent av, att en av de ”viktigaste frågorna” vid den stundande reformen var ”att sörja för att parternas talan må bli tillfredsställande utförd”,²⁴ och framställde det därför som ”en plikt för det allmänna att sörja för att det viktiga rättsskipningsorgan, som rättsbildade sakförare utgöra, finnes tillgängligt” för allmänheten.²⁵ Det var således allt annat än en slump att Advokatsamfundet blev, och alltjämt är, underkastat offentligrettslig reglering *i de allmänna domstolarnas processlag* (trots att advokater gör mycket annat än att föra talan i tvistemål och brottmål).²⁶

Sammanfattningsvis har Sverige, för att citera Ekelöf, ”länge framstått som ett mindre utvecklat land” såvitt avser vårt advokatväsende.²⁷ Enligt min uppfattning

²¹ Jfr SOU 1926:31 s. 204.

²² Kallenberg (1917-1939) bd I avd. 3 s. 839 fn. 21 och Wiklund (1962) s. 72.

²³ Se t.ex. Westberg, Peter, *Civilrättskipning* (2013) s. 120.

²⁴ SOU 1926:31 s. 198. Processlagberedningen (”PLB”) var något mer försiktig; för den rättssökande allmänheten var det, enligt lagberedningen (SOU 1938:44 s. 19) ”av stor vikt, att de i sina rättsliga angelägenheter kunna söka råd och hjälp hos personer, om vilka de kunna äga visshet, att de besitta härför nödvändiga kvalifikationer”.

²⁵ SOU 1926:31 s. 208 f. Beträffande detta samband inom straffprocessen; se även SOU 1926:32 s. 15, där Processkommissionen (”PK”) anförde följande: ”Den allmänna utgångspunkten ... måste emellertid leda därtill, att de väsentliga förutsättningarna skapas för att över huvud en till sina grunddrag akusatorisk process skall kunna åvägbringas. Dessa förutsättningar utgöres av en skicklig och för sitt värv väl lämpad åklagarkår och en tillfredsställande organisation av försvarare. Endast genom skapandet av dessa oundgängliga organ för en akusatorisk process kan en sådan genomföras.” Se även Ekelöf, Per Olof, *Fri rättegång och fri rätts hjälp* (1966) s. 6 f. och Kallenberg, Ernst, *Om grunderna för en processreform – reflexioner i anledning av Processkommissionens betänkande* (SvJT 1/1927) s. 249-278 (s. 262).

²⁶ En motsvarande utveckling – från inkvisition till kontradiktion – kom sedermera att prägla den svenska förvaltningsprocessen, men med en betydande eftersläpning; mellan tummen och pekfingeret kan man säga att förvaltningsprocessen hela tiden har befunnit sig 100-200 år efter den allmänna processen ifråga om utvecklingsgrad. Vid studiet av de två processformerna har detta för mig varit en ganska (ned)slående upptäckt; på många vis har hjulet uppfunnits två gånger i den svenska processrättsliga historien, utan att uppfinnarna tycks ha varit särskilt medvetna om parallelliteten i utvecklingen. En signifikant skillnad, som kommer att diskuteras senare i avhandlingen, är dock att övergången från inkvisition till kontradiktion inom den allmänna processen ansågs föranleda ett behov av kvalificerad biträdes hjälp. I den kontradiktoriskt inrättade förvaltningsprocessen av idag anses dock den enskilda kunna föra sin egen talan, ty i domarens materiella processledning ligger fullgoda garantier för att dennas intressen bevakas med fullgod styrka. I vissa avseenden har mycket hänt under de senaste seklerna, medan tiden i andra avseenden tycks ha stått helt stilla.

²⁷ Ekelöf & Edelstam (2002) s. 192 (uteslutet ur 9:e uppl.). Samma konstaterande hos exv. Bomgren (1937) s. 105.

är denna beskrivning alltså rättvisande, åtminstone i vissa avseenden. Förvisso är professionen idag organiserad under det svenska Advokatsamfundet, som sent omsider underkastades offentligrättslig reglering genom antagandet av den nu gällande rättegångsbalken.²⁸ För att en jurist skall antas som ledamot av samfundet – och därmed få titeln ”advokat”²⁹ – ställs särskilda kompetens- och lämplighetskrav,³⁰ och i egenskap av advokat omfattas vederbörande dels av ett krav på fortbildning,³¹ dels av ett tämligen omfattande etiskt regelverk.³² Hos advokat kåren *internt* finns det också, sedan många år, både en medvetenhet om den egna yrkesrollens betydelse och ett utvecklat ansvarstagande för denna. Jag vågar dock påstå att den *externa* förståelsen av advokatrollen alltså kan beskrivas som just ”mindre utvecklad”.

Den principiella inställningen till advokat kåren är visserligen förändrad; Ekelöf har exempelvis förklarat att rätten till offentlig försvarare är ett ”av de viktigaste stadgandena i RB”.³³ Från rättsvetenskapligt håll har dock advokaten tilldragit sig förvånansvärt lite uppmärksamhet i Sverige, vilket får betraktas som beklagligt.³⁴ Betydligt mycket allvarigare är dock att också lagstiftaren, enligt mitt förmenande, uppvisar en bristande förståelse inför såväl advokatens betydelse som hennes roll i rättsprocessen.³⁵ En sådan oförståelse har inte minst präglat ämnet för denna

²⁸ Se RB 8 kap.

²⁹ Jfr RB 8 kap. 1 §, som stadgar att advokat ”är den som är ledamot av samfundet”. Advokattiteln är således en av få yrkestitlar som idag är skyddad i lag.

³⁰ Se RB 8 kap. 2 § ang. vem som får antas som ledamot av samfundet. Denna lagregel kompletteras och preciseras i Stadgarna för Sveriges Advokatsamfund (”Stadgarna”), som enligt RB 8 kap. 1 § skall fastställas av regeringen.

³¹ Se 36 § i Stadgarna.

³² Enligt RB 8 kap. 4 § skall en advokat i sin verksamhet redbart och nitiskt utföra de uppdrag som anförtrots honom eller henne och iakttä god advokatsed. Den goda advokatseden framgår av Stadgarna, de vägledande reglerna om god advokatsed (”VRGA”) med vidhängande kommentar, samt av samfundsstyrelsens vägledande uttalanden. Dessa regelverk – jämte HD:s och Disciplinnämndens praxis – ringar tillsammans in det område inom vilket advokaten har att utöva sin yrkesroll. Se till det sagda Peyron, Claes, *Advokatetik* (2010) s. 11 (som också nämner Etikkommitténs kommentar) samt Rambergs förord i *Regler för advokatverksamhet* (2016) s. 6 f., med en redogörelse för de olika regelverken.

³³ Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång: Andra häftet* (1996) s. 92, med tillägget: ”Bestämmelserna har stor betydelse för rätts säkerheten.” I 9:e uppl. heter det endast att bestämmelserna ”har stor betydelse för rätts säkerheten”; jfr Ekelöf, Edlestam & Pauli (2015) s. 95.

³⁴ Den tydligaste kontrasten härvidlag är förstås USA, där exv. ”Lawyers’ Ethics” både är ett undervisningsämne på juristutbildningen och en levande forskningsdisciplin inom rättsvetenskapen; jfr Ebervall (2002) s. 43 och 49. Detta till skillnad från Sverige, där advokatetik knappast berörs på juristprogrammet och där de mest erkända kommentarerna till det advokatetiska regelverket inte har författats av rättsvetare, utan av advokater (vanligtvis verksamma inom Advokatsamfundet, och böckerna är inte sällan utgivna av samfundet); se exv. Wiklund, Holger, *God advokatsed* (1973), Bentelius, Lars & Agneklev, Kristian, *God advokatsed* (1998) samt Peyron (2010). Bidragen från rättsvetenskapligt håll till den advokatetiska debatten har varit få till antalet och inte sällan blivit kritiserade; se exv. Heuman, Lars, *God advokatsed – Rättsbildning och disciplinnämndens motiveringar* (2013) och därtill Ramberg, Anne, *Recension av Heuman, God advokatsed* (TSA 1/2014) s. 52-54. Beträktad från ett bredare perspektiv än det rent advokatetiska har också advokatens roll, på motsvarande sätt, främst behandlats av advokater; se exv. Blomkvist (2003) och Borgström, Claes, *Advokaten i brottmålsprocessen* (2011). Undantaget som bekräftar regeln är möjligen Ebervalls avhandling om försvararens roll – något talande är dock att Ebervall numera är verksam som just advokat. Bland de rättsvetenskapliga bidragen bör förstås också Robberstad nämnas (som istället har en bakgrund som advokat), även om hennes produktion framförallt avser norsk rätt; se exv. Robberstad, Anne, *Bistandsadvokaten* (2014). Robberstad har även recenserat både Ebervalls och Borgströms böcker, med egna intressanta tillägg; se Robberstad, Anne, *Anm. av Ebervall, Försvararens roll* (TFR 1/2003) s. 129-133 resp. Robberstad, Anne, *Anm. av Borgström, Advokaten i brottmålsprocessen* (TFR 01-02/2013) s. 236-240. För egen del har jag – efter bästa förmåga – närmast mig advokatrollen i LVU-mål i Wejedal, Sebastian & Östlund, Allison, *Advokatens roll – Om ändamålsenlig rollfördelning i mål om tvångsvård av barn* (2016).

³⁵ Ett konkret exempel på rollsammansblandning, med åtföljande rollkonflikter, diskuterar jag i Wejedal & Östlund (2016) ang. advokatens dubbla roller som både ställföreträdare och offentligt biträde åt icke-processbehöriga barn i LVU-mål. Till grund för denna dubbla roll ligger, enligt min mening, ett onyanserat förhållningsätt till advokatrollen.

avhandling; till skillnad från många andra länder finns det inte någon utvecklad ”rätt till biträde” i svensk rätt, vilket kommer att framgå i det följande.³⁶

1.1.2 Biträde – en rättighet?

Vid första anblick kan avhandlingsämnet – *rätten till biträde* – möjligen te sig ”metafysiskt” och som sådant sakna hemortsrätt inom (rätts)vetenskapen, åtminstone om vi knyter an till den rättighetsförnekande Uppsalaskolan.³⁷ Jag vill därför redan här klargöra att jag naturligtvis inte betraktar ”rätten till biträde” som någonting objektivt givet – varken av naturen/Gud eller av folk-/statsviljan.³⁸ Inte heller betraktar jag den ifrågavarande rättigheten som gällande/bindande³⁹ i rättsideologisk bemärkelse.⁴⁰ Istället accepterar jag den ”osminkade sanningen”,⁴¹ såsom den uttrycktes av företrädarna för Uppsalaskolan,⁴² när de förnekade existensen av rättigheter såsom realiteter.⁴³ I detta ligger emellertid endast ett krav på transparens – inte nödvändigtvis en strävan efter att utmönstra ”rättigheter” ur den rättsvetenskapliga verksamheten (eller ens de bakomliggande värderingar som dessa ger uttryck för).⁴⁴ Med Olivecronas ord:

”Man förväxlar lätt värderingsfriheten med något annat, nämligen befrielsen från metafysiken. Dessa frågor måste noga hållas isär. De hänga emellertid ihop på det sättet att befrielsen från metafysiken förutsätter att man klart skall kunna genomföra distinktionen mellan värderingar och utsagor om verkligheten. Metafysiken tjänar

³⁶ Detta är ett genomgående tema för denna avhandling, men för en rättighetsbaserad diskussion kring juridiskt biträde; se kap. 6 och särskilt avsnitt 6.1.2.

³⁷ Se exv. Lundstedt, Wilhelm, *Det Hägerström-Lundstedtska mistaget* (1942) s. 128 f. samt, ang. rättsvetenskapens uppgift, Olivecrona, Karl, *Om lagen och staten* (1940) s. 54 ff. Se även exv. Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättslämning: En lärobok i allmän rättslära* (1996) s. 101. Den skandinaviska realismen har kommit att prägla hela den svenska – av tradition rättighetsförnekande – rättsordningen som sådan, inte minst genom sitt inflytande över den socialdemokratiska politiken. Arvet från Uppsalaskolan gör sig således påtagligt gällande inte bara inom processrätten, utan även inom andra rättsområden; jfr Agell, Anders, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen – med en exkurs om rättsvetenskapen i Sverige* (SvJT 3/2002) s. 243-260 (särskilt s. 244) samt Bernitz, Ulf, *Rättighetskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt* (JT 4/2010-11) s. 821-845 (s. 822) och Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag i svensk rätt – var står vi idag?* (JT 3/2009-10) s. 477-501 (s. 480).

³⁸ Jfr Gustafsson, Håkan, *Taking Social Rights Seriously (I): Om sociala rättigheters status* (TFR 4-5/2005) s. 439-490 (s. 449), med en koncis redogörelse för den naturrättsliga resp. rättspositivistiska grunden för rättighetsdiskussionen.

³⁹ Jfr Olivecrona (1940) s. 47: ”Att en viss regel finns i ett visst avseende är liktydigt med att denna regel ’gäller’. Existens betyder alltså detsamma som att regeln är utrustad med bindande kraft.”

⁴⁰ Om rätten bindande kraft, se exv. Olivecrona (1940) s. 11 ff. (särskilt s. 12, där Olivecrona anför att ”[om] den bindande kraften befunnes vara en illusion, borde det framstå som särdeles viktigt att denna illusion skingrades så snart som möjligt, eftersom ett misstag i en så grundläggande fråga måste vara till största skada för all samhällsvetenskap”).

⁴¹ Olivecrona (1940) s. 23.

⁴² Även i Göteborg betraktas rätten som en social konstruktion; jfr Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, *Illusionen om rätten – Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, i Askeland, Bjarte & Bernitz, Jan Fridthjof (red.), *Erkjennelse og engasjement: Minneseminar for David Roland Doublet (1954-2000)* (2002) s. 109-151, som förklarar (s. 109) att det är föga kontroversiellt att påstå att lagar och andra rättsliga fenomen är sociala konstruktioner som saknar självständig existens. Se även Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund* (1999), som anför (s. 59) att ”det saknar mening att påstå att regler existerar annat än i betydelsen regelbundet beteende eller gemensamma handlings(föreställningar)” samt Martinsson, Claes, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar – En förmögenhetsrättslig studie* (2002), som menar (s. 82) att termen ”gällande rätt” är missvisande, och att det är mer adekvat att beskriva rättsliga fenomen som sociala konstruktioner.

⁴³ Se t.ex. Lundstedt (1942) s. 75 f., Olivecrona (1940) s. 41, 47 ff. och 81 ff., Olivecrona, Karl, *Rättsordningen* (1984) s. 214 samt Ross, Alf, *Om ret og retsferdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi* (1971) s. 209 och 224 ff. Se här till även exv. Gustafsson (TFR 4-5/2005) s. 451 f.

⁴⁴ Jfr fn. 315 nedan, ang. kritiken mot Uppsalaskolan såsom varande värdenihilistisk.

nämligen som ett medel att uttrycka värderingar under täckmantel av omdömen. Rättighetsbegreppet t.ex. användes i största utsträckning på detta sätt. Man proklamerar rättigheter som objektivt givna. Skenbart talar man om något objektivt, om också endast ideellt existerande när man påstår att man har en viss rättighet. [...] I verkligheten är det önskingar man uttrycker genom dylika proklamationer. Det föreligger alltså värderingar. Men dessa är förklädda i form av påståenden om att man har rättigheter. Det är nu en sak för sig att se sådana värderingar som värderingar. Men för att man gör detta behöver man naturligtvis inte själv avstå från att värdera. Konsekvensen blir endast att man gör det öppet istället för i en fördold form. Förväxlingen mellan värderingsfriheten och befrielsen från metafysiken är farlig. Det leder lätt till det sämsta möjliga alternativet: att man behåller metafysiken och därmed möjligheten till förstuckna värderingar under falsk skylt, medan man samtidigt ikläder sig den tvångströja, som avståendet från medvetna och öppna värderingar innebär.⁴⁵

De värderingar som denna avhandling utgår ifrån kommer till uttryck i idealet om "Access to Justice"⁴⁶ ("AtJ"⁴⁷), för vilket jag kommer att redogöra i nästföljande kapitel (och som jag, i transparensens namn, ansluter mig till). Detta ideal hade initialt en rättspolitisk prägel, men har successivt transformerats till "gällande rätt" – i viss mån på nationell nivå, men framförallt på övernationell nivå. Idag kan således en rätt till biträde härledas ur kravet på "Access to Court" ("AtC") i vid mening⁴⁸, som bland annat kommer till uttryck i Europakonventionens artikel 6.⁴⁹ Denna rättighet är naturligtvis varken objektivt given eller gällande i metafysisk mening,⁵⁰ men får anses ge uttryck för av rättsordningen erkända intressen.⁵¹ Den som vid en viss tidpunkt kan hävda en rätt till biträde – i enlighet med nationell eller internationell rätt – åtnjuter därmed en förmånlig position, genom att för stunden erhålla rättsordningens skydd för detta intresse.⁵² Detta är dock "det hela".⁵³

⁴⁵ Olivecrona (1940) s. 60 f.

⁴⁶ I den av Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter och Europarådet gemensamt utfärdade *Handbook on European law relating to access to justice* (2016) översätts (i den svenska språkversionen) "access to justice" som "tillgång till rättslig prövning". Begreppet definieras närmare i och vid fn. 290-292 nedan.

⁴⁷ Även förkortat "A2J".

⁴⁸ Med AtC i vid mening avser jag inte bara rätten att få tillträde till domstol, utan också kraven på att domstolsprövningen skall vara både effektiv och rättvis ("Effective Access to Court" resp. "Fair Trial"). Det sagda utvecklas i kap. 2 nedan.

⁴⁹ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna/"The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" (hädanefter "EKMR"/"ECHR"). Rätten till biträde som en konventionsgrundad mänsklig rättighet behandlas i kap. 6 nedan.

⁵⁰ Att rättigheter inte är objektivt givna eller gällande i rättsideologisk bemärkelse innebär, som Gustafsson konstaterar, att de "inte kan tas för givna, utan att en analys av varje rättighetsreglering eller tilldelning förutsätter ett identifierade av situationens föreliggande sociala relationer, en maktanalys eller en sociologisk blick för de reella förhållandena och de funktionella verkningar en rättighetstilldelning ger upphov till". Se till det sagda Gustafsson (TFR 4-5/2005) s. 452.

⁵¹ Att staten bär "ansvaret" för att medborgarna tillförsäkras ett effektivt rättsskydd – ytterst genom domstol – har lagstiftaren exv. uttalat i prop. 2001/02:107 s. 20 och 114. Att även mindre bemedlade inom ramen för detta rättsskydd skall kunna anlita biträde vid behov har lagstiftaren också bekräftat vid upprepade tillfällen, exv. i förarbetena till RhjL (prop. 1996/97:9 s. 94 f.). Likaså har lagstiftaren vid flera tillfällen bekräftat att Sverige skall leva upp till kraven i EKMR; se exv. prop. 1987/88:69 s. 16 och prop. 1998/99:37 s. 25.

⁵² Se exv. Olivecrona (1940) s. 84, som talar om rättighetsinnehavarens "gynnsamma ställning i förhållande till rättsmaskineriet".

⁵³ Se Ross (1971) s. 224, som anför att det genom rättigheter skapas en "fordelagtigt position", bestående i möjligheten till tvångsexekution, med tillägget: "Det er det hele".

Varken Lundstedt⁵⁴, Olivecrona⁵⁵, Ross⁵⁶ eller Ekelöf⁵⁷ ville således avskaffa rättigheter *såsom begrepp* i den juridiska diskursen,⁵⁸ vilket Gustafsson på ett koncist sätt har sammanfattat enligt följande:

”Även om rättigheterna saknar en bestämd semantisk referens eller anses sakna existens i den meningen att en person inte kan *ha, äga* eller *inneha* en rättighet som ett objekt, uppmärksammade rättsrealismen att rättighetsbegreppet har viktiga funktioner i samhället. Rättsrealismen presenterade med andra ord en funktionell teori om rättigheter, varvid särskilt Olivecrona framhävde att rättigheterna och rättsreglerna generellt sett har viktiga handlingsdirigerande, upplysande samt sammanhängande funktioner.”⁵⁹

När jag här och i det följande talar om *rätten till biträde* nyttjar jag således denna ”rättighet” endast som ett framställningstekniskt hjälpmedel, på det sätt som exempelvis Ekelöf tycks ha förespråkat – just för att sammanfatta ett antal rättsfakta och därtill kopplade rättsföljder.⁶⁰ Annorlunda uttryckt anlägger jag en funktionell syn på den ifrågavarande rättigheten.⁶¹

Vad som närmare bestämt tilldrar sig intresse i denna avhandling är inom vilka (rättsliga och/eller ekonomiska) ramar den som är part i en domstolsprocess kan föra talan med hjälp av kvalificerat juridiskt biträde. En första förutsättning härför är förstås att parten (i) har en rätt att anlita biträde för sin talans utförande. Att tillämplig processlag inte ställer upp några *rättsliga hinder* häremot – i form av ”biträdesförbud”⁶² – betraktar jag dock inte som tillräckligt. Att anlita biträde är nämligen alltid förenat med en kostnad,⁶³ och denna kostnad kommer att utgöra ett

⁵⁴ Se t.ex. Lundstedt (1942) s. 35: ”Man har behov, rent formellt, av en beteckning för det komplicerade realitetssammanhang, varom här är fråga. Jag har därför av brist på annat lätit ordet rättighet kvarstå i mina framställningar ... Av flera skäl synes det mig svårt att komma ifrån denna term ’rättighet’.”

⁵⁵ Se t.ex. Olivecrona (1940) s. 96: ”Otvivelaktigt är det riktigt att rättighetsbegreppet är nödvändigt för framställningen av vårt rättssystemets innehåll.”

⁵⁶ Se t.ex. Ross, Alf, *Ejendomsret og Ejendomsovergang: med særligt Henblik paa dansk Retspraksis* (1935) s. 213.

⁵⁷ Se t.ex. de i fn. 60 angivna referenser.

⁵⁸ Samma uppfattning hos exv. Glavå (1999) s. 126 f. Om ”rättighetsdebatten”; se även Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllnad: Undersökningar av ett förmögensrättsvetenskapligt tema* (2008) s. 349 ff.

⁵⁹ Gustafsson (TFR 4-5/2005) s. 451 f. Se härtill Olivecrona (1984) s. 220 ff. om rättighetsbegreppets olika ”funktioner”.

⁶⁰ Enligt Ekelöf används inom den juridiska diskursen rättighetsbegreppet i två betydelser: dels som en sammanfattande beteckning av ett *komplex rättsfaktum*, dels som en sammanfattande beteckning av ett *komplex av rättsföljder*. Ekelöf framhåller därvid den framställningstekniska nyttan i rättighetsterminologin som i koncentrerad form fångar komplexiteten i det ifrågavarande rättsförhållandet. Rättighetsbegreppet behandlas i bl.a. Ekelöf, Per Olof, *Juridisk slutledning och terminologi* (TFR 1/1945) s. 211-270, Ekelöf, Per Olof, *Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken*, Festskrift tillägnad Birger Ekeberg (1950) s. 151-177 och Ekelöf, Per Olof, *Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening?* (SvJT 1/1952) s. 546-559. Jfr även Ekelöf, Per Olof, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper: Några problem inom den allmänna processrättsläran* (1956b) s. 7 f. och härtill Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt* (1987) s. 27 n. 58. Ekelöfs tankar, samt kritiken som dessa mötte, sammanfattas väl av Strömholm, Stig, *Allmän rättslära: Särtryck ur 20 års samhällsforskning* (1978) s. 13 f. Se även Strömholm (1996) s. 102 f. och 276 ff. Ang. Ekelöf och den nya tidens terminologi; se även Samuelsson (2008) s. 361 ff.

⁶¹ I den bemärkelsen att den som betraktas såsom innehavare av en rättighet ges en förmånlig position, varken mer eller mindre; se fn. 52 ovan samt Glavå & Petrusson (2002) s. 133 ff. och vidare exv. Lundstedt, Vilhelm, *Obligationsbegreppet: Första delen* (1929) s. 108 och Ross (1935) s. 213.

⁶² Jfr fn. 82 strax nedan.

⁶³ Boman, Robert, *Förenklart förfarande i mindre tvistemål – några reflektioner med anledning av den nya lagen* (SvJT 1/1973) s. 479-487 (s. 480). Detta naturligtvis under förutsättning att advokaten inte arbetar gratis (”pro bono”).

praktiskt hinder för det stora flertalet människor som vill anlita biträde (helt enkelt eftersom kostnaden tenderar att bli väldigt hög).⁶⁴ För att det skall vara frågan om en rätt till biträde i här avsedd bemärkelse fordras det därför att parten dessutom (2) har en vidhängande rätt att få ersättning för de kostnader som biträdet ger upphov till. Låt mig kort utveckla det sagda.

1.1.2.1 "Rätten till biträde" och den processrättsliga systematiken

För att förstå "rätten till biträde" – och därmed avhandlingstemat – finns det skäl att redan inledningsvis placera in de regler som kringgärdar partens (rättsliga respektive faktiska) möjligheter att anlita biträde i den processrättsliga systematiken. För detta ändamål bildar distinktionen mellan dispositiva/tvingande regler och fakultativa/obligatoriska regler en lämplig utgångspunkt. Denna distinktion, som med Wallermans ord kan spåras tillbaka till "den unge Ekelöf",⁶⁵ används i Sverige för att beskriva vilket processsubjekt som har det *bestämmande inflytandet i en viss fråga*, och utgår ifrån regelns adressat.⁶⁶ Regler som riktar sig till parterna kan således vara endera dispositiva eller tvingande, medan regler som riktar sig till rätten kan vara antingen fakultativa eller obligatoriska. Om en regel är dispositiv har lagstiftaren allokerat viss beslutsmakt i processen hos parten,⁶⁷ medan beslutsmakten istället har delegerats till domstolen när en regel har fakultativ karaktär. Vid tvingande/obligatorisk reglering har lagstiftaren däremot valt att behålla kontrollen över den aktuella frågan, genom att i lagen anvisa parterna och/eller domstolen ett bestämt handlingsmönster.

Att lagstiftaren överför beslutsmakt antingen till parterna eller till domstolen (eller till båda processsubjekten i förening) betraktar Ekelöf som *ett utflöde av delegationsprincipen*.⁶⁸ Distinktionen mellan dispositiv och fakultativ reglering kan således, enligt Ekelöf, förstås som "konkurrerande medel för att möjliggöra en smidig anpassning av handläggningen efter omständigheterna i den enskilda processen".⁶⁹

⁶⁴ Jfr Edlestam, Gunilla, *Förvaltningsmyndigheters utredningskyldighet: En rättsäkerhetsstudie* (1995) s. 93: "Den enskilde har alltid rätt att anlita ett biträde eller ombud att föra hans talan. Denna rätt är emellertid *ofta av ringa värde för den enskilde* eftersom den är förenad med höga kostnader för honom; kostnader som han får stå även om han får rätt i ärendet eller målet." Ebervall (2002) s. 123 ger uttryck för en liknande tankegång i följande ordalag: "Faktisk trygghet härvidlag är dock beroende av om staten har rättshjälp i brottmål eller inte. I annat fall blir det bara de ekonomiskt starka tilltalade som kan räkna med att få försvarare (alternativt de tilltalade vars fall ger försvararen välkommen publicitet)." Ebervall (a.a. s. 125) går till och med så långt som att prata om "skenrättvisa".

⁶⁵ Wallerman, Anna, *Om fakultativa regler – En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor* (2015) s. 40. Se här till Ekelöf (1956b) s. 155, där Ekelöf förklarade att distinktionen är "av fundamental betydelse inom den processrättsliga systematiken".

⁶⁶ I äldre processdoktrin användes begreppen dispositiv och fakultativ som synonymer; se Wallerman (2015) s. 40 och Ekelöf (1956b) s. 156. Redogörelsen nedan bygger huvudsakligen på Wallerman (2015) s. 37 ff., Ekelöf (1956b) s. 123 ff. (ang. tvingande/dispositiva regler) resp. s. 143 ff. (ang. obligatoriska/fakultativa regler) samt Ekelöf et al. (2016) s. 55 ff. (ang. obligatoriska/fakultativa regler) samt 57 ff. (ang. tvingande/dispositiva regler).

⁶⁷ Som synonymer till dispositiv använder Ekelöf "berättigande" resp. "tillåtande", men med tilläggat att alla tillåtande regler inte är dispositiva; se exv. RB 43 kap. 9 § och 46 kap. 10 § och här till Ekelöf et al. (2016) s. 58 samt Ekelöf (1956b) s. 136 ff. (särskilt s. 139 ff. om tillåtande stadganden).

⁶⁸ Se Ekelöf (1956b) s. 269 ff., med förtydligandet att bestämmanderätten i processen kan delegeras *antingen* till domstolen eller till parterna samt, i förekommande fall, till *bägge* processsubjekten i förening. Att någon sådan bestämmanderätt inte förs över på parterna (genom tvingande/obligatorisk reglering) betraktar Ekelöf som ett utflöde av legalitetsprincipen.

⁶⁹ Ekelöf (1956b) s. 155.

Signifikativt särskiljande är dock inom vilka ramar parterna respektive rätten kan utnyttja den (dispositiva/fakultativa) frihet som processlagen erbjuder. Med Ekelöfs ord är nämligen den frihet som tillerkänns rätten vid fakultativ reglering ”av ett annat slag och mer begränsad” än den som tillkommer parterna vid dispositiv reglering. Om ett stadgande – riktat till parterna – föreskriver att dessa ”må”, ”äger” eller ”får” vidta en viss processhandling ”kan parten *efter eget gottfinnande* företa handlingen eller underlåta detta”. Partens bevekelsegrunder är således ”i princip utan betydelse”. Om ett stadgande däremot föreskriver att rätten ”må”, ”äger” eller ”får” förfara på ett visst vis, skall detta inte förstås som att domstolen ”kan företa eller underlåta handlingen efter eget gottfinnande utan endast att den har att efter *fritt skön* bedöma denna fråga”.⁷⁰

De två begreppsparen är dock på intet vis ömsesidigt uteslutande – tvärtom är såväl dispositiva som fakultativa regler endera tvingande eller obligatoriska.⁷¹ Att en regel är adresserad till och explicit tillerkänner parterna en handlingsfrihet implicerar således, å ena sidan, att domstolen – åtminstone i någon mån – är bunden vid eller måste förhålla sig till parternas processhandlingar (regeln är i så fall dispositiv/obligatorisk).⁷² Å andra sidan är parterna naturligtvis bundna av rättsens beslut, när en regel tillerkänner domstolen ett mått av fritt skön (regeln är då fakultativ/tvingande).⁷³ En och samma regel kan dock överföra det avgörande inflytandet på parterna och på rätten i förening (dispositiv/fakultativ reglering),⁷⁴ eller ge varken parterna eller domstolen något avgörande inflytande i frågan (tvingande/obligatorisk reglering). Med andra ord förekommer alla fyra varianter i det processrättsliga systemet.

Mot denna bakgrund kan vi konstatera att en ”stark” partsrättighet är konstruerad genom dispositiv/obligatorisk reglering, eftersom en sådan regel allokering all beslutsmakt hos parten. Betydligt ”svagare” blir rättigheten om regeln istället ges en dispositiv/fakultativ utformning, eftersom parten i så fall kommer att vara beroende av domstolens skön för att få sin vilja respekterad. Regler som är tvingande mot parten kan knappast karaktäriseras som rättigheter – oavsett om de är fakultativa eller obligatoriska för domstolen – eftersom de fränkänner parten allt inflytande i frågan. Låt oss då applicera denna systematik på ”rätten till biträde”.

1.1.2.2 Beslutsmaktens allokering hos parten

För att exemplifiera dispositiv reglering nämner Ekelöf just *partens rätt att anlita ombud* i tvistemål enligt rättegångsbalkens 12 kapitel 1 §.⁷⁵ Detta lagrum riktar sig

⁷⁰ Ekelöf (1956b) s. 146 (*kurs*. där).

⁷¹ Ekelöf (1956b) s. 145 och Wallerman (2015) s. 40 f.

⁷² Som Ekelöf noterar kan samma resultat uppnås med en (obligatorisk) regel riktad till rätten, enligt vilken domstolen *skall* agera på visst sätt under förutsättning att part företar processhandlingen; se Ekelöf (1956b) s. 127 f. ”En dylik handlingsregel för rätten implicerar ju att parten är berättigad företa processhandlingen.”

⁷³ Jfr Ekelöf (1956b) s. 272, som exemplifierar detta med RB 11:2. Se även Ekelöf et al. (2016) s. 58, som förklarar att tvingande regler utmärks av att parterna ”inte har något inflytande på vad som händer i processen”, exv. på så vis att ”en fråga skall avgöras av rätten oberoende av parternas yrkanden”.

⁷⁴ Se exv. RB 42 kap. 20 § 2 st. 1 p. och här till Wallerman (2015) s. 40 f.

⁷⁵ Ekelöf et al. (2016) s. 57. Se även Ekelöf (1956b) s. 127.

till och allokera hela beslutsmakten hos parten, som ”må” anlita (eller inte anlita) ombud.⁷⁶ Regeln är således obligatorisk för domstolen, som varken kan förhindra parten från,⁷⁷ eller förpliktiga parten att,⁷⁸ anlita ombud. Vidgar vi perspektivet till att omfatta samtliga måltyper vid svenska domstolar, finner vi att samma ordning (som utgångspunkt) gäller också i brottmål och förvaltningsmål:

Twistemål: ”Parts talan *må* föras genom ombud.” // ”Part *äge* vid utförande av sin talan anlita biträde.”⁷⁹

Brottmål: ”Vid sin talans förberedande och utförande *må* den misstänkte biträdas av försvarare.”⁸⁰

Förvaltningsmål: ”Den som för talan i mål *får* anlita ombud eller biträde.”⁸¹

Som uppställningen visar finns det alltid en ovillkorlig – i bemärkelsen dispositiv/obligatorisk⁸² – ”rätt” till biträde i Sverige,⁸³ om vi *nöjer oss med att betrakta den aktuella rättigheten som en negativ rättighet* (eller som en frihetsrättighet med Hohfelds välbekanta systematik⁸⁴). Bilden blir dock betydligt mycket mer komplicerad om vi också tar partens biträdeskostnader i beaktande, vilket strax kommer att framgå.

Utöver ovanstående exempel – som har parten som regeladressat – finns det dispositiva regler som är formulerade som *handlingsregler för rätten*, men där domstolens processhandlingar är avhängiga partens vilja.⁸⁵ Ett för denna avhandling intressant exempel på en sådan regel är rätten att få en offentlig försvarare förordnad enligt rättegångsbalken 21 kapitel 3 a § första stycket, som stadgar följande:

⁷⁶ Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 57 f. (*kurs*, där): ”Parten behöver inte anlita ombud om han eller hon inte vill det”, med tillägget att parten ”*efter fritt behag* [kan] utnyttja sin befogenhet eller underlåta att göra det”.

⁷⁷ Att rätten äger *avvisa* ett ombud som visat oredlighet, oskicklighet, oförstånd eller eljest befunnits olämplig för uppgiften, är en helt annan sak; jfr RB 12 kap. 5 § – som enligt RB 12 kap. 22 § och 21 kap. 3 § 3 st. även omfattar rättegångsbiträden och försvarare – samt härtill det i princip likalydande stadgandet i FPL 48 § 2 st. Ett sådant beslut avser biträdet *personligen* och begränsar således på intet vis parternas rätt att *sätta ett nytt biträde i det avisade biträdets ställe*. Någon möjlighet att ”tvinga” en part att processa ensam finns således inte; jfr fn. 82 strax nedan.

⁷⁸ Biträdesväng diskuteras kortfattat i avsnitt 8.4.

⁷⁹ RB 12 kap. 11 och 22 §§.

⁸⁰ RB 21 kap. 3 §.

⁸¹ FPL 48 §.

⁸² Enligt ÅRB fordrades det, för att den tilltalade skulle få anlita en försvarare, att domstolens först lämnade sitt tillstånd därtill; se Modér (1977) s. 254. Numera har dock den tilltalade en ovillkorlig rätt att själv anlita biträde av försvarare; se Fitger, Peter et al., *Rättegångsbalken* (Zeteo 2017), som i kommentaren till RB 21 kap. 3 § anför att denna rätt ”är ovillkorlig och gäller vid alla brott”, sams därtill Ebervall (2002) s. 159, som i enlighet med Fitger konstaterar att ”den tilltalade alltid och ovillkorligen [har] rätt att biträdas av försvarare”, likaså med tillägget att denna ”rätt gäller vid alla brott och även under förundersökningen”. Någon möjlighet att – som tidigare – tvinga en tilltalad att processa ensam har således inte längre domstolen; se exv. JO dnr 5876-2011 och vidare Fitger (a. st.), som förklarar att rätten ”självfallet inte [kan] bestämma att den tilltalade överhuvudtaget inte får ha en försvarare vid sin sida under t.ex. en huvudförhandling”. På motsvarande sätt förhåller det sig i twistemål och förvaltningsmål.

⁸³ Se även ÅL 47 §: ”Den som är part *får* anlita ombud eller biträde.”

⁸⁴ Urvecklad i Hohfeld, Wesley Newcomb, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (Yale L.J. 23/1913) s. 16-59 samt i Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (Yale L.J. 26/1917) s. 710-770.

⁸⁵ Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 57.

”Är den misstänkte anhållen eller häktad *skall* offentlig försvarare förordnas för honom, *om han begär det*. Offentlig försvarare *skall också på begäran* förordnas för den som är misstänkt för ett brott, för vilket inte är stadgat lindrigare straff än fängelse i sex månader.”

I den mån parten framställer en begäran om offentlig försvarare *skall* domstolen som synes förordna en sådan (förutsatt att övriga rekvisit är uppfyllda). Trots att regeln är riktad till rätten är den således i själva verket dispositiv till förmån för den misstänkta/tilltalade (som kan välja mellan att begära eller inte begära en offentlig försvarare) men obligatorisk för domstolen (som på begäran måste förordna en försvarare).⁸⁶ Eftersom domstolen inte har något skönsmässigt utrymme att avslå den enskildas begäran brukar den aktuella rättigheten beskrivas som en ovillkorlig (eller ”absolut”) rätt till offentlig försvarare.⁸⁷

En central skillnad mellan den dispositiva ”rätten” att själv anlita försvarare (eller ombud/biträde) och den dispositiva ”rätten” att begära en offentlig försvarare är *hur kostnaderna hanteras*. Väljer parten att biträdas av en privat anlita försvarare ankommer det nämligen på den misstänkta/tilltalade att själv kontakta och sedan bära kostnaderna för försvararen under processen. En förutsättning för att en enskild skall kunna anlita en privat försvarare är således att vederbörande har råd att bära kostnaden, varför den aktuella frihetsrättigheten – som tillkommer parterna i alla måltyper – kan beskrivas som *ekonomiskt villkorad*. Förordnas däremot en offentlig försvarare åt den misstänkta/tilltalade utgår ersättning till försvararen direkt av allmänna medel. Betraktar vi rätten till biträde som en positiv rättighet (eller som en kravrättighet med Hohfelds terminologi), är dock rättegångsbalken 21 kapitel 3 a § första stycket i princip det enda exemplet på en dispositiv/obligatorisk regel som svensk rätt har att erbjuda.⁸⁸ I alla andra sammanhang har nämligen beslutsmakten ytterst allokerats hos domstolen, antingen ensam (genom fakultativ/tvingande reglering) eller i förening med parten (genom fakultativ/dispositiv reglering), men *aldrig hos parten ensam*. Att denna avhandling har titeln ”Rätten till biträde” kan därmed framstå som missvisande, eftersom reglerna ytterst sällan är konstruerade som rättigheter i egentlig mening (genom dispositiv/obligatorisk reglering).

1.1.2.3 Beslutsmaktens allokering hos domstolen

En speciell kategori av regler är de som på ytan framstår som obligatoriska för domstolen (genom användandet av påbjudande verb såsom att ”rätten *skall* förordna biträde” enligt ovanstående exempel), men som innefattar ett sådant mått av fritt skön vid fastställandet av fakta att de snarare bör karaktäriseras som fakultativa, eller

⁸⁶ Jfr Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 96 och Ebervall (2002) s. 160.

⁸⁷ Jfr Ebervall (2002) s. 160, som i anslutning till RB 21 kap. 3 a § 1 st. talar om en ”absolut plikt för staten” liksom om en ”ovillkorlig rätt till offentlig försvarare”. Även i prop. 1983/84:23 s. 19 talas det om att ”en ovillkorlig rätt till offentlig försvarare liksom hittills bör finnas för den som är anhållen eller häktad samt för den som är misstänkt för ett allvarligt brott”. Se även a. prop. s. 15.

⁸⁸ Se även UtL 18 kap. 1 § 2-3 st. och 1 a § 2 st., som stadgar att rätten i vissa fall skall förordna biträde åt barn som saknar vårdnadshavare i landet. Denna regel motiveras dock (åtminstone delvis) av att barn inte kan föra sin egen talan i domstol.

mer precist, som ”tolkningsfakultativa” enligt Wallermans systematik. Med detta begrepp avser Wallerman

”... regler där rättsföljdens inträdande beskrivs med ett påbjudande verb men är villkorat av etablerandet av ett vagt rättsfaktum, alltså regler som schematiskt kan beskrivas som ’om (vagt x) föreligger skall y inträda’. Typexemplet på sådana rättsfakta, som alltså fungerar som fakultativitetsmarkörer och som [kan] omtalas som *avvägningsrekvisit*, är ’lämplighet’, ’skälighet’ och förekomsten av ’särskilda skäl’.”⁸⁹

Det som särskiljer en ”äkta” fakultativ regel från en tolkningsfakultativ sådan är med andra ord *var i regeln som det fria skönet kommer till uttryck*. Vid äkta fakultativitet behöver inte rättsföljden (y) inträda trots att rättsfakta (x) har etablerats: ”Y får inträda, om x föreligger.”⁹⁰ Vid tolkningsfakultativa regler kommer det skönmässigt utrymmet istället till uttryck i ”rättsfaktumledet” av regeln, genom vaga avvägningsrekvisit: ”Y skall inträda, om (vagt) x föreligger.”⁹¹ Denna regeltyp kan illustreras genom rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a § andra stycket,⁹² som reglerar under vilka förutsättningar en offentlig försvarare skall förordnas åt misstänkta/tilltalade som *inte* har en absolut rätt till försvarare enligt första stycket, alternativt *inte* har begärt en offentlig försvarare:

Rättsföljd (y)	Rättsfakta (vagt x)
Offentlig försvarare <i>skall</i> förordnas:	”om den misstänkte är i behov av försvarare med hänsyn till utredningen om brottet” // ”om försvarare <i>behövs</i> med hänsyn till att det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas” // ”om det i övrigt föreligger <i>särskilda skäl</i> ”

Enligt ifrågavarande lagrum *skall* således en offentlig försvarare förordnas (y), men bara om rätten anser att den misstänkta/tilltalade *behöver* en försvarare (x). Trots att

⁸⁹ Wallerman (2015) s. 58 f. (*kurs*. där).

⁹⁰ Detta i kontrast till en obligatorisk regel, som har följande mönster: ”Y *skall* inträda, om x föreligger.”

⁹¹ Detta utrymme kan, som Wallerman framhåller, variera genom valet av s.k. fakultativitetsmarkör. Avvägningsrekvisitets utformning avgör med andra ord regelns ”grad av fakultativitet”, eller mer utvecklat: ”[E]tt krav som ’synnerliga skäl’ medför svagare fakultativitet än ’särskilda skäl’, som i sin tur innebär svagare fakultativitet än intetsägande rekvisit som ’om det är till fördel för utredningen’ eller ’om rätten finner det lämpligt’.” Se Wallerman (2015) s. 59.

⁹² Jag delar således Wallermans ståndpunkt att regler som på detta vis innefattar *behovsrekvisit* bör betraktas som tolkningsfakultativa, eftersom domstolens bedömning av vad som är behövt enligt första och andra punkten – i likhet med vad som utgör särskilda skäl enligt tredje punkten – är skönmässig till sin karaktär. Jfr Wallerman (2015) s. 62 f., som anför följande: ”Låt oss föreställa oss en fiktiv regel: ’Tolk ska anlitas om det behövs.’ Tolk behövs rimligen om en som ska delta i förhandlingen inte behärskar det svenska språket, vilket förefaller vara en ren sakfråga. Var och en som försökt lära sig ett främmande språk vet emellertid att ett sådant kan behärskas i olika grader, och fråga uppstår då om i vilken grad förhörspersonen behöver behärska det svenska för att tolk skall ses som obehövlig. Den enskilde kanske anser sig behöva tolk eftersom hen är mer bekväm på sitt modersmål, medan domstolen mot bakgrund av tillgängligheten, tidsåtgång och andra effektivitetshänsyn anser att tolk inte behövs, eftersom den enskilde ändå kan göra sig förstådd på svenska. Bedömningen av om något är ’behövt’ eller ’nödvändigt’ beror således på en skönmässig bedömning.” Wallermans slutsats, som jag alltså delar, är att lagstiftaren inte ”lägger någon specifik betydelse i behovsrekvisit som skiljer dem från andra typer av avvägningsrekvisit” och att sådana rekvisit därför ”bör betraktas som fakultativitetsmarkörer”. Se Wallerman (2015) s. 63. Obekänt användandet av ordet ”skall” har också de tre punkterna definierats som just ”fakultativa och tvingande för den misstänkte” i litteraturen; se exv. Ekelöf, Edlestam & Pauli (2015) s. 96 och Ebervall (2002) s. 160 f.

regeln framstår som obligatorisk har alltså beslutsmakten delegerats till domstolen, som efter en *behovsprövning* i varje enskilt fall kan förordna (eller inte förordna) en försvarare. Vid denna bedömning är den enskildas egen vilja irrelevant, åtminstone enligt lagrummets ordalydelse; regeln är tvingande till sin konstruktion.⁹³ På motsvarande sätt förhåller det sig vid förordnande av offentliga biträden och målsägandebiträden – där ”rätten” till biträde likaså har konstruerats som (tolknings)fakultativa (och tvingande) regler, enligt följande exempel:

<i>Rättsföljd (y)</i>	<i>Rättsfakta (vagt x)</i>
Offentligt biträde <i>skall</i> förordnas:	”om det inte måste antas att <i>behov</i> av biträde saknas” ⁹⁴
Målsägandebitråde <i>skall</i> förordnas:	”om det inte är uppenbart att målsäganden saknar <i>behov</i> av sådant biträde” // ”om målsäganden har <i>behov</i> av sådant biträde” // ”om det kan antas att målsäganden har ett särskilt starkt <i>behov</i> av sådant biträde” ⁹⁵

Trots att ovanstående regler knappast ger uttryck för en rättighet i egentlig mening talas det ofta om partens ”rätt till biträde” i *anslutning till just dessa regler*. I lagen om vård av missbrukare i vissa fall (överst i tabellen) anges det till och med i lagtexten – i ett annat lagrum avseende socialnämndens ansvar – att den enskilda skall informeras om ”*sin rätt* ... att av rätten [dvs. domstolen] få offentligt biträde”.⁹⁶ Härav får man intrycket att lagstiftaren i alla fall betraktar ovanstående regel som en ”rättighet”, trots att den formella beslutsmakten har allokerats hos domstolen. Att kalla det för en ”rätt” till offentligt biträde är dock oegentligt – inte minst eftersom regeln är tvingande.⁹⁷ Det sagda kan jämföras med förundersökningskungörelsen, där det på ett mer rättvisande sätt stadgas att målsäganden skall informeras om ”*de regler som gäller* för förordnande av målsägandebitråde”.⁹⁸ Trots att dessa regler inte heller är konstruerade som en rättighet talas det dock i litteraturen om just ”rätten till målsägandebitråde”.⁹⁹ I den allra första meningen i den proposition genom vilken lagen om målsägandebitråde infördes, liksom i den efterföljande proposition genom

⁹³ Den misstänkta/tilltalade kan naturligtvis vägra att utfärda en rättegångsfullmakt åt försvararen, varvid denna inte får ställning som rättegångsombud. Däremot kan den enskilda inte vägra att få en försvarare förordnad per se, och även en försvarare utan fullmakt har – enligt reglerna i RB 21 kap. – en vidare behörighet än ett rättegångsbiträde; se Ebervall (2002) s. 289 samt fn. 1650 ang. försvararens ställning som ett ”mellanting” mellan biträde och ombud. Av förarbetena (exv. SOU 1938:44 s. 283) följer dock att den enskildes inställning – trots reglernas tvingande karaktär – skall ”tillmätas stor betydelse”.

⁹⁴ LVM 42 §.

⁹⁵ LMB 1 §.

⁹⁶ LVM 16 §.

⁹⁷ Se även exv. SOU 2008:65, som innehåller rubriken ”Rätten till offentligt biträde i mål och ärenden enligt utlänningslagen” (s. 73).

⁹⁸ Se förundersökningskungörelsen (1947:948) (”FUK”) 13 a §.

⁹⁹ Hos Fredriksson, Max & Malm, Ulf, *Brottsfrets rättigheter i brottmålsprocessen* (1995) har exv. avsnitt 4.1.6.2 rubriken ”Rätten till målsägandebitråde” (s. 48). Även Bring, Thomas & Diesen, Christian, *Förundersökning* (2009) talar (s. 103) om att målsäganden skall informeras om sin ”rätt till målsägandebitråde” i anslutning till FUK 13 a §.

vilken lagen sedermera utvidgades, talar lagstiftaren också om målsägandens ”rätt till biträde”, enligt följande:

”I propositionen, som är en del av regeringens program för att förbättra brottsoffrens ställning, föreslås att målsäganden får *rätt till* ett eget juridiskt biträde ...”¹⁰⁰

”I propositionen behandlas frågor om utvidgad *rätt till* målsägandebiträde och förbättrat rättsligt bistånd till brottsoffer utomlands.”¹⁰¹

Med tanke på att systemet med målsägandebiträden var en del av ”regeringens program för att förbättra brottsoffrens ställning” framstod det antagligen som mer sympatiskt att kalla det för en ”rätt till biträde”, istället för en handlingsregel riktad till rätten, genom vilken domstolen kan förordna biträde vid behov.

Spelar det då någon roll att ”rätten” till offentlig försvarare, offentligt biträde och målsägandebiträde *inte* är konstruerade som rättigheter (eftersom någon beslutsmakt *inte* har allokerats hos parten), utan som tolkningsfakultativa regler (som allokerar beslutsmakten hos domstolen)? Svaret på denna fråga är naturligtvis avhängig hur generös/restriktiv domstolarnas behovsprövning är, vilket i mångt och mycket är temat för den fortsatta framställningen. Vi kan dock redan här konstatera att det i vart fall står parten fritt att när som helst begära att ett biträde förordnas, varvid de aktuella reglerna kan åberopas som rättslig grund för yrkandet:

Offentlig försvarare: ”Fråga om förordnande av offentlig försvarare ska upptagas, då framställning därom göres eller rätten *eljest finner anledning därtill.*”¹⁰²

Målsägandebiträde: ”Målsägandebiträde förordnas på begäran av målsäganden eller när det annars *finns anledning till det.*”¹⁰³

Offentligt biträde: ”Offentligt biträde förordnas efter ansökan eller när det annars *finns anledning till det.*”¹⁰⁴

Av ovanstående lagrum framgår att den enskildas yrkande (framställan, begäran, ansökan) i formell mening saknar betydelse; ett biträde skall förordnas *när det finns*

¹⁰⁰ Prop. 1987/88:107 s. 1.

¹⁰¹ Prop. 1993/94:26 s. 1.

¹⁰² RB 21 kap. 4 § 2 st. Den misstänkta kan när som helst göra en sådan begäran hos rätten, och enligt RB 23 kap. 5 § ankommer det också undersökningsledarens att göra en sådan framställan, om försättningsarna att förordna en offentlig försvarare är uppfylla.

¹⁰³ LMB 4 §. Se härtill 13 a § (om målsägandes rätt till information) samt RB 23 kap. 5 § (som ålägger åklagaren att göra en sådan anmälan hos rätten, antingen om målsäganden begär att få ett målsägandebiträde eller om det annars finns anledning att förordna ett sådant biträde).

¹⁰⁴ LOB 3 §, med tillägget att ansökan kan göras av den som biträde skall förordnas för eller av någon annan som får föra talan i målet eller ärendet. Ang. socialnämndens skyldighet att anmäla behov av offentligt biträde; se exv. JO dnr 2410-1997.

*anledning till det.*¹⁰⁵ I praktiken kommer dock yrkandet att få två konsekvenser: dels att rättsens uppmärksamhet riktas på frågan; dels att rätten tvingas att fatta ett beslut i densamma. Och om domstolen därvid beslutar att *inte* förordna ett biträde kan detta beslut överklagas (särskilt) av parten,¹⁰⁶ eftersom detta anses angå dennas ”rätt”.¹⁰⁷ Den som vill få ett av staten finansierat biträde förordnat har således i någon mån rättsordningens ”skydd” för detta intresse,¹⁰⁸ vilket ger parten en förmånlig position (jämfört med andra människor).¹⁰⁹ Den enskilda kan, med Olivecronas ord, ”använda rättsmaskineriet till sin fördel”.¹¹⁰ Att någon avgörande makt inte tillkommer parten blir dock uppenbart om vi vänder på förhållandena, eftersom ett biträde kan förordnas oberoende av partens yrkande och inställning – således även mot partens vilja. Detta sker dock sällan, eftersom partens synpunkter skall beaktas som ett av flera moment *inom ramen för den fakultativa prövningen*. Sådillvida har parten viss makt i negativ bemärkelse, eftersom parten (oftast) kan avstå ett biträde. I positiv bemärkelse tillmäts partens vilja däremot i princip ingen vikt, utan partens behov är utslagsgivande. Detta påminner om vad som gäller vid förordnande av rättshjälpsbiträden samt vid kostnadsfördelningen mellan parterna, där lagstiftaren har valt en något annorlunda konstruktion; även dessa regler är tolkningsfakultativa, men *dessutom dispositiva*.

Av rättshjälpslagen framgår att rättshjälp ”beviljas efter ansökan av den rättssökande” och detta, märk väl, utan det tillägg som finns vad gäller offentliga försvarare, målsägandebiträden och offentliga biträden (att det annars ”finns anledning till det”). Även om det finns anledning att förordna ett sådant biträde är domstolen därmed lagligen förhindrad att göra detta, om inte parten inkommer med en ansökan.¹¹¹ Om parten däremot inkommer med en ansökan, är det ytterst domstolen som fattar beslut efter en behovsprövning (varvid partens vilja inte tillmäts någon självständig betydelse). Fördelningsreglerna mellan parterna har samma juridisk-tekniska konstruktion. En förutsättning för att den enskilda skall få ersättning för sina kostnader efter processen är således att vederbörande framställer ett yrkande därom

¹⁰⁵ Jfr prop. 1979/80:1 del A s. 630 (ang. LVU): ”Rättshjälp genom offentligt biträde skall beviljas ... om det inte måste antas att behov av biträde saknas. Vederbörande myndighet måste därför *alltid pröva frågan om rättshjälp ex officio*. Ansökningen tjänar närmast syftet att underrätta myndigheten om hur den sökande själv ser på rättshjälpsbehovet och att över huvud taget tillföra myndigheten material till belysning av rättshjälpsärendet.” Samma uppfattning hos Gustafsson, Ewa, *Missbrukare i rättsstaten – En rättsvetenskaplig studie om lagstifningen rörande tvångsvård av vuxna missbrukare* (2001) s. 245 (ang. LVM): ”Behovet av offentligt biträde skall prövas av rätten även om det inte begärs av den enskilde.”

¹⁰⁶ RB 49 kap. 5 § 1 st. 1 p., som talar om rättsens beslut att ogilla ett yrkande om ombud, biträde eller försvarare, samt FPL 34 § 1 st. 8 p., som talar om domstolens utlåtande ifråga om offentligt biträde.

¹⁰⁷ Jfr, ang. målsägandebiträden, RH 2014:15 (som dock avsåg åklagarens klagorätt). Hur HovR:n i allmänna ordalag talade om klagorätten är dock intressant: ”Ett beslut av tingsrätten att avslå en begäran om målsägandebiträden får överklagas särskilt. Det finns emellertid inte någon uttrycklig regel om vem som har rätt att överklaga ett sådant beslut. Enligt allmänna rättsgrundsatser får ett beslut överklagas endast av den *vars rätt berörs av detta*. Det förutsätts också att avgörandet från rättslig synpunkt innebär en *nackdel för den klagande*.” Att inte få ett biträde förordnat angår således den enskilda partens ”rätt” och anses dessutom, från rättslig synpunkt, vara till partens ”nackdel”.

¹⁰⁸ Se exv. Olivecrona (1940) s. 84.

¹⁰⁹ Ross (1971) s. 224.

¹¹⁰ Jfr Olivecrona (1940) s. 93: ”Den person, som man enligt lagen tillskriver en rättighet har ju på det hela taget en särställning som kan sägas innefatta *en viss makt* för honom: hans relativa trygghet i avseende å objektet för rättigheten och hans möjlighet att använda rättsmaskineriet till sin fördel.”

¹¹¹ RhjL 3 §.

innan handläggningen avslutas,¹¹² varefter domstolen har att pröva om kostnaderna skäligen varit påkallade/motiverade/ behövligen för att tillvarata partens rätt.¹¹³

Mot denna bakgrund kan vi konstatera att den absoluta merparten av regler som vi skall studera i denna avhandling antingen är fakultativa/tvingande eller fakultativa/dispositiva. Endast den ”absoluta” rätten till försvarare är dispositiv/obligatorisk – *i alla andra situationer har beslutsmakten allokerats hos domstolarna*, som antingen har att besluta oberoende av partens yrkande eller efter yrkande från part. Behovsrekvisitens utformning får därmed mycket stor praktisk betydelse, eftersom partens rätt till ersättning – med fåtalet undantag – är avhängig domstolarnas behovsprövning. Det sagda kan illustreras genom följande översikt av de mest centrala lagrummen, som vi strax kommer att bekanta oss med:

<i>Lagrum:</i>	<i>Rätt till ersättning för biträdeskostnader föreligger ...</i>
RB 18 kap. 8 §	”om kostnaden <i>skäligen varit påkallad</i> för tillvaratagande av partens rätt”
RB 31 kap. 2 §	”om kostnaderna <i>skäligen varit motiverade</i> för att den tilltalade skulle kunna ta tillvara sin rätt”
SFL 43 kap. 1 §	”om den sökande skäligen har <i>behövt</i> biträde för att ta till vara sin rätt”
RhJL 7 §	”om den rättssökande <i>behöver</i> juridiskt biträde utöver rådgivning och detta <i>behov</i> inte kan tillgodoses på annat sätt”
RB 21 kap. 3 a § 2 st.	”om den misstänkte är i <i>behov</i> av försvarare” // ”om försvarare <i>behövs</i> ” // ”om det i övrigt <i>föreligger särskilda skäl</i> ”
LUL 24 §	”om det inte är uppenbart att han eller hon saknar <i>behov</i> av försvarare”
LMB 1 §	”om det inte är uppenbart att målsäganden <i>saknar behov</i> av sådant biträde” // ”om det kan antas att målsäganden har <i>behov</i> av sådant biträde” // ”om det kan antas att målsäganden har ett särskilt starkt <i>behov</i> av sådant biträde”
UtlL 18 kap. 1 §	”om det inte måste antas att <i>behov</i> av biträde saknas”
LVU 39 §	”om det inte måste antas att <i>behov</i> av biträde saknas”
LVM 42 §	”om det inte måste antas att <i>behov</i> av biträde saknas”
LPT 38 a §	”om det [inte] måste antas att det inte finns något <i>behov</i> av ett biträde”
LRV 22 a §	”om det [inte] måste antas att det inte finns något <i>behov</i> av ett biträde”
EKMR art. 6.3.c	”om <i>rättvisans intresse</i> så fordrar”

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att ”rätten till biträde” som utgångspunkt är formulerad som en (negativ) frihet i svensk rätt, i den bemärkelsen att våra processlagar inte ställer upp några *rättsliga hinder* för den som vill föra talan med hjälp av en

¹¹² RB 18 kap. 14 § 1 st. (tvistemål; av 2 st. framgår sedan att rätten ”självmant” skall pröva frågor om tillämpningen av bestämmelserna i 1-10, samt 12-13 §§, dvs. bl.a. huruvida kostnadsyrkandet är skäligt), RB 31 kap. 9 § (brottmål) samt SFL 43 kap. 6 § (skattemål).

¹¹³ RB 18 kap. 1 § (tvistemål), 31 kap. 2 § (brottmål) samt SFL 43 kap. 1 § (skattemål).

advokat. Några ytterligare rättsfakta – utöver den formella partsställningen – behöver inte vara för handen för att rättsföljden skall inträda. Att den som är part i ett mål alltid äger anlita biträde innebär dock inte att parten faktiskt kommer att kunna anlita biträde, eftersom biträdeskostnaderna innebär ett *praktiskt hinder* för alla som inte själva kan bära kostnaderna. Annorlunda uttryckt är den ovillkorliga rätten att anlita biträde ekonomiskt villkorad och därmed illusorisk för stora samhällsgrupper.

Huruvida parten kan anlita biträde på någon annans bekostnad går inte att besvara med samma enkelhet, dels eftersom hanteringen av partens biträdeskostnader regleras i ett flertal delvis fristående, delvis överlappande regelverk, dels eftersom rätten till kostnadsersättning vanligtvis är rättsligt villkorad genom ett flertal kumulativa rekvisit, som dessutom varierar mellan de olika regelverken. Det sagda kan illustreras med två exempel (avseende tvistemål):

Av rättegångsbalken följer att part ”som tappar målet, skall ersätta motparten hans rättegångskostnad”, under förutsättning att ”kostnaden *skäligen varit påkallad* för tillvaratagande av partens rätt”.¹¹⁴

Av rättshjälpslagen följer att rättshjälp ”får beviljas en fysisk person vars ekonomiska underlag ... inte överstiger 260 000 kronor”, under förutsättning att ”den rättsökande *behöver juridiskt biträde* utöver rådgivning och detta behov inte kan tillgodoses på annat sätt”.¹¹⁵

För att parten skall få sina biträdeskostnader ersatta av motparten enligt rättegångsbalkens regler krävs således, enligt ovanstående exempel, att vederbörande har vunnit målet, och för att rättshjälp skall utgå fordras det (bland annat) att partens inkomst är tillräckligt låg. Detta är dock inte tillräckligt – i båda fallen krävs det dessutom att parten har haft ett mer eller mindre kvalificerat *behov av biträde* i det enskilda fallet. Genom användandet av behovsrekvisit – ibland omstöpta i termer av vad skäligheten, nödvändigheten eller rättvisans intresse kräver – har lagstiftaren således allokerat den yttersta beslutsmakten hos domstolarna. Som framgår av förteckningen ovan är detta också en gemensam nämnare inom så gott som samtliga de ersättningsssystem som vi snart kommer att bekanta oss med: Partens biträdesbehov utgör det rättsliga rekvisit/abstrakta rättsfaktum¹¹⁶, vartill ersättningsrätten genomgående har anknutits.

Att det undantagsvis föreligger en ovillkorlig rätt till biträde – betraktad såsom en kravrättighet – är inte oförenligt med ovan det sagda, eftersom lagstiftaren redan i förarbetena har gjort bedömningen att den som är frihetsberövad och/eller misstänkt för brott med ett visst minimistraff *alltid har behov av biträde*.¹¹⁷ Partens biträdesbehov är således alltså avgörande för om kostnadsersättning skall utgå – den enda skillnaden är att lagstiftaren har gjort behovsbedömningen istället för att anförtro

¹¹⁴ RB 18 kap. 1 och 8 §§.

¹¹⁵ RhjL 6-7 §§.

¹¹⁶ Jfr Lindbloms distinktion mellan konkreta och abstrakta rättsfakta i Lindblom, Per Henrik, *Processens arkitektur. Jakten på det försvunna bevisemat i ett funkishus med flera väningar*, i Sena uppsatser (2006d) s. 165-256 (s. 167 ff.) och vidare Lindell (1987) s. 27.

¹¹⁷ Se avsnitt 5.3.2.

denna bedömning åt domstolarna. På motsvarande sätt förhåller det sig i sådana måltyper där det helt saknas ersättningsregler, vilket får till följd att kostnadsersättning aldrig kan dömas ut – förklaringen till detta är att lagstiftaren istället har ansett att parten *aldrig har behov av biträde*.¹¹⁸ Oavsett om kostnadshandlingen präglas av delegationsprincipen (genom fakultativ reglering) eller av legalitetsprincipen (genom obligatorisk reglering/ingen reglering) är således biträdesbehovet ytterst avgörande för om kostnadsersättning kan utgå eller inte.¹¹⁹ Det sagda kan illustreras enligt följande:

”Alltid behov”	Obligatoriska regler/ legalitetsprincipen	Parten har alltid rätt att få ersättning för sina biträdeskostnader eftersom <i>lagstiftaren</i> har ansett att parten alltid har behov av biträde.
”Aldrig behov”	Inga ersättningsregler/ legalitetsprincipen	Parten har aldrig rätt att få ersättning för sina biträdeskostnader eftersom <i>lagstiftaren</i> har ansett att parten aldrig har behov av biträde.
”Ibland behov”	Fakultativa regler/ delegationsprincipen	Parten har rätt att få ersättning för sina biträdeskostnader om <i>domstolen</i> anser att parten har behov av biträde i det enskilda fallet.

Allt sammantaget kan vi konstatera att den som är part i en domstolsprocess *inte alltid kan anlita biträde*, trots att parten alltid är fri att anlita biträde, eftersom kostnaderna för biträde *inte alltid ersätts*. För att ersättning skall utgå måste parten anses ha ett behov av biträde – antingen av lagstiftaren eller av domstolen – och inte sällan förutsätts enskilda kunna föra sin egen talan. Den praktiska konsekvensen av att parten anses sakna behov av biträde blir följaktligen att parten vanligtvis inte kan anlita biträde. Mellan biträdeskostnadernas hantering och biträdesbehovet föreligger således ett intimt samband, och det är huvudsakligen kring detta samband som jag kommer att uppehålla mig i denna avhandling.

1.2 Problemet

Efter att sålunda ha antytt det bredare temat för avhandlingen är min kvarvarande ambition med detta inledande kapitel tvåfaldig: För det första att förmedla en tydligare bild av det problem som avhandlingen kretsar kring (avsnitt 1.2); för det andra att med breda penseldrag måla konturerna för den fortsatta framställningen (avsnitt 1.3). För detta ändamål utgör Kafkas parabel *Framför lagen* en utmärkt utgångspunkt.

¹¹⁸ Se avsnitt 4.7.

¹¹⁹ Om fakultativ/obligatorisk reglering som ett utflöde ur legalitets- resp. delegationsprinciperna; se Wallerman (2015) s. 70 ff. (med ett utvecklingsperspektiv på frågan) samt Ekelöf (1956b) s. 278 f.

1.2.1 Framför lagen

Berättelsen om mannen från landet – som här får förkroppsliga den rättssökande allmänheten – placerar denna studie i sin bredare kontext, genom att illustrera den moderna rättens kanske största problem: dess komplexitet och ”ogenomtränglighet” för gemene man. Liksom mannen från landet hyser sannolikt de flesta av oss uppfattningen att lagen borde stå ”öppen för alla och envar”, men så är inte fallet. Framför lagen står nämligen en dörrvakt, och denna dörrvakt är bara den första i en rad av dörrvakter, varav de senare är mer svårforcerade än de tidigare. För att citera Samuelsson, angående det juridiska språkets slutenhet:

”Vi vet av praktisk erfarenhet att vårt språk är autonomt. Den juridiska terminologin utgör ett system som i princip är slutet och stängt för de oinvigda. Vi vet att det juridiska språket är autonomt, men vi vill inte att det skall vara så. Vår ideologi säger oss att det skall vara tvärtom.”¹²⁰

I den bästa av världar vore lagen tillgänglig även för de oinvigda. I praktiken utgör dock ”juridiskan” ett främmande språk,¹²¹ och för att kunna uttyda detta behöver gemene man inte sällan hjälp av en jurist.

Att människor i gemen har svårt att identifiera och sedermera utkräva sina rättigheter har uppmärksammats inom den bredare diskussionen kring (avsaknad av) ”Access to Justice” i det moderna samhället.¹²² Till denna diskussion får vi anledning att återkomma i nästföljande kapitel, där jag har för avsikt att utveckla avhandlingens utgångspunkter. Här kan vi blott konstatera att den som tvingas processa i domstol för att hävda sina rättigheter stöter på ett antal utmaningar. För det första kommer

¹²⁰ Samuelsson (2008) s. 20. Enligt Welander, Erik, *Språk och språkvård* (1964) s. 65 kännetecknades särskilt det svenska kanslispråket av en ”enastående tyngd och stelhet”. Vid en jämförelse med andra länder förklarade Welander rent av (s. 67 f.) att det svenska kanslispråket ”ligger sämst till i strävan till en naturligare och ledigare stil”. Naturligtvis har myndighetsspråket utvecklats sedan 1960-talet (exv. formulerades det ”språkpolitiska målet” i prop. 2005/06:02 s. 2, att ”den offentliga svenskan ska vara värdad, enkel och begriplig”, vilket sedermera har utmynnats i en rad åtgärder). Detta till trots finns det mycket som tyder på att problematiken kvarstår än idag (se följande fn.), om än i något lindrigare grad än på 60-talet.

¹²¹ Se exv. Tiersma, Peter M., *The Origins of Legal Language* (Loyola L.A. L.S.P. 45/2010) s. 1-25 (s. 2) och Tiersma, Peter M., *Legal Language* (1999) s. 2, som konstaterar att ”the language of the legal profession is distinct from ordinary speech” och att “[t]here is no doubt that legal language is decidedly peculiar and often hard to understand, especially from the perspective of the lay public”. Om det juridiska språkets slutenhet finns åtskilligt skrivet; se exv. Dyer, Charles R., *The Queen of Chula Vista: Stories of Self-Represented Litigants and a Call for Using Cognitive Linguistics to Work with Them* (Law Libr. J. 99/2007) s. 717-756 (särskilt s. 727) samt Solan, Lawrence M., *The Language of Judges* (1993). I Sverige har det också genomförts en rad undersökningar av gemene mans förmåga att förstå myndighetsspråk i allmänhet, och domar/domstolstexter i synnerhet; se exv. Statskontorets rapport (2001:18), *På väg mot bättre myndighetsspråk*, Ekman Öst, *Svåra ord i domar – Förstär vanliga människor innebörderna av juridiska domar?*, i SOU 2008:106 del B bil. 8 s. 67 ff., Sörlin, Marie, *Förståelsen av domar – En intervjuundersökning av advokaters syn på klienternas förståelse av domstolstexter*, i SOU 2008:106 del B bil. 9 s. 121 ff., samt Ehrenberg-Sundin, Barbro, *En läsbarhetsanalys av domar – Vad är det som gör domar svåra att läsa?*, i SOU 2008:106 del B bil. 10 s. 157 ff. Se även Förtroendeutredningens egna resonemang kring bl.a. det bristande mottagarperspektivet vid domskrivning i SOU 2008:106 del A s. 169 ff.

¹²² Se exv. Currie, Ab, *The Legal Problems of Everyday Life*, i Sandefur, Rebecca L. (red.), *Access to Justice* (2009) s. 1-42 (s. 2), Sandefur, Rebecca L., *Access to Justice: Classical Approaches and New Directions*, i Sandefur, Rebecca L. (red.), *Access to Justice* (2009) s. ix-xvii (s. ix f.) samt Albiston, Catherine R. & Sandefur, Rebecca L., *Expanding the Empirical Study of Access to Justice* (Wis. L. Rev. 2013/2013) s. 101-120 (särskilt s. 103 f.). Om problematiken i allmänhet och dess koppling till välfärdsstaten i synnerhet; se även exv. Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant, *Access to Justice and the Welfare State: An Introduction*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State* (1981) s. 1-24 och Rhode, Deborah L., *Access to Justice* (2004).

domstolsprocessen som sådan att addera ett ytterligare lager av juridisk komplexitet,¹²³ helt enkelt eftersom parten måste förhålla sig till två olika regelverk samtidigt: dels den materiella rätten (som reglerar det omtvistade rättsförhållandet); dels den anknytande processrätten (som reglerar formerna för rättegången). Till detta kommer, för det andra, att en rättegång ger upphov till andra typer av svårigheter – utöver de rent regeltekniska – vilket lagstiftaren har uttryckt enligt följande:

”Det finns många orsaker som tillsammans ger upphov till luckorna i det processuella rättsskyddet. Svårigheterna för enskilda att agera genom domstol ... sammanhänger med både ekonomiska, psykologiska, kunskapsmässiga och sociala faktorer. För andra som har mod, kraft och vilja att handla ställer processuella regler och principer hinder i vägen.”¹²⁴

Skall vi bryta ned problematiken i mindre beståndsdelar har svårigheterna att föra talan i domstol först och främst en *teknisk förklaring*.¹²⁵ En domstolsprocess är per definition en uppsättning (skrivna och oskrivna) handlingsregler,¹²⁶ som dels påbjuder, förbjuder eller tillåter processsubjekten att företa olika processhandlingar, dels reglerar rättsföljderna av sådana handlingar (respektive underlåtenhet att handla).¹²⁷ Dessa regler måste parterna (och domstolen¹²⁸) med nödvändighet förhålla sig till, eftersom det är just parternas i hög grad formaliserade processhandlingar som ger

¹²³ Se t.ex. Assy, Rabbea, *Revisiting the Right to Self-representation* (C.J.Q. 30/2011) s. 267-282, som konstaterar (s. 267) att "[a]dversarial rules of evidence and procedure are designed by and for lawyers and judges, and therefore LIPs are unable to use them properly" samt Genn i förordet till Assy, Rabbea, *Injustice In Person – The Right to Self-Representation* (2015), som anför (s. vii) att lekmän "may not understand the law; they may struggle with legal language; they are often baffled by the complexity of the court procedure; and they have difficulties advocating their own cause". Se även exv. Goldschmidt, Jona, *The Pro Se Litigant's Struggle For Access to Justice – Meeting the Challenge of Bench and Bar Resistance* (Fam. Ct Rev. 40/2005) s. 36-62 (s. 51 ff.). Ang. termen "LIPs"; se i och vid fn. 142 nedan.

¹²⁴ Prop. 2001/02:107 s. 22. Jfr även Lindblom, Per Henrik, *Finprocesser, barfotaprocesser och grupptalan*, i *Progressiv process* (2000d) s. 19-40 (s. 26).

¹²⁵ Jfr Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings* (2005) s. 245 ff., som skiljer mellan "The Technical Aspect", "The Psychological Aspect", "The Humanitarian Aspect" och "The Structural Aspect" avseende rätten till försvarare, och härtill Trechsel, Stefan, *Rights in Criminal Proceedings under the ECHR and ICTY Statute – A precarious Comparison*, i Swart, Bert, Zahar, Alexander & Sluiter, Göran (red.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (2011) s. 149-190 (särskilt s. 184, där samma distinktion görs).

¹²⁶ Se exv. Zuckerman, Adrian, *Civil Procedure: Principles of Practice* (2013), som anför (p. 3.30) att "[c]ourt proceedings are of necessity regulated by rules for without rules there can be no system of justice, only anarchy and arbitrariness", samt Assy (2015) s. 144.

¹²⁷ De skrivna reglerna kommer naturligtvis (framförallt) till uttryck i den gällande processlagstiftningen; både RB och FPL kräver ett visst agerande dels av den som önskar initiera en rättegång (genom att ansöka om stämning hos allmän domstol eller överklaga ett förvaltningsbeslut till förvaltningsdomstol); dels av den som är part i ett mål. Ang. tvistemål; se exv. RB 42 kap. 1-2 §§ (samt formaliakraven i 33 kap. 1 §) och 43 kap. 7-9 §§. Ang. brottmål; se exv. RB 45 kap. 10 § och 46 kap. 6 §. Ang. förvaltningsmål; se exv. FPL 3 §. Till de oskrivna reglerna kan exv. hänföras bevisbörde- och beviskravsregler, låt vara att sådana emellanåt kan följa också av lag; jfr Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång: Fjärde häftet* (2009) s. 16 och vidare s. 77 ff., samt Lindell, Bengt, *Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling* (2012) s. 537. Konsekvensen av att parterna inte följer dessa reglerna (och, i förekommande fall, inte heller rättar sig efter domstolens anvisningar), blir många gånger att deras talan antingen avvisas eller avslås/ogillas; se exv. RB 33 kap. 10 §, 42 kap. 4 § samt FPL 5 och 6 b §. Även yrkanden, grunder och bevis som inte framställs/åberopas i korrekt ordning kan på motsvarande sätt avvisas eller lämnas utan avseende; se exv. RB 13 kap. 3 § 2 st., 34 kap. 2 §, 42 kap. 15-15 a §§, 43 kap. 10 § samt FPL 37 §.

¹²⁸ Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 57 ff., som under rubriken "Olika slags processuella regler" skiljer mellan "handlingsregler för rätten" och "handlingsregler för parterna".

rättegången dess grundläggande karaktär av en *process*, (i bemärkelsen ett *förfarandel förlopp*).¹²⁹

Kännetecknande för en domstolsprocess är med andra ord att *dess fortlöpande förutsätter aktiva handlingar från parterna*, och varje processhandling (respektive icke-handling) får rättsliga konsekvenser.¹³⁰ På så vis kan rättegången, för att citera Trechsel, liknas vid en vandring längs en farlig väg ("a perilous journey"):

"Regularly, it leads to crossroads, where decisions have to be taken. Failure to act decisively lead to the definite forfeiture of a right. The wrong decision may cause irreparable damage. Reliable knowledge of law and practice is required in order to assess the consequences of such decisions. Usually, the defendant will not be able to make such an assessment. Moreover, this difficult situation is compounded by the fact that the defendant is surrounded ... by experts in the field of criminal proceedings, from the police, investigating authorities and the public prosecutor, to the judge or members of the tribunal. [...] Even in cases where ... the law requires the investigating and prosecuting authorities to be neutral and to respect or even promote the rights and interests of the defence, practice shows that the knowledgeable assistance of a lawyer is by no means superfluous."¹³¹

Denna beskrivning är inte bara karaktäristisk för straffprocessen, utan för praktiskt taget all domstolsprocess.¹³² I sin praxis har också Europadomstolen¹³³ intagit en närmast identisk ståndpunkt: Juridik är, med domstolens ord, "a rather complex and *technical matter* which is often incomprehensible to laypersons".¹³⁴ Och således:

¹²⁹ Se Ekelöf (1956b) s. 122 f: "En rättegång består ju av processhandlingar, företagna av rätten, parterna eller andra processsubjekt. Lagen stadgar dels om rätt och plikt för olika processsubjekt att under angivna förutsättningar företa processhandlingar av skilda slag, dels ock om de rättsföljder, som äro anknutna härtill." Se även Asp, Petter et al., *A Manifesto on European Criminal Procedure Law – European Criminal Policy Initiative* (2014) s. 232 (där det konstateras att en straffprocess "is characterised by its high degree of formalisation") samt Lindell (2012) s. 29 (som talar om domstolsprocessen som ett "institutionellt samtal" och framhåller, som ett kännetecken hos ett sådant samtal, bl.a. dess formbundenhet). Jfr även Westberg (2013) s. 133 och 138 ff. samt Westberg, Peter, *Anskaffning av bevis i dispositiva tvistemål* (2010) s. 85 om rättegången som ett "organiserat samtal".

¹³⁰ Jfr ED:s avgörande i *Pishchalnikov v. Russia* (app. no. 7025/04) p. 85: "[A]t every stage of criminal proceedings decisions have to be taken, the wrong decision being able to cause irreparable damage. Reliable knowledge of law and practice is usually required in order to assess the consequences of such decisions."

¹³¹ Trechsel (2005) s. 245. Antalet bildliga liknelser är legio. Sälunda beskriver exv. Trechsel (a. st.) *advokaten* som en nyckel ("the key which opens the door to all the rights and possibilities") och hos Cameron, Camille & Kelly, Elsa, *Litigants in Person in Civil Proceedings: Part 1* (Hong Kong L.J. 32/2002) s. 313-342, beskrivs *processen* som en labyrint (s. 318): "The labyrinthine procedures coupled with complex legal language can render the system almost incomprehensible to anyone who is not versed in the law."

¹³² Beskrivningen är kanske rentav *mer träffande* i andra måltyper, eftersom brottmål i princip är den enda måltyp där den tilltalade har en grundläggande rätt att vara tyst och i övrigt förhålla sig helt passiv under processen. Därmed inte sagt att detta är en klok strategi; vanligtvis ligger det, som Trechsel antyder, i den tilltalades intresse att medverka i processen. Valet mellan dessa två alternativ – att "tala eller tiga" – är dock ett bra exempel på ett sådant beslut som den tilltalade, utan biträde, själv kan ha svårt att förutse konsekvenserna av.

¹³³ Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna/The European Court of Human Rights ("ED"/"ECtHR").

¹³⁴ *Pishchalnikov v. Russia* p. 84. Jfr Trechsel (2005) s. 245: "It is clear that law – substantive as well as procedural – is a rather complicated matter, which is often unintelligible to the layperson."

”In the absence of assistance by counsel, who could have provided legal advice and *technical skills*, the applicant could not make full and knowledgeable use of his rights afforded by the ... law.”¹³⁵

Problematiken har dock även en *psykologisk dimension*, som inte skall underskattas.¹³⁶ I sin praxis har exempelvis Europadomstolen förklarat att åtminstone vissa processer ”entail an *emotional involvement* that is scarcely compatible with the degree of objectivity required by advocacy in court”.¹³⁷ Detta uttalande måste förstås mot bakgrund av

¹³⁵ *Pishchalnikov v. Russia* p. 85. Som kommer att framgå i nästa avsnitt finns det omfattande empiriskt stöd för domstolens ståndpunkt: Människor utan juridiskt biträde har i allmänhet svårt – eller i vart fall svårare än parter med biträde – att leva upp till de juridisk-tekniska krav som en rättegång är förknippad med. Se t.ex. forskningsöversikten hos Williams, Kim, *Litigants in person: A Literature Review* (2011), särskilt s. 5: ”[M]ost research suggested that litigants in person may experience a number of problems, which in turn impact on the court. For instance, the research pointed to problems with understanding evidential requirements, difficulties with forms, and identifying facts relevant to the case. A number of sources also pointed out that litigants in person may have difficulty understanding the nature of proceedings, were often overwhelmed by the procedural and oral demands of the courtroom, and had difficulty explaining the details of their case.” Den nämnda problematiken finns väl dokumenterad (och empiriskt underbyggd) hos exv. Lewis, Paul, *Litigants in Person and Their Difficulties in Adducing Evidence: a Study of Small Claims in an English County Court* (Int’l J. Evid. & Proof 11/2007) s. 24-48 (s. 32 ff.), Langan, Anne-Marie, *Threatening the Balance of the Scales of Justice: Unrepresented Litigants in the Family Courts of Ontario* (Queen’s L.J. 30/2005) s. 825-862 (s. 843), Sales, Bruce D., Beck, Connie J & Haan, Richard K., *Is Self-Representation a Reasonable Alternative to Attorney Representation in Divorce Cases?* (St. Louis U. L.J. 37/1993) s. 553-606 (s. 569 f.), Genn, Hazel & Genn, Yvette, *The Effectiveness of Representation at Tribunals* (1989) s. 244 samt hos Moorhead & Sefton (2005) s. 153 ff.

¹³⁶ Jfr Trechsel (2005) s. 245 och Trechsel (2011) s. 184. Se även Hannaford-Agor, Paula & Mott, Nicole, *Research on Self-Represented Litigation: Preliminary Results and Methodological Considerations* (Just. System J. 24/2003) s. 163-181, som förklarar (s. 163) att en part som företräder sig själv inte bara saknar teknisk ”know-how”, utan också den nödvändiga objektiviteten för att framgångsrikt kunna föra talan i domstol.

¹³⁷ *Airey v. Ireland* (app. no. 6289/73) p. 24. Det aktuella målet avsåg äktenskapsskillnad.

alla domstolsprocesser ger uttryck för en (intresse)konflikt av något slag.¹³⁸ Tillgänglig forskning ger också vid handen att det är snart sagt omöjligt att förhålla sig objektiv i en konflikt där man har ett mer eller mindre starkt egenintresse i sakens utgång. För att bara ta ett exempel är fenomenet *konfirmeringsbias* ("confirmation bias") en av de mest vedertagna felkällorna i mänskligt tänkande, och innebär något förenklat att vi tenderar att söka/övervärdera information som bekräftar vår egen uppfattning samtidigt som vi ignorerar/undervärderar omständigheter som talar i motsatt riktning.¹³⁹ I en domstolsprocess är sådana tankefel naturligtvis särskilt olämpliga, och följaktligen betraktas det även bland jurister – som i och för sig besitter de nödvändiga tekniska färdigheterna – som dumdrigt att företräda sig själv i en rättegång.¹⁴⁰

1.2.2 "Pro se litigants" – en probleminventering

Sammanfattningsvis finns det både tekniska och psykologiska förklaringar till varför människor har svårt att föra process i allmänhet, och att processa i egen sak i

¹³⁸ All rättskipning i Sverige – det må vara tvistemål, brottmål eller förvaltningsmål – är idag kontradiktorisk till sin struktur, och "motorn" i en kontradiktorisk process är just (intresse)konflikten mellan parterna; se exv. Westberg (2013) s. 137, som förklarar att parterna i processen "representerar två motstående uppfattningar om hur konflikten bör lösas", liksom att "partsegoismen/egenintresset" är tänkt att fungera som processens "drivkraft" och vidare s. 141 f. under rubriken "Partsegoismen som processens motor". Den kontradiktoriska modellen kommer att diskuteras utförligt i kap. 7 nedan. Ett förtydligande kan dock vara på sin plats redan här, eftersom mitt påstående om intressekonflikt inte är okontroversiellt i mål där den enskilda parten har en allmän motpart.

Att det i tvistemål föreligger en intressekonflikt mellan parterna är knappast diskutabelt, se exv. Westberg, Peter, *Domstols officialprövning: En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p. 1* (1988) s. 30, där Westberg förklarar att det mellan parterna "antas råda en klar intressemotsättning". Se även exv. Lindblom, Per Henrik, *Kontinuitet och anakronismer. En studie i anslutning till miljöskyddslagens förarbeten*, i Studier i processrätt (1993a) s. 137-186 (s. 185) där det likaså talas om en "klar intressemotsättning". I förvaltningsmål och brottmål brukar man dock inte tala om en "intressekonflikt" (eller ens om en "tvist"), eftersom en myndighet anses sakna "egenintresset" och därtill är underkastad en objektivitetsplikt; i sin egenskap som part skall stat och kommun – till skillnad från privata subjekt – inte vara partisk; se exv. Robberstad, Anne, *Mellom tvekamp och inkvisisjon: Straffprocessens grunstruktur belyst ved förnermedes stilling* (1999) s. 104. Likafullt innefattar, åtminstone enligt min uppfattning, såväl straff- som förvaltningsprocessen en konflikt där den enskilda har ett egenintresse i sakens utgång, som i normalfallen avviker från myndighetens uppfattning om allmänintresset. I den kontradiktoriska modellen faller också ansvaret för att bevaka det allmännas intresse på förvaltningsmyndigheten i dess egenskap av part. Jfr exv. Dahlgren, Göran, *Tvåpartsprocess i allmän förvaltningsdomstol* (JT 2/1991-92) s. 237-251 (s. 243): "Den som begär något eller blir föremål för ett ingripande av något slag från en förvaltningsmyndighet förstår säkert att myndigheten i sin verksamhet företräder något allmänt intresse. Det föreligger naturligen redan när ett förvaltningsärende initieras ett slag partsförhållande mellan den enskilde, som givetvis normalt endast ser till sitt eget intresse, och förvaltningsmyndigheten som utöver detta intresse även har att beakta andra, ofta allmänna, intressen. Detta partsförhållande accentueras om förvaltningsmyndigheten fattar ett beslut som är oförmånligt för den enskilde. När så den enskilde genom att överklaga beslutet vänder sig till en förvaltningsdomstol förväntar han sig nog att möta en självständig och opartisk domstol som ... sliter tvisten mellan honom och förvaltningsmyndigheten. Han förväntar sig rättskipning." Se även Dahlgren, Göran, *Allmän förvaltningsdomstols officialprövning* (SvJT 4/1994) s. 388-406 (s. 402) och jfr von Essen, Ulrik, *Processramen i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor* (2014) s. 27 ff. (med en kritik av Dahlgrens ståndpunkt). Äng. förekomsten av en intressekonflikt i straffprocessen; se exv. Träskman, Per Ole, *Målsäganden som informationskälla vid bevisning i brottmål*, i Heuman, Lars (red.), *Festskrift till Per Olof Bolding* (1992) s. 391-410 (s. 401), som talar om "ett 'spel' mellan två jämbördiga parter, där spelets utgång avgörs och spelets 'vinnare' bestäms av den opartiska domaren".

¹³⁹ Se exv. Baron, Jonathan, *Thinking and deciding* (2000) s. 191 och 195 (om detta fenomen kopplat till mänskligt tänkande i allmänhet) och Nickerson, Raymond S., *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises* (Rev. Gen. Psychol. 2/1998) s. 175-220 (om konfirmeringsbias i synnerhet). Nickerson förklarar bl.a. (a.a. s. 176) att "[t]he strength of a bias in the interpretation of evidence increases with the degree to which the evidence relates directly to a dispute in which one has a personal stake".

¹⁴⁰ "He who represents himself has a fool for a client", för att parafrasera Lincon. Det omvända förhållandet är dock lika sant, men betydligt mycket allvarigare: "He who represents himself has a fool for counsel". Jfr Trechsel (2011) s. 184.

synnerhet.¹⁴¹ Mot den bakgrunden har fenomenet ”pro se litigants” (även omtalade som ”self-represented litigants” eller ”litigants in person”¹⁴²) tilldragit sig alltmer uppmärksamhet, framförallt i den angloamerikanska litteraturen.¹⁴³ I så gott som alla västerländska stater – som tillåter självrepresentation i domstol – har nämligen antalet enskilda parter som företräder sig själva ökat dramatiskt under senare år,¹⁴⁴ vilket har karaktäriserats som ”one of the most significant challenges currently facing the ... courts”.¹⁴⁵ Detta då avsaknaden av kvalificerade biträden riskerar att ge upphov till ett flertal olika problem, som vi kan närma oss i termer av bristande rättssäkerhet, jämlikhet och effektivitet.¹⁴⁶

1.2.2.1 Rättssäkerhets- och jämlikhetsbrister

Hur tillgången till/frånvaron av juridiska biträden påverkar det materiella utfallet i en domstolsprocess har knappt rönt någon uppmärksamhet alls inom den svenska processrättsliga forskningen vilket, enligt min uppfattning, medför att den inhemska diskussionen präglas av naivitet. Forskningsläget ser dock diametralt annorlunda ut i framförallt USA och Storbritannien, där sambandet mellan dessa två variabler har ägnats stort vetenskapligt intresse. I detta avsnitt skall jag kort redogöra för kunskapsläget, för att därigenom underbygga problemformuleringen.

¹⁴¹ Jfr Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective* (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 181-292 (s. 197) och Fernhout, Fokke, *Outcome-Related Fee Agreements in Europe and Hong Kong*, i Uzelac, Alan & van Rhee, C.H. (red.), *Access to Justice and the Judiciary: Towards new European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication* (2009) s. 13-44 (s. 13).

¹⁴² Vanligtvis förkortat som ”LIP:s”. Ang. terminologin; se Worknig group on Access to Justice for Litigants in person, *Access to Justice for Litigants in Person (or self-represented litigants)* (2011) s. 13. Här kommer dessa begrepp att användas som synonymer för att beskriva en enskild part (fysisk eller juridisk person) som för talan utan hjälp av ett juridiskt skolat ombud eller biträde; jfr Moorhead & Sefton (2005) s. 4.

¹⁴³ Se inte minst Assys avhandling *Injustice in Person – The Right to Self-Representation* (2015) och därtill Sharp, Robert J., *Book Review: Assys, Injustice in Person* (C.L.J. 75/2016) s. 435-437.

¹⁴⁴ Se exv. Genn, som i förordet till Assy (2015) förklarar (s. vii) att det går att skönja en ”unprecedented growth in self representation”, Zuckerman, Adrian, *No Justice Without Lawyers – The Myth of Inquisitorial Solution* (C.J.Q. 33/2014) s. 355-374, som anför (s. 355) att ”[t]he number of parties to civil proceedings who do not have legal representation has risen steadily for a number of years” samt Moorhead, Richard, *Access or Aggravation? Litigants in Person, McKenzie Friends and Lay Representation* (C.J.Q. 22/2003) s. 133-155, som talar (s. 133) om ”a growing awareness of the numbers of unrepresented litigants in the court system, and the apparent growth in these numbers in recent times”. I den internationella litteraturen finns rikligt med stöd för en sådan ökning; se exv. Dyer (Law Libr. J. 99/2007) s. 718, Swank, Drew A., *In Defense of Rules and Roles: The Need to Curb Extreme forms of Pro Se Assistance and Accomodation in Litigation* (Am. U. L. Rev. 54/2004-05) s. 1537-1594 (s. 1539), Zorza, Richard, *The Disconnect between the Requirements of Judicial Neutrality and Those of the Appearance of Neutrality When Parties Appear Pro Se: Causes, Solutions, Recommendations, and Implications* (Geo. J. L. Ethics 17/2003-04) s. 423-454 (s. 423), Snukals, Beverly W. & Sturtvant, Glen H., *Pro Se Litigation: Best Practices from a Judge's Perspective* (U. Rich. L. Rev. 42/2007-08) s. 93-105 (s. 93), Engler, Russel, *And Justice for All – Including the Unrepresented Poor: Revisiting the Roles of the Judges, Mediators, and Clerks* (Fordham L. Rev. 67/1998-99) s. 1987-2070 (s. 1987), Swank, Drew A., *The Pro Se Phenomenon* (B.Y.U. J. P.L. 19/2005) s. 373-386 (s. 376), Cameron & Kelly (Hong Kong L.J. 32/2002) s. 313, Zimmermann, Nourit & Tyler, Tom R., *Between Access to Counsel and Access to Justice: A Psychological Perspective* (Fordham Urb. L.J. 37/2010) s. 473-507 (s. 478) samt Buhai, Sande L., *Access to Justice for Unrepresented Litigants: A Comparative Perspective* (Loy. L.A. L. Rev. 42/2009) s. 979-1020 (s. 983).

¹⁴⁵ Genn i förordet till Assy (2015) s. vii. Samma uppfattning hos exv. Sharp (C.L.J. 75/2016) s. 435, som likaså konstaterar att frågan avser ”one of the most difficult problems currently confronting courts”.

¹⁴⁶ Jfr Zuckerman (C.J.Q. 33/2014) s. 355 f., som skiljer mellan ”the justice deficit” resp. ”the efficiency deficit”. Jfr även Dewar, John, Smith, Barry W. & Banks, Care, *Litigants in Person in the Family Court of Australia* (2000) s. 8: ”There are three commonly made arguments for legal representation in an adversary system – those of fairness, of legitimacy and of efficiency.”

För att kunna navigera i den rika litteraturen på området finns det inledningsvis skäl att göra åtskillnad mellan två olika empiriska frågor:

”Scholars seeking representation’s effects offer a variety of reasons that the presence of lawyers as representatives on either or both sides of a case might affect an adjudicator’s judgment about who shall prevail. Some observers focus on the *accuracy* of the final decision, while others focus on parties’ *relative advantage*.”¹⁴⁷

Det allmänna intresset att säkerställa ”materiellt riktiga domar” i somliga måltyper måste alltså särskiljas från partens egenintresse att vinna maximalt bifall till sina yrkanden, eftersom dessa två intressen inte nödvändigtvis sammanfaller.

Huruvida tillgång till juridiskt biträde fungerar som en ”garant” för korrekta avgöranden är, av förklarliga skäl, svårt att studera empiriskt.¹⁴⁸ Den allmänna uppfattningen tycks dock vara att kvalificerade biträden är en förutsättning för den kontradiktoriska processformen,¹⁴⁹ som i sin tur anses främja just korrekta avgöranden.¹⁵⁰ Logiken är tämligen rättfram: Om parterna inte klarar av att vara verksamma i rättegången, kan denna omöjliggen struktureras som en förhandling mellan två aktiva parter inför en (mer eller mindre) passiv domstol.

”An adversarial proceeding cannot proceed as such when the adversaries are not capable of behaving as such. The system simply implodes.”¹⁵¹

Att ställa ett biträde vid den enskilda partens sida kan därmed, med Europadomstolens ord, ytterst anses tjäna det allmänna intresset av ”justice and fairness by enabling the applicant to make an *effective contribution* to the proceedings”.¹⁵²

¹⁴⁷ Jfr Sandefur, Rebecca L., *Effects of Representation on Trial and Hearing Outcomes in Two Common Law Countries* (2005) s. 4 (kurs. där).

¹⁴⁸ Om den problematiska termen *materiellt riktiga domar*, och distinktionen mellan *verklig/materiell* och *juridisk/formell* sanning; se exv. Lindell (2012) s. 45 ff. och vidare Ekelöf (1956b) s. 239 samt Lindblom, Per Henrik, *Straffprocessens samhällsfunktioner*, i Sena uppsatser (2006f) s. 319-333 (s. 324 ff.). Se även exv. Lindbloms diskussion av Robberstad (1999) i Lindblom, Per Henrik, *Tveksam eller inkvisition?*, i *Progressiv process* (2000f) s. 189-236 (s. 198 ff.).

¹⁴⁹ Se t.ex. Devlin, Patrick, *The Judge* (1979) s. 66 f. Om begreppet ”kontradiktorisk rättegång” i den svenska kontexten; se exv. Westberg (2013) s. 133 ff. och Westberg (2010) s. 79 ff.

¹⁵⁰ Jfr Sandefur (2005) s. 4: ”A commonly expressed hypothesis holds that legal representation promotes accuracy through facilitating due process.” Se även exv. Hagen, Jan L., *Justice for the Welfare Recipient: Another Look at Welfare Fair Hearings* (Soc. S. Rev. 57/1983) s. 77-195, Hammer, Ronald P. & Hartley, Joseph M., *Procedural Due Process and the Welfare Recipient* (Wis. L. Rev. 1/1978) s. 145-252 samt Yngvesson, Barbara & Hennessey, Patricia, *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature* (Law & Soc’y Rev. 9/1975) s. 219-274.

¹⁵¹ Cerruti, Eugene, *Self-Representation in the International Arena: Striking a False Right of Spectacle* (Geo. J. Int’l L. 40/2009) s. 919-984 (s. 962). Jfr Assy (C.J.Q. 30/2011) s. 269, Assy (2015) s. 12 samt Assy, Rabbea, *Revisiting the Right to Self-representation* (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 1-25 (s. 4 ff.). Se även Toone, Robert E., *The Incoherence of Defendant Autonomy* (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 621-666 (s. 650) och Sabeli, Martin & Leyton, Stacy, *Train Wrecks and Freeway Crashes – An Argument for Fairness and Against Self-Representation in the Criminal Justice System* (J. Crim. L. & Criminology 91/2000) s. 161-236 (s. 169).

¹⁵² *Granger v. The United Kingdom* (app. no. 11932/86) p. 47.

Betydligt mycket mer empirisk forskning har dock ägnats den senare frågeställningen ovan,¹⁵³ det vill säga biträdets påverkan på partens utsikter att vinna framgång med sin talan (partens så kallade ”processodds”).¹⁵⁴ Ett närmast oräkneligt antal studier¹⁵⁵ har också gett mer eller mindre överensstämmande resultat.¹⁵⁶ Enkelt uttryckt: ”Parties who have lawyers do better.”¹⁵⁷ Av utrymmesskäl är det dock inte möjligt att redogöra för resultaten av varje enskild studie i denna kontext,¹⁵⁸ utan jag väljer istället att lyfta diskussionen en nivå genom att återge två omfattande och ofta citerade metastudier,¹⁵⁹ genomförda av Sandefur.

¹⁵³ Jfr Greiner, James D. & Wolos Pattanayak, Cassandra, *Randomized Evaluation in Legal Assistance: What Difference Does Representation (Offer and Actual Use) Make?* (Yale L.J. 121/2011-12) s. 2018-2214, särskilt s. 2175 ff: ”The literature purporting to measure quantitatively the effect of legal representation in civil disputes is substantial.” Därefter illustrerar Greiner och Wolos Pattanayak den enorma spännvidden på genomföra studier (a. st.): ”In terms of subject area, studies have focused on automobile insurance claims, bankruptcy, disability (SSI/SSDI, FECA, and veterans claims), educational programs for disabled children, employment (generally as well as focusing specifically on discharge/discipline and discrimination), family law (child neglect, custody, divorce, and restraining orders), housing/eviction, immigration disputes of all types, juvenile delinquency, small claims, special education, federal tax (both small claims and general), state tax, unemployment, and welfare. The type of proceeding involved has varied from uncontested, to claims adjustment, to mediation, to arbitration, to various types of administrative adjudications, to court proceedings (including specialized courts of limited jurisdiction).”

¹⁵⁴ Härmed avses den enskildas relativa utsikter att vinna framgång med sin talan.

¹⁵⁵ Se exv. de rikliga hänvisningarna hos Greiner & Wolos Pattanayak (Yale L.J. 121/2011-12) i fn. 154-195 på s. 2175 ff.

¹⁵⁶ Se t.ex. Sandefur, Rebecca L., *The Impact of Counsel: An Analysis of Empirical Evidence* (Seattle J. Soc. Just. 9/2010-11) s. 51-95 (s. 69) och Williams (2011) s. 6.

¹⁵⁷ Galanter, Marc, *Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change* (Law & Soc’y Rev. 9/1974-75b) s. 95-160 (s. 114). Se även exv. Buhai (Loy. L.A. L. Rev. 42/2009) s. 984: “[I]t is clear that a lack of assistance places the pro se litigant at a fundamental disadvantage and effectively limits his or her access to justice.”

¹⁵⁸ Några konkreta exempel – avseende olika måltyper – kan dock ges för att illustrera hur resultaten kan formuleras:

- Seron, Carroll et al., *The Impact of Legal Counsel on Outcomes for Poor Tenants in New York City’s Housing Court: Results of a Randomized Experiment* (Law & Soc’y Rev. 35/2001) s. 419-434 (s. 419): ”The results demonstrate that the provision of legal counsel produces large differences in outcomes for low-income tenants in housing court, independent of the merits of the case. For example, only 22 % of represented tenants had final judgments against them, compared with 51 % of tenants without legal representation.” Ang. samma typ av mål; se även Gunn, Steven, *Eviction Defense for Poor Tenants: Costly Compassion or Justice Served?* (Yale L. & Pol’y Rev. 13/1995) s. 385-428, som konstaterar (s. 413) att ”legal services tenants were more than three times as likely to avoid eviction as were unrepresented tenants” samt Mosier, Marilyn Miller & Soble, Richard A., *Modern Legislation, Metropolitan Court, Miniscule Results: A Study of Detroit’s Landlord-Tenant Court* (U. Mich. J. L. Reform 7/1973) s. 8-70, som konstaterar (s. 64) att deras studie ”showed huge differences between tenants with attorneys and those without. These differences were manifest in all data categories, from defenses raised, jury demands filed, outcomes, and extra days granted to whether or not a writ of eviction finally issued.”
- Murphy, Jane C., *Engaging with the State: The Growing Reliance on Lawyers and Judges to Protect Battered Women* (Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 11/2003) s. 499-521 (s. 511 f.): ”In this study, we found that having an attorney substantially increased the rate of success in obtaining a protection order. In the small sample of women who had an attorney, most (83 %) were successful in getting the protective order while only 32% of women without an attorney got the order.”
- Lederman, Leandra & Hrung, Warren B., *Do Attorneys Do Their Clients Justice – An Empirical Study of Lawyers’ Effects on Tax Court Litigation Outcomes* (Wake Forest L. Rev. 41/2006) s. 1235-1296 (s. 1255): “[T]he presence of an attorney for the taxpayer reduces the IRS’s recovery ratio by 17.9 percentage points ... This means, for example, that if the IRS would otherwise have recovered 78% of the amount of tax it claimed was due, representation would lower that amount, on average, to about 60%. Put another way, in a tried case with the mean amount at stake – \$ 2,979,117 – for example, hiring an attorney would save the taxpayer an average of \$533,262 in tax liability!”

Utöver ovanstående studier; se exv. Genn & Genn (1989) s. 107 ff., Moorhead & Sefton (2005) s. 221 ff., Dewar, Smith & Banks (2000) s. 47 ff., Hannaford-Agor & Mott (Just. System J. 24/2003) s. 170 f., samt Scherer, Andrew, *Why People Who Face Losing Their Homes in Legal Proceedings Must Have a Right to Counsel* (Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J. 3/2006) s. 699-732 (särskilt s. 705 f) och Bezdek, Barbara, *Silence in the Court: Participation and Subordination of Poor Tenants’ Voices in Legal Process* (Hofstra L. Rev. 20/1992) s. 533-608 (särskilt s. 562 ff.).

¹⁵⁹ Det finns även ett flertal litteraturstudier som utförligt redogör för forskningsläget; se exv. Williams (2011) s. 6 och vidare Engler, Russel, *Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel Is Most Needed* (Fordham Urb. L.J. 37/2010) s. 37-92.

Den första av dessa studier, *Effects of Representation on Trial and Hearing Outcomes in two Common Law Countries* (2005), inkluderade ett dussintal originalstudier, som i sin tur omfattande 14 000 civila mål,¹⁶⁰ avgjorda i 14 olika forum.¹⁶¹ Forskningsfrågan formulerade Sandefur enligt följande:

”The ... empirical question of the present analysis concerns the evidence for effects of representation on trial and hearing outcomes. This question concerns the degree to which *parties who are represented by lawyers have favorable outcomes* in comparison with parties who are represented by lay advocates or who represent themselves. In the present paper, I examine only the relative advantage of being represented by a lawyer in comparison to self-representation. My measure of what I will call ‘lawyer advantage’ is the ratio of the odds of winning when one is represented by a lawyer to the odds of winning when one is representing oneself. This odds ratio is a measure of the magnitude of the relationship between representation and case outcome. When the ratio is 1, there is no advantage of having a lawyer: the odds of winning with a lawyer are just as good (or bad, as the case may be) as the odds of winning if one represents oneself. If the ratio is larger than 1.0, we observe some advantage to having a lawyer, as lawyer representation increases the probability of winning more than does self-representation.”¹⁶²

I 2005 års studie kunde Sandefur konstatera, att

”... lawyer representation is usually positively related to case outcomes: on average, parties with lawyers increase their odds of winning by 72 % over parties who represent themselves. The highest observed lawyer advantage is almost 4-fold (3.92): parties with lawyers increase their odds of winning by 392 % in comparison with parties who represent themselves.”¹⁶³

Den andra studien, *The Impact of Counsel: An Analysis of Empirical Evidences* (2010), baserades på ett utvidgat empiriskt underlag: 12 originalstudier som tillsammans omfattande över 70 000 mål.¹⁶⁴ Forskningsfrågan var i princip densamma som i 2005 års studie,¹⁶⁵ och de tidigare resultaten kunde bekräftas:

”Lawyer-represented people are more likely to prevail than people who appear unrepresented, on average. [...] All of the odds ratios for all of the studies are greater

¹⁶⁰ Med ”civila mål” avses i en utländsk kontext även måltypen som i en svensk kontext vore att klassificera som förvaltningsmål. Se exv. Sandefur (2005) s. 2: ”The studies comprise cases that fall under the purview of civil (rather than criminal) law ... and involve a variety of types of law: immigration, welfare and other social security, employment, landlord/tenant, divorce, and personal injury.” Ang. ”lawyer advantage” i brottmål; se exv. Nagel, Stuart S., *Effects of Alternative Types of Counsel on Criminal Procedure Treatment* (Ind. L.J. 48/1972-73) s. 404-426.

¹⁶¹ Sandefur (2005) s. 1.

¹⁶² Sandefur (2005) s. 14 f.

¹⁶³ Sandefur (2005) s. 15.

¹⁶⁴ Sandefur (Seattle J. Soc. Just. 9/2010-11) s. 63.

¹⁶⁵ Se Sandefur (Seattle J. Soc. Just. 9/2010-11) s. 62: ”I focus on a single empirical question: how much does lawyer representation affect who wins and loses in adjudication?”

than i.o. [Accordingly], lawyer-represented people are more likely to win than are unrepresented people in every study.¹⁶⁶

Dessa två metastudier ger tillsammans ett starkt empiriskt stöd för slutsatsen att tillgång till ett juridiskt biträde *förbättrar (eller väsentligen förbättrar) den enskildas utsikter att vinna framgång i en domstolsprocess*.¹⁶⁷ I de granskade originalstudierna ökade partens processodds med i genomsnitt 500 procent,¹⁶⁸ och ibland med nästintill 1 400 procent. Att det föreligger en positiv korrelation mellan å ena sidan tillgång till biträde och å andra sidan ett mer gynnsamt utfall i en domstolsprocess – att det finns ett ”lawyer advantage” – råder det således ingen tvekan om.¹⁶⁹ Det finns dock även en handfull experimentbaserade studier (”randomized trials”) som rentav har kunnat påvisa kausalitet mellan dessa två variabler,¹⁷⁰ det vill säga att det är tillgången till ett biträde per se *som skapar det gynnsamma utfallet*.¹⁷¹

Vi kan därmed konstatera att parter utan biträde sannolikt förlorar mål som de borde – eller i alla fall hade kunnat – vinna, om de bara hade haft tillgång till biträde.¹⁷² För att kunna diskutera vidden av detta problem bör dock ytterligare kunskap adderas – av stor betydelse är inte minst *varför människor inte anlitar biträde*.¹⁷³ Även denna fråga har granskats empiriskt i en rad studier, med mer eller mindre samstämmiga resultat: Ett fåtal människor väljer visserligen att processa utan biträde, men det stora flertalet har inget annat val, eftersom de helt saknar

¹⁶⁶ Sandefur (Seattle J. Soc. Just. 9/2010-11) s. 69, men med följande viktiga tillägg: ”But, though this difference consistently indicates that lawyer represented parties enjoy better outcomes than do unrepresented parties, just how much better varies considerably from across studies – from a study where lawyer-represented people are 19 percent more likely to win, to studies where lawyer-represented people are three to four times more likely to win, to a study which finds the lawyer represented people are almost fourteen times (odds ratio = 13.79) more likely to win than are unrepresented people.”

¹⁶⁷ Jfr Dana Jr., Howard H., *ABA 2006 Resolution on Civil Right to Counsel* (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-06) s. 501-525, som konstaterar (s. 517 f.) att ”studies consistently show that legal representation makes a major difference in whether a party wins in cases decided in the courts”. Samma konstaterande hos exv. Galanter, Marc, *Explaining Litigation* (Law & Soc’y Rev. 9/1974-75a) s. 347-368 (s. 361) och Moorhead (C.J.Q. 22/2003) s. 135. Jfr dock den metodologiska kritiken hos Greiner & Wolos Pattanayak (Yale L.J. 121/2011-12) s. 2182.

¹⁶⁸ Se även Sandefur, Rebecca L., *Lawyer, Non-Lawyer and Pro Se Representation and Trial and Hearing Outcomes* (2006) och Sandefur, Rebecca L., *Elements of Expertise: Lawyers’ Impact on Civil Trial and Hearing Outcomes* (2012). I 2012 års uppföljande studie konstaterar Sandefur (s. 36) att ”the effect of lawyers on case outcomes is to increase the probability of winning by about 540 % (OR=5.4) on average”.

¹⁶⁹ Naturligtvis kan empiriska studier av amerikanska och brittiska domstolar/tribunaler inte utan vidare överföras på/ användas för att förstå verkligheten i svenska domstolar. Som jag kommer att återkomma till i avsnitt 7.3.8 finns det dock nationella studier som bekräftar den internationella bilden.

¹⁷⁰ Se diskussionen avseende behovet av ”randomized design outcome studies” hos Albiston & Sandefur (Wis. L. Rev. 2013/2013) s. 106.

¹⁷¹ Se, för att bara ge ett exempel, Seron et al. (Law & Soc’y Rev. 35/2001) s. 429: ”The findings from this experiment clearly show that when low-income tenants ... are provided with legal counsel, they experience significantly more beneficial procedural outcomes than their pro se counterparts. Represented tenants are much less likely to have a final judgements and order of eviction against them ... Because this evaluation is based on a true randomized experiment, these differences in outcomes can be attributed solely to the presence of legal counsel and are independent of the merits of the case.” Se även Greiner, James D., Wolos Pattanayak, Casandra & Hennesy, Jonathan, *The Limits of Unbundled Legal Assistance: A Randomized Study in a Massachusetts District Court and Prospects for the Future* (Harv. L. Rev. 126/2012-13) s. 901-989 samt Greiner & Wolos Pattanayak (Yale L.J. 121/2011-12).

¹⁷² Se även Moorhead (C.J.Q. 22/2003) s. 135: ”By implication, a significant number unsuccessful litigants in person must have good cases, that are not merely arguable, but highly winnable.”

¹⁷³ Jfr Dewar, Smith & Banks (2000) s. 33, som gör en distinktion mellan ”those who have no lawyer by choice and those who are self-representing by necessity”.

ekonomiska förutsättningar att anlita biträde.¹⁷⁴ Den stora ökningen av antalet parter som processar pro se brukar därför betraktas som en konsekvens av två samverkande trender: Det har (1) blivit allt dyrare att anlita biträde samtidigt som staten (2) inte subventionerar rättsliga biträden i samma omfattning som förr, vilket samfällt medför att allt färre människor har råd att anlita biträde.¹⁷⁵

Sammanfattningsvis är det första (och kanske största) problemet som är förknippat med självrepresentation i domstol det mest uppenbara: Parter som inte har råd att anlita biträde löper en risk att förlora processen *trots att de i och för sig har fog för sin talan*,¹⁷⁶ därför att de inte lyckas fullgöra domstolsprocessens krav. Från ett jämlikhetsperspektiv må detta vara besvärande i dispositiva tvistemål, där endast partsintressen bryts mot varandra,¹⁷⁷ men betänk konsekvenserna i indispositiva mål – såsom brottmål, förvaltningsmål och familjemål – där det i regel finns ett allmänintresse, och emellanåt starka tredjemansintressen, som motiverar ”materiellt korrekta avgöranden”.¹⁷⁸ Är det förenligt med våra anspråk på ”rättssäkerhet” att en oskyldig tilltalad fälls för ett brott, att en flykting som är i behov av skydd utvisas ur landet, eller att en lämplig förälder förlorar kontakten med sitt barn, endast därför att vederbörande inte hade råd att anlita juridiskt biträde?¹⁷⁹

1.2.2.2 Effektivitetsbrister

Att människor i gemen har svårt att föra talan i domstol riskerar dock att inte enbart drabba parten själv (på så vis att domen går parten emot).¹⁸⁰ En advokat har nämligen inte bara skyldigheter mot sin klient, utan även en allmän omsorgsplikt – både mot motparten och mot domstolen – som är ägnad att främja intresset av en

¹⁷⁴ Se t.ex. Williams (2011) s. 4, Dewar, Smith & Banks (2000) s. 11 f., 15 f. och 33 ff., Hannaford-Agor & Mott (Just. System J. 24/2003) s. 163 och 172 f., Langan (Queen's L.J. 30/2005) s. 834 ff., Sales, Beck & Haan (St. Louis U. L.J. 37/1993) s. 567 och Moorhead & Sefton (2005) s. 63 f.

¹⁷⁵ Se exv. Sharp (C.L.J. 75/2016) s. 435: ”Legal fees rise, legal aid sinks, and LIPs flood the courts.” Se även Cameron & Kelly (Hong Kong L.J. 32/2002) s. 328. Om kostnadsökningar i allmänhet och som ett hinder för AtJ i synnerhet; se även Hodges, Christopher, Vogenauer, Stefan & Tulibacka, Magdalena, *The Oxford Study on Costs and Funding of Civil Litigation*, i Hodges, Christopher, Vogenauer, Stefan & Tulibacka, Magdalena (red.), *The Cost and Funding of Civil Litigation – A Comparative Perspective* (2010) s. 1-184 (s. 5 f.) samt Zuckermans redogörelse för det ”The cost dimension” i Zuckerman, Adrian, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, i Zuckerman, Adrian, Chiarloni, Sergio & Gottwald, Peter (red.), *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure* (1999) s. 3-52 (s. 7 ff.).

¹⁷⁶ Jfr Assy (2015) s. 25. Se även Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 2, som m.h.t. till tillgänglig forskning konstaterar att ”[LIPs] are more likely than represented litigants to be subject to an adverse decision, irrespective of the merits of their cases”. Se även Snuks & Sturtvant (U. Rich. L. Rev. 42/2007-08) s. 96 och Zuckerman (C.J.Q. 33/2014) s. 355 f.

¹⁷⁷ Om distinktionen mellan dispositiva och indispositiva mål; se exv. Ekelöf et al. (2016) s. 62 ff. och von Essen (2014) s. 102 ff. Om distinktionen mellan partsintressen, allmänna intressen och tredjemansintressen; se exv. Westberg (1988) s. 44, som skiljer mellan ”olika slags officialintressen”.

¹⁷⁸ Se fn. 148 ovan ang. begreppet ”materiellt korrekta avgöranden”.

¹⁷⁹ Jfr Assy (2015) s. 3, som ang. brottmålen anför att ”self-representation poses a substantial threat to the public interest in convicting and punishing only the guilty”.

¹⁸⁰ Cerruti (Geo. J. Int'l L. 40/2009) s. 926 samt Langan (Queen's L.J. 30/2005) s. 838 ff., som under rubriken ”Problems Created by Lack of Representation” skiljer mellan ”Problems for the Judge”, ”Problems for Opposing Parties and their Lawyers” samt ”Problems for the Unrepresented Litigant”.

”god”¹⁸¹ rättskipning.¹⁸² Att enskilda, som processar i egen sak, sällan för talan med samma omsorg illustreras väl av följande domskäl från brittiska Court of Appeals,¹⁸³ som återges in extenso eftersom de och är förhållandevis allmängiltiga och därtill tämligen (tragi)komiska – skrivna med den finess som kännetecknar angloamerikansk domsskrivning. I *Colin Wright mot Michael Wright m.fl.* anförde Sir Ward, att det aktuella avgörandet ”will make depressing reading”. Målet avsåg två affärsmän, som efter flera år av framgångsrikt samarbete hade hamnat i luven på varandra:

”Being without or having run out of funds to pay for legal representation, they have become resolute litigators and they litigated in person. Some unlucky judge had to cope with the problems that inevitably arise in the management of a case like this. [...] What I find so depressing is that the case highlights the difficulties increasingly encountered by the judiciary at all levels when dealing with litigants in person. [One problem] is how to bring order to the chaos which litigants in person invariably – and wholly understandably – manage to create in putting forward their claims and defences. Judges should not have to micro-manage cases, coaxing and cajoling the parties to focus on the issues that need to be resolved. Judge Thornton did a brilliant job in that regard yet, as this case shows, that can be disproportionately time-consuming. [...] The expense of three judges of the Court of Appeal dealing with this kind of appeal is enormous. The consequences by way of delay of other appeals which need to be heard are unquantifiable. The appeal would certainly never have occurred if the litigants had been represented. With more and more self-represented litigants, this problem is not going to go away.”¹⁸⁴

Som framgår av de citerade domskälen kan det ta mycket tid och resurser i anspråk för en domare att utöva aktiv processledning (i både formellt och materiellt hänseende¹⁸⁵) visavi parter som saknar biträde,¹⁸⁶ eftersom sådana parter tenderar att ha svårt att förstå det processuella regelverket och tillgodogöra sig de anvisningar som domstolen

¹⁸¹ Framförallt i bemärkelsen processekonomisk/kostnadseffektiv. Om processekonomiska argument relaterade till rättegångskostnadernas hantering; se Bellander, Henrik, *Rättegångskostnader – Om kostnadsbördan i dispositiva tvistemål* (2017) särskilt kap. 7-9.

¹⁸² Sälunda skall advokaten utföra sitt uppdrag med omsorg, noggrannhet och tillbörlig skyndsamhet; se VRGA p. 2.1.1. Häri ligger bl.a. att advokaten är skyldig att ordentligt sätta sig in i saken, att driva saken med omsorg – vilket bl.a. innefattar ett skyndsamhetskrav – samt att verka för att förelägganden från rätten följs och att förfrågningar från rätten besvaras utan dröjsmål; se VRGA p. 6, som reglerar förhållandet till domstolar och myndigheter, och särskilt p. 6.1.1 och 6.1.2. Relationen till motparten regleras under p. 5, där det bl.a. framgår att advokaten inte får försöka främja klientens sak genom otillbörliga åtgärder mot motparten, att hon som utgångspunkt inte får förebringa bevisning om förhållanden som är nedsättande för motparten eller göra för motparten kränkande eller förklarande uttalanden, samt att hon i övrigt skall avstå från åtgärder eller uttalanden som är ägnade att i onödan kränka eller sära motparten; se p. 5.1 och 5.3.

¹⁸³ Se även exv. Buxton, Tiffany, *Foreign Solutions to the U.S. Pro Se Phenomenon* (Case W. Res. J. Int'l L. 34/2002) s. 103-148, som anför (s. 114) att "[p]ro se litigants are likely to neglect time limits, miss court deadlines, and have problems understanding and applying the procedural and substantive law pertaining to their claim". Se härtilt Assy (2015) s. 22 och Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 19 f.

¹⁸⁴ *Colin Wright v. Michael Wright Supplies Ltd & Turner Wright Investments Ltd*, (2013) EWCA Civ. 234 p. 1-2 samt härtilt Assy (2015) s. 23.

¹⁸⁵ Om skillnaden mellan materiell och formell processledning; se exv. Wallerman (2015) s. 179 ff., med vidare hänvisningar. Mycket förenklat anses den materiella processledningen avse processmaterialet och den formella processledningen förfarandet. Gränsdragningen häremellan är dock allt annat än klar.

¹⁸⁶ Se även Snukals & Sturttvant (U. Rich. L. Rev. 42/2007-08) s. 97.

lämnar.¹⁸⁷ Detta sakernas tillstånd medför förstås att processen blir ineffektiv,¹⁸⁸ vilket i förlängningen är ägnat att drabba också motparten i målet, exempelvis genom att avgörandet fördröjs i onödan.¹⁸⁹ Detta problem är ingalunda unikt för brittiska domstolar utan har också uppmärksammats globalt – även i en svensk kontext.

Vad först avser processen i allmän domstol föreslog exempelvis Hovrättsprocessutredningen införandet av en ny regel i rättegångsbalken, enligt vilken hovrätten vid behov skulle kunna förelägga klaganden att anlita biträde, med följande motivering:

”Hovrättens möjligheter att snabbt handlägga mål motverkas ibland av parts sätt att föra processen. Detta gäller *framför allt i de mål där part för sin talan själv*. I en del av dem skulle det underlätta avsevärt om partens talan i stället fördes av ombud. [...] På det viset skulle erforderlig klarhet snabbare nås beträffande partens ståndpunkt i målet och hovrätten slippa onödigt merarbete. [...] Som exempel på problem som kan uppkomma kan nämnas mångordiga och svårtydda skrifter som det tar avsevärd tid att läsa igenom och försöka förstå. Det förekommer vidare att yrkanden, liksom uppgifter om den bevisning som åberopas, göms i ett svårbegripligt ordflöde. I den nu beskrivna typen av inlagor är det inte sällan omöjligt att entydigt fastställa vad som yrkas, vilka grunderna är och vilken bevisning som åberopas. Dessa oklarheter medför vanligen kompletteringsförelägganden från hovrättens sida med i många fall lika långa och oklara skrifter som svar.”¹⁹⁰

I jämförelse med den allmänna processen är dock den antydda problematiken betydligt mycket vanligare i förvaltningsprocessen, där lagstiftaren har eftersträvat en ordning där enskilda för talan utan biträde.¹⁹¹ Denna ambition har också i hög utsträckning förverkligats:

¹⁸⁷ Jfr Assy (2015) s. 100, som förklarar att ”[LIPs] fail miserably when it comes to complying with court orders and with rules of procedure and evidence”. Enligt Assy beror detta på ”ignorance or inadequate understanding of the rules, failure to appreciate the consequences of non-compliance, or inability to deliver what is required”.

¹⁸⁸ Se exv. Swank (Am. U. L. Rev. 54/2004-05) s. 1548, som anför att ”[t]he increase in pro se litigation has disrupted the efficiency of the courts, causing courtroom delays and overburdening judges, attorneys, and court staff” och Snukals & Sturtvant (U. Rich. L. Rev. 42/2007-08) s. 96: ”Besides the negative consequences for the pro se litigant, the court system also suffers from increased burdens, which disrupt the efficiency of the courts and delay the administration of justice for both represented and pro se parties.” Jfr även exv. Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 628, som talar om ”procedural and logistical problems raised by self-representation” samt Buhai (Loy. L.A. L. Rev. 42/2009) s. 983.

¹⁸⁹ Jfr Snukals & Sturtvant (U. Rich. L. Rev. 42/2007-08) s. 97, som konstaterar att ”represented litigants suffer increased legal fees as their attorneys bill for the increased time the court spends dealing with inexperienced pro se litigants” och Assy (2015) s. 23 resp. Assy (C.J.Q. 30/2011) s. 281, som konstaterar att kostnader och tid ”are no less important than justice on the merits”. Notera dock att sådana kostnader, i extrema fall, kan hanteras genom RB 18 kap. 6 §, men med följande anmärkning hos Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 21 fn. 42: ”The capacity of costs order to alleviate this injustice is not self-evident. There is a nonpecuniary dimension of the delay that is not compensated by the rules of costs, expressed in belated justice and the impact of delay on the deterioration of evidence. Furthermore, litigants in other cases which do not involve LIPs may still suffer from the general harmful effect of LIPs on the system without being able to recover their costs. At any rate, LIPs may not always be able to meet the cost order.”

¹⁹⁰ SOU 1995:124 s. 286 ff. Se vidare prop. 1998/99:37 s. 30, där det anförts att ”[h]ovrättens möjligheter att snabbt handlägga mål motverkas ibland av parternas sätt att föra processen, t.ex. på ett yvigt sätt, med långa och svårtillgängliga skrifter eller med täta ändringar i upplägget av talan. Detta gäller främst mål där parten själv för sin talan. I en del sådana mål skulle det underlätta avsevärt, både för hovrätten och för motparten i målet, om ett ombud förde partens talan.”

¹⁹¹ Se exv. prop. 1971:30 s. 291 f.

”I förvaltningsprocessen är det i en helt annan utsträckning än vid de allmänna domstolarna vanligt att den enskilde för talan utan juridiskt sakkunnigt ombud eller biträde. [...] I likhet med vad som nu är fallet får förvaltningsdomstolarna därför även i fortsättningen *räkna med att behandla ett stort antal på olika sätt bristfälliga partsskrivelser.*”¹⁹²

Problematiken är emellertid inte begränsad till att enskilda i regel har svårt att föra talan i domstol; till saken hör slutligen att många som väljer att väcka talan utan biträde helt och hållet saknar grund för sin talan, eller framställer yrkanden som inte lagligen kan bifallas.¹⁹³ Som Rättegångsutredningen konstaterade är nämligen ”en viktig uppgift för advokater ... att avråda klienten från process”, i den mån klienten med säkerhet kommer att förlora målet:

”Att tro att enskilda personer även utan juridisk hjälp rätt kan bedöma i vilka fall deras anspråk kan vinna framgång i en process är ... överdrivet optimistiskt. I debatten om vidgade möjligheter för enskilda att göra sina anspråk gällande synes man mestadels ha underskattat risken för att anspråken inte är juridiskt hållbara.”¹⁹⁴

Annorlunda uttryckt fungerar advokaten – åtminstone idealt sett – som ett första ”filter” ägnat att särskilja de hållbara anspråken från de ohållbara, och endast låta de tidigare passera till domstol.¹⁹⁵ Att ett sådant filter saknas riskerar naturligtvis att gå ut över både motparten och domstolen (och därmed, i förlängningen, över det allmänna/allmänheten, i bemärkelsen ”oss alla”).¹⁹⁶ Sätillvida är problematiken inte begränsad ens till det enskilda fallet – det har rent av hävdats att parter som processar ensamma, till följd av sitt stora antal, ”obstruct the general administration of justice and impact on other cases in which they are not involved”.¹⁹⁷

¹⁹² Prop. 1971:30 s. 521. Se även i och vid fn. 234 nedan.

¹⁹³ För exempel; se Dyer (Law Libr. J. 99/2007) s. 726

¹⁹⁴ SOU 1982:26 s. 52.

¹⁹⁵ Av det de vägledande reglerna om god advokatsed följer en skyldighet för advokaten att, såvitt möjligt, undvika process även när klienten har fog för sin talan; enligt VRGA p. 5.2.1 får rättsliga åtgärder inte vidtas utan att motparten först har beretts skäligen tid för att ta ställning till klientens anspråk och möjlighet att träffa en uppgörelse i godo. Att parter inte konsulterar advokat innan de väcker talan riskerar således att föranleda onödiga rättegångar, i bemärkelsen *antingen* helt obefogade eller sådana som hade kunnat undvikas, vilket naturligtvis är besvärande både för motparten och för domstolen. Se dock RB 18 kap. 3 § om möjligheten att frångå huvudregeln i RB 18 kap. 1 §, när en part har föranlett onödig rättegång.

¹⁹⁶ Med Genns ord (i förordet till Assy (2015) s. vii): “[The] courts are not only dealing with a rise in self-representing parties with meritorious claims, but are also under pressure from habitual and vexatious self-representing litigants who consume a disproportionate share of already stretched court resources.” Se dock RB 42 kap. 5 § om möjligheten att meddela dom utan att utfärda stämning när käromålet är uppenbart ogrundat (s.k. ”tokmål”).

¹⁹⁷ Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 19 f. Se även exv. Zorza, Richard, *An Overview of Self-Represented Litigation Innovation, Its Impact, and an Approach for the Future: An Invitation to Dialogue* (Fam. L.Q. 43/2009-10) s. 519-544 (s. 521): ”The practical impact on bar and judiciary is obvious. In addition to the uncertainties imposed on counsel and judges, cases are delayed by litigant ignorance, uncertainty, and lack of preparation. This impacts not only the judge and any counsel in the self-represented litigant’s case, but also it slows down the whole courtroom.”

1.3 "Lösningarna"

Sammanfattningsvis riskerar det faktum att enskilda för talan utan kvalificerad biträdes hjälp att få ett flertal implikationer som de flesta antagligen skulle betrakta som problematiska, närmare bestämt: (1) att enskilda förlorar processer som de hade kunnat vinna (och kanske "borde" ha vunnit); (2) att enskilda inte har förmåga, och ibland inte vilja, att processa med tillbörlig omsorg (vilket leder till ökad tidsutdräkt/ökade kostnader också för motparten/domstolen); samt (3) att enskilda för processer som är omöjliga vinna (och därför aldrig borde ha initierats). På dessa problem går det att anlägga diametralt olika perspektiv,¹⁹⁸ vilket kan illustreras med hjälp av två exempel ur doktrinen:

Wolf: "Only too often the litigant in person is regarded as a problem for judges and for the court system rather than the person for whom the system of justice exists. The true problem is the court system and its procedures which are still too often inaccessible and incomprehensible to ordinary people."¹⁹⁹

Swank: "[T]he calls for greater assistance and accommodation will do more to harm the administration of justice for all people – including the pro se. While this view is far from politically correct, the fundamental notions of fairness and justice for all demand a preservation of the traditional rules and roles."²⁰⁰

Annorlunda uttryckt: Den som betraktar det svårtillgängliga domstolssystemet som problemet tenderar, å ena sidan, att försöka lösa detta genom att *förändra* (i bemärkelsen *förenkla*) systemet,²⁰¹ för att därigenom göra domstolarna tillgängliga ("accessible"/"easy-to-access") för enskilda som för sin egen talan.²⁰² Den som däremot anser att systemet bör bevaras intakt,²⁰³ betraktar å andra sidan den enskilda partens bristande kunskaper som problemet, vilket sålunda får lösas genom att människor

¹⁹⁸ Jfr Cameron & Kelly (Hong Kong L.J. 32/2002) s. 316 om perspektivets betydelse.

¹⁹⁹ Lord Woolf, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England & Wales* (1995) s. 119. Samma uppfattning exv. i rapporten *Access to Justice for Litigants in Person (or self-represented litigants)* (2011) s. 15: "Courts and tribunals exist for their users, not the other way round".

²⁰⁰ Swank (Am. U. L. Rev. 54/2004-05) s. 1539. Samma uppfattning hos exv. Assy (2015) s. 25, som anför att "the LIP's case is likely to be characterized by a fundamental and systematic failure to grasp the process and make arguable applications or present the case according to proper procedure in a sensible and reasonable manner. [...] This type of systematic failure is typical of LIPs, and is best prevented by restricting self-representation."

²⁰¹ Jfr Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 6: "The typical answer in the literature is that the adversarial system bears all the responsibility for [the LIPs] poor performance. Instead of enabling litigants to obtain justice, the highly structured forensic setting has become a source of hindrance, confusion and frustration to lay persons." Se även Assy (C.J.Q. 30/2011) s. 271.

²⁰² Vanligtvis genom en mer informell process och/eller en mer aktiv materiell processledning; jfr Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 3: "There is a widespread view that courts and the legal system as a whole do not do enough to help LIPs and redress the imbalance between them and represented litigants. Accordingly, it is often suggested that the rules of procedure should be simplified for the benefit of LIPs and that judges should actively assist them in presenting their cases effectively." Se även a.a. s. 8 f., där dessa två lösningar utvecklas ytterligare, samt Assy (C.J.Q. 30/2011) s. 267. En sådan "lösning" företräds exv. av Goldschmidt (Fam. Ct Rev. 40/2005) s. 45 ff. och Zorza, Richard, *Access to Justice: The Emergin Consensus and some Questions and Implications* (Judicature 94/2010-11) s. 156-167 (se särskilt s. 157: "Courts must become institutions that are easy-to-access").

²⁰³ Detta genom ett värnande av den traditionella rollfördelningen mellan rättegångens aktörer.

(formellt eller faktiskt²⁰⁴) *tvungas att anlita juridiskt biträde* inför domstol.²⁰⁵ Med andra ord står vi inför ett val mellan två alternativa lösningar på samma grundproblem,²⁰⁶ vilket kan illustreras genom en banal metafor:

Låt oss likna domstolsprocessen vid en maskin som gemene man emellanåt måste nyttja för att tillgodose ett visst mänskligt behov – exempelvis att åstadkomma en fysisk förflyttning från en plats till en annan. Givet denna utgångspunkt kan vi föreställa oss att maskinen ges två alternativa konstruktioner, som vi kan kalla ”modell A” respektive ”modell B”.

Modell A, å ena sidan, har fått en synnerligen komplex konstruktion, med ett hundratal knappar, spakar, pedaler och reglage. En så komplicerad maskin kan vi förutsätta att gemene man inte kan hantera. För att nyttja modell A måste därför ”vanligt folk” anlita en för ändamålet särskilt utbildad maskinoperatör, som vet vad alla knappar med mera har för funktion. För att bara ge ett exempel kan inte vem som helst flyga ett flygplan, och även om detta inte vore formellt förbjudet skulle det ändå föreligga ett faktiskt ”pilottvång” (eftersom ytterst få människor skulle kunna få ett flygplan att lyfta).

Modell B, å andra sidan, har givits en ”användarvänlig” konstruktion genom att antalet knappar, spakar, pedaler och reglage har reducerats till ett absolut minimum; maskinen har endast två pedaler och ett styre. En sådan maskin kan de flesta av oss hantera, men den förenklade konstruktionen kommer oundvikligen att påverka funktionen/precisionen hos den modifierade versionen. För att ge ett exempel kan nästa alla cykla (men en cykel är långsammare än ett flygplan, och kan dessutom inte flyga).

Mellan ovanstående ytterligheter finns det naturligtvis ett helt spektrum av mer eller mindre komplicerade ”mellanlösningar” (till exempel en bil, som de flesta kan hantera efter viss utbildning), men faktum kvarstår: Det går, krasst uttryckt, inte att ha kakan och äta den samtidigt, det vill säga en alltför raffinerad maskin som kreti och pleti kan hantera utan hjälp.²⁰⁷ Och på motsvarande sätt förhåller det sig med våra domstolar: En domstolsprocess kan konstrueras på en rad olika sätt, och valet av konstruktion får konsekvenser – inte minst för rollfördelningen mellan rättegångens aktörer. Det sagda kan också beskrivas i termer av huvudregel/undantag, eller som ett spørsmål om grundläggande (normativ) utgångspunkt: Vill vi att medborgarnas

²⁰⁴ Med ett ”formellt biträdestvång” avser jag att parterna inte *får* processa utan biträde, medan ett ”faktiskt biträdestvång” föreligger när parterna inte *kan* processa utan biträde. Som kommer att framgå finns i Sverige (med fåtalet undantag) inget formellt tvång att anlita biträde, men däremot ett faktiskt ”tvång” i vissa måltyper; jfr Ekelöf & Edlestam (2002) s. 193 (citerad in extenso vid fn. 221 nedan).

²⁰⁵ Jfr Assy (2015) s. 13 f. och 25.

²⁰⁶ Se Buhai (Loy. L.A. L. Rev. 42/2009) som skiljer mellan (1) ”expanding the availability of attorneys” samt (2) ”altering the system itself as to make it less dependant on attorneys and more accessible to pro se litigants”. Jfr Lindbloms distinktion mellan ”finprocesser” och ”barfotaprocesser” i Lindblom (2000d) s. 19 ff.

²⁰⁷ För att återkoppla till modell A/flygplanet ovan; se artikelrubriken till Frigenti, Tiffany, *Flying Solo Without a License: The Right of Pro Se Defendants to Crash and Burn - People v. Smith* (Touro L. Rev. 28/2013) s. 1019-1049.

(”mänskliga”²⁰⁸) rätt till domstolsprövning skall tillgodoses i en process som förutsätter, eller inte förutsätter, att parternas talan förs med kvalificerat biträde.²⁰⁹

Med denna ingång i problematiken går det att dra en skiljelinje mellan civil law- och common law-jurisdiktioner: Något schematiskt föreligger nämligen ett formellt biträdestvång i de flesta kontinentaleuropeiska system (ofta förenat med ett advokatmonopol, vilket samfällt ger upphov till ett advokattvång²¹⁰).²¹¹ På kontinenten har man således, å ena sidan, inte velat förenkla domstolsprocessen, och istället ”löst” problemet genom att förbjuda självrepresentation i domstol. Detta till skillnad från de angloamerikanska rättssystemen, där rätten till självrepresentation brukar betraktas som en grundläggande processuell rättighet. Att parterna är fria att föra sin egen talan har dock, å andra sidan, krävt olika anpassningar av domstolsprocessen. Till denna skiljelinje mellan civil law och common law återkommer jag i avhandlingens avslutande del III.²¹²

Även inom ramen för samma nationella processordning går det dock att iakttä grundläggande skillnader såvitt avser inställningen till advokatmedverkan i processen, både mellan olika tidsepoker och mellan olika processformer. I Sverige kan således en dåtida distinktion göras mellan civil- och straffprocessen enligt äldre respektive nya rättegångsbalken, och i nutid kan en tydlig skiljelinje dras mellan den allmänna processen och förvaltningsprocessen. Förvisso finns det inte något generellt biträdestvång i svensk domstol – varken i allmän domstol eller i förvaltningsdomstol – men i den allmänna processen förutsätts parterna anlita biträde (modell A/flygplanet). Inför förvaltningsdomstol är utgångspunkten den omvända – den enskilda parten förutsätts föra sin egen talan (modell B/cykeln). Denna skillnad mellan processformerna löper liksom en röd tråd genom avhandlingens del II, och kommer att problematiseras ytterligare i del III. Som utgångspunkt för den fortsatta diskussionen kan vi dock konstatera att båda dessa modeller i och för sig kan vara förenliga med kraven på AtJ/AtC.

1.3.1 Ett problem – två alternativa lösningar?

Oavsett om vi tar avstamp i den delvis ideologiskt underbyggda idén om AtJ, eller i kravet på AtC betraktat som en rättslig standard (”mänsklig rättighet”),²¹³ följer att

²⁰⁸ Rätten till domstolsprövning, betraktad som en mänsklig rättighet, diskuteras närmare i avsnitt 2.3.

²⁰⁹ Jfr Assy (2015) s. 18, som för egen del anför att ”[i]t is a mistake to suppose that the primary form of access to court is self-representation, and that legal representations is derivative from it”.

²¹⁰ Med ”advokatmonopol” avses ett system där endast personer som tillhör en advokatorganisation – vanligtvis ett advokatsamfund – tillåts uppträda som rättegångsbiträde/-ombud. Med ”advokattvång” avses att den som är part i en rättegång måste anlita en advokat för att få föra talan i domstol. Ang. terminologin; se exv. Ekelöf et al. (2016) s. 219.

²¹¹ Se Assy (2015) s. 1 (ang. civila mål) samt Boas, Gideon, *The Right to Self-Representation in International and Domestic Criminal Law – Limitations and Qualifications on that Right*, i Abtahi, Hiram & Boas, Gideon (red.), *The Dynamics of International Criminal Justice: Essays In Honour Of Sir Richard May* (2006) s. 39-94 (s. 40) och Scharf, Michael P., *Self-Representation versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals* (J. Int'l Crim. J. 4/2006) s. 31-46 (s. 35 f.) (ang. brottmål).

²¹² Se avsnitt 8.4 nedan.

²¹³ AtJ/AtC definieras och diskuteras utförligare i kap. 2.

var och en skall tillförsäkras ett *effektivt rättsskydd*, vilket kan förstås som ett fungerande processrättsligt skydd för de materiella rättigheter som kommer till uttryck i lagstiftningen.²¹⁴ Att det allmänna bär det yttersta ansvaret för att enskilda får tillgång till ”verkningsfulla sanktionsmedel” vid rättighetskränkningar, genom det av staten administrerade domstolssystemet, har också den svenska lagstiftaren bekräftat i ett flertal olika sammanhang.²¹⁵ Ett övergripande mål med processordningen kan därmed identifieras, vilket Lindblom fångar i följande ordalag:

”Alla bör ha en realistisk möjlighet att ... få sina rättigheter fastställda och exekverade, ingen bör löpa risken att domstolsvägen åläggas skyldigheter eller fråntas egendom utan tillgång till en kontradiktorisk process på någorlunda likvärdiga villkor. Detta processuella grundskydd är för många ett centralt uttryck för rättssäkerhet och därmed också ett omistligt inslag i rättsstaten. [...] Så här långt råder säkert enighet, inte bara bland ’folk i allmänhet’ utan också över de politiska partigränserna. Det borde även vara okontroversiellt att medborgarnas ’access to justice’ (AtJ) skall vara inte endast formell utan reell och jämlik. Denna värdegemenskap gäller åtminstone för alla dem som ansluter sig till principerna bakom [Europakonventionen].”²¹⁶

En av flera (samhälls)funktioner som kan tillskrivas domstolsprocessen är således att tillhandahålla ett effektivt ”rättsskydd” åt alla.²¹⁷ Från ett AtC-perspektiv är det dock (i princip²¹⁸) egalt om processordningen antingen kräver/tar för givet att parterna anlitar kvalificerat biträde inför domstol, eller tillåter/är inrättad så att en enskild part skall kunna företräda sig själv, *så länge parterna tillförsäkras en effektiv (och rättvis) domstolsprövning* i enlighet med Europakonventionens artikel 6. Det sagda

²¹⁴ Se exv. Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv* (1997) s. 177 f. ang. adekvat/effektivt rättsskydd i en EU-rättslig kontext. Enligt Andersson (a. st.) föreligger ett effektivt rättsskydd när ”individerna vid nationell domstol [kan] bringa en överträdelse att upphöra och utverka kompensation för skador som vederbörande drabbats av genom överträdelsen”.

²¹⁵ Se exv. prop. 2001/02:107 s. 20 och 114. Se även Westberg (2013) s. 108 och Sackville, Ronald *Some Thoughts on Access to Justice* (NZJPII 2/2004) s. 85-112 (s. 86), samt exv. prop. 1972:4 s. 224 f.

²¹⁶ Lindblom, Per Henrik, *Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda*, i *Progressiv process* (2000b) s. 237-302 (s. 238), med tillägget: ”Och finns det idag någon som inte gör det, åtminstone utåt och så länge det inte kostar för mycket?”

²¹⁷ Jfr Zuckerman (1999) s. 9, som talan om ”individual justice” i relation till rättegångskostnaderna: ”We have seen that the aim of civil procedure is to protect and enforce legal rights. It follows that all citizens whose rights are threatened or infringed are entitled to receive protection from the courts. Put differently, it is not enough that a system tries to achieve rectitude of decision, it must also enable those who wish to enforce or defend their rights a reasonable opportunity to do so.” I den moderna svenska processdoktrinen har processens rättsskyddande funktion starkast betonats av Lindell. Sälunda anför Lindell (2012) uttryckligen (s. 21 f.) att ”[p]rocessens viktigaste funktion torde ... vara *rättsskyddsfunktionen*”, med tillägget att enskilda ”måste ha möjlighet att realisera [sina] rättsanspråk och på så vis få rättsskydd”. Som Lindell påpekar (a.a. s. 22 fn. 1) skall dock idén att processens rättsskyddande funktion inte blandas samman med 1800-talets metafysiskt laddade rättsskyddsteori, som idag betraktas som ”övergiven”. Om denna teori (i både historisk och nutida belysning); se exv. Andersson (1997) särskilt s. 201 ff., och Lindblom, Per Henrik, *Processens funktioner – en resa i gränslandet*, i *Progressiv process* (2000e) s. 41-86 (s. 58 ff.). Frågan om processens (samhälls)funktion är dock mångfacetterad och den rättsskyddande funktionen är inte okontroversiell – i vart fall inte som processens primära mål. Detta tema kommer inte att utvecklas med något större intentionsdjup i denna avhandling; jag nöjer mig istället med att betrakta den rättsskyddande funktionen som en av flera allmänt accepterade under-/ /ldfunktioner hos processen överordnad-/gripande ”genomslagsfunktion”. Se dock i och vid fn. 324-325 nedan för en kortare diskussion om processens funktion(er).

²¹⁸ Detta är en grov förenkling som jag tillåter mig i detta inledande kapitel. EKMR art. 6 innehåller nämligen vissa minimikrav exv. vad avser tillgång till försvarare i brottmål. Bilden behöver således nyanseras. Som en utgångspunkt kan man dock närma sig de två ”lösningarna” som alternativa, låt vara att båda lösningarna *inte alltid* är förenliga med art. 6.

kan illustreras av Europadomstolens avgörandet i *Airey mot Irland*, där domstolen anförde följande:

”[W]ilst [Article 6 § 1] guarantees to litigants an effective right of access to the courts ... it leaves to the State a free choice of the means to be used towards this end. The institution of a *legal aid scheme* ... constitutes one of those means but there are others such as, for example, a *simplification of procedure*. In any event, it is not the Court’s function to indicate, let alone dictate, which measures should be taken; all that the Convention requires is that an individual should enjoy his effective right of access to the courts in conditions not at variance with [Article 6 § 1].”²¹⁹

Som Europadomstolen konstaterar står vi alltså – hypotetiskt sett – inför ett val mellan två *alternativa lösningar på samma grundproblem*, som alla kan vara förenliga med artikel 6. Vad domstolen inte utvecklar är dock att båda de anvisade lösningarna med nödvändighet ger upphov till nya problem, vilket gör frågan komplicerad. Låt oss därför dra resonemanget till sin spets.

1.3.1.1 Att anlita biträde

Att gemene man har svårt att föra talan i domstol kan, för det första, hanteras genom att parterna helt enkelt anlitar biträde. Som konstaterats inom den svenska processdoktrinen är emellertid denna ”lösning” inte problemfri – tvärtom:

Boman: ”Det finns en nackdel med rättegången i tvistemål och en allvarlig sådan. Rättegången blir dyr. Rättegångsbalken är visserligen skriven så, att part skall kunna processa själv, utan ombud. Men den som inte är jurist eller har vanan inne, den behöver i regel hjälp. Hittills har domstolarna inte velat lämna någon nämnvärd hjälp i sådana fall, där två parter står mot varandra. Parterna har därför varit hänvisade till hjälp främst av advokater. Och det måste kosta pengar.”²²⁰

Ekelöf: ”[V]år gällande processordning ... är så utformad att parterna i mer komplicerade mål har svårt att utföra sin talan utan biträde av advokater. Detta har medfört att vi har fått ett visst faktiskt advokattvång ... Men då har istället processkostnaderna blivit ett allvarligt problem, något som i sin tur lett till att man i ökad utsträckning måste bereda processpart advokathjälp på det allmännas bekostnad (rättshjälp) eller genom försäkringar (rättsskydd).”²²¹

²¹⁹ *Airey v. Ireland* p. 26.

²²⁰ *Boman* (SvJT 1/1973) s. 480. Jfr även Fernhout (2009) s. 13: ”Civil litigation may be costly. Even if parties are allowed to appear in a procedure pro se ... resorting to legal professionals is, in most cases, eventually unavoidable. Substantive law and knowledge of the procedure itself are mastered only by specialists and specialists have their price.”

²²¹ Ekelöf & Edelstam (2002) s. 193 (uteslutet ur 9:e uppl.), med tillägget: ”I mindre tvistemål har man ansett att det blir oproportionerligt dyrt med ombud och i sådana mål förutsätts därför parterna kunna föra sin talan själva. Så har då utvecklingen i viss utsträckning vänt åter till det som var tidigare!” Se även Modéer, Kjell-Åke, *Det fria advokatycket – kampen för en modern juridisk yrkesroll*, i Müllern, Mats, Lindskog, Stefan & Unger, Sven (red.), *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund* (1987) s. 11-52 (s. 12 och 14), som i likhet med *Boman* och *Ekelöf* framhåller den ”processekonomiska aspekten” på problemet.

Det är en truism att kostnaderna för rättsliga biträden kan uppgå till betydande belopp som inte sällan är i paritet med, och ibland till och med överstiger, tvisteföremålets värde (när detta kan mätas i pengar).²²² Det som allt som oftast avgör om gemene man kan anlita biträde är följaktligen om sådana kostnader – åtminstone delvis – kan övervältras på någon annan. Om domstolsprocessen är komplicerad så till den grad att enskilda inte kan förväntas vara kapabla att föra sin egen talan på ett tillfredsställande vis *måste det därför finnas anknytande regelsystem genom vilka parterna kan få sina kostnader för biträde ersatta*.²²³ Detta konstaterande lämnar dock avgörande frågor obesvarade: Vem skall betala, hur mycket, och under vilka närmare förutsättningar?

1.3.1.2 Att förenkla processen

Om processen har inrättats på ett sådant sätt att parterna både får och kan föra sin egen talan, gör sig dock behovet av särskilda ersättningsregler inte gällande med motsvarande styrka; det kan rentav anses stötande om en part får ersättning för eller eljest avlastas rättegångskostnader som inte har varit skäligen motiverade. En alternativ lösning på samma grundproblem är därmed att *förenkla domstolsprocessen så till den grad att parterna kan föra sin egen talan på ett fullgott sätt*, vanligtvis genom en mer informellt inrättad process där domstolen ”hjälper” parten. Denna lösning är dock inte heller problemfri; det finns naturligtvis ett skäl till att domstolarna, med Bomans ord ovan, ”inte velat lämna någon nämnvärd hjälp i sådana fall, där två parter står mot varandra” – helt enkelt eftersom en alltför aktiv domstol går stick i stäv med den kontradiktoriska idén om rollfördelning mellan rättegångens aktörer. Den dokumenterade motviljan mot att ”hjälpa” enskilda parter att föra sin egen talan har således inte sin grund i illvilja,²²⁴ utan ger snarare uttryck för en vilja att *värna vissa grundläggande processprinciper*.²²⁵ En lösning som innebär att parterna, med bistånd från domstolen, skall föra sin egen talan ger således upphov till andra typer av följdfrågor, som inte med enkelhet låter sig besvaras: Är det förenligt med domstolens rättskipande funktion, däribland kravet på objektivitet och opartiskhet i dömandet, att fullgöra vad som närmast kan beskrivas som partsfunktioner? Kan

²²² Se exv. Friedman, Lawrence, *Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State* (1981) s. 242-272 (s. 258) och Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 186 samt Dsju 1972:6 s. 54.

²²³ Detsamma gäller om det föreligger ett formellt biträdestväng enligt nationell processrätt.

²²⁴ Jfr dock kritiken hos Zuckerman (1999) s. 44 ff. om ”the obstructive influence of lawyers’ vested interest”. Zuckermans kritik går ut på att advokater har ekonomiska egenintressen i en komplicerad processordning och därför tenderar att motsätta sig alla försöka att ”förenkla” densamma. Zuckerman är också kritisk mot lagstiftarens oförmåga att bryta igenom detta motstånd: ”It is ... remarkable how reluctant legislatures have been to redress the imbalance between the economic interests of the legal profession and those of the public.” Dessa incitamentsstrukturer kommer jag inte att fördjupa närmare; se i och vid fn. 245 nedan.

²²⁵ Se exv. Cameron & Kelly (Hong Kong L.J. 32/2002) s. 329 ff. och Rhode, Deborah L., *Access to Justice* (Fordham L. Rev. 69/2000-01) s. 1786-1820 (s. 1805).

frånvaron av biträde ”kompenseras” genom att domstolen ges en mer aktiv roll, eller medför detta en oacceptabel rollsammansblandning mellan rättegångens aktörer?²²⁶

1.3.2 Två processformer – två olika lösningar?

Sammanfattningsvis är särskilda ersättningsregler nödvändiga om det – av olika anledningar – är motiverat att anlita ett biträde, och vice versa. Det sagda kan illustreras genom följande tabell, som vi får anledning att återkomma till:

Ersättning för biträdeskostnader?	Ja	Nej	Nej
”Behov” av biträde?	Ja	Nej	Ja

De två första kolumnerna representerar de två alternativa ”lösningar” som har skisserats ovan, varigenom en enskild – hypotetiskt sett – kan tillförsäkras AtJ/AtC. I den tredje kolumnen föreligger förvisso en rätt att få tillträde till domstol, men denna rätt är illusorisk för alla som inte har råd att anlita biträde för egna medel. Med andra ord föreligger ingen effektiv rätt till domstolsprövning, eftersom biträdeskostnaderna kommer att fungera som ett praktiskt hinder för stora samhällsgrupper.

Tabellen ovan är mycket förenklad men svarar tämligen väl mot de grundläggande utgångspunkterna inom våra två processformer. Att parternas talan skall föras av kvalificerade biträden betraktades således som en *grundförutsättning* för 1940-talets stora processreform, varigenom den allmänna processen – genom införandet av nya rättegångsbalken²²⁷ – övergick till ett tydligt kontradiktoriskt förfarande, genomsyrt av principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration.²²⁸ I sina motiv framhöll exempelvis Processkommissionen med styrka ”betydelsen av att parternas talan utföres av personer, som äro mäktiga de uppgifter rättegångsordningen ålägger dem”. En av de ”viktigaste frågorna” vid den stundande reformen var därför att ”sörja för att parternas talan må bliva tillfredsställande utförd”.²²⁹ När processen i förvaltningsdomstol blev föremål för en motsvarande reform under 1970-talet var utgångspunkten uttryckligen den ”rakt motsatta”. *Syftet* – i singular – med förvaltningsprocesslagen var att inrätta processen på ett sådant sätt, att enskilda parter inte

²²⁶ Jfr Smith, Reginal Herbert, *Justice and the Poor – A Study of the Present Denial of Justice to the Poor and of the Agencies Making More Equal Their Position Before the Law with Particular Reference to Legal Aid Work in the United States* (1924) s. 241: ”[N]o amount of reorganization or simplification, short of a complete overturn of the whole structure, can entirely remove the necessity for an attorney.”

²²⁷ Se lagen (1946:804) om införande av nya rättegångsbalken, samt därtill prop. 1931:80 och prop. 1942:5.

²²⁸ Se exv. Modéer (1987) s. 12.

²²⁹ SOU 1926:31 s. 198 och vidare s. 208 f. Mot bakgrund av den förändrade rollfördelningen i rättegången anslöt sig också PLB till vad PK uttalat beträffande behovet av ett en välfungerande advokatkår; se SOU 1938:44 s. 19.

skulle behöva anlita biträde.²³⁰ Och trots att förvaltningsprocessen, genom den så kallade tvåpartsreformen,²³¹ sedermera ändrade skepnad från en enpartsprocess till en fullt utbyggd tvåpartsprocess har regeringen närmast krampaktigt hållit fast vid sin tidigare inställning – att enskilda saknar behov av biträde inför förvaltningsdomstol.²³²

Att enskilda typiskt sett är dåliga på att processa i domstol har således fått olika lösningar i våra två processformer. En förutsättning för nya rättegångsbalkens var, å ena sidan, att parterna skulle anlita kvalificerade biträden, och det finns därför ett antal samverkande regelsystem genom vilka parterna kan få sina biträdeskostnader ersatta – i vart fall vid en framgångsrik process. Syftet med förvaltningsprocesslagen var, å andra sidan, att underlätta för enskilda att föra talan utan biträde, och eftersom parterna anses sakna behov av biträde utgår inte ersättning för biträdeskostnader – inte ens vid en framgångsrik process. I rättssalen blir denna principiella skillnad praktiskt påtaglig på så vis, att enskilda regelmässigt för talan genom ombud i allmän domstol (åtminstone i mål av viss komplexitet),²³³ men processar pro se inför förvaltningsdomstol.²³⁴

I ett nötskal kretsar denna avhandling kring dessa två ”lösningar”, och inte minst de problem som respektive alternativ ger upphov till. Som jag har antytt ovan ger nämligen båda alternativen upphov till nya problem, vilket skapar spänningar i systemet. Min tes är också att dessa spänningar riskerar att driva alla processformer, oavsett utgångspunkt, i riktning mot den tredje kolumnen, där många parter inte kommer att kunna anlita biträde trots att de har ett behov av biträde. I det följande skall jag pröva denna tes genom att utveckla ovanstående tabell i relation till kostnadshandlingen i tvistemål, brottmål och förvaltningsmål.

²³⁰ Prop. 1971:30 s. 291 f: ”[F]ör förvaltningsdomstolsprocessens vidkommande [är jag] inte inställd på en sådan formalisering av processen, som skulle innebära att allmänheten i ökad utsträckning måste anlita juridiskt biträde ... Syftet med en lag om förfarandet hos förvaltningsdomstol är *det rakt motsatta*. Genom att lagen klarlägger och slår fast väsentliga punkter i detta förfarande, skall den underlätta ... för allmänheten att föra talan vid förvaltningsdomstol.” Se även a. prop. 521 (där samma målbild kommer till uttryck) samt härtill Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen: en kommentar* (2005) s. 7. Denna strävan – att den enskilda parten *inte* skall behöva anlita biträde i förvaltningsprocessen – genomsyrade i princip hela lagstiftningsprocessen som utmynnade i antagandet av FPL, och har sedan kommit till uttryck i ett flertal senare lagstiftningsärenden på förvaltningsprocessens område; se t.ex. SOU 1946:69 s. 48, SOU 1964:27 s. 102 prop. 1971:30 s. 255, 286, 289, och 300 och därefter SOU 1991:106 del A s. 631 samt prop. 1993/94:151 s. 132.

²³¹ Se FPL 7 a § och härtill prop. 1995/96:22.

²³² Se exv. prop. 1996/97:9 s. 117 f., där det m.h.t. tvåpartsreformen anfördes att det ”inte [kan] sägas att biträdesbehovet generellt sett skulle ha ökat i mål vid förvaltningsdomstol”.

²³³ Lundblads karaktäristik av tvistemålsprocessen är talande härvidlag: ”Rollistan i det processuella spelet är av hävd givna. Parterna träter och den oväldige domaren avgör tvisten. Parterna företräds av ombud.” Se Lundblad, Claes, *Rättsalens aktörer – förändrade roller och uppgifter* (SvJT 4/1999) s. 459-466 (s. 459) och vidare Ekelöf & Edelstam (2002) s. 193, som talar om ett ”faktiskt advokattväng” i tvistemål (uteslutet ur 9:e uppl; citerad in extenso i fn. 221 ovan).

²³⁴ För att citera Wieslander, Bengt *Advokaternas roll i förvaltningsprocessen* (SvJT 1/1987) s. 325-330 (s. 325): ”För dem som i likhet med mig ursprungligen kommer från allmän domstol ... är det påfallande i hur liten utsträckning advokater deltar i förvaltningsprocessen. I stora grupper av mål förekommer det mycket sällan att den enskilde har hjälp av advokat.” Detta förhållande karaktäriserar Wieslander (a. st.) som både ”notoriskt” och ”beklagansvärt”. Uttalandet har visserligen några år på nacken, men är lika sant idag som för 30 år sedan. Se exv. prop. 1971:30 s. 521, där det anfördes att det i förvaltningsdomstol ”i en helt annan utsträckning än vid de allmänna domstolarna [är] vanligt att den enskilde för talan utan juridiskt sakkunnigt ombud eller biträde” och vidare SOU 1991:106 del A s. 632 samt exv. Lundin, Anna-Karin, *Rättegångskostnader i förvaltningsprocessen – ett orättvist regelsystem*, i Lundin, Anna-Karin (red.), *Regeringsrätten 100 år* (2009) s. 291-296 (s. 291).

1.4 Den fortsatta framställningen

1.4.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna avhandling är att problematisera hur kostnader för juridiskt biträde hanteras i svensk domstolsprocess i relation till idealen om/kraven på ”Access to Justice” respektive ”Access to Court”. Den övergripande forskningsfrågan som jag hoppas kunna besvara kan således formuleras enligt följande:

- Hur förhåller sig hanteringen av biträdeskostnader i svensk rätt till kraven på AtJ/AtC?

Idén om ”Access to Justice” formulerades ursprungligen som en målbild inom den rättsvetenskapliga doktrinen men har därefter – åtminstone i för avhandlingen relevanta avseenden – utvecklats till rättsliga standarder, genom att inspirera och influera rättsutvecklingen på både nationell och övernationell nivå.²³⁵ En central uppgift för den AtJ-relaterade forskningen har nämligen varit att identifiera så kallade ”Access Barriers”, varmed avses olika typer av (rättsliga eller faktiska) hinder som försvårar eller omöjliggör för gemene man att nyttja domstolarna för att tillvarata sina rättigheter.²³⁶ Ett sådant potentiellt hinder är just *kostnader för juridiskt biträde*, åtminstone om processens utformning inte gör det ”obehövt” att anlita biträde. Detta förhållningssätt till biträdeskostnaderna anknyter nära till Europadomstolens praxis avseende ”Access to Court” i vid mening. Mot denna bakgrund kan den övergripande frågeställningen brytas ned i två konkreta delfrågor, enligt följande:

1. I vilka måltyper kan enskilda parter få ersättning för sina biträdeskostnader?
2. Varför anses enskilda parter ha behov av biträde i vissa måltyper, men inte i andra måltyper?

Som jag redan har antytt överlappar dessa två frågor varandra på så vis, att ersättning för biträdeskostnader kan utgå – åtminstone i någon form – om parterna *anses* ha ett behov av biträde, medan sådan ersättning inte utgår om parten *anses* sakna behov av biträde. Beroende på om kostnaderna för biträde ersätts/inte ersätts (enligt punkten 1) kan vi således sluta oss till att parten av lagstiftaren har ansetts ha/sakna behov av biträde (enligt punkten 2), eftersom *biträdesbehovet ligger till grund för regelsystemets utformning*. Rådande ordning framstår också som oproblematiserad i relation till kraven på AtJ/AtC, eftersom det inte är motiverat att ersätta omotiverade processkostnader.

Vad som komplicerar saken är dock att partens eventuella ”behov” av biträde endast ger uttryck för en värdering, kring vilken det kan råda delade meningar.

²³⁵ Till denna utveckling återkommer jag i kap. 2; se särskilt avsnitt 2.3.1.

²³⁶ Dessa hinder utvecklas i avsnitt 2.2.2.1-2.2.2.3.

Det finns därför skäl att skilja de två frågorna åt, eftersom detta öppnar upp för en nyanserad diskussion kring kostnadsreglernas utformning i relation till *alternativa förståelser av biträdesbehovet*.²³⁷ Låt mig därför kort utveckla hur jag förhåller mig till de två delfrågorna.

1.4.1.1 Ersättning för biträdeskostnader?

Den första frågeställningen är uppställd på ett sådant sätt att den – än så länge mycket förenklat – kan besvaras genom påståenden av följande karaktär:

- a. I måltypen X kan parten få ersättning för biträdeskostnader.
- b. I måltypen Y kan parten inte få ersättning för biträdeskostnader.

Båda dessa påståenden kan förses med tillägget ”eftersom domstolen kan/inte kan döma ut kostnadsersättning till/förordna biträde åt parten med tillämpning av gällande rätt” (eller något motsvarande) och är såtillvida förhållandevis oproblematiska, eftersom de endast gör anspråk på att beskriva rättsläget. Jag kommer nedan att förklara hur jag avser att besvara den första delfrågan – vad exemplen är avsedda att illustrera är att den går att besvara med ”traditionell rättsdogmatisk metod”. Min ambition i avhandlingens del II kan också beskrivas som i grunden rättsdogmatisk; jag kommer att inventera och systematisera kostnadsreglerna, för att därigenom kunna måla en karta över i vilka måltyper (och enligt vilka närmare premisser) den som är part i en domstolsprocess kan/inte kan få ersättning för sina biträdeskostnader (enligt ”gällande rätt”). Med andra ord kommer jag att förhålla mig till frågeställningen såsom den är formulerad ovan, genom att presentera svar som är uppställda ungefär enligt påstående (a) och (b), men naturligtvis mer utvecklat och nyanserat. Av särskilt intresse är därvid om det går att identifiera måltyper där kostnadsersättning *inte utgår inom ramen för något ersättningsystem*, eftersom ett sådant ”kostnadsrättsligt vakuum” medför att många enskilda kommer att tvingas processa pro se, vare sig de vill det eller inte. Huruvida detta är ett problem – exempelvis i relation till kraven på AtJ/AtC – låter sig dock endast diskuteras till fullo, om vi också beaktar partens så kallade ”biträdesbehov”.

1.4.1.2 Behov av biträde?

Frågan om en enskild part har behov av biträde i en viss måltyp är dock betydligt mer problematisk, vilket kan illustreras genom följande utveckling av ovanstående exempel. Begrunda vad de kursiverade bisatserna egentligen ger uttryck för:

²³⁷ Jfr Lundstedt (1942) s. 129, som konstaterar att ”såsom saken ligger till, måste det vara och tillsvidare förbli en väsentlig uppgift att rycka bort de rättsideologiska slöjorna”. Och det är detta, för att parafrasera Lundstedt, som är syftet med den rättsvetenskapliga kritiken. Se även Pahlsson, Robert, *Kritiska rättsfallstudier – exemplet väsentlig anknytning*, i Lundin, Anna-Karin et al. (red.), Regeringsrätten 100 år (2009) s. 415-427 (s. 415 ff.), som anger att kritiska granskningar av rättsstillämpning och lagstiftning utgör den akademiska huvuduppgiften.

- a. I måltypen X kan parten få ersättning för biträdeskostnader, *eftersom parten har behov av biträde*.
- b. I måltypen Y kan parten inte få ersättning för biträdeskostnader, *eftersom parten saknar behov av biträde*.

Både påståendet att parten har behov av biträde och dess negation – att parten saknar behov av biträde – ger uttryck för en värdering. Följaktligen kan olika aktörer, på mer eller mindre goda grunder, ha olika uppfattningar om parternas biträdesbehov i dessa hypotetiska måltyper utan att någon har ”rätt” eller ”fel” i objektiv mening. Närmar vi oss frågan från ett rättsdogmatiskt perspektiv kommer naturligtvis lagstiftarens uppfattning att vara utslagsgivande vid utformningen lagstiftningen, och tillmätas stor betydelse vid dess uttolkning. Den påtagliga vagheten i ordet ”behov” medför dock, enligt mitt förmenande, att frågan måste betraktas från ett bredare perspektiv. Låt mig kort motivera varför.

I sin bok *Om normer* diskuterar Sundby användandet av ord i rättslig diskurs som ger sken av objektivitet men som i själva verket förutsätter avvägningar mellan olika intressen, såsom ”nödvändigt”, ”möjligt” och ”behövligt”.²³⁸ Sundby anför:

”At henvisninger til nødvendighet og umulighet svært ofte dekker over underliggende vurderinger og avveininger, er ett forhold som det er viktig å framheve både i og utenfor jusen. [...] Det er noe forførisk over bruken av modale uttrykk: Tilsynelatende får man en objektiv henvisning till kausale sammenhenger, tekniske betingelser osv., mens det i virkeligheten dreier seg om valg og verdiprioritering.”²³⁹

Enligt min uppfattning är partens biträdesbehov ett bra exempel på Sundbys poäng. När detta begrepp har lagts till grund för kostnadsreglernas utformning tycks lagstiftaren nämligen tala om behovet av biträde som om det vore någonting ”verkligt”, ”faktiskt” eller ”reellt” (och därmed objektivt konstaterbart), trots att så ej är fallet.²⁴⁰ Att verklighet och värde på detta sätt flyter samman riskerar att föranleda en brist på transparens vid avvägningen mellan olika intressen, exempelvis partens intresse av att kunna utnyttja domstolarna kontra statsfinansiella prioriteringar. Och desto allvarligare: Otydligheten möjliggör skenargumentation där andra omständigheter

²³⁸ Sundby, Nils Christian, *Om normer* (1978) s. 219, som konstaterar att ”de modale uttrykkene svært ofta – ja, antagelig bestandig – forutsetter en avveining mellom motstridende hensyn”. Till denna lista av ord skulle man också kunna addera termen ”risk” (och ”riskbedömning”), som likaså förutsätter värderingar och på många sätt påminner om begreppet ”behov” (och ”behovsbedömning”). Riskbegreppet behandlas utförligt av Kaldal, Anna, *Parallella prosesser – en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål* (2010) passim, särskilt kap. 5 och 7.

²³⁹ Sundby (1978) s. 220, med bl.a. följande exempel: ”Nå trenger du verkligen en ny frakk.” Se även Wallerman (2015) s. 62, som m.h.t. den fiktiva regeln ”tolk ska anlitas om det behövs” konstaterar att bedömningen av vad som är behövligt förutsätter ”en skönmässig intresseavvägning”. Regler som innehåller behovsrekvisit betraktar därför Wallerman som (tolknings) fakultativa.

²⁴⁰ Jag kommer i det följande att ge många exempel på detta; se särskilt kap. 7. För här endast ge ett exempel anförde regeringen följande i förarbetena till RhjL (prop. 1996/97:9 s. 82): ”Statlig hjälp bör bara ges när det *verkligen behövs*. Den som *har möjlighet* att själv klara sig bör inte ges rättshjälp.” Att rättshjälp endast skall utgå när det verkligen behövs är dock en paradox, eftersom ett behov av biträde aldrig kan vara verkligt. Huruvida parten ”verkligen behöver” av biträde är en värdering (och detsamma gäller om parten ”har möjlighet” att föra sin egen talan).

än partens ”behov” avgör kostnadsreglernas utformning (läs: tillgängliga resurser). I avhandlingens tredje del kommer jag därför *inte* att presentera svar som är uppställda enligt (a) och (b) ovan, helt enkelt eftersom den typen av svar riskerar att vilseleda läsaren.

Min ambition med avhandlingens avslutande del är istället att *problematisera hur parternas behov av biträde hanteras* – eller rättare sagt: *konstrueras* – i de svenska rättskällorna. Hur jag skall gå till väga i denna del utvecklar jag närmare nedan – här är det tillräckligt att konstatera att även en värdering kan vara *mer eller mindre rationell*. Påståendet att parten har behov av biträde i måltypen X måste exempelvis – för att framstå som rationellt – förstås såsom innefattande ett implicit påstående om existensen av vissa omständigheter, som ligger till grund för värderingen. Sådana omständigheter – som jag framöver kommer att tala om i termer av ”påverkansfaktorer” – kan i sin tur vara antingen normativa eller empiriskt konstaterbara. För att bara ge ett exempel av vardera slag kan parten *anses* ha behov av biträde i måltypen X därför att intresset av materiellt korrekta domar tillmäts stor vikt (vilket likaså är en värdering), eller därför att domstolarna är passiva i sin materiella processledning (vilket däremot är ett påstående om verkligheten, som kan studeras empiriskt). På motsvarande sätt förhåller det sig med måltypen Y. Påståendet att parten saknar behov av biträde i denna måltyp måste också förstås såsom innefattande ett implicit påstående om existensen av vissa omständigheter, som dessutom bör *särskilja måltyperna från varandra*.²⁴¹ För om ingenting särskiljer måltyperna X och Y, framstår det som ologiskt/irrationellt att beskriva dem på olika sätt. Så för att fullfölja resonemanget ovan:

- a. I måltypen X anses parten ha behov av biträde, eftersom *det är av stor vikt att avgörandet blir materiellt korrekt/domarna är passiva i sin materiella processledning/osv.*
- b. I måltypen Y anses parten inte ha behov av biträde, eftersom *det är av mindre vikt att avgörandet blir materiellt korrekt/domarna är aktiva i sin materiella processledning/osv.*

Att parten har behov av biträde i måltypen X men saknar behov av biträde i måltypen Y kommer förvisso att ge uttryck för en värdering *även med ovanstående kvalificeringar*. Genom att bryta ner biträdesbehovet i mindre beståndsdelar enligt exemplen ovan blir det dock åtminstone möjligt att undersöka om dessa värderingar är rationellt underbyggda.²⁴² Med andra ord går det att problematisera hur biträdesbehovet hanteras i rättskällorna genom att fråga sig *varför parten anses ha behov av biträde i vissa måltyper och sakna behov av biträde i andra måltyper*, vilket

²⁴¹ Jfr Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009) s. 13 f. (särskilt fn. 3).

²⁴² Bristande resurser betraktar jag exv. *inte* som ett rationellt argument för påståendet att parten saknar behov av biträde i måltypen Y. Däremot kan naturligtvis bristande resurser vara ett rationellt argument för att inte tillhandahålla biträden i måltypen Y, *trots att parten har behov av biträde*. Dessa två frågor måste dock noggrant hållas isär. Det sagda kan liknas vid begreppen rättssäkerhet och effektivitet – även om dessa begrepp är vaga kan de inte tillåtas betyda samma sak, eftersom det omöjliggör en avvägning dem emellan.

förhoppningsvis kan bidra till en mer nyanserad förståelse av de värderingar och prioriteringar som ligger till grund för kostnadsreglerna. Detta är också syftet med avhandlingens del III.

1.4.1.3 "Access" eller "Access Barriers" – det är frågan

Sammanfattningsvis befinner sig den övergripande frågeställningen i brytpunkten mellan de två delfrågorna. Syftet med avhandlingen som helhet kommer därför att fullgöras genom att resultaten från respektive del sammanförs till en avslutande diskussion. Genom att ställa biträdeskostnadernas hantering i Sverige i reaktion till en nyanserad förståelse av biträdesbehovet, blir det nämligen möjligt att diskutera huruvida kostnader för juridiskt biträde riskerar att ge upphov till "Access Barriers". Och om så är fallet kan det i sin tur finnas skäl att kritisera regelverket med hänsyn till kraven på "Access to Justice" respektive "Access to Court".

1.4.2 Avgränsningar

Att jag anlägger ett AtJ-perspektiv på biträdeskostnadernas hantering innebär att jag kommer att betrakta problematiken från den enskilda partens perspektiv,²⁴³ som är att särskilja från övriga intressenter:

"Why does costs matter? The answer is that issues raised by costs and funding are important to *litigants*, *intermediaries* (lawyers and experts) and *system providers* (governments and courts)."²⁴⁴

Som Hodges, Vogenauer och Tulibacka konstaterar bryts i biträdeskostnadernas hantering en rad olika intressen mot varandra: För det första har *den enskilda parten* ett intresse av att kunna använda domstolarna för att hävda sina rättigheter. Skjuts detta intresse i förgrunden blir biträdeskostnader någonting som kan hindra ett effektivt tillträde till domstol och därtill – om motparten har stora resurser – en rättvis domstolsprövning (AtJ/AtC). Från detta perspektiv kommer jag att betrakta kostnaderna i det följande.

För det andra har naturligtvis *advokatkåren* olika intressen i advokatkostnadernas hantering, däribland ekonomiska egenintressen, eftersom kostnadshanteringen i hög grad påverkar de ekonomiska förutsättningarna för de processförande advokaternas verksamhet. För att bara ta ett exempel: Om kostnader för biträde inte ersätts i en viss måltyp ens vid en framgångsrik process, kan advokater sällan arbeta med denna måltyp, eftersom de presumtiva klienterna inte har råd att anlita biträde. Från ett

²⁴³ *Enskilda* i kontrast till *det allmänna* (stat och kommun). Med enskilda avses både fysiska och juridiska personer. Med AtJ-perspektivet följer dock att det framförallt är individer som står i centrum. Jag kommer således inte att fokusera på rättegångskostnader som uppstår i utpräglad kommersiella tvister mellan företag – kostnadshanteringen i skiljeförfaranden behandlas exv. inte alls, och jag kommer inte heller att diskutera särskilda företagsförsäkringar och dylikt. Att juridiska personer ofta åtnjuter en rad fördelar – inte minst ur kostnadssynpunkt – i tvister med fysiska personer är dock en aspekt som ofta lyfts fram i AtJ-diskussionen; se om denna problematik i avsnitt 2.2.2.2.

²⁴⁴ Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 4.

advokatperspektiv kan dock kostnadsfrågan göras betydligt mycket mer teknisk: Hur utformas kostnadsräkningar? Hur ersätts tidsspillan? Och så vidare. Det går också att diskutera hur olika kostnadsregler påverkar advokaternas processföring i praktiken, exempelvis genom att skapa ekonomiska incitament att antingen lösa tvisten på ett tidseffektivt sätt, eller låta tvisten dra ut på tiden.²⁴⁵ Den typen av frågeställningar kommer jag inte att diskutera, såvida advokatens intresse inte sammanfaller med den enskilda partens intresse. Så kan exempelvis vara fallet vid bedömningen av vad som utgör skälig ersättning – åtminstone om denna bedömningen är påfallande restriktiv, eftersom alltför snäva kostnadsramar kan hindra biträdet från att lägga ner den arbetsinsats som hade varit nödvändig för att tillvarata klientens intresse (förutsatt att biträdet inte arbetar gratis).²⁴⁶

För det tredje har *staten* ett flertal – i viss mån motstridiga – intressen i kostnads-hanteringen,²⁴⁷ vilket Hodges, Vogenauer och Tulibacka sammanfattar väl:

”From the perspective of the state, there needs to be a balance between various, partly contradictory values. On the one hand, the promotion of the rule of law and the importance of social and economic stability demand that justice be sufficiently accessible ...”

I detta avseende sammanfaller statens intresse med den enskilda partens. Staten har dock, å andra sidan, ett statsfinansiellt intresse av att begränsa sina kostnader för rättskipningen:

”[G]iven that public resources are limited, the cost of providing the civil justice system is normally covered from some combination of general public funds and/or payments by individual litigants – the higher the costs borne by the user of the court system, the lower the drain on the public purse.”²⁴⁸

Det allmännas intresse av kostnadskontroll och kostnadsbegränsningar kan många gånger komma i konflikt med den enskildas intresse. Av detta skäl kommer jag naturligtvis att behöva diskutera de statsfinansiella överväganden som ibland ligger till grund för regelverkets utformning. Jag kommer dock inte själv att göra några

²⁴⁵ Se, om den problematik som advokatens ekonomiska incitament kan skapa, hos exv. Zuckerman (1999) s. 44, som ställer det engelska systemet (där advokaten får betalt per timme) mot det tyska (där advokaten får betalt enligt olika tariffer) och konstaterar att det senare är att föredra: ”Where, as in England, lawyers are paid by the hour, they have an interest in complicating and protracting litigation, for the more demanding the litigation process, the more the parties’ lawyers earn.”

²⁴⁶ Här i ligger att jag antagligen kan bli något obalanserad i mina resonemang emellanåt, eftersom jag inte kommer att skärskåda generösa ersättningsystem på samma sätt som restriktiva ersättningsystem.

²⁴⁷ Till ”staten” kan även hänföras domstolarna, som också i hög grad påverkas av kostnads-hanteringen eftersom närvaron/frånvaron av biträden påverkar domstolsprocessen. För att ge ett exempel: Om parterna förväntas kunna föra sin egen talan förutsätts det vanligtvis att domstolarna skall vara aktiva i sin materiella processledning, osv.

²⁴⁸ Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 4 f.

analyser av, och ej heller ta något ansvar för, de samhällsekonomiska konsekvenserna av mina resonemang.²⁴⁹

Med dessa avgränsningar på plats vill jag avslutningsvis säga något om den rättsvetenskapliga ansats som kommer att präglade avhandlingens två kvarvarande delar.

1.4.3 Ansats

Som säkerligen redan har framgått föreligger vissa skillnader mellan avhandlingens andra och tredje del, som naturligtvis får metodologiska konsekvenser. För att göra bruk av Westbergs begreppsbildning kan del II karaktäriseras som *regelorienterad*, medan del III snarare är *problemorienterad*.²⁵⁰ Den centrala skillnaden mellan dessa rättsvetenskapliga ansatser kan hänföras till skiljelinjen mellan rättskällor och andra kunskapskällor.²⁵¹ Den förstnämnda ansatsen präglas nämligen av ett förhållandevis slutet perspektiv, medan den sistnämnda präglas av ett öppnare perspektiv.²⁵²

Det sagda innebär att jag kommer att ta avstamp i rättsreglerna (del II), men min ambition med avhandlingen som helhet är inte begränsad till att ”lösa” vissa regel-tekniska tolknings- eller tillämpningsproblem.²⁵³ Mitt överordnade syfte är närmast det omvända: Genom att ta utgångspunkt i det regelverk som reglerar hanteringen av biträdeskostnader vill jag undersöka om det finns ett problem (del III).²⁵⁴ För detta ändamål är en systematisering av gällande rätt oundgänglig, men den har en annan funktion än i en renodlat regelorienterad studie – att fastställa rättens ”innehåll” är inte det slutliga målet med framställningen, utan snarare ett medel för att nå målet.²⁵⁵

²⁴⁹ Det kan dock förutskickas att mina slutsatser är kostnadsdrivande. Detta skall naturligtvis inte förstås som att jag saknar förståelse för, eller har någonting att invända mot, att statsfinansiella överväganden även måste omfatta vårt domstolsystem. Däremot menar jag att frågan i högre grad bör närmas som en fråga om just prioriteringar. Jfr Zuckerman (1999) s. 8: ”Once it is accepted that the obligation to allocate resources to the administration of justice is not absolute and boundless, we must also accept that the choice of procedure must involve compromises.”

²⁵⁰ Westberg, Peter, *Avhandlingskrivande och val av forskningsansats: En idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, i Heuman, Lars (red.), Festskrift till Per Olof Bolding (1992) s. 421-446. En motsvarande distinktion finns hos Hellner, Jan, *Civilrättsforskningen och framtiden* (TFR 1975) s. 395-401, som istället skiljer mellan material- resp. problemorienterad forskning. Även Sandgren talar om två olika ”utgångspunkter” för en framställning: å ena sidan en viss rättsregel eller rättslig företeelse, och å andra sidan ett visst samhällsförhållande eller -problem. Dessa två utgångspunkter korresponderar i viss mån med Westbergs (och Hellners) två ansatser. Se till det sagda exv. Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation* (2007b) s. 25, Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap (del I)* (JT 3/1995-96a) s. 726-748 (s. 726), Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, i Magnusson Sjöberg, Cecilia & Wahlgren, Peter (red.), Festskrift till Peter Seipel (2006) s. 527-552 (s. 551).

²⁵¹ Om denna distinktion (och om dikotomier i rättsligt tänkande i allmänhet); se exv. Gustafsson, Håkan, *Dissens: om det rättsliga vetandet* (2011) s. 31 ff. I enlighet med Gustafssons matris befinner sig således del II framförallt på ”den rättsliga diskursens positivt värderande sida av dikotomierna” medan del III i viss mån öppnar upp mot ”dikotomiernas negativa valör – rättsvetandets skuggsida” (dvs. det som brukar avfärdas som rättspolitik/externt/inkoherens/börat/kunskapskällor/de lege ferenda/irrelevans/normativitet/subjektivitet etc.).

²⁵² Westberg (1992) s. 423.

²⁵³ Jfr Westbergs redogörelse för den regeorienterade ansatsen i Westberg (1992) s. 427 och därtill Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 730 och 734.

²⁵⁴ Jfr Westbergs redogörelse för den problemorienterade ansatsen i Westberg (1992) s. 438 f. och därtill Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 726.

²⁵⁵ Jfr Westberg (1992) s. 436. Därmed inte sagt att de rent rättsdogmatiska slutsatserna saknar egenvärde. Beroende på hur forskningsläget ser ut kan fastställandet av gällande rätt vara ett delmål också i en problemorienterad studie, men aldrig ett slutmål.

1.4.3.1 Den regelorienterade ansatsen

Den regelorienterade (eller ”traditionellt rättsdogmatiska”²⁵⁶) ansatsen är sluten i så måtto, att intresset för gällande rätt anses definiera de yttre gränserna för framställningen. Föremålet för en regelorienterad studie är rättsreglerna, och den huvudsakliga forskningsfrågan angår således dessa reglers ”innehörd”. De problem som reglerna syftar till att lösa, liksom de problem som uppstår vid tillämpningen av dessa, faller däremot utanför framställningens ramar.

Innehörden hos gällande rätt kan i sin tur uttolkas endast genom en viss metod (den rättsdogmatiska metoden²⁵⁷) som utpekar de källor som får ingå i analysen (rättskällorna²⁵⁸).²⁵⁹ Med detta metodval följer således, liksom vid alla metodval, en bortre gräns för valet av material; sådana källor som inte utgör rättskällor saknar ju ”rättskällevärde” och har därför inget att tillföra analysen av gällande rätt.²⁶⁰ För att bara ge ett exempel har Kleineman anfört att det går

”... en avgörande skiljelinje mellan rättsdogmatik och rättssociologi vid valet av arbetsmaterial. Medan rättsdogmatiken är bunden av rättskällevärdet och måste avvisa verklighetsundersökningar av juridiskt material som inte utgår från just rättskällevärdet ’även om de tillför oss kunskaper om samhället i stort’ så står det naturligtvis den samhällsvetenskapliga forskningen fritt att välja material bortom rättskällevärdet.”²⁶¹

Förvisso motsätter sig inte Kleineman ett externt perspektiv inom rättsvetenskapen, men han framhåller betydelsen av att klart skilja de olika perspektiven från varandra. Begreppet ”juridisk forskning” bör nämligen reserveras ”för sådan forskning som har ett internt – rättsdogmatiskt – perspektiv på forskningen”.²⁶² Även om jag inte delar denna ståndpunkt, kommer jag i del II att hålla mig innanför den skiljelinje som Kleineman drar upp.

Syftet med avhandlingens del II är att klargöra i vilka måltyper en part kan få ersättning för sina biträdeskostnader (med tillämpning av ”gällande rätt”). Eftersom denna fråga angår rättsreglernas innehåll kommer jag att använda de vedertagna rättskällorna som kunskapskällor: lagtext, förarbeten etablerad praxis och rättsvetenskaplig

²⁵⁶ Jfr Hellner (TFR 1975) s. 395.

²⁵⁷ Om begreppet, se t.ex. Sandgren (2007b) s. 37 f. och Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 727 fn. 1.

²⁵⁸ Rättskällevärdet brukar karakteriseras som en hierarkiskt uppbyggd problemlösningsmall, enligt vilken ”gällande rätt” genom sedvanliga tolkningsprinciper härleds ur rättskällorna. Den juridiska metoden i denna bemärkelse synes vara av närmast axiomisk innehörd, och kommer därför inte att ägnas någon närmare utläggning här; jfr Olsén, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv* (SvJT 2/2004) s. 105-145 (s. 106). Vilka källor som utgöra rättskällor har ingående diskuterats av Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation* (1995). Se även t.ex. Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: Studier i förmögenhetsrätt* (2001) s. 24 ff.

²⁵⁹ Jfr Hellner (2001) s. 29: ”Ett rättsvetenskapligt arbete som håller sig strikt inom rättsdogmatikens gränser har ett begränsat utrymme för valet av metod.”

²⁶⁰ Kleineman, Jan, *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla* (JT 4/1994-95a) s. 621-646 (s. 627 fn. 16). Se här till Westberg (1992) s. 425, 428 och 430, Olsén (SvJT 2/2004) s. 113 och Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap* (2002) s. 57.

²⁶¹ Kleineman (JT 4/1994-95a) s. 626 f. fn. 16.

²⁶² Kleineman (JT 4/1994-95a) s. 626 f. fn. 16. Jfr Double, David R. & Bernt, Jan Fridthjof, *Retten og vitenskapen – En introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi* (1993) s. 20, som talar om ett ”inifrånperspektiv” på rätten samt här till Sandgren (2006) s. 531.

doktrin. Med andra ord är avhandlingens andra del rättsdogmatisk – inte för att denna metod är på något sätt invändningsfri, utan för att det är den metod som anses kunna producera kunskap om innehållet i gällande rätt (i dogmatisk mening²⁶³). Den rättsdogmatiska metoden kompletteras dock av en komparativ ansats, såtillvida att den allmänna processen och förvaltningsprocessen genomgående kommer att fungera som varandras jämförelseobjekt, idag och över tid.²⁶⁴ Föreställningen om en ”gällande rätt” är nämligen intimt förbunden med idén om koherens inom rättssystemet.²⁶⁵ I den mån systemet – vid en inomnationell jämförelse – visar sig vara inkoherent, kan detta därmed kritiserats redan från ett rent inomrättsligt perspektiv. Till detta kommer att Europakonventionen anses normhierarkiskt överordnad svensk lag, liksom att Sverige på folkrättslig grund är bunden av konventionen.²⁶⁶ En ytterligare grund för kritik kan således – från ett jämförande perspektiv – vara att svensk rätt inte lever upp till konventionens krav.²⁶⁷ Att jag i del II huvudsakligen anlägger ett internt perspektiv på rätten betyder således inte att jag kommer att avhålla mig från kritik, utan endast att kritiken initialt utgår ifrån den rättsdogmatiska logiken.²⁶⁸

1.4.3.2 Den problemorienterade ansatsen

Sammanfattningsvis uppställs genom den rättsdogmatiska metoden – och den därmed förknippade rättskälleläran – en bortre gräns bortom vilken rättsdogmatikern inte rör sig.²⁶⁹ Den traditionella rättsdogmatikens ”interna” perspektiv bär därmed stora likheter med det perspektiv varigenom rätten betraktas inom ramen för den praktiska rättstillämpningen,²⁷⁰ låt vara att somliga framhåller skillnaderna mellan dessa verksamheter såsom varande större än likheterna dem emellan.²⁷¹ Men faktum

²⁶³ Om distinktionen mellan gällande rätt i dogmatisk resp. faktisk mening; se Sandgren (JT 1995/96) s. 732 och vidare i fn. 279 nedan.

²⁶⁴ Denna komparativa ansats förklaras närmare i avsnitt 3.3.

²⁶⁵ Jfr Peczenik (1995) s. 278 och Peczenik, Alexander, *Rätt, rationalitet och ideologikritik* (Retfærd 19/1996) s. 79-84 (s. 83) och jfr Glavá & Petrusson (2002) s. 117 samt Glavá (1999) s. 29.

²⁶⁶ Se i och vid fn. 2852 nedan samt, ang. konventionens ställning i svensk rätt, fn. 2894.

²⁶⁷ Se Bylander, citerad i fn. 2853 nedan.

²⁶⁸ För att citera Glavá (1999) s. 126: ”Även om jag har en realistisk syn på rättens vara förhåller jag mig i min argumentation till det sätt att resonera som förekommer i rättskällorna. I kritiken är det således väsentligt att påvisa att den argumentation som förekommer i rättskällorna är inkonsistent och om det då är möjligt att använda dess egna utgångspunkter ser jag ingen anledning att ta till andra mer djupgående förklaringar. I den mån det finns utrymme för att påvisa brister i argumentationen redan på rättsordnings- eller rättsystemnivå saknas det många gånger skäl att söka djupare förklaringar.”

²⁶⁹ Jfr Sandgren (2006) s. 532, Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 728 och Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap (del II)* (JT 4/1995-96b) s. 1035-1059 (s. 1035 f.).

²⁷⁰ Olsén (SvJT 2/2004) s. 111 och 113 ff. Se även Sandgren (2006) s. 545, Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap och samhällsnytta*, i Norée, Annika et al. (red.), *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud* (2007c) s. 259-280 (s. 271), Agell, Anders, *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*, i Frändberg, Åke, Göransson, Ulf & Håstad, Torgny (red.), *Festskrift till Stig Strömholm* (1997) s. 35-62 (s. 37), Westberg (1992) s. 432, Hellner (2001) s. 19 och 22, Hellner, Jan, *Rättsvetenskaplig metod* (TJFF 6/1998) s. 480-496 (s. 480 ff.) samt Glavá (1999) s. 25 ff. med vidare hänvisningar.

²⁷¹ Se t.ex. Agell (1997) s. 41, Agell (SvJT 3/2002) s. 246, Hellner (2001) s. 23, Lavin, Rune, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk* (FT 3/1989) s. 115-129 (s. 118), Lavin, Rune, *Om förvaltningsrättslig forskning - en replik* (FT 3/1990) s. 71-74 (s. 71), och Asp, Petter, *Om relationalistisk metod - eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap*, i Asp, Petter & Nuotio, Kimmo (red.), *Konsten att rättsvetenskap: Den tysta kunskapen i juridisk forskning* (2004) s. 47-67 (s. 48). Jfr dock Peczenik, Aleksander *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken* (FT 1990) s. 41-52 (s. 42) och vidare Peczenik (1995) s. 313 f., som menar att likheterna mellan rättsdogmatisk forskning och rättstillämpning är större än skillnaderna däremellan: ”poängen är densamma, att tolka och systematisera gällande rätt på ett sammanhängande och etiskt godtagbart sätt”.

kvarstår: Trots att en i grunden rättsdogmatisk framställning inte alltid begränsar sin ambition till att uttolka gällande rätt, utan därutöver kan ta sig för att problematisera och rentav kritisera rättsreglerna, får sådana utläggningar sällan en framskjuten plats i framställningen. De verktyg som rättskälleläran tillhandahåller för att utröna gällande rätt är nämligen så beskaffade, att analysen lätt blir präglad av en lojalitet mot rättsregelns upphovsmän:

”Vanligt är att författaren utgår från att lagstiftaren i ärlighetens namn strävat efter en fungerande och motsägelsefri reglering, som är just vad den utger sig för att vara och inte avser att dölja eller släta över problem eller motverka sina föregivna syften. Doktoranden, som självpåtagen uttolkare eller förmedlare av regleringens innebörd ställer sig därmed – kanske ofta omedvetet – på lagstiftarens sida och ser som en av sina viktigaste uppgifter att utföra analysen som ett ’städarbete’; att rensa upp systemet från inkonsekvenser och inkoherenser varhelst de dyker upp. Om lagstiftaren skulle ha ’råkat’ sjösätta en lag som seglar på tvären, är det lätt att doktoranden oövertänkt betraktar som sin uppgift att få skutan på rätt kurs framför att med skarp kritik sänka den funktionsodugliga farkosten.”²⁷²

I denna avhandling skall jag försöka frigöra mig från denna i rättsdogmatiken inneboende lojaliteten, som enligt min uppfattning är direkt farlig.²⁷³ Jag delar således Sandgrens uppfattning – bland många andras²⁷⁴ – att rättsvetaren inte behöver ”sätta likhetstecken mellan juridisk metod och rättsvetenskaplig metod”.²⁷⁵ Rättsvetenskap inrymmer mer än rättsdogmatik i snäv mening, och följaktligen finns det ett stort utrymme att ”vidga synfältet utöver den ’gällande rätten’ och frigöra argumentationen från rättskällelärans begränsningar i metod- och materialhänseende”.²⁷⁶

Ett inspirerande exempel på en problemorienterad ansats erbjuder Sandgrens så kallade *integrativa rättsvetenskap*, varmed Sandgren avser ”en rättsvetenskap som integrerar sedvanlig juridisk analys och empiriskt material”.²⁷⁷ Genom att sammanföra empiriska och rättsliga undersökningar menar Sandgren att rättsvetenskapen kan berikas på flera olika sätt och därigenom vinna ökad samhällsrelevans och slagkraft.²⁷⁸

²⁷² Westberg (1992) s. 435.

²⁷³ Om skutan inte är sjöduelig är det enligt min mening rättsvetenskapens uppgift att söka påvisa detta och lyfta ett varnande finger, istället för att förgäves pumpa vatten i takt med att skutan går under med besättning och passagerare kvar ombord.

²⁷⁴ Jfr t.ex. Hellners *pragmatiska rättsvetenskap* och Agells *konstruktiva rättsvetenskap* i Hellner (2001) s. 27 och Agell (SvJT 3/2002) s. 245 f. samt Agell (1997) s. 35 ff. Se även Olsén (SvJT 2/2004) s. 106.

²⁷⁵ Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 728. Se även Sandgren (2007b) s. 39, där det konstateras att ”i stort sett alla metoder som kan brukas för att öka kunskapen om rätten är rättsvetenskapliga i den mån som ett juridiskt perspektiv ingår i ansatsen”.

²⁷⁶ Westberg (1992) s. 426.

²⁷⁷ Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 734, eller annorlunda uttryckt (s. 728) en ansats vari ”juridisk och empirisk analys går hand i hand”. Med ”empiriskt material” avser Sandgren (s. 732 f.) annat material än traditionellt rättskällematerial, samt traditionellt rättskällematerial om detta analyseras i ett annat syfte än att fastställa ”gällande rätt”. Empiriskt material är således i princip allt material, som inte primärt används för att analysera innehållet i ”gällande rätt”. Se även Sandgren (JT 4/1995-96b) s. 1040.

²⁷⁸ Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 728.

Inom ramen för en rättsvetenskaplig framställning kan ett empiriskt material tjäna flertalet syften,²⁷⁹ bland annat att påvisa att den bild av ”verkligheten” som förarbetena förmedlar behöver korrigeras:

”En ... form av snedvridning av perspektivet föreligger, när det i rättskällematerialet, t.ex. i förarbetena, finns *utsagor om verkligheten och dessa utsagor tas för givna bara därför att de återfinns i det materialet*. Inte minst dubiöst är att utgå från t.ex. departementschefens önskemålsbetonade uppfattning om en lagstiftnings effekter och lägga denna uppfattning till grund för analysen. Man kan ofta se att departementschefen inledningsvis uttalar sig en smula obestämt men när man kommer till specialmotiveringen har det skett en glidning så att effekterna anses vara en realitet. I fall som de nu nämnda kan empiriskt material bidra till att perspektivet korrigeras eller i vart fall att juristen blir medveten om det perspektiv som styr hans verklighetsuppfattning och tilltro till rättsreglernas verkningar. Det kan i sin tur inverka gynnsamt på den positivrättsliga analysens kvalitet. På så sätt är bruket av empiriskt material kopplat till analysen av gällande rätt.”²⁸⁰

Sammanfattningsvis ligger öppenheten i den problemorienterade ansatsen däri, att den gällande rätten kan betraktas – och därmed problematiseras – utifrån ett vidare perspektiv än det traditionellt rättsdogmatiska.²⁸¹ Istället för att innehållet i en viss rättsregel sätts i förgrunden för framställningen, kan studien ägnas åt att synliggöra de bakomliggande intressen som har motiverat regelverket,²⁸² och/eller åt att kritiskt granska konsekvenserna av rättsregelns tillämpning i samhället.²⁸³ Detta har jag också för avsikt att göra i del III, där analysen förvisso kommer att utgå från rättskällorna men också hämta stöd i andra kunskapskällor – däribland empiriskt inriktad (rätts-)vetenskap.

Av det sagda följer att avhandlingens två kvarvarande delar har delvis skilda kunskapsintressen,²⁸⁴ och följaktligen olika metoder.²⁸⁵ Jag har därför valt att inleda respektive del med en närmare precisering av de övergripande syften som nu har

²⁷⁹ Sandgren talar exv. om studier som ”belyser ett samhälleligt behov av lagstiftning”, ”hur lagstiftning fungerar och vilka konsekvenser den får”, samt studier som ”pekar på svårigheterna att veta något om konsekvenserna av en viss lagstiftning eller rättstillämpning”. Det kan också handla om att fastställa gällande rätt i ”faktisk mening”, dvs. den rätt som i realiteten tillämpas oavsett om denna är ”förenlig med gällande rätt”. Se till det sagda Sandgren (2007c) s. 275 f., Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 733 ff. och Sandgren, Claes, *Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap* (TfR 3/2007a) s. 388-407 (s. 406). Även hos Heuman (JT 2005/06) s. 769 ff. finns liknande tankegångar. Enligt Heuman kan empiriska undersökningar användas inom rättsvetenskapen för att ”göra säkrare förutsägelser om vilka faktiska effekter som följer av olika tolkningar av en lagregel eller ett prejudikat” eller för att påvisa behovet av att ”revidera en hävdvunnen uppfattning” då de ”tidigare redovisade belägen för uppfattningen kan visa sig vara ohållbara”.

²⁸⁰ Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 740.

²⁸¹ Denna öppenhet ökar enligt Westberg (1992) s. 441 utrymmet för ”självständigt tänkande”.

²⁸² Glavå & Petrusson (2002) s. 110 och 122. Och eftersom syftet inte endast är att utröna gällande rätt kan analysen utgå ifrån andra metoder än den juridiska och därmed omfatta andra källor än de traditionella rättskällorna; jfr Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 183 f.

²⁸³ Westberg (1992) s. 436. Jfr även Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 183: ”A basic task of modern civil procedure scholars is to expose the substantive impact of various dispute processing mechanisms.”

²⁸⁴ Jfr Bruun, Niklas & Wilhelmsson, Thomas, *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* (SvJT 1/1983) s. 701-713 (s. 704 ff.) som skiljer mellan ett rättsdogmatiskt och ett icke-dogmatiskt kunskapsintresse. Det tidigare angår innehållet i gällande rätt medan det senare avser rättens utveckling och förhållande till samhället. Se härtil även Glavå (1999) s. 30 f.

²⁸⁵ Enligt devisen *syftet bestämmer metoden*.

presenterats, följt av en kompletterande metoddiskussion. Betraktad som en helhet vilar dock avhandlingen på den grundläggande premissen att kostnadsreglerna, i likhet med alla andra sociala (rätts)konstruktioner, ger uttryck för politiska maktprocesser som har tillgodosett olika – ibland uttalade, ibland dolda – intressen.²⁸⁶ Genom att först (i del II) acceptera fiktionen om den ”gällande rätten”, för att sedan (i del III) fördjupa kritiken av densamma, hoppas jag sammanfattningsvis kunna se igenom den ”fasadlegitimerande slöja, bakom vilken maktprocesser resulterar i att förhärskande intressen tillgodoses och realiseras”.²⁸⁷ Dessförinnan skall jag dock utveckla studiens grundläggande utgångspunkter något ytterligare, genom att – i nästföljande kapitel 2 – introducera de delvis överlappande begreppen ”Access to Justice” respektive ”Access to Court”.

²⁸⁶ Glavå & Petrusson (2002) s. 122.

²⁸⁷ Glavå & Petrusson (2002) s. 110. Jfr Lundstedt (1942) s. 129 (citerad i fn. 237 ovan), som istället talar om de ”rättsideologiska slöjorna”. Se även Martinsson (2002) s. 82 f.

2. UTGÅNGSPUNKTER

Var fanns domaren, som han aldrig hade sett? Var fanns den höga domstol, dit han aldrig hade nått? Han lyfte upp händerna och spärrade ut alla fingrarna. Men på K:s strupe lade sig den ene herrns händer, medan den andre stötte kniven i hans hjärta och två gånger vred den runt.

– Kafka, *Processen*

2.1 Introduktion

I *Processen* får vi lära oss att berättelsen om mannen från landet också utgör en av de ”inledande skrifterna till Lagen”. För Josef K antyder den dock även slutet på hans egen historia; de båda männen går ett liknande öde till mötes. Kafkas skrifter är förstås öppna för tolkning, men det torde stå klart att varken mannen från landet eller K erbjöds ett ”effektivt rättsskydd”. Istället fångades de i ett komplext juridiskt maskineri som de inte förstod och följaktligen inte kunde hantera, vilket blev deras undergång.

Den känsla av hopp blandat med förtvivlan som genomsyrar båda verken kan sannolikt många känna igen sig i – inte bara ”rättshaverister” utan också vanliga människor som försöker hävda sina intressen med hjälp av juridiken. Det problem som båda verken sålunda illustrerar – att rätten inte är tillgänglig för medborgarna – har också uppmärksamats inom den världsomspännande ”Access to Justice”-rörelsen. Denna rörelse har vuxit fram i takt med välfärdstaternas successiva uppbyggnad,²⁸⁸ och kan beskrivas som en (rätts)teoretisk inriktning inom processrättsvetenskapen, men också som en (rätts)politisk reformrörelse som har avsatt tydliga spår i processlagstiftningar världen över.²⁸⁹ Som en utgångspunkt för den fortsatta framställningen skall jag i detta kapitel introducera dessa två förgreningar inom AtJ-rörelsen, för att därigenom ge avhandlingsämnet en teoretisk inramning (avsnitt 2.2).²⁹⁰ Därefter kommer jag att diskutera den näraliggande principen om ”Access to Court”, varifrån avhandlingen snarare tar sitt mer konkreta rättsliga

²⁸⁸ Jfr Ekelöf, Per Olof, *Anm. av Cappelletti, Access to Justice* (SvJT 1/1981) s. 109-120 (s. 110), som beskriver AtJ-rörelsen som ”socialpolitisk”.

²⁸⁹ Se Cappelletti, Mauro, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement* (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 282-296 (s. 282 ff.) och Cappelletti, Mauro, *Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform* (S. African L.J. 109/1992) s. 22-39, där Cappelletti (s. 22 ff.) gör en motsvarande distinktion.

²⁹⁰ Med AtJ kan avses en rad olika företeelser och litteraturen på temat är synnerligen omfattande. Den följande framställningen är därför översiktlig till sin karaktär och utgår i mångt och mycket från Cappellettis författarskap; jfr Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan i Sverige: Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång* (2008a) s. 38.

avstamp (avsnitt 2.3). Som framgått av avhandlingens inledande kapitel är det också i relation till kraven på AtJ/AtC som jag sedermera kommer att diskutera hanteringen av biträdeskostnader i svensk rätt.

2.2 Access to Justice

Semantiskt avses med ”Access to Justice” – fritt översatt – de medel varigenom medborgarna kan utkräva sina materiella rättigheter,²⁹¹ eller annorlunda uttryckt, deras tillgång till rättsskydd i allmänhet och till ett välfungerande processuellt rättsskydd i synnerhet.²⁹² Betraktad utifrån ett historiskt perspektiv illustrerar AtJ-diskussionen processrättens, liksom den processrättsliga forskningens, nära samband med samhällsutvecklingen – inte minst övergången från en rättsstatlig ideologi till en välfärdsstatlig dito.²⁹³ Den bästa beskrivningen av detta ”paradigmskifte”²⁹⁴ återfinns enligt min mening hos Cappelletti och Garth, som i koncentrerad form beskriver utvecklingen enligt följande:

”In the liberal, ’bourgeois’ states of the late eighteenth and nineteenth centuries, the procedures for civil litigation reflected the essentially individualistic philosophy of rights then prevailing. A right of access to judicial protection meant essentially the aggrieved individual’s *formal* right to litigate or defend a claim. [...] The state thus remained passive with respect to such problems as the ability, *in practice*, of a party to recognize his legal rights and to prosecute or defend them adequately. Relieving ’legal poverty’ – the incapacity of many people to make full use of the law and its institutions – was not the concern of the state. Justice, like other commodities in the *laissez-faire* system, could be purchased only by those who could afford its costs, and those who could not were considered the only ones responsible for their fate. Formal, not effective, access to justice – formal, not effective, equality – was all that was sought. Until recent years, with rare exceptions, legal scholarship was similarly unconcerned with the realities of the judicial system: Such factors as differences among

²⁹¹ Cappelletti och Garth definierar sålunda AtJ såsom ”the means by which rights are made effective”. Se Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report*, i Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant (red.), *Access to Justice I: A World Survey* (1978) s. 3-125 (s. 9). Med ”materiella rättigheter” avses här sådana rättigheter som framgår i den materiellrättsliga lagstiftningen.

²⁹² Jfr Francioni, Francesco, *The Rights of Access to Justice under Customary International Law*, i Francioni, Francesco (red.), *Access to Justice as a Human Right* (2007) s. 1-56 (s. 3) som menar att AtJ är synonymt med ”judicial protection”. Inom den svenska doktrinen översätts ”access to justice” vanligtvis med ”tillgång till rättskipning”; se exv. Ekelöf (SvJT 1/1981) s. 109, Lindblom (2008a) s. 32, Lindblom, Per Henrik, *Access to Justice*, i *Progressiv process* (2000a) s. 305-321 (s. 305 f.) samt Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan: Det anglo-amerikanska class action institutet ur svenskt perspektiv* (1988) s. 3 ff. Se även SOU 1994:151 del B s. 393 och prop. 2001/02:107 s. 114, där det istället talas om ett ”reellt rättsskydd (access to justice)”. Föremålet för AtJ-diskussionen är dock inte begränsat till domstolprocessen – till rättskipningen i traditionell mening – eller ens till det processuella rättsskyddet, utan omfattar också andra former av ”non-judicial alternatives”. I en svensk kontext har sålunda möjligheten att framföra klagomål till JO resp. KO, liksom att få konsumenttvister prövade av ARN, tilldragit sig intresse i den internationella AtJ-debatten; se t.ex. Cappelletti & Garth (1978) s. 95 ff. och 104 ff., samt Eisenstein, Martin, *The Swedish Public Complaints Board: Its Vital Role in a System of Consumer Protection*, i Cappelletti, Mauro & Weisner, John (red.), *Access to Justice: Promising Institutions* (1979) s. 491-593 (s. 491). Om begreppet ”access to justice”; se vidare Cappelletti & Garth (1981) s. 15, Friedman (1981) s. 252, Sackville (NZJPIIL 2/2004) s. 86 ff. och Bedner, Adriaan & Vel, Jacqueline, *An Analytical Framework for Empirical Research on Access to Justice* (LGD J. 15/2010) s. 1-29 (s. 3 ff.).

²⁹³ Jfr Lindblom (1988) s. 4.

²⁹⁴ Jfr Lindblom (2008a) s. 35 och Lindblom (1988) s. 6.

potential litigants in practical access to the system or in the availability of litigating resources were not even perceived as problems. Scholarship was typically formalistic, dogmatic, and aloof from the real problems of civil justice. [...] Scholarship, like the court system itself, was removed from the real concerns of most people.”²⁹⁵

Den moderna AtJ-debatten tar sålunda avstamp i den klassiska distinktionen mellan äldre tiders rättsstat och vår tids välfärdsstat. Den för rättsstaten symptomatiska *formella* likheten inför lagen – tillförsäkrad medborgarna främst genom de formella rättsstatsprinciperna samt ett antal liberala/negativa friheter²⁹⁶ – kunde realiserats genom att samhället tillhandahöll domstolar som i formell mening stod öppna för ”alla” (normrationalitet). Att alla i praktiken inte kunde utnyttja domstolarna för att tillvarata sina rättigheter ansågs inte problematiskt,²⁹⁷ ty formell rättssäkerhet och rättvisa – ”Rule of Law” i snäv bemärkelse – var allt som eftersträvades.²⁹⁸

I den för välfärdsstaten eftersträvade *materiella* likheten inför lagen, tillförsäkrad medborgarna genom de sociala/positiva rättigheterna, ligger dock en strävan efter att de facto förverkliga ett antal sociala mål (målrationalitet).²⁹⁹ Och för att kunna uppfylla ambitionen om materiell likhet är det inte tillräckligt att samhället blott tillhandahåller en domstolsapparat – en ”rättsskyddsmekanism” – och därmed låter sig nöjas, ty den välfärdsstatliga ambitionen står och faller med den enskilda individens faktiska förutsättningar att komma i åtnjutande av sina rättigheter, ytterst genom att utkräva dem hos domstol.³⁰⁰ Följaktligen är det, med Cappelletti och Garths ord,

”... not surprising that the right of effective access to justice has gained particular attention as recent ‘welfare state’ reforms have increasingly sought to arm individuals with new substantive rights in their capacities as consumers, tenants, employees, and even citizens. Indeed, the right of effective access is increasingly recognized as being of paramount importance among the new individual and social rights, since the possession of rights is meaningless without mechanisms for their effective vindication. Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement – the most basic ‘human right’ – of a modern, egalitarian legal system which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of all. [...] ‘Access’, therefore, is not only an increasingly recognized, fundamental social right; it is also necessarily a central focus of modern procedural scholarship. Its study presupposes both a broadening and deepening of the aims and methods of modern legal science.”³⁰¹

²⁹⁵ Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 183 ff. Se även Friedman (1981) s. 252 ff. samt Cappelletti, Mauro & Gordley, James, *Legal Aid: Modern Themes and Variations* (Stan. L. Rev. 28/1972) s. 347-421 (s. 361 ff.).

²⁹⁶ Se exv. Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000* (2002) s. 36.

²⁹⁷ Jfr Lindblom (2008a) s. 33 f. Se även Cappelletti & Garth (1978) s. 7, Sackville (NZJPII 2/2004) s. 88 f. och Lindblom (2000a) s. 306 f. Om rättsstatens formella rationalitet, se även Vahlne Westerhäll (2002) s. 36 ff.

²⁹⁸ Jfr Vahlne Westerhäll (2002) s. 38 f.

²⁹⁹ Se Vahlne Westerhäll (2002) s. 51 f: ”Medan rättsskyddet i rättsstaten främst är ett formellt skydd och likhet inför lagen främst en formell likhet, fokuserar välfärdsstaten på den enskildes materiella intressen och behov och på den svagare partens skydd mot den starkare. Det skydd den enskilde får är ett materiellt skydd baserat bl.a. på materiell likhet.”

³⁰⁰ Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 185. Se även Cappelletti & Garth (1981) s. 21.

³⁰¹ Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 183 ff. Se även Cappelletti & Gordley (Stan. L. Rev. 28/1972), s. 361 ff., Cappelletti & Garth (1978) s. 8 f. samt Friedman (1981) s. 252 ff.

Inom den nordiska rättsrealismen hade det ömsesidiga beroendet mellan den materiella rätten och processrätten framhållits redan under tidigt 1900-tal,³⁰² och från motsvarande utgångspunkter riktade AtJ-rörelsen förnyat fokus på domstolsprocessens utformning. Det konstaterades att en rättighet på pappret är meningslös såvida den inte kan utkrävas mot den förpliktigade motparten,³⁰³ varför välfärdsstatens krav på materiell likhet – såsom detta krav kommer till uttryck i konsumenträtten, hyresrätten, arbetsrätten, socialrätten etcetera – också måste omfatta den anknytande processrätten.³⁰⁴ En kedja är som bekant aldrig starkare än sin svagaste länk, och om endast människor med ekonomiska resurser tillförsäkras ett effektivt rättsskydd blir likheten inför lagen en chimär.³⁰⁵

2.2.1 "Access to Justice" som en (rätts)teoretisk rörelse

Redan av det ovan sagda torde framgå att AtJ-rörelsen, betraktad som en *teoretisk rörelse*, i likhet med rättsrealistiska och sentida kritiska teoribildningar är antiformalistisk eller icke-dogmatisk.³⁰⁶ Dess teoretiska huvudbudskap är att rätten inte kan särskiljas från sin samhälleliga kontext och att rättsvetenskapen därför inte bör begränsa sin verksamhet till att söka fastställa "gällande rätt" – till att "studera de rättsregler som just nu tillämpas inom rättegångssalens väggar".³⁰⁷ Rätten är kontextuell – den utövar *påverkan på* och *påverkas av* samhället – och måste

³⁰² Exv. förklarade Olivecrona att "i realiteten äro rättsreglerna de handlingsregler vilka framgå av materiella och processrättsliga regler i förening". Se Olivecrona, Karl, *Beviskyldigheten och den materiella rätten* (1930) s. 158 och härtill Lindblom, Per Henrik, *Processen – bara en formsak?*, i Studier i processrätt (1993b) s. 17-42 (s. 23).

³⁰³ Se exv. Master Jacobs, återgiven i Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 224, som konstaterade att det är processrätten "which infuse life into substantive rights, which activates them and makes them effective". Se även exv. Lord Justice Stephan Sedley, återgiven i Durbach, Andrea *The Right to Legal Aid in Social Rights Litigation*, i Langford, Malcolm (red.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (2008) s. 59-74 (s. 68): "Rights without remedies are of little value. To possess a right of free speech or movement is of little value if you lack the legal means to vindicate it when others obstruct it; and legal means include both access to the courts and skilled representation in court."

³⁰⁴ Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 28: "[I]n the very idea of access is inherent the awareness that a reform of substantive law is illusory if it is not accompanied by adequate instruments for its implementation, and such instruments have to be, for the most time, judicial in nature." Om domstolsprocessen inte är ändamålsenligt utformad kommer lagstiftaren, som Lindblom konstaterar, att ta med sina ena hand vad denne dessförinnan har givit med sin andra hand. Se Lindblom (1993b) s. 34 f., Lindblom (2000d) s. 26, Lindblom (2000a) s. 305 ff. samt Lindblom, Per Henrik, *Access to Justice och domstolarnas roll i framtiden*, i Sena uppsatser (2006a) s. 107-118 (s. 127 f.). Se även Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant, i Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant (red.), *Access to Justice III: Emerging Issues and Perspectives* (1979) s. vi, Cappelletti, Mauro, Garth, Bryant & Trocker, Nicolò, *Access to Justice: Variations and Continuity of a World-Wide Movement* (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 221-263 (s. 222 och 258) samt Cappelletti & Garth (1978) s. 6 ff., Tunc, André, *The Quest for Justice*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State* (1981) s. 315-360 (s. 332) samt Scarman, citerad i Sackville (NZJPL 2/2004) s. 89.

³⁰⁵ I sitt standverk *Justice and the Poor* konstaterade Smith (1924) s. xii f. att det är processrätten som vidmakthåller olikheten inför lagen, ty "the expense and delay needed to obtain legal relief are frequently such that the poor cannot afford it". Även Kallenberg noterade att 1919 års lag om fri rättegång – som bland annat, i dess 5 och 6 §§, innefattade en rätt till biträde på det allmännas bekostnad – hade "sin grund i principen om allas likhet inför lagen", emedan lagens syfte var att göra det möjligt för "obemedlade och mindre bemedlade personer att genom process häfda sin rätt eller att sätta dem i stånd därtill, utan att de därigenom bringas i oskäligt ekonomiskt trångmål". Se Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1594 och härtill Ekelöf (1966) s. 1, som m.h.t. Kallenberg's nyss citerade uttalande förklarade att även "den fattige bör åtnjuta rättssäkerhet" men att detta "ej till fullo [blir] fallet, om han ej har möjlighet att hävda sina intressen i processen" Se även Sackville (NZJPL 2/2004) s. 86 och Lindblom (2008a) s. 34 f.

³⁰⁶ Cappelletti (S. African L.J. 109/1992)s. 25 och Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 283. Jfr Wacks, Raymond, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (2009) s. 337.

³⁰⁷ Se även Cappelletti & Garth (1978) s. 9.

därför studeras i sitt sammanhang. Det sagda gäller även processrätten (och därmed processrättsvetenskapen).³⁰⁸

AtJ-rörelsen utvecklade sin teoretiska grundsyn i polemik mot den tidigare rättspositivistiska och sedermera rättsdogmatiska synen på rättens natur och rättsvetenskapens roll. För att på ett någorlunda rättvisande sätt kunna beskriva AtJ-rörelsens teoretiska grundvalar – som tillika ligger till grund för denna avhandling – kommer jag i det följande att först återge Cappellettis egna utläggningar, för att därefter fördjupa vissa av dennes tankelinjer:

”The access-to-justice movement ... tends toward a vision more faithful to the complexity of human society. While the normative component of the law is not denied, it is seen as *one* element, and quite often not even the principal one of the law. The primary element is the *people, with all their cultural, economic and psychological features*. Moreover, the institutions and processes are prominent in this realistic vision. The result of the access-to-justice approach is a ‘contextual’ conception of the law. Thus, instead of a uni-dimensional conception, whereby the law and legal scholarship are limited to the ascertainment of the norms, a *tri-dimensional* conception is affirmed. A first dimension reflects the *societal problem, need or demand* that prompts a legal intervention or the creation of a legal institution; the second dimension reflects the *legal response or solution* and, indeed, a response that includes in addition to the norms the institutions and processes which are intended to deal with that societal need, problem or demand; and finally, a third dimension faces the *results, or impact*, of such a legal response on the societal need, problem or demand. The role of legal scholarship, and indeed the role of lawyers generally, thus becomes much more complex, but also much more fascinating and realistic. To exemplify, it does not limit itself to describing the rules, forms and procedures applying to the acts of initiating a judicial proceeding or an appeal; it must also consider the costs to be borne, the time required, the difficulties (including psychological ones) to overcome, the benefits to be obtained, etc.”³⁰⁹

Med rötter i rättsrealismen riktar således AtJ-rörelsen udden av sin kritik mot den traditionellt rättsdogmatiska synen på rätten och den därmed sammanhängande synen på rättsvetenskapens roll. Föreställningen att rätten skulle utgöra ett slutet system av normer, åtskilt från samhället i övrigt, är enligt Cappelletti en ”unrealistic oversimplification”³¹⁰ och – skall det tilläggas – en farlig sådan:

”Such a vision of the law ended up, from a jurisprudential point of view, by identifying positive law with justice, and a firm refusal to *evaluate* positive law on the basis of criteria of justice (social, ethical, political and economic). [However], even in the activity of judges and other legal professionals and scholars, a degree of choice – hence of discretion – is always inevitable. Therefore, it is only in the guise of a mere

³⁰⁸ Jfr Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 185: “[The procedure] should not be placed in a vacuum.”

³⁰⁹ Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 282 f. (*kurs. där*). Se även Cappelletti Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 22 ff. för en i sak överensstämmande men något mer utförlig beskrivning av ”access to justice as a theoretical approach to law”.

³¹⁰ Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 23.

fiction, and an dangerous one at that, that one can pretend to eliminate from such activity the weight of interest and values. A *dangerous* fiction ... because it denies, and tries to hide, the political and ethical responsibility of the choices under the veil of their pretended agnostic 'neutrality'."³¹¹

Om den traditionella dogmatiken bildar en ytterlighet på den ena sidan av skalan, är dock AtJ-rörelsen likaledes ifrågasättande mot ytterligheten på den andra sidan av skalan – mot de post-moderna och mer radikala strömningarna inom den kritiska rättsteorin, med Cappellettis ord "the philosophy of catastrophe",³¹² ty dessa

"... tend toward a 'deconstruction' of the law, and this not only in its normative aspect – to the norms they ascribe total ambiguity, *total indeterminacy* (obviously yet another exaggeration, the perfect parallel of the opposite exaggeration of traditional dogmatism). Moreover, in their extreme versions, such new schools of thought tend to see law as inevitable instrument of dominance and oppression, to the point that only by means of a total revolutionary denial of it can a catharsis be achieved that should be capable – based on some mysterious magic – of leading the community to being harmoniously and happily regenerated."³¹³

AtJ-rörelsen positionerar sig således någonstans mitt emellan den klassiska rättsdogmatiken å ena sidan och mer radikala kritiska rättsteorier å andra sidan. Såsom en realistisk rörelse avfärdar man föreställningen att rätten utgör ett slutet system av normer som går att särskilja från sin samhälleliga kontext – från moralen, politiken och ekonomin.³¹⁴ Man delar dock inte den närmast nihilistiska föreställningen,³¹⁵ att rätten lider av total obestämbart³¹⁶ – att rätt och politik är ett och detsamma – och att rätten därför inte har någon potential att förändra samhällsstrukturerna, eftersom maktstrukturerna i samhället alltid bestämmer rättens innehåll.³¹⁷ Istället utgår AtJ-rörelsen från grundantagandet att juridiken besitter vad som kan beskrivas

³¹¹ Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 23.

³¹² Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 283 och Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 24.

³¹³ Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 24 f.

³¹⁴ Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 25.

³¹⁵ En vanlig kritik mot den skandinaviska realismen är – även i Sverige – dess (påstådda) värdenihilism. Se exv. Peczenik (Retfeard 19/1996) s. 83: "Hägerströmianismen är död i den meningen att inte många citerar vare sig mästaren själv eller t.ex. Lundstedt respektive Olivecrona. Hägerströmianismen – och generellt sett den s.k. rättsrealismens – huvudidé, värdenihilismen, har emellertid påverkat många. Postmoderna lärar av olika slag, såsom dekonstruktivism och critical legal studies explicit eller implicit behandlar etisk rationalitet som en omöjlighet."

³¹⁶ Att rätten lider av obestämbart – "the principle of indeterminacy" – brukar beskrivas som en utav grundprinciperna inom CLS-rörelsen; se t.ex. Kennedy, Duncan, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology Contemporary Legal Theory* (J. Legal Educ. 36/1986) s. 518-562 (s. 518 ff.) och här till Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory & Context* (2003) s. 218 samt Wacks (2009) s. 340.

³¹⁷ Jfr Jabbari, David, *From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory* (Oxford J. L. Stud. 12/1992) s. 507-542 (s. 539): "Since legal doctrine is characterized as being indeterminate in its relation to society, it cannot be an effective tool of social change."

som en *relativ* autonomi,³¹⁸ och därmed åtminstone har en *potential* att åstadkomma samhällelig förändring.³¹⁹

Närmare bestämt anlägger AtJ-rörelsen vad Cappelletti har karakteriserat som en kontextuell syn på rätten.³²⁰ Rättsvetenskapen kan inte – och bör inte heller försöka – begränsa sin verksamhet till att fastställa innehållet i ”gällande rätt” i någon sorts objektiv mening, emedan rätten saknar en sådan objektiv mening. Rätten skapas *vid tillämpningen* – i en viss samhällelig kontext för att tillgodose vissa samhällliga behov. Den fråga som tilldrar sig intresse inom AtJ-rörelsen är därför snarare om den rättsliga lösningen faktiskt fungerar eller inte. Och för att besvara denna fråga krävs naturligtvis ett bredare perspektiv än det rent rättsdogmatiska, vilket i förlängningen ställer nya krav på rättsvetenskapen.³²¹

Såvitt avser processrätten och den processrättsliga forskningen utgår AtJ-rörelsen ifrån grundantagandet att de materiella rättsregler som har antagits av en lagstiftande församling är avsedda att få genomslag i samhället.³²² För att säkerställa detta genomslag har varje modernt samhälle ställt domstolar till medborgarnas förfogande.³²³ Ett samhälleligt behov som domstolsprocessen – och därmed den anknytande processrätten – tjänar, är följaktligen att *säkerställa den materiella rättens genomslag*.³²⁴ I förlängningen innebär detta att var och en dels skall kunna utkräva de materiella rättigheter som följer av lag, dels skall skyddas från ingrepp eller ålägganden som

³¹⁸ Härmed avses att rätten påverkas av samhällsstrukturerna, men samtidigt besitter såpass mycket autonomi att den också kan påverka samhällsstrukturerna; se Jabbari (Oxford J. L. Stud. 12/1992) s. 521 och vidare Cappelletti, Garth & Trocker (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 224.

³¹⁹ Och som vi kommer att se i nästföljande avsnitt har AtJ-rörelsen – betraktad som en *reformrörelse* – faktiskt lyckats åstadkomma sådan förändring; se Cappelletti, Garth & Trocker (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 222. Detta i kontrast till exv. CLS-rörelsen, som trots sina konstruktiva syften har kritiserats för att inte lyckas tillvarata rättens transformativa potential; se exv. Jabbari (Oxford J. L. Stud. 12/1992) s. 507 ff. och härtill Wacks (2009) s. 342 ff.

³²⁰ Se Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 25: “[T]he legal system is not seen as a separate, autonomous, ‘autopoietic’ (self-generating) system, but as an inseparable and integrative part of a more complex social system, a part which cannot be artificially isolated from economics, ethics and politics.”

³²¹ Om juristens roll i allmänhet skriver Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 295 f., att “[w]e have to be aware of our responsibility; our duty to contribute to making law and legal remedies reflect actual needs, problems and aspirations of civil society”.

³²² Cappelletti, Garth & Trocker (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 223: “[O]ur role, as scholars of the legal system, is to mainly work on the assumption that the rights that are proclaimed are supposed to be enforced.” Denna grundläggande utgångspunkt har även uttryckts av den svenska lagstiftaren; se t.ex. prop. 2001/02:107 s. 20.

³²³ Jfr prop. 2001/02:107 s. 21.

³²⁴ Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 283. Frågan om *processens funktion* har som bekant ägnats åtskilligt intresse inom den svenska processrättsliga diskursen. Det här är dock inte rätt plats (och jag är inte heller rätt person) att återge eller försöka bidra till denna vidlyftiga debatt; jfr fn. 217 ovan. Några korta ord skall dock sägas för att koppla ihop idén om AtJ med den svenska processteorin. Som utgångspunkt tycks den s.k. *genomslagsfunktionen* hos processen vara vedertagen även i Sverige; enligt Lindblom (2000e) s. 55 kan denna åskådning (som i regel tillskrivs Ekelöf) ”spåras tillbaka till Hägerström och kanske ännu längre” (jfr även Lindblom i inledningen till ”Ekelöf-volymen” av *de lege*, där Lindblom konstaterar (s. 3) att “[u]ppfattningen att rättskipningen skall medverka till att de materiella rättsreglerna får genomslagskraft i samhället hade Ekelöf hämtat från Hägerström”). Eller för att citera Ekelöf själv (i samma volym): ”Rättskipningen skulle medverka till att de materiella reglerna fick genomslagskraft i samhällslivet – det hade redan Hägerström lärt mig.” Se Ekelöf, Per Olof, *de lege: Valdra skrifter* (1991) s. 79 (den aktuella uppsatsen publicerades ursprungligen som Ekelöf, Per Olof, *Ett stycke vetenskapshistoria*, i Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel & Aarbakke, Magnus (red.), Samfunn, rett, rettferdighet – Festskrift til Torstein Eckhoff (1986) s. 261-280) och vidare Ekelöf et al. (2016) s. 13 ff. Ang. förvaltningsprocessen, se även exv. von Essen (2014) s. 37 och Wennergren, Bertil, *En förvaltningsdomstols rättskipningsuppgift* (SvJT 1/1995) s. 66-74, som förklarar (s. 73) att en ”förvaltningsdomstol [har] att tillse att syftet med den materiella förvaltningsrättsliga lagstiftningen tillgodoses”. Inom ramen för denna övergripande/ordnade genomslagsfunktion ryms i princip alla de ”underfunktioner” som brukar tillskrivas processen – däribland den rättskyddande funktionen – och detta oavsett processform; se nästa fn.

saknar stöd i lag (det vill säga tillförsäkras ett ”effektivt rättsskydd”).³²⁵ Utifrån en kontextuell syn på rätten inställer sig då fråga om processen är så inrättad, att den fyller denna funktion: Tillhandahåller domstolarna ett välfungerande processuellt rättsskydd, i bemärkelsen ett rättsskydd som (1) kan nyttjas av *alla grupper av medborgare* för att (2) hävda *alla typer av rättigheter*? För att besvara denna fråga är det förstås inte tillräckligt att studera det processuella regelverk som anknyter till en viss lagregel,³²⁶ utan en rad utomrättsliga faktorer måste också beaktas:

³²⁵ Den svenska funktionsdiskussionen är sannolikt mest utvecklad vad avser tvistemål, där processen anses bidra till den materiella rättens genomslag på två ”nivåer”: (1) genom handlingsdirigering (”prospektiv prevention”); och (2) genom konfliktlösning (”retrospektiv reparation”). Eller för att citera Lindblom, Per Henrik, *Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?*, i Sena uppsatser (2006b) s. 275-318 (s. 289): ”Civilprocessens primära funktion är att på både det allmänna och enskilda planet bidra till maximalt genomslag för värderingarna – ändamålen – bakom den materiella lagstiftning som är aktuell i målet.” Äsiktsstriden om civilprocessens funktion handlar alltså i mångt och mycket om vilken utav dessa delfunktioner som är ”viktigast” och därmed hur de skall viktas mot varandra: Skall processen i första hand säkerställa den materiella rättens genomslag på samhällsnivå (Ekelöf), eller dess genomslag på individnivå (Lindell)? Eller förutsätter de två funktionerna varandra (Lindblom)? Se till det sagda t.ex. Ekelöf et al. (2016) s. 17 ff. (som å ena sidan framhåller processens externa betydelse som ”sanktionsmekanism”), Lindell (2012) s. 21 ff. (som å andra sidan framhåller processens internt rättsskyddande funktion i relationen mellan parterna) samt därtill Anderssons redogörelse för de ”olika skolorna” i Andersson (1997) s. 207 ff., samt redogörelsen för ”andra uppfattningar” i Ekelöf et al. (2016) s. 26 ff. Bland dessa andra uppfattningar märks särskilt Lindbloms ”förmedlade ställning”; se exv. Lindblom (2000e) s. 52 ff. (som framhåller ”funktionernas interaktion”). Äng terminologin och skillnaderna mellan de två ”polerna”; se även Ekelöfs intressanta anmälan av Lindells avhandling, där Ekelöf istället skiljer mellan ”sanktionsteorin” (som han själv ansluter sig till) och ”rättvisepincipen” (till vilken han hänför Lindell) och som ”vattendelare” häremellan identifierar Olivecronas teorier i *Beviskyldigheten och den materiella rätten*; se Ekelöf, Per Olof, *Anm. av Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor* (SvJT 1/1988) s. 23-39 och vidare Olivecrona (1930). Oavsett vilken utav dessa delfunktioner/teorier/principer som kan anses ”viktigast” är det dock inte särskilt svårt att koppla ihop den svenska debatten kring civilprocessens rättsskyddande (i bemärkelsen konfliktlösande) funktion på individnivå och idén om Access to Justice (i bemärkelsen effektivt rättsskydd genom domstol).

Liksom inom den civilprocessuella diskussionen brukar man, såvitt avser straffprocessen, ställa två delfunktioner mot varandra: brottsbekämpning (effektivitet) kontra rättssäkerhet (legalitet/rättsskydd). Valet mellan dessa modeller handlar om vilken typ av felaktiga domar som processen bör minimera: Är det viktigast är att minimera antalet felaktigt *friande* domar, eller är målet istället att minimera antalet felaktigt *fällande* domar? Se till det sagda exv. Niemi-Kiesiläinen, Johanna, *Tomt prat, igen? Om straffprocessens modeller och funktioner*, i Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), *Festskrift till Per Henrik Lindblom* (2004) s. 523-538, som, m.h.t. Lindblom, skiljer mellan straffprocessens ”funktion att förverkliga straffansvar” och dess ”rättsskyddsfunktion”, samt Lindblom (2006f) s. 319 ff. och Lindblom, Per Henrik, *Tomt prat? Reflexioner om straffprocessens funktion och de allmänna värderingarna bakom straffprocessuella tvångsmedel*, i *Studier i processrätt* (1993d) s. 343-364 (s. 343 ff.).

Vad därefter avser förvaltningsprocessens funktion har denna ägnats förvånansvärt lite uppmärksamhet i litteraturen. Att förvaltningsdomstolarna skall vara en garant för den enskildes rättsskydd har dock framhålls både av lagstifaren och i litteraturen; se prop. 1971:30 s. 282 (där det talas om den ”särställning som förvaltningsdomstolarna har i rättsskyddssystemet på förvaltningens område”), s. 396 (där det talas om ”besvärsinstitutets stora betydelse för den enskildes rättsskydd”) och s. 580 (där det talas om ”grundtanken om förvaltningsdomstolarna som organ för den enskildes rättsskydd”) samt härtil exv. Wennerger (SvJT 1/1995) s. 72.

När man talar om ”rättsskydd” som en av processens (del)funktioner finns det slutligen, som Lindblom framhåller, anledning att göra klart för sig *mot vem* skyddet skall gälla – mot enskilda eller mot det allmänna? En distinktion måste alltså göras mellan å ena sidan civilprocessen (där rättsskyddet är synonymt med konfliktlösning på individnivå) och å andra sidan straff- och förvaltningsprocessen (där man sällan talar om processens funktion som konfliktlösande). I det senare fallet (men inte i det tidigare) kan istället begreppet rättsskydd förstås som synonymt med rättssäkerhet, eller som att domstolarna fullgör en ”kontrollfunktion” i relation till den verkställande makten; de fungerar som medborgarnas ”värn mot övermakten”. Även i detta fall handlar det dock – ytterst sett – om att säkerställa genomslaget hos den materiella rätten (straff- respektive förvaltningsrätten). Se till det sagda Lindblom (2006b) s. 293 ff. (ang. straffprocessens funktioner) resp. s. 296 ff. (ang. förvaltningsprocessens funktioner) samt Lindblom (2000e) s. 58 ang. rättsskydd såsom ett skydd mot statens maktutövning. Se även SOU 1994:99 s. 52 och von Essen (2014) s. 33.

Det räcker med andra ord inte att konstatera att det föreligger klagorätt enligt tillämplig förvaltningsrättslig författning eller en rätt att kära och svara i ett tvistemål, utan man måste också fråga sig om gemene man har faktiska förutsättningar att utnyttja denna sin ”rätt” att föra process kring en viss rättighet.

”[Legal scholarship must] not limit itself to establishing that, for the initiation of a judicial proceeding or the mounting of an attack on a judgement, certain formal rules must be complied with; but it has also to consider the costs to be borne, both in terms of money and time, the difficulties, including psychological difficulties, to be overcome, the benefits to be obtained etc.”³²⁷

Förevarande avhandling tar avstamp i denna insikt – och anknyter därmed till den grundläggande frågan om processens tillgänglighet – såtillvida, att den fokuserar på ett utav de *praktiska hinder* som kan försvåra eller rent av omöjliggöra för gemene man att tillvarata sina intressen genom domstol: kostnaden för juridiskt biträde. Ty: ”It is one thing to say that *A* has the indefeasible right to resort to the courts; it is quite another to be able to add that there is nothing to prevent *A* from exercising this right.”³²⁸

2.2.2 ”Access to Justice” som en (rätts)politisk rörelse

Om vi sedan tar steget från teori till praktik har den AtJ-relaterade juridiska forskningen inriktats på diverse så kallade ”Access Barriers” (ibland omtalade som ”obstacles to justice”), varmed avses olika faktiska hinder – ekonomiska, kunskapsmässiga, psykologiska, sociala, processtekniska etcetera – vilka ensamt eller samfällt försvårar ett effektivt utnyttjande av domstolsapparaten. Rörelsen kan dock beskrivas som konstruktiv i sin approach; dess företrädare har inte bara försökt identifiera praktiska problem i processmaskineriet, utan också föreslagit lösningar på dessa problem.³²⁹

De hinder för ett effektivt rättskydd som har tilldragit sig intresse inom AtJ-diskussionen brukar delas in i tre olika problemkomplex, mellan vilka det föreligger ett visst samband: (1) höga processkostnader; (2) processuella obalanser; samt (3) oprocessbara anspråk.³³⁰ Ämnet för denna avhandling är primärt att hänföra till den första kategorin, men berör även i viss mån de två senare. Jag tillåter mig därför att kort redogöra för samtliga problemområden, för att därigenom förmedla en helhetsbild.

³²⁷ Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 26. Jfr prop. 2001/02:107 s. 22, där det konstateras att ”ekonomiska, psykologiska, kunskapsmässiga och sociala faktorer” ger upphov till ”luckorna i det processuella rättskyddet” i Sverige.

³²⁸ Jacoby, Sidney, *Legal Aid to the Poor* (Harv. L. Rev. 53/1940) s. 940-976 (s. 940), med tillägg: ”Whatever equality is theoretically conferred on all by the eternal truths of democracy is denied to many by the equally immutable principles of economics.” Jfr även Asp et al. (2014) s. 231, där det – beträffande straffprocessen – konstateras att ”guaranteeing a right in an abstract way has no sense if the factual circumstances hinder its effective exercise”, med följande för avhandlingen relevanta exempel på faktiska hinder: ”Difficulties to find specialist lawyers and at an affordable price.”

³²⁹ Jfr Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 26: ”Moving from the theoretical to the practical, it is obvious that the access-to-justice movement, precisely because it is not limited to mere description of *jus positum*, was to move into the challenging sphere of reform projects. Indeed, it presented [scholars] with a responsibility in the elaboration and promotion of reform projects, capable of responding to the criteria of accessibility.” Se även Lindblom (2008a) s. 35 och Lindblom (2000a) s. 308 f.

³³⁰ Se exv. Lindblom (2008a) s. 38 ff.

2.2.2.1 Höga processkostnader

Som jag redan har konstaterat kan det bli dyrt att processa i domstol; i den mån parterna anlitar biträde kan biträdeskostnaden många gånger överstiga tvisteföremålets värde (när detta kan mätas i pengar).³³¹ Enkel matematik ger också vid handen att den som inte har råd att betala höga processkostnader helt enkelt inte har råd att driva en process (i vart fall inte med hjälp av ett biträde). Särskilt problematiska blir dock dessa kostnader i processformer som vilar på den så kallade *kvittningsprincipen* ("the American Rule"), enligt vilken vardera parten måste bära sina egna kostnader oavsett tvistens utgång.³³² För om kostnaderna överstiger det ekonomiska värde som den vinnande parten tillgodogörs genom rättegången kommer även en framgångsrik process att förvandlas till en ren Pyrrusseger,³³³ genom att utmynna i en ekonomisk nettoförlust även vid vinst.³³⁴ Denna princip skapar därmed ett starkt "tryck" på parterna att *inte* generera några processkostnader, exempelvis genom att *inte* anlita biträde. I svensk rätt äger kvittningsprincipen tillämpning i förvaltningsprocessen, men också i vissa särskilda måltyper inför allmän domstol. En tillämpning av *principen om full kostnadstäckning* ("the English Rule"), enligt vilken tappande part skall ersätta vinnande parts kostnader, är dock likaledes problematisk. Denna princip, som ligger till grund för den allmänna processen, ger nämligen upphov till en kostnadsrisk som kan verka alltför processavskräckande, i synnerhet på kostnadskänsliga parter.³³⁵

Oavsett hur kostnaderna fördelas mellan parterna ger de således upphov till olika former av "Access Barriers", vilket förklarar varför processkostnaderna emellanåt måste bäras av någon annan än parterna själva – exempelvis staten (genom den allmänna rättshjälpen) eller tredjeman (i Sverige vanligtvis ett försäkringsbolag genom hemförsäkringens rättsskydd). Till dessa olika regelverk – och till dess inbördes förhållande – återkommer jag i kapitel 3, varför jag för tillfället stannar här.

2.2.2.2 Processuella (o)balanser

Med processuella obalanser avses parternas relativa styrkeförhållanden visavis varandra.³³⁶ Höga processkostnader kan i förlängningen ge upphov till kvalitativa skillnader mellan parternas processförmåga, exempelvis genom att endast parter med ekonomiska resurser har råd att anlita kvalificerad (men dyr) biträdeshjälp, medan

³³¹ Se i och vid fn. 222 ovan.

³³² Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 186 f.

³³³ Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Boman, Robert, *Rättegång: Tredje häftet* (1994) s. 181 (som i 7:e uppl. har förpassats till en fotnot; se Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Edelstam, Henrik, *Rättegång: Tredje häftet* (2006) s. 281 fn. 26). Se även Ekelöf, Per Olof, *Civilrätt och civilrättskipning*, i Bernitz, Ulf (red.), Festskrift till Jan Hellner (1984) s. 229-252 (s. 241 f.).

³³⁴ Lindblom talar här om "individuellt oprocessbara" anspråk; se exv. Lindblom (2000d) s. 37. Se även Af Sandeberg, Catarina, *Gruppriättegång – ny processform för småskador* (NJ 2/2002) s. 33-51 (s. 34), Cappelletti & Garth (1978) s. 13 ff., Johnson, Earl, *Promising Institutions: A synthesis essay*, i Cappelletti, Mauro & Weisner, John (red.), *Access to Justice II: Promising Institutions* (1978) s. 869-903 (s. 876 f.), Johnson, Earl, *Thinking About Access: A Preliminary Typology of the Possible Strategies*, i Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant (red.), *Access to Justice III: Emerging Issues and Perspectives* (1979) s. 3-168 (s. 9). Se även prop. 2001/02:107 s. 21

³³⁵ Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 187 och Lindblom (2008a) s. 38.

³³⁶ Jfr Songer, Donald R. & Sheehan, Reginald S., *Who Wins on Appeal? Upperdogs and Underdogs in the United States Courts of Appeals* (Am. J. Polit. Sci. 35/1992) s. 235-258 (s. 325), som talar om "the relative strength of direct parties (their litigation resources)".

den andra parten tvingas processa pro se.³³⁷ Forskning har dock visat att även rent kvantitativa skillnader – i bemärkelsen processfrekvens/processvana – mellan parterna ger upphov till balansproblem.³³⁸ Vanligtvis brukar dock dessa skillnader sammanfalla och därmed förstärka varandra. För att göra bruk av Galanterns etablerade typologi slits nämligen de flesta tvister mellan å ena sidan en ”repeat-player litigant” (”RPL”, typiskt sett en myndighet, ett företag eller eljest en organisation³³⁹) och å andra sidan en ”one-shot litigant” (”OSL”, vanligtvis en privatperson i någon egenskap³⁴⁰).³⁴¹

Kännetecknande för partsställningen i flertalet rättegångar är således distinktionen mellan ”haves” och ”have-nots” – den ena parten *har* vanligtvis stora resurser (i form av ekonomi och kunskap) men också kontinuerliga kontakter med domstolssystemet, till skillnad från motparten som *saknar* både resurser och tidigare kontakter med domstolarna.³⁴² Följande liknelse är illustrativ:

”Basically this distinction is between the casual participant for whom the game is an emergency and the party who is equipped to do it as part of his routine activity. The sailor overboard and the shark are both swimmers, but only one is in the swimming business.”³⁴³

Tillgängliga data visar också entydigt, att en RPL har relativt sett större utsikter att vinna framgång än en OSL, och detta oavsett partsställning.³⁴⁴ Detta sakernas tillstånd förklaras av att den tidigare åtnjuter ett stort antal strategiska fördelar över den senare, däribland följande:

³³⁷ Jfr McCormick, Peter, *Party Capability Theory and Appellate Success in the Supreme Court of Canada, 1949-1992* (Can. J. Polit. Sci. 26/1993) s. 523-540, som konstaterar (s. 525) att den ena parten i processen vanligtvis har ”superior material resources, which permit them to hire the best legal representation”. Se även Songer & Sheehan (Am. J. Polit. Sci. 35/1992) s. 235, med samma konstaterande: ”Superior resources allow the 'haves' to hire the best available legal representation”.

³³⁸ Lindblom (2008a) s. 39.

³³⁹ I den empiriska forskningen brukar man göra skillnad även *inom* dessa kategorier, exv. mellan statliga och kommunala myndigheter, och mellan stora och små företag. På så vis framträder en väldigt raffinerad typologi, se exv. McCormick (Can. J. Polit. Sci. 26/1993) s. 527 f., som använder åtta olika kategorier i sin studie.

³⁴⁰ Även denna kategori brukar delas in i undergrupper; jfr exv. Sheehan, Reginald S., Mishler, William & Songer, Donald R., *Ideology, Status, and the Differential Success of Direct Parties Before the Supreme Court* (Am. Polit. Sci. Rev. 86/1992) s. 464-471, som bl.a. konstaterar (s. 464) att ”even among single-shot litigants, the poor lose more frequently than wealthier individuals”.

³⁴¹ Galanter (Law & Soc’y Rev. 9/1974-75b) s. 97 ff. och Galanter (Law & Soc’y Rev. 9/1974-75a) s. 347 ff. Se även Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 193.

³⁴² Jfr McCormick (Can. J. Polit. Sci. 26/1993) s. 525, som definierar RPL:s som ”organizations whose activities frequently and routinely involve litigation”, medan OSL:s är ”individuals whose involvement with the courts is rare, sporadic and frequently involuntary”. Eftersom enskilda, som tvingas processa i domstol, vanligtvis bara gör detta en enda gång i livet benämns de även ”single case litigants”.

³⁴³ Galanter (Law & Soc’y Rev. 9/1974-75a), s. 363. Jfr McCormick (Can. J. Polit. Sci. 26/1993) s. 524, som istället liknar processen vid en basketmatch mellan olika långa spelare (”the taller basketball team will usually win”).

³⁴⁴ Se Epp, Charles, *The Two Motifs of "Why the 'Haves' Come out Ahead" and Its Heirs* (Law & Soc’y Rev. 33/1999) s. 1089-1098, som konstaterar (s. 1090 f.) att ”[t]he relative success of a repeat player has been borne out in a large body of empirical research”, att ”individuals fare relatively poorly against organizational and governmental litigants”, samt att dessa slutsatser – som ansluter till Galanterns ”party capability theory” – utgör ”one of the most consistently observed and remarkably stable patterns of observations in Law and Society research”. Se här till Songer, Donald R., Sheehan, Reginald S. & Brodie Haire, Susan, *Do the 'Haves' Come out Ahead over Time? Applying Galanter's Framework to Decisions of the U.S. Courts of Appeals, 1925-1988* (Law & Soc’y Rev. 33/1999) s. 811-832 och Farole, Donald J. Jr., *Reexamining Litigant Success in State Supreme Courts – Do the Haves Still Come out Ahead?* (Law & Soc’y Rev. 33/1999) s. 1043-1058. Jfr dock Lempert, Richard, *A Classic at 25: Reflections on Galanter's "Haves" Article and Work It Has Inspired* (Law & Soc’y Rev. 33/1999) s. 1099-1112 (särskilt s. 1103).

Att rättstvister är ett normalt inslag i verksamheten hos en RPL medför, för det första, att denna ackumulerar stora materiellrättsliga och processrättsliga kunskaper ”in-house”. Detta skapar inte bara ett övertag i processen utan gör också uppstartssträckan kortare – och därmed billigare – inför processen.

Att en RPL ofta är part i ett stort antal mer eller mindre likartade mål medför, för det andra, att denna kan sprida processkostnaderna (och därmed processriskerna) bland dessa mål. En enskild process blir med andra ord proportionellt sett både mindre riskfylld och mindre kostsam för en RPL än för en OSL. Härtill kommer att processkostnaderna utgör en normal ”verksamhetskostnad”, som rentav – ifråga om näringsidkare – är avdragsgill i rörelsen.

Att en RPL ofta är part i ett stort antal mer eller mindre likartade processer medför också, för det tredje, att denna kan ha ett ekonomiskt incitament att lägga ner relativt stora resurser på en enskild tvist, eftersom utgången i denna kan vara direkt eller indirekt avgörande för hur övriga mål skall hanteras. Av samma skäl har en RPL ofta ett större intresse av att driva principiellt viktiga mål till sista instans.³⁴⁵

Att rättstvister är ett normalt inslag i verksamheten hos en RPL medför avslutningsvis, för det fjärde, att denna kan utveckla – och i regel utvecklar – informella band till domstolarna.³⁴⁶

Mycket förenklat visar Galanters ”party capability theory” att domstolarna, genom sina avgöranden, reproducerar redan rådande obalanser i samhället, eftersom parternas utomprocessuella styrkepositioner tenderar att bestämma utgången i målet.³⁴⁷ Det sagda rimmar väl med Lindbloms iakttagelse, angående den svenska tvistemålsprocessen:

”Traditionell privatprocess bygger på att det skall vara fråga om två jämnstarka parter, men balansen i rättegångar av det här aktuella slaget är inte bara hotad, den saknas helt. Att situationen någon gång kan vara den omvända rubbar inte helhetsintrycket; förhållandena erinrar om Davids kamp mot Goliat – med den skillnaden att utgången kan förväntas bli den motsatta.”³⁴⁸

I mål där en enskild möter det allmänna är dock obalansen ännu mer påtaglig, och det är också i sådana processformer som det här diskuterade sambandet (mellan å ena sidan parternas ”styrkeförhållanden” och å andra sidan utfallet i processen) är

³⁴⁵ Med andra ord är en RPL inte lika känslig för tidsutdräkt som en OSL, för vilken sen rättvisa kan vara liktydigt med ingen rättvisa alls; ”justice delayed” är som bekant ”justice denied”

³⁴⁶ Galanter (Law & Soc’y Rev. 9/1974-75a) s. 347 ff., Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 190 ff., Lindblom (2008a) s. 39 ff., Lindblom (2000a) s. 310 f. och Lindblom (1988) s. 8 f.

³⁴⁷ Se vidare exv. Dotan, Yoav, *Resource Inequalities in Ideological Courts*, i Kritzer, Herbert M. & Silbey, Susan (red.), *In Litigation – Do the “Haves” still Come Out Ahead* (2003) s. 212-235, som anför (s. 212) att domstolarnas avgöranden ”reflect the existing disparities in wealth and power in society”.

³⁴⁸ Lindblom, Per Henrik, *Rättegångsalens vägar – om domstolsprocessen i tid och rum* (SvJT 1/2002) s. 1-11 (s. 9). Se även Lindblom (2008a) s. 40 med samma liknelse.

som allra tydligast: ”[P]ublic agencies are ... *the most successful litigant* in almost all the surveys that studied outcomes in litigation.”³⁴⁹

Det ovan sagda kan sammanfattas genom nedanstående matris,³⁵⁰ där partsställningen i de gråmarkerade fälten³⁵¹ tenderar att ge upphov till såväl kvalitativa som kvantitativa balansproblem av ifrågakvarande slag:

	<i>OSL som ”svarande”</i>	<i>RPL som ”svarande”</i>
<i>OSL som ”kärande”</i>	Make mot make Pappa mot mamma	Konsument mot näringsidkare Privatperson mot Försäkringskassan
<i>RPL som ”kärande”</i>	Åklagare mot tilltalad Inkassobolag mot gäldenär	Skatteverket mot näringsidkare Fackförening mot arbetsgivare

2.2.2.3 Oprocessbara anspråk

Vad slutligen avser uppkomsten av nya kollektiva rättigheter, utgör följande passage ur Lindbloms *Gruppatalan* en lämplig utgångspunkt för diskussionen:

”[V]älfärdssamhällets framväxt, urbanisering och ’massifikationen’ av produktion, konsumtion, distribution och information leder till uppkomsten av rättigheter som inte utan vidare låter sig infogas i det individualistiska mönster som traditionellt dominerat såväl materiellrättsligt som på det processuella planet i det liberalistiska

³⁴⁹ Dotan (2003) s. 224, som dessförinnan anför följande: ”[T]he government enjoys extremely high success rates in litigation that reaches final judicial disposition. The finding that public agencies enjoy high success rates in judicial review as well as in appellate courts is far from being unique to this study and is corroborated by several other studies.” Se även exv. McCormick (Can. J. Polit. Sci. 26/1993) s. 524 f., som förklarar att ”governments are generally more successful in litigation than businesses” samt att ”business organizations are usually more successful than individuals”, samt Sheehan, Mishler & Songer (Am. Polit. Sci. Rev. 86/1992) s. 465 ff., Songer & Sheehan (Am. J. Polit. Sci. 35/1992). Se även Kritzer, Herbert M., *The Government Gorilla – Why Does Government Come Out Ahead in Appellate Courts?*, i Kritzer, Herbert M. & Silbey, Susan S. (red.), *In Litigation: Do the Haves Still Come Out Ahead?* (2003) s. 342-371, med följande klargörande (s. 361 f.): ”I have argued that ’party capability theory’ is not adequate to explain the strong pattern of government success in appellate litigation around the world. Government is not just ’more capable’ in terms of resources and experience, but it has a fundamental advantage that flows from the fact that it sets the rules by which cases are brought and decisions are made, and it is government officials, judges, who make the decisions. While norms of judicial independence are supposed to insulate judges from other parts of government, this separation only goes so far. Ultimately, judges are part of the regime, and when the regime comes under challenge, the government will tend to receive any breaks or benefits at the margin that might accrue.” Den begränsade svenska forskning som finns att tillgå är i linje med den internationellt etablerade bilden: FK har exv. alltid relativt sett större utsikter att vinna framgång än den enskilde, och detta oavsett partsställningen i processen. Se Bjerstedt, Daniel, *Tryggheten inför rätta: Om rätten till förtidspenning enligt förvaltningsdomstolarna under tre decennier* (2009) s. 195, vars undersökning visade ”att myndigheten alltid har större chans att vinna än vad den enskilde har. [...] Det är alltså inte så lätt som att den som står som klagande alltid får rätt. Det beror också på vem det är; myndighet eller enskild. Myndigheten har alltid lättare att få rätt.”

³⁵⁰ Matrisen utgör en ”försvenskad” variant av Galanters amerikanska motsvarighet; se Galanter (Law & Soc’y Rev. 9/1974-75b) s. 107 och Galanter (Law & Soc’y Rev. 9/1974-75a) s. 348. I matrisen används de civilprocessuella begreppen ”kärande” resp. ”svarande” för att markera initiativtagaren till processen resp. dennas motpart. Inom förvaltningsprocessen motsvaras käranden vanligtvis av klaganden, och inom straffprocessen motsvaras svaranden av den tilltalade.

³⁵¹ Jfr dock fn. 339-340. Som förtydligas där uppstår inte bara balansproblem mellan utan också inom grupperna RPL:s resp. OSL:s. Även i de vita fälten (OSL mot OSL resp. RPL mot RPL) uppstår således balansproblem; i tvister mellan staten och ett företag (som båda är RPL:s) tenderar staten att vinna, och i tvister mellan en rik och en fattig privatperson (som båda är OSL:s) tenderar den rike att vinna. Se till det sagda exv. Grossman, Joel B., Macaulay, Stewart & Kritzer, Herbert M., *Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* (Law & Soc’y Rev. 33/1999) s. 803-810, där det framhålls (s. 810) att ”the relative advantages between and among litigants is more nuanced and dynamic than the terms *one shotter* and *repeat player* suggest”.

samhället. Man gör gällande att rättigheterna numera inte alltid är strängt individualistiska utan i allt högre grad blivit kollektiva, socialpolitiskt betingade, 'mänskliga' rättigheter i vid mening."³⁵²

Välfärdssamhället har alltså fört med sig en ny "sorts" rättigheter som, till skillnad från traditionella individuella (rättsstatliga) rättigheter är kollektiva i den bemärkelsen att de tillkommer oss alla i olika egenskaper, exempelvis som konsument, samhällsmedborgare – ja, till och med som människor. Kännetecknande för denna typ av kollektiva rättigheter är dels att kretsen rättighetsinnehavare är diffus, dels att rättigheten som sådan är fragmentarisk. Härav följer, för det första, att det är svårt att avgöra vilka subjekt som den ifrågavarande rättigheten tillkommer och, för det andra, att varje enskild rättighetsinnehavare lider en begränsad skada vid en rättighetskränkning (som dock, sett till hela kollektivet, kan vara nog så allvarlig). För dessa typer av rättigheter är den traditionella domstolsprocessen, strukturerad som en tvåpartsprocess mellan två väldefinierade parter, illa avpassad – ett förhållande som i förlängningen riskerar att medföra att *intressen som är viktiga för alla inte bevakas utav någon*.³⁵³

2.2.2.4 "The Three Waves"

AtJ-rörelsen – betraktad som en reformrörelse – brukar beskrivas med hjälp av en vågmetafor som är avsedd att illustrera en kronologisk utveckling i tre steg "förbi" de hinder som skisserats ovan.³⁵⁴ Att söka nedbringa de höga processkostnaderna och såvitt möjligt skapa balans i processen, främst genom att tillhandahålla "Access to Lawyers" åt mindre bemedlade, brukar sålunda hänföras till *den första vågen* av reformer som följde i kölvattnet efter den AtJ-relaterade forskningen.³⁵⁵ Att skapa ett fungerande processuellt rättsskydd för kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen – exempelvis genom nya taleformer såsom grupptalan och/eller genom olika ombudsmannasystem – hänförs sedan till *den andra vågen*.³⁵⁶ Inom *den tredje vågen*,

³⁵² Lindblom (2008a) s. 41.

³⁵³ Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 194 f. och 209 ff. samt Lindblom (2008a) s. 41 f. Se även prop. 2001/02:107 s. 20 ff. Att kollektiva rättigheter är mer eller mindre oprocessbara i vanlig ordning – och därmed inte kan företrädas av någon trots att detta missgynnar alla – utgör alltså i någon mening en processrättslig motsvarighet till den ekonomiska teorins "tragedy of the commons", dvs. en situation där ett antal individer skall samarbeta, men där det handlingsätt som bäst gynnar varje individs intressen missgynnar det gemensamma intresset. Uttrycket härstammar från William Forster Lloyds *Two Lectures on the Checks to Population* (1833) och utvecklades vidare av exv. Hardin, Garrett, *The Tragedy of the Commons* (Science 162/1968) s. 1243-1248.

³⁵⁴ Lindblom (2008a) s. 41 ff.

³⁵⁵ Om denna första väg – "Legal aid for the poor" – i allmänhet; se t.ex. Cappelletti & Garth (1981) s. 21 ff., Zander, Michael, *The First Wave*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State* (1981) s. 27-48 (s. 27 ff.) och Sackville (NZJPIIL 2/2004) s. 90 f.

³⁵⁶ Om denna andra väg – "Representation of Diffuse Interests" – i allmänhet; se Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 209 ff. och Sackville (NZJPIIL 2/2004) s. 92 ff. Beträffande taleformen grupptalan ur ett svenskt perspektiv; se Lindbloms omfattande monografi *Grupptalan i Sverige*, cit: Lindblom (2008a), särskilt s. 41 ff., och dess föregångare *Grupptalan – Det anglo-amerikanska class actioninstitutet ur svensk belysning*, cit: Lindblom (1988) särskilt s. 11 ff.

slutligen, fokuserade rörelsen på rättskydd i andra former än genom det av staten administrerade domstolssystemet.³⁵⁷ Låt mig kort utveckla denna stegvisa utveckling.

AtJ-rörelsens första våg kan dateras till 1970-talets ingång, då flertalet västerländska stater moderniserade eller införde helt nya rättshjälpsystem;³⁵⁸ i USA redan år 1965 och i exempelvis Frankrike, Storbritannien, Tyskland och Sverige år 1972.³⁵⁹ Det bakomliggande syftet med dessa reformer var helt enkelt att förbättra rättskyddet för mindre bemedlade genom att tillhandahålla juridiskt biträde på samhällets – eller, för den delen, på motpartens – bekostnad. Utvecklingen i Sverige avvek inte nämnvärt från det globala mönstret, låt vara att ambitionsnivån hos vår lagstiftare i vissa avseenden var högre än annorstädes. I förarbetena till den äldre rättshjälpslagen uttalade departementschefen följande:

”För att den enskildes rättskyddsbehov skall vara tillgodosett krävs också att han har ekonomiska förutsättningar att utnyttja [domstolsförfarandet]. Det stora flertalet medborgare är inte i en sådan ekonomisk situation att dessa förutsättningar föreligger för dem. Samhällelig rättshjälp är därför ett viktigt inslag i rättssamhället. Den nuvarande rättshjälpen utesluter emellertid stora medborgargrupper från denna förmån. En förbättrad rättshjälp är därför ett viktigt led inte bara i strävandena att bereda den enskilde ett tillfredsställande rättskydd utan också i arbetet på att skapa ökad jämlikhet mellan medborgarna.”³⁶⁰

Grundtanken bakom 1972 års rättshjälpsreform var enkel: Principen om allas likhet inför lagen fordrade att *ingen* av ekonomiska skäl hindrades från att ta tillvara sin rätt.³⁶¹ Den äldre rättshjälpslagen fick därför ett vidsträckt tillämpningsområde och var, åtminstone vid en internationell jämförelse, påfallande ”generös”.³⁶²

Syftet med AtJ-rörelsens första våg var att komma till rätta med de två problemkomplex som föregående avsnitt diskuterades i termer av *höga processkostnader* (som ofta orsakas av just höga advokatkostnader) samt *processuella obalanser* (som ofta orsakas av att endast den ena parten har råd att bära kostnaden för en advokat³⁶³).³⁶⁴ Detta genom att avlasta mindre bemedlade kostnaden för ett juridiskt biträde, främst

³⁵⁷ Se t.ex. Galanter, Marc, *Justice in Many Rooms*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State* (1981) s. 147-182 (s. 147 ff.), Sackville (NZJPIL 2/2004) s. 90 och Lindblom (2000a) s. 312.

³⁵⁸ Fleming, Don, *Legal Aid and Human Rights* (2007) s. 3.

³⁵⁹ I Sverige genom äldre rättshjälpslagen (1972:429) (”ÅRhjL”). Se till det sagda Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 198 ff. samt Cappelletti, Mauro, *Legal Aid in Europe: A Turmoil* (A.B.A.J. 60/1974) s. 206-208 (s. 206).

³⁶⁰ Prop. 1972:4 s. 224 f.

³⁶¹ Prop. 1972:4 s. 229. Se även a. prop. s. 56. 1972 års rättshjälpsreform kom mot denna bakgrund att beskrivas som en social reform; se t.ex. Ardhe, Mats, *Allmänna rättshjälpen – gör den skäl för namnet?* (TSA 1984) s. 337-340 (s. 337). Se även Sterzel i Rättsfonden, *Domstolarnas roll i samhället* (1972) s. 21 och Unger, Sven & Bentelius, Lars, *Sveriges advokatsamfundens remissyttrande över Rättshjälpsutredningens betänkande* (TSA 1/1996) s. 12-17 (s. 12).

³⁶² Se vidare avsnitt 5.2.2.2 (och rättshjälpen transformering till ett ”yttersta skyddsnät”) nedan, där jag diskuterar rättshjälpens s.k. täckningsgrad.

³⁶³ Jfr exv. Dotan (2003) s. 223, som konstaterar att ”when the ‘have nots’ were represented by lawyers, there is nothing in the findings to corroborate the claim that the ‘haves’ come out ahead”. Annorlunda uttryckt skapar ett biträde balans mellan typiskt sett obalanserade parter. Se även Zuckerman (1999) s. 10.

³⁶⁴ Se avsnitt 2.2.2.1-2.2.2.2.

genom system med allmän rättshjälp i vid mening³⁶⁵, men också genom att laborera med rättegångskostnadernas fördelning mellan parterna.³⁶⁶ Genom dylika reformer skapades förutsättningar för resurssvaga parter att i högre utsträckning än tidigare få tillgång till juridiskt biträde, och därigenom hävda sin rätt mot en ”starkare” motpart.

Det tredje problemkomplexet – att skapa ett skydd för *oprocessbara anspråk*³⁶⁷ – tilldrog sig uppmärksamhet under AtJ-rörelsens andra våg. En betydelsefull skillnad i jämförelse med den första vågen – som i mångt och mycket sökte lösningarna *inom* den traditionella processens kontradiktoriska tvåpartsstruktur – är att den andra vågen utmanade hela föreställningen om processen som en angelägenhet mellan två väldefinierade parter.³⁶⁸ Sålunda kom olika *representativa processformer* att utvecklas världen över, i vilka en part gavs möjlighet att företräda alla med likartade anspråk utan att dessa själva deltog som parter i rättegången, vilket förutsatte avsteg från hävdvunna processuella principer om exempelvis *res judicata* och *locus standi*.³⁶⁹ Genom sådana modeller kunde bland annat processkostnaderna – eller, i förekommande fall, kostnadsrisken – spridas på ett större kollektiv eller rent av på samtliga skattebetalare. Såsom betydelsefulla exempel på dylikt nytänkande må nämnas olika system med grupp-talan (”*class action*”),³⁷⁰ men också system med exempelvis konsumentombudsmän – med behörighet att föra talan inför domstol å det abstrakta konsumentkollektivets vägnar – enligt svensk modell.³⁷¹

Möjligheten att föra grupp-talan har funnits länge i exempelvis Storbritannien och USA,³⁷² men infördes i svensk rätt så sent som år 2002 genom lagen om grupp-rättegång.³⁷³ I förarbetena framhöll lagstiftaren, sent om sidos, att samhället har ”ansvaret” för att medborgarna tillförsäkras ”verkningsfulla sanktionsmedel” varigenom de kan genomdriva sina materiella rättigheter. Den på en ”individualistisk-dualistisk grundsyn baserade processordningen” ansågs inte uppfylla detta krav såvitt avser det moderna samhällets i hög grad kollektiva, fragmentariska och diffusa rättigheter, exempelvis på miljö- och konsumenträttens område.³⁷⁴ Det uttalade syftet med reformen var sålunda just att skapa ett *väl fungerande processuellt rättsskydd* för det moderna samhällets anspråk.³⁷⁵

³⁶⁵ Med ”rättshjälp i vid mening” avses inte endast den offentligt finansierade rättshjälp utan också rättsskyddsförsäkringar och liknande privaträttsliga system; jfr exv. Lindblom (2000a) s. 312.

³⁶⁶ Cappelletti & Garth (1978) s. 22 ff. och Cappelletti & Garth (1981) s. 7. Vad gäller rättegångskostnadernas fördelning mellan parterna kom man bl.a. att laborera med så kallade ”ensidiga” eller ”skeva” eller fördelningsregler; se exv. Lindblom (2008a) s. 44 och vidare kap. 4.

³⁶⁷ Se avsnitt 2.2.2.3.

³⁶⁸ Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 209.

³⁶⁹ Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 285.

³⁷⁰ Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 285 och Lindblom (2008a) s. 46.

³⁷¹ Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 213 och Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 284.

³⁷² Se Lindbloms redogörelse för utvecklingen där i Lindblom (2008a) s. 48 ff. resp. 55 ff.

³⁷³ Lagen (2002:599) om grupp-rättegång (”LGR”). Se härtill prop. 2001/02:107 och SOU 1994:151 samt Lindblom (2008a) och Lindblom (1988). Att denna lag infördes i Sverige är mångt och mycket Lindbloms förtjänst, och dennes forskargärning – inte minst genom nämnda verk – utgör således ett mycket bra exempel på konstruktiv AtJ-relaterad forskning.

³⁷⁴ Prop. 2001/02:107 s. 20.

³⁷⁵ Se prop. 2001/02:107 s. 1, där det bl.a. anfördes att införandet av ”grupp-talan syftar till att på ett övergripande och generellt sätt komma till rätta med dessa brister i det processuella rättsskyddet. Syftet med reformen är ytterst att förbättra genomslaget för redan gällande materiella rättsregler.”

Om AtJ-rörelsens andra våg utmanade traditionella föreställningar om processens struktur, gick man under den tredje vågen ännu ett steg längre genom att utmana domstolsprocessen som sådan. Rörelsens tredje våg avser sålunda olika former av *alternativa processformer* ("ADR", och på senare tid även "ODR"³⁷⁶), exempelvis genom medling, skiljeförfarande och online-baserade tvistlösningsmekanismer, vilket speglar en insikt om att det av staten administrerade domstolssystemet inte kan erbjuda ett välfungerande processuellt rättsskydd för alla typer av anspråk.³⁷⁷ Det finns helt enkelt en yttersta gräns – inte minst samhällsekonomiskt – för hur långt det är möjligt att nå inom den första och andra vågen, och när den gränsen är nådd är tanken att den tredje vågen skall ta vid och föra utvecklingen framåt.³⁷⁸

2.2.2.5 Den första vågen – en tidvattenvåg?

Den ovan skisserade vågmetaforen måste dock nyttjas med försiktighet, eftersom språkbruket

"... may create the misleading impression of a series of discrete changes to legal systems occurring at different periods in the development of legal systems. It is more accurate to think of the waves as a number of interrelated changes. Some may be continuing in one form or another, while others may be in retreat. It is also important to recognize that reforms to the legal system and to dispute resolution procedures in general cannot be understood in isolation from broader social and economic changes taking place in a particular country or region."³⁷⁹

Som Sackville mycket riktigt konstaterar måste förändringarna av domstolsprocessen förstås i ljuset av den allmänna samhällsutvecklingen. Den första vågen i AtJ-rörelsen torde således bäst kunna beskrivas som en tidvattenvåg; vattenmassorna strömmade till under välfärdsstatens uppbyggnad på 1970-talet för att sedan, i takt med välfärdsstatens successiva nedmontering under 90-talet, dra sig tillbaka med kontinuerligt nya lågvattenmärken som följd.³⁸⁰

Att system med allmän rättshjälp av modernt snitt infördes så gott som simultant i flertalet västerländska stater är naturligtvis ingen slump, utan utgör en direkt åter spegling av den dåvarande tidsandan – det förändrade samhällsklimatet – i de nya välfärdsstaterna som höll på att växa fram. Rättshjälpslagarna – om än av varierad

³⁷⁶ "Alternative Dispute Resolution" resp. "Online Dispute Resolution".

³⁷⁷ Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 287 och Sackville (NZJPIL 2/2004) s. 93 f.

³⁷⁸ Detta genom "the full panoply of institutions and devices, personnel and procedures, used to process, and even prevent, disputes in modern societies. We call it the 'access-to-justice approach' because of its overall scope; its method is not to abandon the techniques of the first two waves of reform, but rather to treat those reforms as only several of a number of possibilities for improving access." Se Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 223.

³⁷⁹ Sackville (NZJPIL 2/2004) s. 90.

³⁸⁰ Se t.ex. Fleming (2007) s. 17. Se även Uzelac, Alan & van Rhee, C.H., *Access to Justice and the Judiciary: Introduction*, i Uzelac, Alan & van Rhee, C.H. (red.), *Access to Justice and the Judiciary: Towards New European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication* (2009) s. 1-12 (s. 4) om utvecklingen i andra europeiska stater samt Lindblom, Per Henrik, *Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten*, i Studier i processrätt (1993c) s. 43-62 (s. 51) om utvecklingen i Sverige.

karaktär³⁸¹ – uppvisade såtillvida ett gemensamt karaktärsdrag: De var alla mer eller mindre ett ”utflöde av välfärdssamhället”.³⁸² För att åter citera Sackville:

”[T]he first wave of the access to justice movement, in particular, was supported by a belief that governments would be prepared to commit funds to provide adequately to meet at least the most obvious areas of legal need. [...] The belief that real resources available for legal aid would increase significantly over time reflected a faith in the then prevailing philosophy underlying the welfare state. That philosophy took it for granted that governments had a critical role to play in ameliorating the adverse consequences of inequalities attributable to misfortune or poverty. It is no coincidence that legal aid services expanded at a time when the welfare state was at its zenith and before the triumphant march forward of proponents of the free market. In this environment, the allocation of substantial public resources to enhance legal services for poor people was seen as fulfilling the basic responsibilities of government.”³⁸³

Lagstiftningsklimatet i Sverige vid tidpunkten då den äldre rättshjälpslagen infördes avvek inte från det globala mönstret. I retrospektiv konstaterar således Ekeberg att det under 1970-talet förelåg en allmän reformvänlighet, som inte lät sig hejdas av ekonomiska invändningar:

”I själva verket genomfördes vid denna tid omfattande och i många fall kostnadsdrivande reformer inom rättsväsendet. Om man så vill kan man se rättshjälpslagstiftningen som ett jämlikhetsprojekt, som ett av samhällets svar på 1950-talets rättsrötedebatt, som ett led i konsumentskyddet eller som ett sätt att leva upp till tanken på ’access to justice’.”³⁸⁴

Den äldre rättshjälpslagen var dock en utav de sista lagar som tillkom under det ”expansiva klimat” som kännetecknade 70-talets lagstiftningsarbete,³⁸⁵ och tids nog kom klyftan mellan statens inkomster och utgifter att växa. Rättshjälpslagen visade sig kosta mer än vad lagstiftaren förutsett,³⁸⁶ och lagen blev därför föremål för

³⁸¹ Se t.ex. Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 199 ff., Lindblom (2008a) s. 41, Lindblom (2000a) s. 312 och Lindblom (1988) s. 10.

³⁸² Jfr Ekeberg, K-G, *Nya rättshjälpslagen* (NJ 3/1997) s. 35-54 (s. 40).

³⁸³ Sackville (NZJPIIL 2/2004) s. 97.

³⁸⁴ Ekeberg (NJ 3/1997) s. 42.

³⁸⁵ En tämligen samlad överblick över 1970-talets reformer ges i Holstad, Sigvard & Larsson, Sven, *Allmänhetens rättsskydd* (1974), som i sin inledning anför följande (s. 9): ”I vårt komplicerade samhälle finns det många anledningar till konflikter mellan enskilda inbördes och mellan enskilda och myndigheter. Under senare år har därför rättsskyddsfrågor ägnats allt större uppmärksamhet. Viktiga reformer har genomförts på området. Ökad rättssäkerhet innebär i regel ökade kostnader för det allmänna. Reformarbetet innebär också att en betydande satsning av allmänna medel har gjorts i syfte att stärka rättssäkerheten.”

I denna veva – och med samma bakomliggande skyddssyfte som den allmänna rättshjälpen, dvs. att säkerställa allmänhetens rättsskydd – tillkom för tvistemålsens del den särskilda lagen (1974:8) om rättegången i tvistemål om mindre värden, vanligtvis benämnd ”småmålslagen” (se härtill prop. 1973:87, JuU 1973:36 och rskr. 1973:319). Som ett komplement till domstolsförfarandet inrättades också ARN, först som en försöksverksamhet år 1968, och på permanent basis från 1981 (se exv. SOU 1978:40). I brottmål tog det allmänna – genom ändringar i RB:s 31 kap. – ett större ansvar för den tilltalades försvararkostnader vid friande dom (se prop. 1972:4), och för förvaltningens vidkommande utmynnade förvaltningsrättsreformen (prop. 1971:30) bl.a. i den alljämt gällande FPL. Även på det materiellrättsliga planet genomfördes viktiga reformer, exv. genom inrättandet av den första konsumentköplagen (1973:877).

³⁸⁶ Ekeberg (NJ 3/1997) s. 40.

kontinuerliga ändringar som i princip enbart syftade till att reducera statens utgifter. ”Kostnadsdämpning” och ”kostnadskontroll” blev successivt viktiga ledord, och vid 90-talets ingång var den äldre rättshjälpslagen i praktiken ”urgropt som social reform”.³⁸⁷ När lagen sedermera ersattes av den nu gällande rättshjälpslagen var också tidsandan en annan – både i Sverige och utomlands.³⁸⁸ Det var, med Ekebergs ord

”... andra tider nu. Även rättvisan har ett pris, och någon måste betala. Staten var inte beredd att göra det längre, i vart fall inte i hittillsvarande utsträckning och utan kontroll över kostnadsutvecklingen. Och i det karga 1990-talet hade det kommit in ett nytt tänkande: den som kan reda sig själv skall inte ligga andra till last och äta av den knappt utmäta gemensamma kakan. Detta nya tänkande kom till uttryck i de överväganden rörande rättshjälpen som gjordes inom justitiedepartementet i början av 1990-talet och som med tiden ledde fram till den nya rättshjälpslagen.”³⁸⁹

2.2.2.6 Rättvisans pris

Ambitionen med den äldre rättshjälpslagen var att *ingen* av ekonomiska skäl skulle hindras från att tillvarata sin rätt. I jämförelse med denna målsättning kan man konstatera att ambitionsnivån med den nya rättshjälpslagen var betydligt mycket lägre. Alltsedan 1996 års reform – som beräknades föranleda avsevärda besparingar – skall nämligen den allmänna rättshjälpen endast tjäna som ett ”yttersta skydds-nät”.³⁹⁰ Lagstiftaren förklarade dock, något paradoxalt kan tyckas, att inget skulle ”gå förlorat” med denna nya målsättning:

”Mot bakgrund av de besparingskrav som redogjorts för ovan måste det övervägas vilka besparingar som kan göras även på rättshjälpens område. Rättshjälpen måste inte bara bli effektivare utan också billigare. Statlig hjälp bör bara ges *när det verkligen behövs*. Den som har möjlighet att själv klara sig bör inte ges rättshjälp. Systemet måste också utformas så att den enskilde får ett eget intresse av att hålla nere kostnaderna. Reglerna på rättshjälpsområdet bör således reformeras så att de uppfyller kraven på kostnadsbesparingar samtidigt som detta inte får leda till att rättshjälpens grundläggande syfte går förlorat. Rättshjälpen måste även i fortsättningen fungera som ett *yttersta skydds-nät* som fångar upp dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt.”³⁹¹

Nedmonteringen av den allmänna rättshjälpen bör inte betraktas som en isolerad företeelse utan snarare som en del i strukturell urholkning av hela det budgetanslag

³⁸⁷ Ekeberg (NJ 3/1997) s. 40.

³⁸⁸ Utvecklingen i Sverige – med en kraftig uppgång under 1970-talet och en kraftig nedgång under slutet 1990-talet – speglar helt den globala trenden; se Sackville (NZJPIL 2/2004) s. 104 f., som redogör för i princip identiska reformer i Australien, USA och Storbritannien, samt Fleming (2007) s. 17. Se även den komparativa redogörelsen hos Zuckerman (1999) s. 36 ff. och 45 ff. Beträffande utvecklingen i England förklarar exv. Zuckerman (s. 45), att det äldre systemet ”proved intolerably expensive and ... is now in the process of being abolished”.

³⁸⁹ Ekeberg (NJ 3/1997) s. 42.

³⁹⁰ Prop. 1996/97:9 s. 1.

³⁹¹ Prop. 1996/97:9 s. 82.

som idag benämns 1.12 *Rättsliga biträden m.m.*, som – utöver ersättning till rätts-hjälpsbiträden – också omfattar ersättning till offentlig försvarare, målsägandebi-träden och offentliga biträden.³⁹² Denna utveckling påbörjades bara några år efter att den äldre rättshjälpslagen infördes, accelererade under 90-talet och har därefter pågått fram till dags dato.³⁹³ Att den så kallade Biträdeskostnadsutredningens år 2014 framlagda betänkande (SOU 2014:86) gavs namnet *Rättvisans pris* är talande.

I direktiven framgår att utredningen skulle ”överväga vilka åtgärder som kan vidtas och som kan få en *kostnadsdämpande* effekt på anslaget”.³⁹⁴ I uppdraget ingick särskilt:

att se över om det är befogat att i någon mån begränsa tillgången till offentlig försvarare och målsägandebiträde för vissa fall; att överväga en skärpning av reglerna kring återbetalningsskyldighet för dömda; att föreslå begränsningar av möjligheten till byte av offentlig försvarare; att överväga att justera inkomstgränsen och avgif-terna vid rättshjälp; att föreslå olika nivåer i timarvoderingssystemet för offentliga försvarare och målsägandebiträden; att föreslå tidsfrister i timarvoderingssystemet för målsägandebiträden; och att föreslå en utökad användning av schablonersättning, s.k. taxa i brottmål.

Såvitt avsåg behovet av utredning anfördes att kostnaderna för rättsliga biträden

”... utgör en stor kostnad för staten. Staten har en skyldighet att hushålla med de medel som finns och att se till att de används där behovet är som störst. Det gäller även de medel som belastar anslaget 1.12 *Rättsliga biträden m.m.* En samlad översyn av utgifterna inom anslaget bör därför göras. En särskild utredare bör få i uppdrag att överväga vilka åtgärder som kan vidtas och som kan få en kostnadsdämpande effekt på anslaget.”³⁹⁵

Till utredningens närmare överväganden får vi anledning att återkomma i nästa del; den här skisserade utvecklingstendensen – att *dämpa statens kostnader för rättsliga biträden* – löper nämligen som en röd tråd också genom förevarande avhandling, genom att prägla samtliga de regelverk som vi kommer att studera.³⁹⁶ Här kan vi blott konstatera att ”rättvisan” som synes har ett pris – att tillhandahålla rättsliga

³⁹² Tidigare anslaget 4:12 *Rättsliga biträden m.m.* och dessförinnan *Rättshjälpskostnader m.m.* Se SOU 2014:86 s. 64 ff., där anslaget förtydligas. Detta budgetanslag behandlas i avsnitt 5.1.1 nedan.

³⁹³ Egentligen började utvecklingen bara några år efter att den äldre rättshjälpslagens föregångare, lagen (1919:367) om fri rättegång (”LFR”), trädde i kraft år 1920. Jfr SOU 1942:50 s. 24: ”Den revision av lagen om fri rättegång, som företogs år 1929, hade väsentligen till syfte att såvitt möjligt nedbringa statsverkets kostnader för den fria rättegången. Också i *fortsättningen har det väsentligen varit sparsambetskravet som givit sin färg åt det allmännas åtgärder* på området.” Utifrån ett längre tidsperspektiv kan således den äldre rättshjälpslagen – med dess relativa generositet – betraktas som ett undantag. Om denna utveckling; se vidare avsnitt 5.2.1.

³⁹⁴ Dir. 2013:12 s. 1, återgivna som bil. 1 till SOU 2014:86 s. 439 ff.

³⁹⁵ Dir. 2013:12 s. 1, i SOU 2014:86 bil. 1 s. 439.

³⁹⁶ Jfr Ramberg, Anne, *Advokatsamfundet – en vital 125-åring*, i Ramberg, Anne, Knutson, Tom & Andersson, Magnus (red.), *Sveriges Advokatsamfund 125 år (2012)* s. 379-392, som – enligt min mening helt rättvisande – talar om ”lagstiftarens underfinansiering av den enskildes access to justice” (s. 379).

biträden är inte gratis – och den avgörande frågan är därför vem som skall betala, och inte minst hur mycket.

2.2.3 ”Access to Justice” – ett välfärdsprojekt?

Det ovan sagda ger vid handen att det finns en stark koppling mellan de stora reformerna av den allmänna rättshjälpen och anknytande regelverk under 70- respektive 90-talet å ena sidan, och välfärdsstatens ”uppgång och fall” å andra sidan.³⁹⁷ Av detta bör vi dock inte dra alltför stora växlar; AtJ-rörelsen är inte – och kan därför inte heller avfärdas som – ännu ett välfärdsprogram ägnat att omfördela resurser i samhället från de rika till de fattiga.

Förvisso har AtJ-rörelsen en tydlig ideologisk klangbotten; exempelvis anknöt Cappelletti själv den moderna diskussionen kring ”access to justice” till distinktionen mellan en rättsstatlig (norm)rationalitet och en välfärdsstatlig (mål)rationalitet.³⁹⁸ Inom den tidiga AtJ-rörelsen betraktades således den rättsstatliga formella likheten inför lagen som en betydelsefull utveckling i och för sig,³⁹⁹ men likafullt som en otillräcklig sådan. På det personliga planet anslöt sig också Cappelletti till välfärdsstatens ambition att skapa materiell likhet, och betraktade idén om ”access to justice” som ett *medel* – kanske till och med som det viktigaste medlet – att nå detta mål.⁴⁰⁰ Mot denna bakgrund är det föga förvånande att AtJ-rörelsen understundom har kommit att kritiserats för att vara en politisk, snarare än en juridisk (och därmed, underförstått, en ”opolitisk”) rörelse.⁴⁰¹ Det är dock möjligt att anlägga en rad olika infallsvinklar på frågan om ”access to justice”, genom vilka kopplingen till det måhända (alltför?) politiskt laddade begreppet ”materiell likhet” kan bli mer eller mindre framträdande; AtJ kan betraktas som ett medel, men också som ett (självända)mål.⁴⁰²

³⁹⁷ En mycket utförlig redogörelse för rättshjälpens ideologiska rötter, samt dess utveckling över tid (”rise and decline”) återfinns hos Abel, Richard, *Law without Politics: Legal Aid under Advanced Capitalism* (UCLA L. Rev. 32/1984-85) s. 474-642. Se även t.ex. Cappelletti & Gordley (Stan. L. Rev. 28/1972) s. 347 ff. (del I) resp. 387 ff. (del II). Om den ”starka statens fall”; se Vahlne Westerhäll (2002) särskilt s. 635.

³⁹⁸ Se t.ex. Cappelletti (Mod. L. Rev. 56/1993) s. 295 (*kurs* där): ”The access-to-justice philosophy reflects ... the attempt to add a 'social' dimension to the Rule of Law state, that is, the passage from the *Rechtsstaat* to the *sozialer Rechtsstaat*.” Se även Cappelletti & Garth (1981) s. 20.

³⁹⁹ Om rättsstaten som en förutsättning för välfärdsstaten; se vidare Vahlne Westerhäll (2002) s. 52.

⁴⁰⁰ Se Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 27: ”[A]s a project of reform, the access-to-justice movement should be considered as a central element, perhaps the central element, of a political philosophy based on the idea of equality: not merely formal equality ... but effective equality. This is the criterion which distinguishes the traditional ”rule-of-law state” (Rechtsstaat) – the great conquest of the ”bourgeois revolution” – from the modern ”social rule of law state (socialer Rechtsstaat) or welfare state (Etat Providence).” På global nivå har termen, på motsvarande sätt, använts i den politiska retoriken kring ”Legal Empowerment of the Poor” (”LEP”), exv. av Världsbanken i en rad sammanhang. Åtgärder ägnade att främja ”access to justice” betraktas då som ett *medel för fattigdomsbekämpning* i utvecklingsländer; se till det sagda Garth, Bryant, *A Revival of Access to Justice Research?*; i Sandefur, Rebecca L. (red.), *Access to Justice* (2009) s. 255-260 (s. 255 f.) med vidare hänvisningar, samt Cissé, Hassane, *Legal Empowerment of the Poor: Past, Present, Future*, i Cissé, Hassane et al. (red.), *Legal Innovation and Empowerment for Development* (2013) s. 31-44. Om ”access to justice as a criterion for democracy”; se även Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 38 f.

⁴⁰¹ Se t.ex. Ekelöf (SvJT 1/1981) s. 111 f.

⁴⁰² Den distinktion som i detta och nästföljande avsnitt görs mellan ”access” som ett medel resp. mål motsvarar i mångt och mycket den distinktion som Rhode gör mellan ”substantive justice” respektive ”procedural justice” i Rhode, Deborah L., *Whatever Happened to Access to Justice?* (Loy. L.A. L. Rev. 42/2009) s. 869-912 (s. 869 ff.).

2.2.3.1 "Access" som ett medel

Själv formuleringen "access to justice" implicerar att det första ledet (access) är instrumentellt i förhållande till det senare (justice). Att skapa ett effektivt processuellt rättsskydd har utifrån detta perspektiv inget egenvärde, utan betraktas som ett medel ägnat att säkerställa den materiella rättens genomslag ("rättvisa").⁴⁰³ Inom AtJ-rörelsen har man härvid valt att särskilt framhålla genomslaget för de sociala/positiva välfärdsrättigheterna i vid mening,⁴⁰⁴ och därmed följer, närmast som en praktisk konsekvens av AtJ-rörelsens strävanden, ett starkare genomslag för dessa rättigheter. Som Cappelletti poängterar behöver detta emellertid inte innebära att man betraktar sociala rättigheter som "viktigare" än de liberala/negativa rättigheterna,⁴⁰⁵ eller ens att man ideologiskt ansluter sig till ett materiellt rättviseideal. Tvärtom utgår AtJ-rörelsen från det i grunden demokratiska antagandet, att *alla* rättigheter som i vederbörlig ordning har antagits av en parlamentarisk församling – såväl positiva som negativa – är avsedda att få genomslag i samhället.⁴⁰⁶ Och utifrån denna utgångspunkt har man kunnat konstatera att processrätten har särskilda svårigheter att tillförsäkra ett sådant genomslag beträffande den förstnämnda typen av (sociala) rättigheter,⁴⁰⁷ möjligen eftersom processrätten utgår ifrån en klassisk liberal ideologi.⁴⁰⁸

Oavsett vad man har för normativ inställning till sociala rättigheter går det således att motivera ett (instrumentellt) AtJ-perspektiv på rent juridisk-teknisk grund,⁴⁰⁹ helt enkelt därför att processrätten bör fylla sin samhällliga funktion – att ge den materiella rätten genomslag. Man kan emellertid också fästa större vikt vid det första ledet i "access to justice" – på just frågan om *access* – genom att tillskriva det ett egenvärde.⁴¹⁰

2.2.3.2 "Access" som ett mål

Eftersom det ytterst är domstolarna som svarar för det processuella rättsskyddet i samhället, avses med "access" i princip *tillgång till domstolsprövning* ("Access to Court").⁴¹¹ Från en sådan utgångspunkt har också den svenska lagstiftaren utgått i diskussionerna kring det processuella rättsskyddet i Sverige:

⁴⁰³ Ett sådant perspektiv anläggs i prop. 2001/02:107, särskilt s. 20 ff.

⁴⁰⁴ Cappelletti, Garth & Trocker (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 223.

⁴⁰⁵ Cappelletti, Garth & Trocker (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 224.

⁴⁰⁶ Cappelletti, Garth & Trocker (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 224.

⁴⁰⁷ Se Cappelletti, Garth & Trocker (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 224: "The fact is that it is these rights ... that have raised the most fundamental problem of our modern legal systems."

⁴⁰⁸ Jfr Lindblom, Per Henrik, *Är RB social eller liberal?*, i Sena uppsatser (2006g) s. 149-164 (s. 155), som "sedan drygt 20 år tillbaka vid flera tillfällen betecknat rättegången i tvistemål enligt RB som exempel på en i huvudsak liberal, kapitalistisk och individualistisk process".

⁴⁰⁹ Se Cappelletti, Garth & Trocker (Rev. Jurid. Univ. P.R. 54/1985) s. 224, som talar om "a more technical desire to make the legal system responsive to new rights and interests".

⁴¹⁰ Jfr Le Sueur, Andrew, *Access to Justice Rights in the United Kingdom* (Eur. Hum. Rts L. Rev. 5/2000) s. 457-475 (s. 458).

⁴¹¹ Francioni (2007) s. 3: "In its ordinary usage, the term "access to justice" is a synonym of judicial protection. Thus, from the point of the individual, the term would normally refer to the right to seek a remedy before a court of law or a tribunal which is constituted by law and which can guarantee independence and impartiality in the application of law."

”För att rättsregler som garanterar människor rättelse vid överträdelse av de materiellrättsliga reglerna skall fungera reparativt och preventivt krävs att det finns sanktionsmekanismer för ett effektivt och rättvist ingripande. Ett sanktionssystem måste bygga på grundsatsen att lagar och förordningar stiftas med utgångspunkt från att deras innehåll skall följas och att sanktionerna skall kunna effektueras, i sista hand genom tvång. Sanktionsmekanismerna kan utformas på många sätt. [...] Utgångspunkten måste emellertid vara att staten bär ansvaret för medborgarnas tillgång till verkningfulla sanktionsmedel. Möjligheten till process vid domstol är det mest betydelsefulla av de statliga tvistlösningsalternativen.”⁴¹²

Att tillhandahålla ett effektivt processuellt rättskydd – ytterst genom domstol – kan således betraktas som ett av lagstiftaren erkänt intresse. Men varför är då tillgång till domstolsprövning någonting ”bra” i sig självt, alldeles oavsett vad processen mynnar ut i? Jo, därför att vad som ytterst kännetecknar ett civiliserat samhälle – en rättsstat om man så vill – är att tvister löses ”under the rule of law rather than under the law of the jungle”.⁴¹³ För att inte djungelns lag också skall bli domstolens lag, räcker det dock inte att alla bereds tillträde till domstol i och för sig, utan båda parterna måste också ha möjlighet att föra sin respektive talan på ett effektivt sätt (”Effective Access to Court”). Oavsett om det råder en påtaglig obalans mellan parternas faktiska styrkepositioner utom rätta, måste det alltså råda någorlunda balans mellan deras processuella styrkepositioner inför rätta (principen om ”Equality of Arms”/”Fair Balance”), om domstolarna skall kunna fylla sin samhällsliga funktion att avveckla konflikter i enlighet med rättsstatliga principer om allas likhet inför lagen.⁴¹⁴ Och för att så skall vara fallet måste gemene man ibland kunna anlita ett biträde till hjälp. Att genom exempelvis allmän rättshjälp ge mindre bemedlade tillgång till ett biträde är följaktligen inte ett ”välfärdsprojekt” i högre utsträckning än vad domstolarna utgör ”välfärdsinrättningar”.⁴¹⁵

2.3 Access to Court

Att enskilda parter avlastas kostnaderna för juridiskt biträde kan sammanfattningsvis motiveras utifrån olika logiker: Å ena sidan därför att det gynnar samhället i stort, det vill säga på närmast utilitaristisk grund. Allmän rättshjälp betraktas då som ett medel:

⁴¹² Prop. 2001/02:107 s. 20.

⁴¹³ Sanders, Richard, *Access to Justice: A noble principle in beggar's rags*, Access to Justice Conference, Washington State (1999). Se även Westberg (2013) s. 108, som anför att ”den moderna, demokratiska rättsstaten ... bara kan existera och legitimeras, om samhällets invånare har effektiv tillgång till administrationen av den rättvisa som ligger i det i demokratisk ordning skapade rättighetsskyddet (’access to justice in court’).”

⁴¹⁴ Jfr Zuckerman (1999) s. 9, som förklarar att AtJ ”[is] a fundamental civic or constitutional right recognized by all civilized societies”.

⁴¹⁵ Jfr Sanders (1999), som ställer följande (retoriska) fråga: ”If it is a legitimate role of the government to build courthouses and hire judges, is it not only a difference in degree, not kind, to assure litigants adequate representation so they may properly present their case when they go to court? [...] Access to justice is no more a welfare program than maintaining a court system is a welfare program. Maintenance of a civil court system is so close to the core purpose of government that it justifies governance even when all other justifications fail.”

”The conventional justification for the federal government’s provision of legal aid is the *utilitarian proposition* that the state’s duty to provide legal assistance exists to the extent that legal aid maximizes the general welfare. Considerations of social utility govern the amount and kind of services provided and the choice of persons to receive it. Under this theory, the provision of legal assistance is *an instrumental good*, and its significance *stems from the results achieved* through the service provided. Access to legal aid in and of itself is seen as an empty shell, important only because law is viewed as a method of promoting social change. Thus, justification of legal aid lies, for example, in its capacity to change substantive rules of law in favor of the poor and to shift wealth and power relationships in society.”⁴¹⁶

Å andra sidan kan ett system med allmän rättshjälp motiveras, därför att ”access” är ett självändamål:

”This justification derives from a theory of access rights, which requires the state to provide legal assistance to individuals wishing to make effective use of society’s dispute resolution processes. As members of society, individuals *are entitled to effective access to the law*. Legal aid is a means of providing such access to those who cannot otherwise afford it.”⁴¹⁷

Mot denna bakgrund kan vi konstatera, att om kravet på ”access” tillmäts ett egenvärde föreligger ett nära samband mellan AtJ-rörelsens anspråk på ett effektivt processuellt rättsskydd och vad som numera betraktas som en grundläggande mänsklig rättighet: rätten till domstolsprövning.

2.3.1 ”Access” – från rättspolitik till rätt

Om idén om ”Access to Justice” bildar avhandlingens teoretiska utgångspunkt, tar denna studie sitt mer konkreta rättsliga avstamp i principen om ”Access to Court”, såsom denna princip kommer till uttryck i Europakonventionens artikel 6. Genom att addera domstolarna⁴¹⁸ till diskussionen förvandlas nämligen frågan om ”access” från abstrakt *rättsteori/rättspolitik* (som beskriver hur processordningen *bör* vara inrättad givet en viss ideologi) till konkretiserad juridik/”gällande rätt” (som bestämmer hur processordningen *skall* fungera – åtminstone om vi vill respektera våra grundläggande konventionsåtaganden⁴¹⁹).

Som Lindblom har konstaterat fördes diskussionen kring ”access to justice” under åtskillig tid huvudsakligen inom akademien. Som reformrörelse betraktad rönt förvisso AtJ-rörelsen vissa framgångar genom att influera nationella lagstiftare världen över till att reformera eller implementera nya lagar, vars enda egentliga syfte

⁴¹⁶ Breger, Marshall J., *Legal Aid for the Poor: A Conceptual Analysis* (N.C. L. Rev. 60/1981-82) s. 281-363 (s. 286 f.).

⁴¹⁷ Breger (N.C. L. Rev. 60/1981-82) s. 287.

⁴¹⁸ Jfr Westberg (2013) s. 108, som talar om just ”access to justice *in court*”.

⁴¹⁹ Jfr Lindblom (2000b) s. 238.

var att förbättra det processuella rättsskyddet.⁴²⁰ Utvecklingen var dock tämligen ad hoc-artad. Någon övergripande vision lyckades Cappelletti inte förankra hos lagstiftare världen över, utan man lagade efter läge genom punktvisa insatser – lite här och lite där – inte sällan efter initiativ från rättsvetenskapligt håll. Lindblom beskriver den ifrågasvarande utvecklingen i termer av två separata (utvecklings)spår: Akademiker och lagstiftare världen över ”körde var sitt tågset i parallella spår men med delvis olika namn och innehåll i vagnarna”.⁴²¹ Den tilltänkta slutdestinationen var dock densamma, åtminstone initialt: att skapa ett så välfungerande processuellt rättsskydd som möjligt för alla – eller i vart fall för det stora flertalet – medborgare.⁴²²

På den internationella nivån har utvecklingen tagit sig annorlunda uttryck. Utifrån en gemensam utgångspunkt – rätten till domstolsprövning – har nämligen stora delar av AtJ-rörelsens idéer successivt kommit att betraktas som, och därmed förvandlats till, ”grundläggande mänskliga rättigheter”. Att kunna hänskjuta vissa juridiska tvistefrågor till domstol betraktas således som ett centralt inslag i varje demokratisk rättsstat,⁴²³ och rätten till domstolsprövning är stadfäst i en rad internationella instrument av MR-karaktär, såsom FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna⁴²⁴, FN:s konvention om de medborgerliga och politiska rättigheterna⁴²⁵, liksom i FN:s konvention om barnets rättigheter (”Barnkonventionen”)⁴²⁶. Av utrymmesmässiga skäl kommer jag dock, i denna avhandling, att framförallt fokusera på rätten till domstolsprövning enligt Europakonventionens artikel 6,⁴²⁷ som kan liknas vid ett järnvägs kors där de två spåren numera skär varandra. Från att en gång i tiden ha varit en mer eller mindre rättspolitisk målbild inom akademien, med endast sporadiskt genomslag i nationell rätt, har därmed kravet på ”access” förvandlats till ”gällande konventionsrätt”. Denna utveckling har sammanfattats av Uzelac och van Rhee i följande ordalag:

⁴²⁰ I Sverige exv. genom ÅRhjL och sedermera genom LGR; jfr Lindblom (2008a) s. 36.

⁴²¹ Lindblom (2008a) s. 36.

⁴²² Se t.ex. prop. 2001/02:107 s. 1 och 20 ff.

⁴²³ Se t.ex. Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth & Ovey, Clare, *Jacobs, White & Ovey – The European Convention on Human Rights* (2014) s. 247, Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna* (2015) s. 158, McBride, Jeremy, *Access to Justice and Human Rights Treaties* (C.J.Q. 17/1998) s. 235-271 (s. 236 ff.), Mårsäter, Olle, *Folkrettsligt skydd av rätten till domstolsprövning* (2005) s. 23, Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsmedel: Om- och överprövning av förvaltningsbeslut* (2015) s. 27 ff., Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsbeslut – Överklagande, rättsprövning och annan domstolsprövning* (2010a) s. 82 samt Lindblom (2000b) s. 238 och Westberg (2013) s. 21, 32 och 108.

⁴²⁴ Se UNGA Res. 207 A (III) (1948), *The Universal Declaration of Human Rights* (”UDHR”), art. 10 och här till exv. Weissbrodt, David, *The Right to a Fair Trial. Articles 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights*. (2001) s. 5 ff.

⁴²⁵ Se UNGA A/RES/21/2200 (1966) annex, *International Covenant on Civil and Political Rights* (”ICCPR”), art. 14 och här till exv. Weissbrodt (2001) s. 35 ff. och 111 ff.

⁴²⁶ UNGA A/RES/44/25 (1990), *The Convention on the Rights of the Child* (”CRC” eller ”BK”) art. 37.d, som anger att ”varje frihetsberövat barn skall ha rätt att snarast ... få lagligheten i sitt frihetsberövande prövad av en domstol eller annan behörig, oberoende och opartisk myndighet samt rätt till ett snabbt beslut i saken”.

⁴²⁷ EKMR art. 5.4 innehåller en uttrycklig rätt till domstolsprövning vid vissa former av frihetsberövanden – inte bara straffrättsliga utan också vissa former av administrativa frihetsberövanden (bl.a. av underåriga. liksom personer som är berövade friheten därför att de är psykiskt sjuka eller missbrukare). Se EKMR art. 5.1.e och 5.1.f samt, beträffande artikelns tillämpning vid omhändertagande av barn, exv. Kilkelly, Ursula, *The child and the European Convention on Human Rights* (1999) s. 46 ff. Någon motsvarande explicit rätt till domstolsprövning finns inte vid tvister kring civila rättigheter och skyldigheter, resp. vid brottsanklagelser, enligt art. 6. Se dock avsnitt 2.3.2.1 strax nedan.

”The notion of access to justice has developed significantly in the past decades. Now, more than ever, this notion must be interpreted broadly. The most representative indicator of the fields to which the term ‘access to justice’ relates and the development of its modern understanding can be found in the case law of the European Court of Human Rights. After the famous *Golder* case, in which access to justice was confirmed to be among the most fundamental guarantees of the right to a fair trial of Article 6 ECHR, the Court has gradually expanded its use to new areas. At first, it was meant to denote everyone’s right to legal protection by an independent and impartial tribunal for all disputes regarding civil rights and obligations. This right had to be effective and practical, and not elusive and illusory. This meant inter alia that the judicial process had to be affordable to its users. For this, *the costs of legal protection and the methods in which these cost are being paid is crucial*. [...] Consequently, as the Strasbourg Court found in the *Airey* case, access to justice implies the obligation of the state to provide legal aid facilities not only in criminal cases (where this is expressly provided) but also in civil cases. Thereby, *effective legal aid systems* are part of the core areas of the right to access to justice.”⁴²⁸

Klart är således att Europakonventionens artikel 6 inte bara tillhandahåller ett ”domstolsfundament” för AtJ-rörelsen vidare anspråk, utan artikeln uppställer också långtgående krav på formerna för domstolens prövning.⁴²⁹ Genom rättegången måste parterna tillförsäkras en både effektiv och rättvis prövning.⁴³⁰ Och som Uzelac och van Rhee framhåller är en förutsättning härför att domstolsprocessen inte är för dyr – *parterna måste ha råd att processa*.⁴³¹ Hur parternas biträdeskostnader hanteras enligt nationell rätt är därmed en fråga som omfattas av – och måste vara förenligt med – Europakonventionens artikel 6, ty ”the cost of representation by professionals (lawyers, attorneys, solicitors) and their formation may have a decisive effect on the practical possibility to realize everyone’s right to access to justice”.⁴³²

2.3.2 ”Access” enligt Europakonventionens artikel 6

Sammanfattningsvis kan rätten till domstolsprövning enligt Europakonventionens artikel 6 innefatta en vidhängande rätt till biträde,⁴³³ vilket jag strax återkommer till. Låt oss dock börja från början, genom att ta utgångspunkt i konventionens ordalydelse. I artikel 6.1 stadgas följande:

⁴²⁸ Uzelac & van Rhee (2009) s. 1 f. På samma tema; se även McBride (C.J.Q. 17/1998).

⁴²⁹ Jfr Mårsäter (2005) s. 51 och vidare Warnling-Nerep, Wiweka, *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning* (2008) s. 72 och 79 ff. samt Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsprövning & rätten till domstolsprövning* (2002) s. 39. Se även Danelius (2015) s. 158, som talar om ”tillfredsställande rättssäkerhetsgarantier”.

⁴³⁰ Jag delar således inte den uppfattning som kommer till uttryck i Lindblom (2008a) s. 36 f., dvs. att EKMR art 6.1 endast grundar en rätt till domstolsprövning i och för sig, men inte ställer upp några krav på att denna prövning i praktiken skall vara tillgänglig för alla. Detta menar jag är ett felslut; se vidare avsnitt 2.3.2.2-2.3.2.3 och jfr Lindblom, Per Henrik, *Lagen om grupprättegång – bakgrund och framtid*, i Sena uppsatser (2006c) s. 334-414 (s. 401).

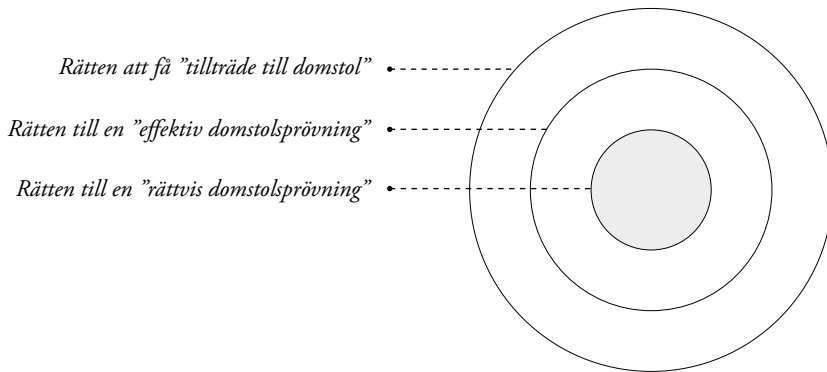
⁴³¹ Se även McBride (C.J.Q. 17/1998) s. 258 ff.

⁴³² Uzelac & van Rhee (2009) s. 1 f.

⁴³³ Jfr exv. Stavros (1993) s. 74, som talar om ”the right to counsel as one aspect of the more general right to fair trial proceedings”.

<i>Svensk lydelse</i>	<i>Engelsk lydelse</i>
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 ... förhandling.	In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing.

I tvister kring civila rättigheter och skyldigheter respektive vid anklagelser om brott har som synes enskilda en uttrycklig rätt till en *rättvis* förhandling ("fair hearing"). Konventionstexten bildar dock endast en utgångspunkt, och ur de allmänna kraven i artikel 6.1 har Europadomstolen dels härlett en rätt att få *tillträde* till domstol ("access to court" i snäv mening),⁴³⁴ dels ett krav på att domstolsprövningen skall vara *effektiv* ("effective access to court").⁴³⁵ Den ifrågasvarande artikeln kan på så vis liknas vid en lök som består av tre "lager" – varav endast den innersta kärnan har uttryckligt stöd i konventionstexten:



Av vikt för den fortsatta framställningen är att samtliga dessa lager *var för sig* kan läggas till grund för en rätt till biträde, och det finns därför skäl att noga hålla isär dem. I följande avsnitt kommer jag därför att kort lägga ut texten under skilda rubriker.

2.3.2.1 Tillträde till domstol ("Access to Court" i snäv mening)

Som framgått ovan karaktäriseras rätten till domstolsprövning inte sällan som ett utav rättsstatens fundament.⁴³⁶ Att domstolarnas dörrar skall stå öppna för alla – för välsituerade såväl som för mindre bemedlade – kan såtillvida framstå som en truism;

⁴³⁴ Se t.ex. *Golder v. The United Kingdom* p. 35-36 och härtill van Dijk, Pieter et al., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (2006) s. 557 ff, Harris, David J., O'boyle, M. & Warbrick, C., *Law of the European convention on human rights* (2009) s. 235 ff., Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 257 ff., McBride (C.J.Q. 17/1998) s. 237 f., Danelius (2015) s. 180 ff., Mårsäter (2005) s. 195 ff. och Mole, Nuala & Harby, Catharina, *The right to a fair trial - A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights* (2006) s. 8.

⁴³⁵ Att rätten till domstolsprövning måste vara effektiv följer i och för sig redan av det ovan nämnda *Golder v. The United Kingdom* p. 26: "[H]indering the effective exercise of a right may amount to a breach of that right". Se vidare *Airey v. Ireland* p. 26 in fine och härtill Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 259, Durbach (2008) s. 60 och Harris, O'boyle & Warbrick (2009) s. 236.

⁴³⁶ Se t.ex. Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 247, McBride (C.J.Q. 17/1998) s. 236 ff., Mårsäter (2005) s. 23, Westberg (2013) s. 21, 32 och 108, Warnling-Nerep (2015) s. 27 ff., Warnling-Nerep (2010a) s. 82 samt Lindblom (2000b) s. 237.

för att citera Lindskog får ”fattigdom inte ... utgöra processhinder eller på annat sätt begränsa möjligheten till rättslig prövning”.⁴³⁷ Häremot torde få opponera sig. Vid närmare påseende utgör dock rätten till domstolsprövning en synnerligen komplex rättsprincip som kan liknas vid en Pandoras ask; principen är i grund och botten en bärare av hopp – inte sällan parternas sista – men den som lyfter på locket finner även en del intrikata problem.⁴³⁸

I snäv mening avses med rätten till domstolsprövning att alla skall vara lagligen tillförsäkrade tillträde till domstol.⁴³⁹ I det klassiska avgörandet *Golder mot Storbritannien* slog också Europadomstolen fast att en sådan rätt följer implicit av Europakonventionens artikel 6.1,⁴⁴⁰ eftersom den explicita rätten till en rättvis domstolsprövning vore meningslös om den inte inbegrep en rätt till domstolsprövning per se.⁴⁴¹ Närmare bestämt konstaterade domstolen att den ifrågavarande rättigheten ”ranks as one of the universally ’recognised’ fundamental principles of law”, och anförde därefter följande:

”It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings. Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1 (art. 6-1).”⁴⁴²

Mot denna bakgrund fann domstolen, att artikel 6.1 innefattar en rätt att få tillträde till domstol (”embodies the right to a court”) vid tvister kring civila rättigheter respektive anklagelser om brott, trots att detta inte följer av konventionens ordalydelse.⁴⁴³

I relation till rätten till biträde kan tillträde till domstol hindras om nationell processlag uppställer ett formellt biträdestvång utan att samtidigt tillhandahålla biträden åt vissa samhällsgrupper, eftersom tvånget att anlita biträde i praktiken kommer att

⁴³⁷ Lindskog, Stefan, *Om fattig mans rätt till rättegång*, i Kleineman, Jan, Westberg, Peter & Carlsson, Stephan (red.), Festskrift till Lars Heuman (2008) s. 327-343 (s. 327). Se även Westberg (2013) s. 108, som anför att ”en gammal hävdvunnen tanke [är] att staten inte skall sälja rättsskipning. [...] I detta ligger åsikten att ’rättvisa’ som handelsvara stänger ute samhällets invånare från att utöva sina rättigheter och bli behandlade som likar inför lagen. I idealbilden av denna moderna, demokratiska rättsstaten odlas tanken att denna stat bara kan existera och legitimeras, om samhällets invånare har effektiv tillgång till administrationen av den rättvisa som ligger i det i demokratisk ordning skapade rättighetsskyddet (’access to justice in court’).”

⁴³⁸ Jfr Stavros (1993) s. ix.

⁴³⁹ Jfr Mårsäter (2005) s. 51.

⁴⁴⁰ Jfr McBride (C.J.Q. 17/1998) s. 236 och Mowbray, Alastair, *Cases, Materials and Commentary on the European Convention on Human Rights* (2012) s. 383 ff.

⁴⁴¹ *Golder v. The United Kingdom* (app. no. 4451/70) och härtill Schermers, Henry G. i förordet till Stavros (1993) s. x, som konstaterar att ”[a] fair trial presupposes that there must be access to a court”. Se även exv. van Dijk, Pieter, *Access to Court*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) s. 345-379 och vidare Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 257 ff., van Dijk et al. (2006) s. 557 ff., Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 235 ff., McBride (C.J.Q. 17/1998) s. 237 f., Danelius (2015) s. 180 ff. och Mårsäter (2005) s. 195 ff.

⁴⁴² *Golder v. The United Kingdom* p. 35-36.

⁴⁴³ Denna rätt har ED bekräftat i ett flertal senare avgöranden; se för svenskt vidkommande t.ex. *Mendel v. Sweden* (app. no. 28426/06).

spärta mindre bemedlade från att överhuvudtaget kunna processa i domstol.⁴⁴⁴ Som har framgått i kapitel 1 är dock en enskild part alltid fri att föra sin egen talan i svensk domstol, och följaktligen kan avsaknad av exempelvis rättshjälp inte strida mot rätten till domstolsprövning i snäv bemärkelse. Den problematik som kan vara förenad med biträdestväng kommer därför inte att fördjupas närmare i denna avhandling – att var och en har tillträde till domstol i enlighet med konventionens artikel 6.1 kommer istället att förutsättas i det följande.⁴⁴⁵ För att rätten till domstolsprövning skall vara tillgodosedd i hela sin vidd är det dock inte tillräckligt att alla är tillförsäkrade tillträde till domstol, ty i vid mening inbegriper denna rättighet också långtgående krav på formerna för domstolens prövning.⁴⁴⁶

2.3.2.2 Effektiv domstolsprövning ("Effective Access to Court")

Rätten till en effektiv domstolsprövning följer inte uttryckligen av konventionens artikel 6.1, men kan betraktas som ett utflöde av den allmänna effektivitetsprincip som genomsyrar hela Europakonventionen, och gäller i både civila mål och brottmål. Enkelt uttryckt innebär denna princip att alla måste ges reella möjligheter att utnyttja domstolarna för att tillvarata sina rättigheter.⁴⁴⁷ Detta krav känner vi igen från diskussionen kring AtJ ovan; det räcker inte att "alla" i formell mening är tillförsäkrade tillträde till domstol, utan domstolarna måste också i praktiken vara tillgängliga för alla.⁴⁴⁸

Att rätten till domstolsprövning skall vara effektiv följer numera av fast konventionspraxis, men etablerades av Europadomstolen som en allmän princip genom avgörandet *Airey mot Irland*. Däri konstaterade domstolen att Europakonventionen i allmänhet, och dess artikel 6.1 i synnerhet, inte är avsedda att garantera rättigheter som är teoretiska och illusoriska, utan rättigheter som är praktiska och effektiva. I förlängningen innebär detta att det kan föreligga ett brott mot konventionen även om det inte finns några formella hinder mot att initiera en domstolsprocess, närmare bestämt om den enskilda parten inte kan föra sin egen talan inför domstolen på ett korrekt och tillfredsställande vis.⁴⁴⁹ I *Airey* formulerade domstolen rättsfrågan i följande ordalag:

⁴⁴⁴ I avgörandet *Aerts v Belgium* (app. no. 25357/94) konstaterade sålunda ED en kränkning av art. 6 i en situation där klaganden nekades rättshjälp för att anlita en advokat, trots att det var obligatoriskt att företrädas av en advokat för att överhuvudtaget få initiera en process. Domstolen uttalade (p. 60): "[T]he applicant, who did not have sufficient means to pay a lawyer, could legitimately apply to the Legal Aid Board with a view to an appeal on points of law, since in civil cases Belgian law requires representation by counsel before the Court of Cassation. It was not for the Legal Aid Board to assess the proposed appeal's prospects of success; it was for the Court of Cassation to determine the issue. By refusing the application on the ground that the appeal did not at that time appear to be well-founded, the Legal Aid Board impaired the very essence of Mr. Aerts's right to a tribunal. There has accordingly been a breach of Article 6 § 1." Se även Danelius (2015) s. 193 f.

⁴⁴⁵ Eftersom svensk rätt inte uppställer något biträdestväng faller frågan om enskilda har tillträde till domstol utanför avhandlingens rammar; i det följande kommer jag istället att fokusera på vad som händer efter att en enskild väl har hamnat i domstol.

⁴⁴⁶ Jfr Mårsäter (2005) s. 51 och se vidare Warnling-Nerep (2008) s. 72 och 79 ff. och Warnling-Nerep (2002) s. 39.

⁴⁴⁷ Jfr Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 259: "The right of access to court must not only exist in theory, it must also be effective." Se även Durbach (2008) s. 60 och Harris, O'boyle & Warbrick (2009) s. 236.

⁴⁴⁸ Jfr Lindblom (2008a) s. 33 ff., Lindblom (2000a) 305 ff., Lindblom (2000b) s. 238 och Lindblom (2000d) s. 26.

⁴⁴⁹ Jfr Danelius (2015) s. 194

”The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial. It must therefore be ascertained whether Mrs. Airey’s appearance before the High Court *without the assistance of a lawyer would be effective*, in the sense of whether she would *be able to present her case properly and satisfactorily*.”⁴⁵⁰

I det aktuella målet fann domstolen att det var högst osannolikt (”most improbable”) att den klagande skulle kunna föra sin egen talan på ett ändamålsenligt vis. Att hon hade nekats rättshjälp – och därför inte hade kunnat anlita biträde – stred följaktligen mot artikel 6.⁴⁵¹

2.3.2.3 Rättnis domstolsprövning (”Fair Trial/Hearing”)

Av konventionens ordalydelse följer slutligen att domstolsprövningen till sin utformning skall vara *rättnis*, vilket – i likhet med rätten till domstolsprövning per se – brukar karaktäriseras som en fundamental och universellt erkänd rättnisprincip.⁴⁵² I anslutning härtill har också Europadomstolen, i ett stort antal fall, använt följande formulering för att inskräpa rättighetens betydelse i ett demokratiskt samhälle:

”The right to a fair trial holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting the guarantees of Article 6.1 of the Convention restrictively.”⁴⁵³

Även i inhemsk rätt åtnjuter rätten till en rättnis rättnisgång en särställning. Sedan den senaste grundlagsrevisionen har nämligen denna rättighet fått konstitutionellt skydd i regeringsformen, som numera uttryckligen stadgar att en ”rättnisgång ska genomföras rättnisvist”.⁴⁵⁴ I förarbetena gjorde regeringen följande principiella uttalande:

”En av de centrala artiklarna i Europakonventionen behandlar rätten till domstolsprövning och till en rättnis rättnisgång i mål om civila rättigheter och skyldigheter och vid anklagelse mot någon för brott. I artikel 6 uppställs vissa allmänna krav när det gäller rätten till en rättnis rättnisgång samt speciella minimigarantier som ska

⁴⁵⁰ *Airey v. Ireland* p. 24.

⁴⁵¹ *Airey v. Ireland* p. 24 och 28 och härtill McBride (C.J.Q. 17/1998) s. 256.

⁴⁵² Se exv. Smith, Rhona K. M., *Textbook on International Human Rights* (2005) s. 249: ”One of the cornerstones of the rule of law itself is the notion of a fair trial. The common philosophical origin and thus the interdependence of the rule of law and human rights is highly apparent in the right to a fair trial. Fair trials form an essential part of all legal systems which purport to be founded on the rule of law.” Se även exv. Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 247, Lindskog (2008) s. 327 samt Westberg, Peter, *Fair trial – inget för staten?* (JT 3/2003-04) s. 660-665 (s. 660).

⁴⁵³ Se bl.a. *A.B. v. Slovakia* (app. no. 41784/98) p. 54, *Moreira de Azevedo v. Portugal* (app. no. 11296/84) p. 66, *Belziuk v. Poland* (app. no. 23103/93) p. 37, *Perez v. France* (app. no. 47287/99) p. 64, *Adolf v. Austria* (app. no. 8269/78) p. 30, *De Cubber v. Belgium* (app. no. 9186/80) p. 30, *Artico v. Italy* (app. no. 6694/74) p. 33 och *Delcourt v. Belgium* (app. no. 2689/65) p. 35. Se härtill Trechsel (2005) s. 83, som dock anser att ED borde motivera rättighetens betydelse med hänvisning till principen om ”rule of law” snarare än demokrati i vid mening.

⁴⁵⁴ Se kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (”RF”) 2 kap. 11 § 2 st., i dess lydelse efter SFS 2014:1385.

gälla för den som är anklagad för brott. Bestämmelsen framstår som *grundläggande för en rättsstat*.⁴⁵⁵

På ett övergripande plan innebär kravet på rättvisa att en rättegång skall inrymma tillfredsställande rättssäkerhetsgarantier av diverse slag. Som exempel härpå kan nämnas ett krav på *kontradiktion* mellan parterna ("adversarial procedure"), att båda parterna får *delta* i processen ("the right to be heard"), att deltagandet är *effektivt* ("the right to participate effectively at the hearing"), liksom att det råder *processuell balans* mellan parterna ("Equality of Arms"/"Fair Balance").⁴⁵⁶ Det sistnämnda kravet på balans känner vi igen från AtJ-diskussionen, och är av särskilt intresse i det följande. Några allmänna ord skall därför sägas om detta krav redan här.

Principen om processuell balans – eller likhet/likställdhet – gäller i både civila mål och brottmål, och konkretiserades för första gången av Europadomstolen i avgörandet *Dombo Beheer mot Nederländerna*.⁴⁵⁷ I detta mål förklarade domstolen att den ifrågavarande principen "implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent". En tid senare kom domstolen, genom avgörandet *Bulut mot Österrike* att använda i princip samma formulering i ett brottmål. Ställer man dessa avgöranden mot varandra är de dock inte helt identiska:

<i>Dombo Beheer:</i>	<i>Bulut:</i>
"[A]s regards litigation involving opposing private interests, "equality of arms" implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – <i>including his evidence</i> – under conditions that do not place him at a <i>substantial disadvantage vis-à-vis his opponent</i> ." ⁴⁵⁸	"The Court recalls that under the principle of equality of arms, as one of the features of the wider concept of a fair trial, each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent." ⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ Prop. 2009/10:80 s. 158. Se vidare avsnitt 6.1.2 nedan. Detta lagrum kommenteras utförligt av Bylander, Eric, *Regeringsformens krav på alla rättegångars genomförande rättvist och inom skälig tid* (SvJT 5/2017) s. 370-398.

⁴⁵⁶ Mellan dessa olika principer, som alla utgör centrala delar i vad som kännetecknar en rättvis domstolsprövning, föreligger en betydande överlappning; se Danelius (2015) s. 260 samt Harris, O'boyle & Wärbrick (2009) s. 265. Man kan också konstatera att även om rätten till en rättvis rättegång enligt RF inte är direkt kopplad till EKMR (se prop. 2009/10:80 s. 160), svarar RF 2 kap. 11 § 2 st. i mångt och mycket mot den praxis som ED har utvecklat i anslutning till art. 6. Beträffande det materiella innehållet i detta stadgande anförde nämligen regeringen (a. st.) att en rättvis rättegång enligt RF 2 kap. 11 § innefattar "en rätt för en part att bli hörd inför domstolen och därmed få möjlighet att lägga fram sin sak. Av grundläggande betydelse är vidare att förfarandet är kontradiktoriskt och att parterna är likställda i processen. [...] Dessa grundläggande principer innefattar enligt praxis även bl.a. en rätt att förhöra vittnen, att ta del av utredningen, att få tillfälle att yttra sig över all utredning i ett mål, att få tillgång till tolkning och översättning och en rätt att delges stämning och kallelse till förhandling i domstol. Även andra moment kan ingå i förfarandet för att det ska framstå som rättvist." Jfr även specialmotiveringen (a. prop. s. 252): "I kravet på en rättvis rättegång ligger en rad processuella rättigheter som i materiellt hänseende redan är fastslagna i den svenska processordningen. Rättssäkerhetskraven innefattar bl.a. en grundläggande rätt för en part att bli hörd inför domstolen, ett krav på att parterna ska vara likställda i ett kontradiktoriskt förfarande och att domstolen är både opartisk och oavhängig." Noterbart är dock att *rätten till biträde inte omnämns av regeringen som en aspekt av rätten till en rättvis rättegång* – vilket framstår som mycket besynnerligt.

⁴⁵⁷ *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands* (app. no. 14448/88) p. 33: "[I]t is clear that the requirement of 'equality of arms', in the sense of a 'fair balance' between the parties, applies in principle to [civil] cases as well as to criminal cases." Att principen utgör en del av rätten till en rättvis rättegång enligt art. 6.1 slog dock domstolen fast redan i avgörandet *Neumeister v. Austria* (app. no. 1936/63); se p. 22: "The Court is inclined to take the view that such a procedure is contrary to the principle of 'equality of arms' which the Commission ... has rightly stated to be included in the notion of fair trial".

Som synes finns två betydelsefulla skillnader mellan de två domskälen: Beträffande civila mål uttalade domstolen i *Dombo Bebeer*, å ena sidan, att principen om processuell balans också omfattar parternas förmåga att lägga fram sin bevisning, medan domstolen inte gjorde motsvarande förtydligande i *Bulut*. Å andra sidan krävde domstolen i *Dombo Bebeer* en särskilt kvalificerad obalans, genom att tala om en *betydande nackdel* ("substantial disadvantage") visavi motparten, vilket kan kontrasteras mot *Bulut* där domstolen endast talade om en nackdel ("disadvantage").

Att domstolen i brottmål uteslöt den inskjutna satsen om bevisningen är lätt att förstå, eftersom det i straffprocessen knappast går att tala om någon "balans" i bevishänseende. I enlighet med oskuldspresumtionen bär åklagaren hela bevisbördan, och principen om processuell balans gäller därför i en modifierad form. Att Europadomstolen i civila mål kräver en betydande obalans signalerar dock en något restriktivare bedömning i övrigt, jämfört med brottmålen – det krävs helt enkelt inte att det råder fullständig balans mellan parterna.⁴⁶⁰ Detta framgår numera uttryckligen av avgörandet *Steel & Morris mot Storbritannien*, där domstolen gjorde följande uttalande:

"[I]t is not incumbent on the State to seek through the use of public funds to ensure *total equality of arms* between the assisted person and the opposing party, as long as each side is afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage vis-à-vis the adversary."⁴⁶¹

I det aktuella målet konstaterade dock Europadomstolen att "the disparity between the respective levels of legal assistance" hos parterna i processen var så påtaglig, att hela rättegången blev orättvis.⁴⁶² Att klaganden hade nekats rättshjälp – och därför tvingades föra sin egen talan mot en resursstark motpart som företrädde av synnerligen kvalificerade jurister – stred således mot principen om processuell balans.⁴⁶³

⁴⁵⁸ *Dombo Bebeer B.V. v. The Netherlands* p. 33 och härtill Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 263 f., Harris, O'boyle & Warbrick (2009) s. 251 ff. och Trechsel (2005) s. 94 ff.

⁴⁵⁹ *Bulut v. Austria* (app. no. 17358/90) p. 47. Beträffande processuell balans i brottmål; se vidare Stavros (1993) s. 43. Ang. motsvarande krav vid administrativa frihetsberövanden enligt art. 5.4; se exv. Gustafsson (2001) s. 103 och Wejedal & Östlund (2016) s. 39 ff.

⁴⁶⁰ I *Dombo Bebeer* snävade domstolen förvisso in uttalandets räckvidd till mål "involving opposing private interests", dvs. till sedvanliga tvistemål i svensk bemärkelse. I senare civila mål mellan enskilda och staten har dock domstolen också krävt att en viss åtgärd medfört ett "substantial disadvantage" för att strida mot principen om processuell balans. För att bara ge ett exempel; se *Kress v. France* (app. no. 39594/98). I detta mål initierade klaganden en skadeståndsprocess mot ett offentligt sjukhus vid förvaltningsdomstolen i Strasbourg. I sina domskäl anförde ED (p. 72) att "the principle of equality of arms – one of the elements of the broader concept of a fair trial – requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a *substantial disadvantage* vis-à-vis his opponent". I senare praxis avseende "Equality of Arms" har domstolen mer eller mindre upprätthållit denna distinktion. Adjektivet "substantial" finns i princip alltid med i mål som avser civila rättigheter och skyldigheter, men vanligtvis inte i mål som avser ansvar för brott; se vidare Trechsel (2005) s. 97, med rikliga hänvisningar till ED:s praxis.

⁴⁶¹ *Steel & Morris v. The United Kingdom* (app. no. 68416/01) p. 62.

⁴⁶² Se *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 69, där domstolen konstaterar att "the disparity between the respective levels of legal assistance" hos parterna gav upphov till orättvisa ("unfairness").

⁴⁶³ Se *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 72.

Som synes avser ”Equality of Arms” den *relativa balansen* mellan parterna.⁴⁶⁴ För att kunna göra gällande att ett visst förfarande strider mot principen om processuell balans måste således bedömningen relateras till motparten i processen, och endast om en viss åtgärd föranleder eller, för den delen, vidmakthåller en oacceptabel obalans parterna emellan kan åtgärden ifrågasättas ur ett ”Equality of Arms”-perspektiv.⁴⁶⁵ En rätt till biträde kan således härledas ur denna princip, exempelvis om den ena parten har tillgång till kvalificerade biträden, medan den andra tvingas företräda sig själv, eftersom avsaknaden av biträde i en sådan situation skapar obalans mellan parterna.

I straffprocessen tillkommer, utöver det ovan sagda, ett antal ytterligare rättigheter för den som misstänks för brott enligt det andra och tredje stycket i artikel 6. Bland dessa märks en rätt att vara tyst och i övrigt inte belasta sig själv under processen (”the right to silence and the right not to incriminate oneself”). Denna rättighet är nära kopplad till, men inte identisk med, den centrala oskuldspresumtionen som finns fastslagen i artikel 6.2.⁴⁶⁶ Därtill följer ett antal uttryckliga ”minimigarantier” i artikel 6.3, däribland att *få en offentlig försvarare förordnad* under vissa förutsättningar (artikel 6.3.c). I Europadomstolens praxis har dessa garantier – som överlappar varandra och kan betraktas som olika beståndsdelar i vad som utgör en rättvis brottmålsrättegång – lagts till grund för en tämligen ”stark” rätt till biträde.⁴⁶⁷

2.3.3 Rätten till biträde som ”mänsklig rättighet”

Den som tar del av Europadomstolens praxis i anslutning till artikel 6 finner sammanfattningsvis att många av de ”Access Barriers” som uppmärksammades inom AtJ-debatten med tiden har adresserats av Europadomstolen. Vi erinrar oss att höga processkostnader samt processuella obalanser är två utav de större problemområden som tidigt tilldrog sig intresse i diskussionen kring bristande ”access to justice”. Inom den första vågen, som i princip sammanföll med välfärdsstaternas uppbyggnad, fick dessa problem sin lösning genom att enskilda avlastades kostnaden för juridiska biträden (främst genom förhållandevis ”generösa” system med allmän rättshjälp/offentliga biträden och försvarare). Denna rättsutveckling på nationell nivå avspeglas väl på den internationella nivån, där Europadomstolen har tolkat in en rätt till biträde i de övergripande kraven i artikel 6.1 – både i rätten till en effektiv domstolsprövning och

⁴⁶⁴ Detta innebär att om båda parterna exv. nekas rättshjälp så stör inte detta i sig balansen dem emellan – däremot kan det vara oförenligt med rätten till en effektiv domstolsprövning enligt ovan.

⁴⁶⁵ Trechsel (2005) s. 97.

⁴⁶⁶ Se exv. *Saunders v. The United Kingdom* (app. no. 19187/91) p. 68. Om denna presumtion i allmänhet; se Nowak, Karol, *Oskyldighetspresumtionen* (2003) och exv. Trechsel (2005) s. 153 ff., samt om kopplingen mellan å ena sidan rätten att vara tyst och å andra sidan rätten att betraktas som oskyldig till dess motsatsen är bevisad, särskilt s. 166.

⁴⁶⁷ Se exv. *Salduz v. Turkey* (app. no. 36391/02) p. 52, där ED konstaterade att ”Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation”. Att inte företräddas av en advokat redan under de första förhören under förundersökningsstadiet betraktas således, från domstolens perspektiv, som ett avsteg från det ”normala”.

i rätten till en rättvis rättegång – i det senare fallet just för att avvägbringa processuell balans mellan parterna.⁴⁶⁸ Annorlunda uttryckt går det skönja två parallella och delvis överlappande utvecklingar på olika ”normhierarkiska” nivåer som åtminstone till en början gick i samma riktning.

I avhandlingens nästföljande del II kommer vi först att röra oss på den nationella nivån. I takt med välfärdsstatens sönderfall har den generella trenden i Sverige – liksom i andra länder – varit att inskränka rätten till biträde till förmån för alternativa (läs: billigare) ”lösningar”, såsom informella processformer, materiell processledning, etcetera. Som konstaterades i kapitel 1 är detta inte per automatik oförenligt med artikel 6; nationella lagstiftare har en betydande frihet vid utformningen av sina processordningar. Samma grundproblem – att enskilda har svårt att föra talan i domstol – kan således lösas på olika sätt, vilket Europadomstolen uttryckligen framhöll i *Airey*.⁴⁶⁹ Vad jag redan här vill flagga för är dock att det finns en gräns bortom vilken nationella lagstiftare inte kan spara mer pengar, närmare bestämt den europeiska miniminivå som Europadomstolens praxis ger uttryck för. Av detta skäl återkommer jag till konventionens artikel 6 avslutningsvis i del II, för att därigenom kunna problematisera kostnadshandlingen i svensk rätt i relation till kravet på AtJ/AtC. Nu är det dock hög tid att behandla de svenska kostnadsreglerna.

⁴⁶⁸ Att det finns en explicit rätt till biträde i brottmål enligt art. 6.3.c utesluter alltså inte en implicit rätt till biträde enligt art. 6.1, som omfattar både brottmål och civila mål; se exv. Leigh, Leonard H., *The Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights*, i Weissbrodt, David & Wolfrum, Rüdiger (red.), *The Right to a Fair Trial* (1998) s. 645-668, som förklarar (s. 665) att "[t]he right to counsel is expressly guaranteed by article 6(3)(c) but is also implicit in article 6(1)".

⁴⁶⁹ Se i och vid fn. 219 ovan.

DEL II

*BITRÄDESKOSTNADERNAS
HANTERING*

3. KOSTNADSREGLERNA

Justice is open to all; like the Ritz Hotel.⁴⁷⁰

3.1 Introduktion

Rättskipning medför med nödvändighet kostnader av olika slag.⁴⁷¹ För att få ett grepp om dessa kostnader bör en första distinktion göras mellan å ena sidan sådana kostnader som drabbar det allmänna ("domstolskostnader"), och å andra sidan sådana kostnader som drabbar parterna i rättegången ("rättegångskostnader"),⁴⁷² enligt följande:

Med *domstolskostnader* åsyftas domstolens kostnader för att administrera prövningen av ett mål, däribland kostnaderna för domstolens lokaler och domarnas löner. Sådana kostnader bärs av staten – både i den allmänna processen och i förvaltningsprocessen – och från dessa kommer jag att bortse i det följande.⁴⁷³

Med *rättegångskostnader* avses parternas kostnader för att driva en process, exempelvis ansökningskostnader (avgifter), inställelsekostnader, beviskostnader, kostnader för

⁴⁷⁰ Detta citat har tillskrivits en rad olika personer, men troligtvis yttrades det av den irländska domaren Sir James Matthew.
⁴⁷¹ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 276. Jfr SOU 1991:106 del A s. 620 och 630 samt SOU 1964:27 s. 658. Se även Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 186 f. och Fernhout (2009) s. 13.

⁴⁷² Jacobsson, Ulla, *Parts kostnad i civilprocess: Idéhistorisk utredning och synpunkter på kostnadsreglernas funktion* (1964) s. 11, Lindblom (2008a) s. 131, Westberg (2013) s. 107 f. och Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1497 f. Se även SOU 1991:106 del A s. 620, SOU 1982:26 s. 57 och SOU 1971:76 s. 48 samt Cappelletti & Garth (1978) s. 10 f. Som synonym till "rättegångskostnader" nyttjas ibland termen "processkostnader".

⁴⁷³ SOU 1991:106 del A s. 620, Lindblom (2008a) s. 131 och Hassler, Åke, *Svensk civilprocessrätt: en lärobok* (1963) s. 189. Se även Cappelletti & Garth (Buff. L. Rev. 27/1977-78) s. 187. Det sagda är dock till viss del en sanning med modifikation, eftersom parterna, genom att betala olika avgifter, bidrar till att finansiera domstolens kostnader. Jfr Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1498 ff. och se även Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 276 f. Historiskt var det också en utbredd uppfattning att rättskipningen borde vara självfinansierad, vilket medförde att domstolarna tog ut höga avgifter för sina tjänster. I modernare tid har man sett annorlunda på saken. För att citera Hassler (1963) s. 190, kom man till insikten, "att rättegångsväsendet har en betydande preventiv effekt; det tjänar därmed i hög grad även dem, som icke anlitat det", vilket motiverade att staten tog del i finansieringen. Sedan dess har dock pendeln, som Westberg (2013) konstaterar, återigen börjat svänga (s. 108): "Tanken om skattefinansiering är idag inte så given som man kanske kan tro. Nya tider, nya kvastar." Under de senaste åren har man således kunnat skönja en viss tillbakagång mot ett ökat avgiftsuttag (den 1 juli 2014 höjdes exv. ansökningsavgifterna i tvistemål högst betydligt; se förordningen (1987:452) om avgifter vid de allmänna domstolarna och därtill SFS 2014:256). Denna trend bryter enligt Westberg (a. st.) "mot en gammal hävdvunnen princip att staten inte skall sälja rättskipning".

eget arbete och sist, men regelmässigt inte minst, kostnaden för juridiskt biträde.⁴⁷⁴ Till skillnad från hanteringen utav domstolskostnaderna uppvisar den rättsliga hanteringen utav rättegångskostnaderna i allmänhet, och av biträdeskostnaderna i synnerhet, betydande skillnader mellan olika måltyper. Som jag strax kommer att utveckla är det också dessa skillnader som tilldrar sig mitt intresse i denna del; min ansats är genomgående (inomnationellt) jämförande.

Av det sagda följer att denna avhandling angår en utav flera rättegångskostnader som kan – men inte nödvändigtvis måste – drabba den som är part i en domstolsprocess: kostnaden för juridiskt biträde. Sätillvida kan studien beskrivas som i grunden kostnadsrättslig. I denna del kommer jag också att huvudsakligen ägna mig åt ”traditionell rättsdogmatik”, det vill säga tolka och systematisera kostnadsreglerna. Som jag har förklarat i avhandlingens del I anlägger jag dock ett kontextuellt perspektiv på biträdeskostnadernas hantering; kostnadsreglernas utformning måste med nödvändighet relateras till domstolsprocessens utformning och i förlängningen till dess samhällliga funktion(er). Till kontexten – idéerna om ”Access to Justice” respektive ”Access to Court” – återkommer vi dock i den tredje och avslutande delen.

Syftet med detta introducerande kapitel är tvåfaldigt: för det första att förmedla en helhetsbild över de olika regelsystem genom vilka den som är part i en domstolsprocess kan få ersättning för sina biträdeskostnader (3.2); för det andra att tydliggöra den rättsvetenskapliga ansats som präglar framställningen i denna del (3.3).

3.2 Biträdeskostnaderna och dess hantering

Det brukar sägas att ”talk is cheap, until lawyers get involved”. Av parternas rättegångskostnader är det också kostnaden för juridiskt biträde som har tilldragit sig rättsvetenskapens och lagstiftarens intresse, helt enkelt eftersom denna kostnadspost vanligtvis är den största,⁴⁷⁵ och därmed den mest betungande – både för parterna och för det allmänna.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Med RB:s – och Ekelöfs – terminologi är rättegångskostnader sådana kostnader som är ersättningsgilla, i den meningen att den part som ådragit sig kostnaden kan få denna ersatt av motparten (eller det allmänna). Kostnader som ”under alla omständigheter stannar på den som har gjort dem” är alltså inte rättegångskostnader i RB:s mening; se Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 276 f. och jfr uppräknningen i RB 18 kap. 8 §. Sätillvida har termen ”rättegångskostnader” en rent juridisk-teknisk betydelse, eftersom termens användande *signalerar att den aktuella kostnaden är ersättningsgill*. RB:s begreppsbestämning innebär således att en och samma kostnad kan vara att betrakta som en rättegångskostnad i vissa måltyper, men inte i andra. Exv. omnämns biträdeskostnader som ersättningsgilla rättegångskostnader i vanliga T-mål (enligt RB 18 kap. 8 §), men inte i FT-mål (enligt RB 18 kap. 8 a §, med vissa undantag). Anlitat part biträde i ett FT-mål, och därigenom ådrar sig en biträdeskostnad, kommer alltså denna kostnad – rent regeltekniskt – inte att karaktäriseras som en rättegångskostnad vid tillämpningen av RB, eftersom den inte är ersättningsgill. Att en viss kostnad *inte* definieras som en rättegångskostnad medför med andra ord att den *inte* är ersättningsgill. Med denna reservation på plats kommer jag i det följande att nyttja termen rättegångskostnad i en delvis annorlunda bemärkelse: En kostnad som part ådragit sig som en direkt följd av en rättegång/process betraktar jag som en rättegångs-/processkostnad oavsett om den är ersättningsgill eller ej, förutsatt att det rör sig om en kostnad som typiskt sett kan ersättas såsom en rättegångskostnad. Hit hör kostnaden för juridiskt biträde/ombud. Se till det sagda exv. Lindell (2012) s. 563 ff., Westberg (2013) s. 108, Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1500 f. och 1506, Lindblom (2008a) s. 131 samt Cappelletti & Garth (1978) s. 12.

⁴⁷⁵ Se t.ex. Jacobsson (1964) s. 13.

⁴⁷⁶ Jfr prop. 1973:87 s. 155 och SOU 1982:26 s. 212 ff.

För biträdeskostnadernas hantering går det att urskilja regelsystem på åtminstone tre olika ”nivåer”,⁴⁷⁷ som har vuxit fram kronologiskt: (1) parts-/självfinansiering; (2) offentlig finansiering; samt (3) tredjemans-/marknadsfinansiering. Dessa nivåer representerar dock inte tre sinsemellan välvgränsade tidsperioder,⁴⁷⁸ utan är snarare överlappande enligt följande (mycket grova) tidsaxel:

		Tredjemansfinansiering
	Offentlig finansiering	
Partsfinansiering		
1800-talet	1900-talet	2000-talet

Vad figuren illustrerar är att ytterligare nivåer successivt har adderats till de redan befintliga – oftast i direkt växelverkan med dessa. I korthet har utvecklingen gestaltat sig enligt följande.

3.2.1 De tre ”ersättningsnivåerna” (i inhemsk rätt)

I modern processrätt har utgångspunkten alltid varit – och är alltjämt – att parternas kostnader för juridiskt biträde i första hand skall bäras av, och i förekommande fall fördelas mellan, parterna i processen (”self funding” eller ”private funding”).⁴⁷⁹ Denna ordning innebär att vardera parten måste *självfinansiera sin rättegång* för att därefter – beroende på fördelningsreglernas utformning – eventuellt få sina kostnader *ersatta av motparten* efter målets avgörande (”cost/fee shifting”). I sistnämnt avseende brukar en distinktion göras mellan å ena sidan principen om full kostnadstäckning (”the English Rule”), innebärande att tappande part skall ersätta vinnande parts kostnader, och å andra sidan kvittningsprincipen⁴⁸⁰ (”the American Rule”), innebärande att vardera parten skall bära sin egen kostnad oavsett tvistens utgång.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Jfr Jonsson, Peter, Lindmark, Dan & Roos, Carl Martin, *Rättskyddsförsäkringen synad i fogarna* (1982) s. 5. Se även Lindblom (2008a) s. 44 och SOU 1991:106 del A s. 632. Under rubriken ”Major Changes in Litigation Funding” tecknas en i huvudsak motsvarande kronologi i Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 7 f. (se mer utvecklat i a.a. s. 20 f., där förf. skiljer mellan sex olika ”methods of funding litigation”, och jfr den motsvarande uppställningen hos Bellander (2017) s. 264).

⁴⁷⁸ Jfr Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 8, som beskriver utvecklingen som ”unplanned and uncontrolled”.

⁴⁷⁹ Jfr de Morpurgo, Marco, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding* (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 343-412, som konstaterar (s. 351) att partsfinansiering ”is the default situation in any jurisdiction”.

⁴⁸⁰ Den processrättsliga innebörden hos begreppet ”kvittning” är således att skilja från den gängse civilrättsliga betydelsen hos denna term. Inom processrätten avses ej med kvittning att parternas kostnader skall gå i avräkning mot varandra, utan istället att var part skall bära sina egna rättegångskostnader oavsett hur stora dessa är i förhållande till motpartens kostnader; se Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280 med hänvisningar, Lindell (2012) s. 568 och Jacobsson (1964) s. 49. Se även SOU 1982:26 s. 220.

⁴⁸¹ Om dessa huvudprinciper; se exv. Kritzer, Herbert M., *The English Rule* (A.B.A.J. 78/1992) s. 54-58.

Med Ekelöfs ord kan olika ”ändamålsskäl” åberopas till stöd för båda dessa principer,⁴⁸² och bägge är behäftade med såväl fördelar som nackdelar – beroende på vilka parts- och/eller samhällsintressen som skjuts i förgrunden. Till detta ändamålsresonemang får vi anledning att återkomma i kapitel 4, som behandlar kostnadsfördelningen mellan parterna. Här kan blott konstateras att oavsett vilken princip som äger tillämpning kommer parterna (1) att behöva bära sina egna biträdeskostnader under processens gång, och dessa kostnader kommer också (2) att kvarstanna hos båda eller någon utav parterna efter processens slut.

Som Westberg förklarar har dock ”[d]et successivt fördyrade kostnadsläget [medfört] att allt fler människor inte får råd att ur egen ficka bekosta sitt deltagande i en rättegång” varvid ”[r]ätten till domstolsprövning (‘access to justice’) blir en chimär”.⁴⁸³ Annelund uttryckt kommer höga biträdeskostnader att fungera som en ”Access Barrier” för många människor, och detta oavsett vilken fördelningsprincip som tillämpas parterna emellan. I takt med välfärdsstaternas uppbyggnad började därför det allmänna, på ett mer systematiskt sätt än tidigare, att avlasta parterna, inte bara domstolskostnaderna, utan också vissa rättegångskostnader – framförallt kostnaden för juridiskt biträde.⁴⁸⁴ Sålunda kan den som är part i en process numera – på offentligrättslig grund – få hela eller delar av kostnaden för biträde ersatta av allmänna medel, genom att erhålla ett av staten finansierat biträde.⁴⁸⁵ I Sverige har sådana biträden en rad olika benämningar; det talas om rättshjälpsbiträden, målsägandebiträden, offentliga biträden och om offentliga försvarare. Dessa är underkastade delvis olika regelverk, som jag kommer att behandla i kapitel 5.

I retrospektiv har dock 1970-talets generösa rättshjälpsystem beskrivits som en ”historisk parentes”. Som konstaterades i den inledande delen kom nämligen de politiska tongångarna att skifta under 90-talet, och som ett svar på rättshjälpsystemens urholkning – som gick hand i hand med välfärdsstaternas strukturella nedmontering

⁴⁸² Se Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280, som vad avser kostnadsfördelningen i tvistemål anför följande (*kurs*, där): ”Som huvudprincip gäller enligt RB 18:1 att *den tappande skall förpliktigas betala den vinnandes kostnader*. Inom rättsvetenskapen har meningarna varit delade om hur denna regel skall motiveras. Man har frågat efter dess ’rättsgrund’, men då har man i allmänhet inte klart skilt mellan regeln *rättfärdigandegrund* och de *ändamålsskäl*, vilka åberopas till för regeln, något som har medfört att debatten blivit ganska förvirrad. Att rättfärdiga gällande rättsregler inför rättsmedvetandet utgör enligt min mening ingen uppgift för den juridiska doktrinen. Däremot har denna att söka fastställa de olika reglernas samhällsfunktion.”

⁴⁸³ Westberg (2013) s. 109. Samma uppfattning hos exv. Larsson, Sven, *De stigande rättegångskostnaderna*, Svensk rätt i omvandling – Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt (1976) s. 251-262 (s. 251): ”Det är knappast någon överdrift att säga att rättegångskostnadernas stegring med tiden kom att framstå som den allvarligaste svårigheten. Detta hänger – förutom med att nya RB i och för sig är jämförelsevis kostnadskrävande – samman med stegringen av den allmänna kostnadsnivån. Risken ökar därmed att rättssubjekt av brist på ekonomiska resurser hindras från att rättegångsvägen tillvarata sina intressen.”

⁴⁸⁴ I Sverige genom ÄRhjL. Se härtill Westberg (2013) s. 108: ”Med idén om välfärdsstaten har emellertid i vissa länder, däribland Sverige, följt en ambition att ge ekonomisk rättshjälp till svagare personer. En sådan ambition ger uttryck för att rätten till domstolsprövning bör i görligaste mån vara en realitet även också för de som annars inte skulle ha råd att söka skydd för sina rättigheter vid domstol.”

⁴⁸⁵ Westberg (2013) s. 108 f.

– uppkom slutligen alltfler (och alltmer kreativa) privata finansieringsmodeller.⁴⁸⁶ Följande citat sammanfattar utvecklingen på global nivå:

”As far as access to justice is concerned, various attempts have been made in the direction of increasing access to the law and to the legal system. A significant *historical parenthesis* is represented by governments’ efforts to increase access to justice through providing free legal assistance to the poor (legal aid). Legal aid has been criticized for being costly, inefficient, and arbitrary, and has come under attack at the end of the twentieth century. Recently, governments have cut public spending on legal aid. *The market has responded* to those cuts in a way that shows its potential to acquire a new role in promoting solutions that are beneficial in terms of increasing access to justice.”⁴⁸⁷

Beträffande dessa ”marknadslösningar” bör en distinktion göras mellan å ena sidan ”Third-Party Funding” och å andra sidan ”Attorney Funding”.⁴⁸⁸ Det i Sverige vanligaste exemplet på tredjemansfinansiering är möjligheten att – på privaträttslig grund – försäkra sig mot vissa rättegångskostnader genom det så kallade *rättsskydd* som bland annat ingår i hemförsäkringen. Detta i kontrast till exempelvis USA, där advokatfinansiering istället är den dominerande finansieringsformen i åtskilliga måltyper. Som kommer att antydans nedan är det dock endast fantasin som sätter gränserna vad gäller de privata finansieringslösningarna.

Sammanfattningsvis kan den som är part i en domstolsprocess, hypotetiskt sett, övervältra sina biträdeskostnader på något utav följande subjekt:

1. *Motparten*, genom ett system där rättegångskostnaderna fördelas mellan parterna, exempelvis efter tvistens utgång.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Det kan dock diskuteras vad som är hönan och vad som är ägget i den här utvecklingen. Att samhället, å ena sidan, kunde avsäga sig ansvaret för medborgarnas AtJ kan möjligen förklaras av att det, å andra sidan, redan fanns ”godtagbara” privata alternativ till den allmänna rättshjälpen. I Sverige tillkom exv. rättsskyddsförsäkringarna på 1960-talet, dvs. innan den äldre rättshjälpslagen trädde i kraft; jfr Larsson (1976) s. 252 och Holstad & Larsson (1974) s. 11 och 94 ff. När den nu gällande rättshjälpslagen tillkom (och gjordes subsidiär i relation till rättsskyddet) anförde också regeringen följande (prop. 1996/97:9 s. 93): ”Förutsättningarna är i dag helt annorlunda än de som rådde vid tidpunkten för rättshjälpslagens tillkomst, inte bara när det gäller det *statsfinansiella läget* utan även när det gäller *försäkringstäckningen*; till skillnad från vad som gällde i början av 1970-talet har numera en övervägande andel av Sveriges befolkning rättsskyddsförsäkring.” Den mest rättvisande historieskildringen är förmodligen att det förelåg en växelverkan, åtminstone i Sverige: Staten behövde spara pengar inom den allmänna rättshjälpen, och ville därför övervältra det ekonomiska ansvaret på privata aktörer. Detta lät sig också göras, eftersom många medborgare redan hade privat rättsskydd i sina hemförsäkringar. Jfr Westberg (2013) s. 109 samt exv. Zuckerman (1999) s. 45 f. om motsvarande skiften i andra länder.

⁴⁸⁷ de Mompurgo (Cardozo J. Int’l & Comp. L. 19/2011) s. 346 f.

⁴⁸⁸ Se Steinitz, Maya, *Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding* (Minn. L. Rev. 95/2010-11) s. 1268-1338 (särskilt s. 1293 f.) om de centrala skillnaderna mellan dessa två finansieringsformer.

⁴⁸⁹ Att rättegångskostnaderna fördelas mellan parterna brukar benämnas den ”primära fördelningen” av kostnaderna; se exv. Larsson (1976) s. 253 i och vid fn. 9.

2. *Det allmänna* (det vill säga skattebetalarkollektivet⁴⁹⁰), genom de idag separata⁴⁹¹ systemen med (a) allmän rättshjälp,⁴⁹² respektive (b) offentliga biträden, offentliga försvarare och målsägandebiträden.⁴⁹³
3. *Tredjeman*, i Sverige så gott som uteslutande ett försäkringsbolag⁴⁹⁴ (det vill säga försäkringstagarkollektivet⁴⁹⁵), genom ett system med så kallat rättsskydd.⁴⁹⁶

Kring ovanstående tre regelverk kommer jag att uppehålla mig i denna del.⁴⁹⁷ På global nivå – framförallt i USA, men också i många europeiska stater – förekommer det dock ett flertal ytterligare finansieringsformer, mellan vilka det ofta föreligger ett intrikat samspel.⁴⁹⁸ Av dessa förtjänar två att omnämnas i detta sammanhang, inte minst eftersom vi på sikt kan behöva finna nya lösningar i Sverige, varvid inspirationen lämpligen kan hämtas i utländsk rätt.

3.2.2 Ytterligare finansieringsformer (i utländsk rätt)

För det första kan kostnaden för juridiskt biträde – eller snarare kostnadsrisken – bäras av biträdet själv genom användandet av så kallade ”riskavtal”,⁴⁹⁹ det vill säga ett avtal mellan biträdet och dennas klient som gör advokatens rätt till ersättning

⁴⁹⁰ Jfr prop. 1996/97:9 s. 87, där regeringen förklarade att ”[r]ättshjälpen är en social förmån finansierad av skattemedel”. Denna beskrivning är intressant; är det en ”rättighet” att få tillgång till ett biträde, eller är det en ”social förmån”?

⁴⁹¹ Tidigare utgjorde offentligt biträde en form av rättshjälp, men idag har dessa system skilts från varandra; se prop. 1996/97:9 s. 180 ff. och här till exv. Holstad & Larsson (1974) s. 73, som m.h.t. ÅRhjL förklarar att rättshjälp utgick i ”fyra olika former, nämligen som allmän rättshjälp, rättshjälp åt misstänkt i brottmål, rättshjälp genom offentligt biträde och rådgivning”.

⁴⁹² Att en person beviljas rättshjälp innebär att staten bestrider partens biträdeskostnader, men vid förlust inte motpartens kostnader; se RhjL 27-29 §§ samt Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 341 f. Som Welamson konstaterar är nämligen rättshjälpens funktion att garantera att partens ekonomi inte hindrar honom eller henne från att tillfredsställande utföra *sin talan*. Däremot syftar lagen inte till att lindra de ekonomiska konsekvenserna för den part som tappar målet; se Welamson, Lars, *Svensk rättspraxis – civil- och straffprocessrätt 1973-1979* (SvJT 1/1982) s. 81-192 (s. 118). Detta är en central skillnad i jämförelse med rättsskyddet, som också lindrar kostnadsansvaret för tappande part; se fn. 496 nedan.

⁴⁹³ Att en person förordnas *offentligt biträde/försvarare resp. målsägandebiträde* innebär att ersättning för bitrådets arvode utgår direkt av allmänna medel; se LOB 4 §, RB 21 kap. 10 § och MBL 4 och 5 §§. Till skillnad från systemet med rättshjälp saknar den enskildas ekonomiska förhållanden betydelse när frågan är om offentligt biträde/försvarare eller målsägandebiträde, och någon avgift behöver inte betalas. Däremot kan återbetalningsskyldighet bli aktuellt inom ramen för alla systemen.

⁴⁹⁴ Det förekommer även att fackföreningar och andra typer av intresseorganisationer står sina medlemmars rättegångskostnader.

⁴⁹⁵ Jfr prop. 1996/97:9 s. 87, där det konstateras att ”rättsskyddet bygger på ett avtal mellan försäkringsbolaget och försäkringstagaren och finansieras av försäkringstagarna som kollektiv”.

⁴⁹⁶ Att en person beviljas *rättsskydd* innebär att ett försäkringsbolag betalar partens rättegångskostnader, samt vid förlust även motpartens kostnader; se Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 338. Detta är en viktig skillnad i jämförelse med den allmänna rättshjälp, som inte lindrar kostnadsansvaret för tappande part; se fn. 493 ovan.

⁴⁹⁷ Två skillnader mellan de olika regelverken bör framhållas redan här. För det första: Medan kostnadsrisken enligt punkten (1) stannar på parterna sprids denna risk enligt punkterna (2) och (3) på ett större kollektiv. För det andra: Enligt punkten (1) får parten, beroende på processens utgång, ersättning i efterskott medan denna enligt punkterna (2) och (3) avlastas kostnaden direkt.

⁴⁹⁸ Se exv. Zuckerman (1999) s. 45 f., om det komplexa förhållandet mellan rättshjälp och marknadsfinansiering i en rad länder, däribland USA, England och Tyskland.

⁴⁹⁹ Även arbete som utförs ”pro bono” (utan ersättning) kan betraktas som en form av advokatfinansiering; jfr Hodges, Vogenauer & Tulbacka (2010) s. 24 (som behandlar ”pro bono services” under rubriken ”Funding by lawyers”).

för utfört arbete helt eller delvis beroende av tvistens utgång.⁵⁰⁰ Kännetecknande för denna avtalstyp är att biträdet, vid en processförlust, får en lägre ersättning än normalt (oftast ingen ersättning alls). Som kompensation för denna risk erhåller biträdet, vid en framgångsrik process, en högre ersättning än normalt. Den närmare utformningen av dessa avtal kan dock variera betydligt, varvid en skiljelinje kan dras mellan så kallade ”contingent/contingency fee agreements” (ofta förkortade ”QPL”⁵⁰¹) respektive ”conditional fee agreements” (”CFA”), som är de två vanligast förekommande avtalstyperna.⁵⁰²

Det som framförallt skiljer de två avtalsmodellerna åt är hur arvudet bestäms vid en framgångsrik process.⁵⁰³ I den förstnämnda avtalstypen, som är starkt förknippad med amerikansk rättskipning, erhåller biträdet vid vinst en avtalad

⁵⁰⁰ Ett riskavtal innebär således att biträdet själv tar en risk i processen – därav benämningen; se Lindblom (2008a) s. 145 samt exv. Schwartz, M.L. & Mitchell, D.J.B., *An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal-Injury Litigation* (Stan L. Rev. 22/1970) s. 1125-1162 (s. 1125): ”The contingent fee allows the client to shift some of the risk inherent in his case to the lawyer.” Se även SOU 1994:151 del B s. 401: ”Riskavtalet kan därmed ses som ett sätt att övervältra ansvaret för partens egna rättegångskostnader vid en processförlust på ombudet.” Det är också denna risk som motiverar/legitimerar det högre arvudet vid en processvinst; se exv. Brickman, Lester, *Effective Hourly Rates of Contingency-Fee Lawyers: Competing Data and Non-Competitive Fees* (Wash. U.L.Q. 81/2003) s. 653-736 (s. 656). Huruvida advokaten verkligen löper någon risk råder dock delade meningar om; se a.a. s. 698: ”Indeed, because most contingency-fee lawyers considerably limit the number of cases they accept with meaningful liability risk, they are able to prevail in 70-90% of the cases they accept.” I LGR 35 § definieras riskavtal som ”ett avtal med ett ombud om att arvudet till ombudet skall bestämmas med hänsyn till i vilken utsträckning gruppledammarnas anspråk tillgodoses”. Se även definitionerna i prop. 2001/02:107 s. 115 f. och SOU 1994:151 del B s. 400.

Som en synonym till riskavtal används ibland termen ”resultatbaserat arvode” (”result-based fee”) för att fånga upp ett flertal olika avtalslösningar som alla, på ett eller annat sätt, gör advokatens arvode beroende av utgången i målet (dvs. processens ”resultat”); se om terminologin i allmänhet Faure, Michael, Fernhout, Fokke & Philipsen, Niels, *No cure, no pay and contingency fees*, i Tuil, Mark & Visscher, Louis (red.), *Financing Civil Litigation in Europe – A Legal, Empirical and Economic Analysis* (2010) s. 33-56 (s. 35 f.).

⁵⁰¹ Vilket står för ”quota pars litis” eller ”pactum de quota litis”.

⁵⁰² Jfr Westberg (2013) s. 109 och Emons, Winand, *Conditional versus Contingent Fees* (Oxford Econ. P. 59/2007) s. 89-101. Som Emons konstaterar är dock terminologin inte stringent, eftersom ”conditional fees are contingent on the outcome, and hence are contingency fees”; se Emons, Winand, *Conditional and Contingent Fees: A Survey of Some Recent Results*, i Eger, Thomas et al. (red.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse – Festschrift für Hans-Bernd Schäfer* (2008) s. 327-335 (s. 328 fn. 2). Termen ”contingency fee agreement” är således vidare än ”conditional fee agreements” – den senare betalningsmodellen kan betraktas som ett restriktivare ”specialfall” av den tidigare; se Faure, Fernhout & Philipsen (2010) s. 36. Trots att det inte föreligger vattentäta skott mellan begreppen, är det dock brukligt att använda termen ”conditional fees” för att referera till den avtalsmodell som framförallt används i Europa (särskilt i Storbritannien), medan man i den amerikanska kontexten endast talar om ”contingency fees”. Båda avtalstyperna diskuteras från ett komparativt perspektiv i Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 25 ff.

⁵⁰³ Jfr Hammarskiöld, Peder, *Grupptalan – en replik* (JT 4/1995-96a) s. 1208-1224 (s. 1215 f. fn. 39).

kvotdel av tvisteföremålets värde (på svenska ett ”kvotdels-/resultatandelsavtal”⁵⁰⁴),⁵⁰⁵ I den sistnämnda avtalstypen, som snarare förknippas med Europa (framförallt Storbritannien), erhåller biträdet istället ett normalt arvode men med tillägg för en vinstbonus (”success fee” eller ”upscale premium”). Denna bonus beräknas i sin tur som en *kvotdel av normalarvodet*.⁵⁰⁶ Gemensamt för båda dessa betalningsmodeller är dock att ingen ersättning brukar utgå i den mån biträdet tappar målet (”no win, no fee”/”no cure, no pay”).⁵⁰⁷ Kombinerade med en tillämpning av ”the American Rule” medför därför båda uppläggen att det, å ena sidan, blir förhållandevis ”riskfritt” att processa för den enskilda,⁵⁰⁸ eftersom processen inte kan ge upphov till några kostnadsansvar ens vid förlust – varken i relation till motparten eller till den egna advokaten.⁵⁰⁹ Detta förhållande, kombinerat med höga skadeståndsnivåer, förklarar varför avtalstypen är vanligt förekommande i USA. Vid en framgångsrik process hamnar nämligen, å andra sidan, en (ibland väldigt stor⁵¹⁰) del av ”vinsten” i advokatens ficka, vilket skapar starka ekonomiska incitament. Hur stor andel är i första hand avhängigt vilken betalningsmodell som används, det vill säga om kvotdelen

⁵⁰⁴ Ibland förekommer också termerna ”procentarvode” resp. ”provisionsarvode”; se exv. Lindblom (2006b) s. 281 samt Bergholtz, Gunnar, *Grupptalan - Huru Goliat kan fällas utan att man egentligen anstränger sig* (SvJT 5-6/1992a) s. 335-385 (s. 385) som båda använder ”provisionsarvode” resp. ”provisionsbaserat arvode” som synonymier till ”contingent fees”, samt exv. Peyron (2010) s. 63, som skiljer mellan ”procentavtal och riskavtal”. Se även prop. 2001/02:107 s. 117: ”En överenskommelse om provisionsarvode innebär att ombudet får en viss procentsats ... av inprocessade medel. En sådan konstruktion medför en helt annan fara för intressekonflikter mellan ombudet och klienten än modellen med riskavtal.” Samma distinktion görs i SOU 1994:151 del B s. 405. Denna distinktion är något oegentlig, eftersom ett provisionsavtal också innefattar en risk; vid både QPL och CFA står ju biträdet risken att inte erhålla någon ersättning vid förlust. Ett provisionsavtal är således ett riskavtal; se Hammarskiöld (JT 4/1995-96a) s. 1215, som gör samma påpekande.

⁵⁰⁵ Denna avtalstyp behandlas utförligt av Kritzer, Herbert M., *Risk, Reputations, and Rewards - Contingency Fee Legal Practice in the United States* (2004). QPL kan vara synnerligen komplicerade till sin uppbyggnad: Den avtalade procentsatsen kan exv. vara antingen fast (advokaten erhåller då en fixerad kvotdel av ”vinsten” oavsett hur stor vinsten är) eller rörlig (advokaten får då vanligtvis en lägre kvotandel ju högre summa klienten tillerkänns i processen); procentsatsen kan också bestämmas utifrån ett antal andra faktorer än just vinstens storlek, exv. hur/när målet avgörs (genom förlikning utom rätta, genom förlikning under förberedelsen/huvudförhandlingen, eller genom dom); se exv. Kritzer (2004) s. 9 f. för en allmän orientering och vidare Emons (2008) s. 327 f.

⁵⁰⁶ Emons (2008) s. 327 f.

⁵⁰⁷ Vid CFA är det ofta uttryckligen avtalat att ersättningen är just *villkorad* av utgången i målet; för att citera Emons (2008) s. 327 fn. 1: ”The conditional fee is usually nothing if no recovery is obtained.” Vid QPL följer detta istället av enkel matematik, eftersom en kvotdel av noll alltid blir noll; se Kritzer (2004) s. 9. Resultatet blir dock detsamma; jfr de Morpurgo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 352: ”In both the contingency and the conditional fee schemes, the plaintiff essentially gives up a portion of his award (either a percentage or an unrelated upscale premium) in exchange for the elimination of the risk connected to an unfavorable outcome of the litigation.”

⁵⁰⁸ Se även exv. Lidgard, Hans Henrik, *Konkurrensträttsligt skadestånd* (SvJT 1/2009) s. 32-47 (s. 43).

⁵⁰⁹ Fördelas däremot rättegångskostnaderna mellan parterna enligt ”the English Rule” blir incitamentet att ingå riskavtal något mindre, eftersom ett sådant avtal inte eliminerar risken att behöva stå *motpartens kostnader* vid en förlust; jfr SOU 1994:151 del B s. 401. Se även de Morpurgo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 373: ”Because all costs are paid by the losing party under the English rule, the expectancies are not as linear as under the American rule.”

⁵¹⁰ De mest väl-/ölkända exemplen torde vara de s.k. ”tobaksmålen”, där en grupp advokater som företrädde ett antal amerikanska delstater såsom svarande tillsammans erhöll över 12 miljarder dollar i arvode; se härom exv. Brickman (Wash. U.L.Q. 81/2003) s. 731, med följande exemplifiering i fn. 312: ”\$450 million to Michigan Tobacco Attorneys, \$625 million to New York Tobacco Attorneys, \$64.85 million to Utah Tobacco Attorneys, \$82.5 million to South Carolina Tobacco Attorneys, \$3.4 billion to Florida Attorneys, and \$3.3 billion to Texas Attorneys” osv. Se även a.a. s. 730 fn. 311, där det ges ett flertal ytterligare exempel på advokatarvodet i spannet 100-400 miljoner dollar, samt exv. Schwartz, David L., *The Rise of Contingent Fee Representation in Patent Litigation* (Alabama L. Rev. 64/2012) s. 335-388, som ger följande konkreta exempel (s. 337): ”Wiley Rein – a traditional general-practice law firm with hundreds of attorneys practicing all areas of law – represented a small company, NTP Inc., in its patent infringement lawsuit against Research in Motion (RIM), the manufacturer of the Blackberry line of devices. The lawsuit famously settled in 2006 for \$ 612,5 million, and the press reported Wiley Rein received over \$ 200 million because it handled the lawsuit on a contingent fee basis.”

beräknas på normalarvodet (CFA) eller på tvisteföremålet (QPL), och i andra hand inom vilken jurisdiktion advokaten verkar, eftersom olika länder/delstater ställer upp olika begränsningar på kvotdelens storlek – antingen i lag eller i det advokatetiska regelverket. Låt mig ge två exempel för att illustrera det potentiella utfallet:

I England får advokatens vinstbonus vid CFA inte överstiga 100 procent av advokatens normalarvode.⁵¹¹ Den CFA-modell som förekommer i England brukar därför kallas ”double or nothing” – advokaten erhåller ett dubbelt så högt arvode vid vinst, men ingenting vid förlust.⁵¹²

I USA kan advokatens arvode bli betydligt mycket högre. Som en allmän (och ibland lagfäst) regel gäller visserligen att arvodet skall vara skäligt (”reasonable”), men vid QPL betraktas i normalfallet arvoden motsvarande 30-50 procent av tvisteföremålets värde som skäligt, även när detta medför att advokaten erhåller flera hundra miljoner dollar för en framgångsrik process.⁵¹³

”Contingent fees” används i hög utsträckning i USA – inom vissa måltyper är det till och med den vanligaste betalningsmodellen (åtminstone för privatpersoner⁵¹⁴),⁵¹⁵ och dess för- och nackdelar har diskuterats ingående i den amerikanska litteraturen.⁵¹⁶ I Europa har förhållandet länge varit det motsatta; riskavtal i allmänhet, och

⁵¹¹ Se exv. Yarrow, Stella, *Conditional fees*, i Main, Brian G. M. (red.), *The Settlement of Legal Disputes – An Assessment of Recent Reform Measures* (2001) s. 1-10 (s. 1) och Emons (2008) s. 327 fn. 1.

⁵¹² Se vidare Brickman, Lester, *Lawyer Barons – What Their Contingency Fees Really Cost* (2011) s. 17.

⁵¹³ Vilket naturligtvis ger helt astronomiska timarvoden. I de miljardtvider som omtalas i fn. 510 ovan, kunde exv. de inblandade advokaterna erhålla upp till 200 000 dollar i timmen, vilket ansågs vara skäligt. Se till det sagda Brickman (Wash. U.L.Q. 81/2003) s. 721, som konstaterar att ordet ”skäligt” i denna kontext är helt innehållslöst (”utterly vacuous and devoid of content”). Se även Brickman (2011) s. 35 f. som beträffande mer ”normala” tvister diskuterar arvoden från 5 000 till 30 000 dollar i timmen.

⁵¹⁴ Kritzer, Herbert M., *Seven Dogged Myths Concerning Contingency Fees* (Wash. U.L.Q. 80/2002) s. 739-794 beskriver (s. 739) ”contingency fees” som ”[o]ne of the hallmarks of litigation in the United States”. I linje härmed konstaterar exv. Emons (2008) s. 327, att ”individual litigants tend to use contingent fees. In around 87 % of all torts and 53 % of all contractual issues plaintiffs retain their lawyer on a contingency basis”. Se även Munch Danzon, Patricia, *Contingent Fees for Personal Injury Litigation* (Bell J. Econ. 14/1983) s. 213-224, där det anförts (s. 213) att ”[c]ontingent fees are the dominant form of payment for plaintiff attorneys in personal injury litigation in the United States” samt Schwarts (Alabama L. Rev. 64/2012) s. 337 ff. ang. den ökade användningen av denna avtalstyp i patentmål.

⁵¹⁵ Båda- eller endera av avtalstyperna förekommer i varierande utsträckning i Australien, Brasilien, Dominikanska Republiken, Frankrike, Grekland, Irland, Japan, Kanada, Nya Zeeland och Storbritannien. I ytterligare ett antal länder (exv. Italien och Luxemburg) tilläts vissa moment, exv. att arvodet delvis relateras till processens utgång genom ”vinstbonusar”. Se till det sagda Kritzer (2004) s. 258 f. och Kritzer (Wash. U.L.Q. 80/2002) s. 745 ff.

⁵¹⁶ Kritzer (2004) s. 1 fångar väl de intressen som ligger i de respektive vågskålarna: ”Contingency fees are praised as the average person’s ’key to the courthouse’ and attacked as the cause of excessive litigiousness, frivolous lawsuits, and greedy trial lawyers finding new ways to bring corporate America to its knees.” Se även exv. Faure, Fernhout & Philipsen (2010) s. 34 f., som listar ett antal argument pro et contra utifrån följande tre rubriker: (1) argument för/emot ”related to the due administration of justice”; (2) argument för/emot ”related to (consequences of) access to justice”; och (3) argument för/emot ”related to economical consequences”. I en svensk kontext har för- och nackdelarna med dessa avtalstyper utförligt diskuterats i exv. SOU 1994:151 del B s. 403 f.

resultatandelsavtal i synnerhet, har i princip varit förbjudna.⁵¹⁷ På senare år har emellertid avtalstyperna – framförallt olika versioner av CFA, men även i viss utsträckning QPL⁵¹⁸ – vunnit ökad acceptans, och de är idag tillåtna i en rad europeiska stater.⁵¹⁹ I Sverige har dock Advokatsamfundet konsekvent intagit en negativ inställning till båda avtalstyperna.⁵²⁰

Utgångspunkten enligt svensk advokatsed är att riskavtal i och för sig är tillåtna, men de får inte medföra att advokatens ekonomiska egenintresse i saken blir oproportionerligt stort.⁵²¹ Däremot föreligger ett principiellt förbud mot kvotandelsavtal,⁵²² såvida särskilda skäl inte föreligger.⁵²³ På grund av denna reglering är båda finansieringsmodellerna alltjämt ovanliga i Sverige.⁵²⁴ Eftersom de inte heller har rönt någon

⁵¹⁷ Exv. uppställer The Council of Bars and Law Societies of Europe ("CCBEA") i sina etiska riktlinjer ett förbud mot kvotandelsavtal; se *The Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers* (2008) p. 3.3.1, som stadgar att "[a] lawyer shall not be entitled to make a pactum de quota litis". Denna avtalstyp definieras sedan i p. 3.3.2 enligt följande: "By 'pactum de quota litis' is meant an agreement between a lawyer and the client ... by virtue of which the client undertakes to pay the lawyer a share of the result regardless of whether this is represented by a sum of money or by any other benefit achieved by the client upon the conclusion of the matter." Se härtill exv. Faure, Fernhout & Philipsen (2010) s. 33.

⁵¹⁸ I Grekland har exv. kvotandelsavtal motsvarande maximalt 20 procent av tvisteföremålets värde länge varit tillåtna, och i Storbritannien är sådana avtal sedan 2013 tillåtna i vissa måltyper; se Kritzer (Wash. U.L.Q. 80/2002) s. 746.

⁵¹⁹ Se uppräknningen i fn. 515 ovan.

⁵²⁰ Jfr Westberg (2013) s. 109, SOU 1994:151 del B s. 403 samt Hammarskiöld, Peder, *Konsekvenserna av en lag om gruppatalan i Sverige – några kritiska synpunkter* (JT 2/1995-96b) s. 547-560, som konstaterar (s. 556) att riskavtal "av hävd inte [har] ansetts önskvärda av Sveriges Advokatsamfund".

⁵²¹ Se VRGA p. 4.2.2 och härtill kommentaren (s. 25), där det anförs att riskavtal "historiskt sett av Advokatsamfundet [har] bedömts som olämpliga", därför att de har "ansetts kunna kränka regeln om att advokatens arvode skall vara skäligen samt kringgå vad som syftar till att motverka att advokatens engagemang blir en direkt ekonomisk del av klientens sak".

⁵²² Se VRGA p. 4.2.1: "En advokat får inte med klienten ingå ett arvodesavtal som ger rätt till en kvotdel av uppdragets resultat, om inte särskilda skäl därtill föreligger." Denna regel anknyter som synes till CCBEA:s regelverk, och enligt kommentaren (s. 24) förbjuder regeln "i princip" advokater att ingå kvotandelsavtal. Se härtill exv. Peyron (2010) s. 63, som konstaterar att det sedan gammalt råder "ett principiellt förbud mot avtal om att advokaten skall arvoderas med en andel i uppdragets resultat" med tillägget att "[d]en restriktiva inställningen till procentavtal har utomordentligt gott fog för sig".

⁵²³ Undantaget för "särskilda skäl" preciseras enligt följande i kommentaren (s. 24): "Särskilda skäl för att tillåta ett sådant avtal kan vara biträde i mål där lag om gruppatalan tillämpas eller biträde i gränsöverskridande uppdrag där ett sådant avtal är bestämt för handläggning utanför Sverige och utgör en förutsättning för uppdraget. [...] Såsom ytterligare exempel på undantagsituationer kan nämnas fall där klienten utan kvotandelsavtal har svårt att få sin sak rättsligt prövad (access to justice)." Se härtill Peyron (2010) s. 63, som ger ett antal exempel ur disciplinnämndens praxis.

⁵²⁴ I SOU 1994:151 del B s. 403 anförs det exv. att riskavtal "utom i sällsynta undantagsfall, bedöms olämpliga av många verksamma advokater". Samma uppfattning finns hos Hammarskiöld (JT 2/1995-96b) s. 557 resp. Hammarskiöld (JT 4/1995-96a) s. 1214. Se även Mannheimer Swartlings promemoria *angående möjligheten för enskilda att inför svensk domstol föra talan mot svenska företag till följd av kränkningar av mänskliga rättigheter begångna utomlands* (2015) s. 43: "I realiteten är det dock vår erfarenhet att svenska advokater sällan är beredda att arbeta på basis av kvotandelsavtal. Detta torde till betydande del sammanhånga med att det alltjämt inte är givet under vilka närmare förutsättningar sådana avtal får ingås utan att utgöra en överträdelse av god advokatsed."

större uppmärksamhet – varken från lagstiftaren eller i litteraturen⁵²⁵ – kommer jag inte att ägna dem ytterligare utrymme i denna avhandling.

För det andra kan kostnaderna för ett biträde finansieras av en helt utomstående tredjeman ("Third-Party Litigation Funding" eller "Third-Party Legal Financing", vanligen förkortat "TPLF").⁵²⁶ Att den enskildas biträdeskostnader finansieras genom hemförsäkringens rättsskydd är, som konstaterades ovan, en grundbult i det svenska rättshjälpsystemet sedan införandet av den nu gällande rättshjälpslagen, varigenom den allmänna rättshjälpen gjordes helt subsidiär i relation till privata försäkringslösningar.⁵²⁷ Som Lindblom konstaterar har på så vis den allmänna rättshjälpen mer eller mindre "privatiserats" också i Sverige,⁵²⁸ och av detta skäl kommer jag att diskutera denna form av tredjemansfinansiering i relation till rättshjälpen i kapitel 5.⁵²⁹ Jag kommer dock inte fördjupa diskussionen kring andra – och mer kreativa – tredjemansupplägg, så kallade "after-the-event third-party investment", vilket innebär att tredjeman, utan tidigare avtalsrelation till parten, åtar sig att finansiera dennas rättegång efter att tvisten uppstått.⁵³⁰ För fullständighetens skull skall jag dock säga något kort om dessa finansieringsformer.

⁵²⁵ Den moderna svenska debatten har i princip varit begränsad till användningen av riskavtal vid grupptalan. LGR innehåller nämligen särskilda regler om riskavtal i dess 38-41 §§, som öppnar upp för att advokatens arvode bestäms med hänsyn till utgången av tvisten (vilket är i linje med VRGA). Ett sådant avtal skall godkännas av domstol, förutsatt att det är skäligt och att arvodet inte *enbart* grundas på tvisteföremålets värde; se den allmänna motiveringen i prop. 2001/02:107 s. 113 ff., samt specialmotiveringen på s. 174 ff. och därtill Grupptalanutredningens utförliga resonemang i SOU 1994:151 del B s. 390 ff., särskilt s. 400 ff. I litteraturen diskuteras riskavtal vid grupptalan av bl.a. Hammarskiöld (JT 2/1995-96b) s. 556, Hammarskiöld (JT 4/1995-96a) s. 1214 ff., Nordh, Robert, *Grupprättegång – en replik på en replik* (JT 1/1996-97) s. 229-234 (s. 232), Af Sandeberg, Catarina, *Grupprättegång – hot eller löfte* (JT 2/2001-02) s. 474-489 (s. 480 f.), Lindblom, Per Henrik, *Gruppträck mot grupptalan* (SvJT 2/1996) s. 85-107 (s. 93 ff.) Se även Lindblom, Per Henrik, *Lagen om grupprättegång – bakgrund och framtid* (SvJT 2/2005) s. 129-191, med ett antal konkreta exempel på riskavtal i praxis, samt Lindblom, Per Henrik, *Utvärdering av lagen om grupprättegång* (SvJT 10/2008b) s. 833-847 (s. 836 och 844) ang. förslaget i Ds 2008:74 att utöka möjligheterna till provisionsarvode. Härutöver har frågan från gång till annan vädrats i TSA; se exv. Berg, Mats, *Dags för riskavtal* (TSA 7/2008) s. 32 och Alsbro, Thomas, *Advokatarvoden efter förtjänst* (TSA 9/2008) s. 33. I sin avhandling diskuterar också Bellander (2017) riskavtal dels i relation till Advokatsamfundets arvodesreglering (s. 220 f.), dels i relation till grupptalan (s. 226 och 237).

⁵²⁶ Hos Steinitz (Minn. L. Rev. 95/2010-11) s. 1271 f. definieras "third-party litigation funding" som "a group of funding methods that rely on funds from the insurance markets or capital markets instead of, or in addition to, a litigant's own funds".

⁵²⁷ Enligt RhJL 9 § 1 st. får rättshjälp inte beviljas, om den rättsökande *har en rättsskyddsförsäkring* eller något annat *liknande rättsskydd* som omfattar angelägenheten. Om den rättsökande saknar rättsskydd men med hänsyn till sitt försäkringskydd i övrigt eller sina ekonomiska och personliga förhållanden *borde ha haft ett sådant skydd*, får rättshjälp (enligt 2 st.) beviljas endast om det finns särskilda skäl. Se vidare avsnitt 5.2.5 nedan.

⁵²⁸ Lindblom (2008a) s. 152. Se även Lindblom (SvJT 10/2008b) s. 843, där Lindblom uttrycker att rättshjälpen de facto "avskaffades genom privatisering".

⁵²⁹ Det sagda fordrar ytterligare en precisering, eftersom rättsskyddsförsäkringar i själva verket kan vara av två slag; för att citera de Morpurgo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 353: "Legal expense insurance is a type of insurance policy that covers policyholders against the potential costs of a legal action. There are two main types of legal expenses insurance: (1) before-the-event (BTE) insurance and (2) after-the-event (ATE) insurance – the 'event' is an incident that entitles a party to a legal action." Hemförsäkringens rättsskydd är av det förstnämnda slaget; försäkringen avser risken för *framtida* processer – inte *redan uppkomna* processer. Den senare typen av försäkring kommer jag inte att diskutera ytterligare; se istället a.a. s. 335 f.

⁵³⁰ De dorpurgo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 347.

I korthet innebär tredjemansfinansiering att en extern finansiär ("LF") helt enkelt bekostar en process – vanligtvis av rent kommersiella skäl.⁵³¹ I sin allra enklaste form sker sådan finansiering genom ett lån som betalas tillbaka med ränta, varvid finansiären gör en vinst på sedvanligt sätt.⁵³² Idag finns det dock, framförallt i de angloamerikanska rättssystemen,⁵³³ synnerligen utvecklade finansieringsmodeller,⁵³⁴ där en LF – som oftast är ett investmentbolag – istället för ränta tar betalt i tvisteföremålet.⁵³⁵ På så vis påminner TPLF-avtal om de riskavtal som har diskuterats ovan,⁵³⁶ och i stora skadeståndprocesser är det inte ovanligt att finansiären – liksom vid QPL – erhåller just en kvotdel av skadeståndet vid en framgångsrik process (för att i gengäld stå biträdeskostnaderna vid en förlust).⁵³⁷ Det finns dock en central skillnad mellan "attorney funding" och "third-party litigation funding". Medan en advokat (oftast) bara får ta betalt i pengar, kan ett investmentbolag exempelvis ta betalt i immateriella rättigheter.⁵³⁸

Tredjemansfinansiering – särskilt genom olika ATE-upplägg⁵³⁹ – befinner sig ännu i sin linda, men har karaktäriserats som "one of the most significant developments in civil litigation today".⁵⁴⁰ Argumenten för och emot sådan finansiering är i princip

⁵³¹ Motivet bakom TPLF är således oftast – men inte alltid – rent kommersiellt. I den amerikanska kontexten finns det en handfull exempel på processer med politiska förtecken, som skall ha finansierats genom TPLF; se exv. *Jones v. Clinton* (72 F.3d 1354, 8th Cir. 1996) resp. *Clinton v. Jones*, (520 U.S. 681, 1997). På den internationella nivån – där stater ibland finansierar rättegångar mellan kommersiella aktörer – kan motivet också många gånger vara politiskt; se exv. Steinitz (Minn. L. Rev. 95/2010-11) s. 1270. Till detta kommer slutligen att icke-vinstdrivande organisationer, exv. NGO:s, kan finansiera processer utan att ha ekonomiskt incitament. Se till det sagda Steinitz (Minn. L. Rev. 95/2010-11), som skiljer mellan tre typer av finansiärer (s. 1302): (1) "commercial funders (institutional or individual)", (2) "political funders (e.g., donor governments in international arbitration)", och (3) "public funders (e.g., nongovernmental organizations)".

⁵³² I litteraturen görs en distinktion mellan "firstwave litigation funding" och "secondwave litigation funding"; se Steinitz (Minn. L. Rev. 95/2010-11) s. 1272 fn. 7, som till den första vägen hänför "[funding] by litigation lenders" och till den senare "[funding] by institutional investors". Även processlån kan dock vara synnerligen utvecklade, och det är inte alltid långivaren tar betalt genom sedvanlig ränta; se vidare De Morigo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 356 ff.

⁵³³ Jfr de Morigo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 343, som anför att TPLF "has been rapidly developing in the common law world (Australia, United States, and United Kingdom)" medan "in the civil law world its existence is very limited (Germany, Austria, and Switzerland)". Se även a.a. s. 360 ff. resp. 387 ff. för en mer utförlig diskussion om utvecklingen och regelverket inom respektive jurisdiktion.

⁵³⁴ Exv. det fenomen som på svenska betecknas "rättegångskostnadsbolag"; se härom Westberg (2013) s. 109.

⁵³⁵ Motparten i ett sådant finansieringsupplägg kan vara både parten och advokaten.

⁵³⁶ Liksom vid CFA/QPL syftar TPLF-avtal till att flytta kostnadsrisken från parten till ett annat subjekt – i det här fallet tredjeman. Se exv. de Morigo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 350: "TPLF is a practice through which claimholders can eliminate the risk connected to the potentially unfavorable outcome of litigation. [A] plaintiff may be willing to transfer part of his property rights in a lawsuit to a third party in exchange for having that risk eliminated, thus increasing the expected value of his claim."

⁵³⁷ Jfr exv. de Morigo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 343, som definierar TPLF som "the practice where a third party offers financial support to a claimant in order to cover his litigation expenses, in return for a share of damages if the claim is successful. The third party receives no compensation if the claimant loses the suit".

⁵³⁸ Se exemplen hos Steinitz (Minn. L. Rev. 95/2010-11) s. 1294: "They can accept alternative forms of compensation, such as equity in intellectual property or exploration and drilling rights, and can join in the ventures of their clients."

⁵³⁹ I kontrast till BTE; se fn. 529 ovan.

⁵⁴⁰ Steinitz (Minn. L. Rev. 95/2010-11) s. 1270 f.

desamma som har dryftats i den amerikanska debatten kring riskavtal.⁵⁴¹ I den svenska litteraturen är det, mig veterligen, endast Westberg och Bellander som i förbigående har uppmärksammat fenomenet,⁵⁴² och det tycks inte vara vanligt förekommande i praktiken.⁵⁴³ I det följande kommer jag därför inte heller att fördjupa diskussionen kring TPLF ytterligare.⁵⁴⁴

3.3 Biträdeskostnaderna från ett jämförande perspektiv

För att sammanfatta introduktionen i föregående avsnitt kommer jag i denna avhandlingens andra del att endast behandla de tre finansieringsmodeller som förekommer i Sverige, det vill säga parternas möjligheter att få ersättning för sina biträdeskostnader (1) av *motparten*, genom att kostnaderna fördelas mellan parterna; (2) av *staten*, genom allmän rättshjälp (i vid mening⁵⁴⁵); samt (3) av ett försäkringsbolag, genom det rättsskydd som tillhandahålls genom hemförsäkringen. Dessa olika regelnivåer kommer jag att närma mig med en komparativ ansats, vilket betyder att jag löpande kommer att jämföra kostnadsbehandlingen i tvistemål, brottmål och förvaltningsmål. Tillåt mig att kort utveckla det sagda.

3.3.1 Tidigare forskning

En systematiserande (eller ”kartläggande”) studie av biträdeskostnadernas hantering i svensk rätt kan förhoppningsvis ha ett värde även för den med ett strikt rättsdogmatiskt intresse. Trots att kostnadsfrågan ofta är av stor praktisk och principiell

⁵⁴¹ Se exv. de Morpurgo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 367 f., som å ena sidan förklarar att ”TPLF supporters argue that the industry is beneficial on the grounds of access to justice, playing an equalizing function – ‘leveling the playing field’ – between plaintiffs and defendants, providing the former, who is typically weaker, with the resources necessary to face typically wealthy and powerful defendants”. Å andra sidan har TPLF kritiserats på ett flertal grunder: ”The first ground is that ethical violations are associated with TPLF: TPLF can create confusion concerning the party who controls the lawsuit and concerning the attorney-client relationship. A second criticism of TPLF is that it allows the funder to take advantage of claimholders, in particular in light of the fact that the industry does not operate in a competitive environment. A third major ground for criticism has to do with the social costs TPLF produces on society. It is argued that TPLF encourages frivolous and unmeritorious litigation, that it over-deters potential injurers’ behavior, and, in general, that it increases the overall (whether frivolous or not) level of civil litigation and its consequent costs for society.” Se även a.a. s. 381 ff., där dessa argument analyseras ytterligare under rubrikerna: (1) ”Access to Justice”; (2) ”Deterrence”; (3) ”Frivolous and Unmeritorious Litigation”; och (4) ”Increasing Overall Volume of Litigation”.

⁵⁴² Se Westberg (2013) s. 109 (om s.k. ”rättegångskostnadsbolag”) och Bellander (2017) s. 250 ff., med en redogörelse för framförallt brittisk rätt.

⁵⁴³ Jfr Bellander (2017) s. 264, som konstaterar att införandet av ATE-försäkringar inte ”torde ... vara aktuellt i Sverige”.

⁵⁴⁴ Om TPLF i allmänhet; se vidare exv. Lyon, Jason, *Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation* (UCLA L. Rev. 58/2010-11) s. 571-609, Kalajdzic, Jasminka, Cashman, Peter & Longmoore, Alana, *Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding* (Am. J. Comp. L. 1/2013) s. 93-148, Abrams, David S. & Chen, Daniel L., *A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding* (U. Pa. J. Bus. L. 15/2012) s. 1075-1110, Veljanovski, Cento, *Third Party Litigation Funding in Europe* (J. L. Econ. & Pol’y 8/2012) s. 405-450 och Shepherd, Joanna M., *Ideal Versus Reality in Third-Party Litigation Financing* (J. L. Econ. & Pol’y 8/2011-12) s. 593-611.

⁵⁴⁵ Innefattande, utöver rättsjälpssbiträde, de frikopplade systemen med offentligt biträde, offentlig försvarare och målsägandebiträde; se vidare om terminologin i avsnitt 5.1 nedan.

betydelse,⁵⁴⁶ och trots att kostnadsreglerna är tämligen komplicerade, har dessa åtnjutit en styvmoderlig behandling både i rättspraxis och inom rättsvetenskapen.⁵⁴⁷

Praxis på området är, med Hasslers ord, ”motstridigt; man kan näppeligen säga, att praxis präglas av någon genomtänkt klarhet eller konsekvens”.⁵⁴⁸ Till dags dato har inte heller regelverket ägnats någon systematisk översyn i doktrinen.⁵⁴⁹ En helhetsbild av hur kostnaden för just juridiskt biträde hanteras enligt svensk rätt har således aldrig förmedlats; de framställningar som är inriktade mot kostnader behandlar vanligtvis *samtliga processkostnader* och är istället avgränsade till *en processform*.

Sälunda behandlade *Munktell* på slutet av 1930-talet rättegångskostnader i administrativ process och på 1960-talet framlade *Jacobsson* en avhandling om parts kostnad i civilprocessen.⁵⁵⁰ Båda dessa verk behandlar rättegångskostnader i allmänhet och är således inte inriktade på biträdeskostnader, vilket bland annat medför att de inte behandlar de till de allmänna processlagarna anknyttande regelverken – såsom rätts-hjälpslagstiftningen. *Bellanders* nyligen framlagda avhandling om kostnadsbördan i dispositiva tvistemål tar visserligen ett något bredare grepp om kostnadsreglerna, men är – i likhet med *Jacobssons* avhandling – strikt avgränsad till civilprocessen.⁵⁵¹

Rättshjälpslagen, liksom annan lagstiftning om rättsligt bistånd, finns utförligt kommenterad av *Renfors* och *Sverne Avrill* – numera under medverkan av *Sverne* – inom ramen för en lagkommentar.⁵⁵² Detta verk lider dock av den naturliga begränsningen som följer med det aktuella formatet; boken beskriver gällande rätt utan att i särskilt hög grad problematisera gällande rätt.

Beträffande kostnaderna för försvarare i brottmål har regelverket kring offentlig försvarare berörts av *Ebervall* i hennes avhandling om försvararens roll,⁵⁵³ dock utan att förutsättningarna att förordna en försvarare ägnas något större utrymme; *Ebervall* anför själv att detta tema faller utanför hennes problemställning.⁵⁵⁴ Avhandlingen

⁵⁴⁶ Jfr Cars, Thorsten, *Anm. av Jacobsson, Parts kostnad i civil process* (SvJT 1/1965) s. 183-194 (s. 183), som med avseende på kostnadsfrågan i allmänhet anför: ”Ämnet erbjuder inte bara praktiskt betydelsefulla problem utan också principiella frågor av betydande vikt och svårighetsgrad.”

⁵⁴⁷ Jfr Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 5, ang. civilprocessen: ”Costs and funding have been forgotten areas of civil procedure.”

⁵⁴⁸ Hassler, Åke, *Spörsmål om rättegångskostnad i tvistemål* (SvJT 1/1961) s. 417-430, s. 417, där med avseende på kostnadsreglerna i tvistemål.

⁵⁴⁹ Se exv. Ekelöf, Per Olof, *Processkostnaderna och rättshjälpen* (SvJT 1/1956a) s. 64-69, som menar (s. 61) att ”kostnadsfrågorna inom rättsskipningen länge förblivit skäligen obeaktade” och härtill Lundin, Linda, *Fördelningen av kostnader i kommersiella tvister* (JT 1/2013-14) s. 218-223, som anför (s. 218) att ”varken ombud eller domstol ägnar frågan tillräcklig uppmärksamhet”. Om bristen på forskning; se även *Bellander* (2017) s. 25 f., samt *Almkvist, Gustaf & Elofsson, Niklas Rättegångskostnader i förenklade tvistemål* (SvJT 2/2013) s. 150-168 (s. 150). Jfr dock Cars (SvJT 1/1965), som anför (s. 183) att det ”nära nog [har blivit] tradition att en akademisk avhandling om rättegångskostnader och därmed förknippade problem skall ventileras vart trettionde år”. Det är dock oklart om Cars tycker att detta är för ofta eller för sällan.

⁵⁵⁰ Se *Munktell, Henrik, Rättegångskostnader i administrativ process* (1937) resp. *Jacobsson* (1964).

⁵⁵¹ Se *Bellander* (2017), som i kap. 12 diskuterar olika ”finansieringsmöjligheter”, däribland rättshjälp och rättskydd.

⁵⁵² Se *Renfors, Cecilia, Sverne Avrill, Ebba & Sverne, Erica, Rättshjälpslagen och annan lagstiftning om rättsligt bistånd – en kommentar* (2012) och härtill *Bladhs* anm. (dock av en äldre upplaga); *Bladh, Karl-Axel, Anm. av Renfors och Sverne, Rättshjälpslagen och annan lagstiftning om rättsligt bistånd* (SvJT 10/1998) s. 936-940. Härutöver finns kortare framställningar om den allmänna rättshjälpen, exv. *Heuman, Lars, Rättshjälpen och pilotfall* (1982) och härtill *Larsson, Sven, Anm. av Heuman, Rättshjälpen och pilotfall* (SvJT 1/1983a) s. 223-225.

⁵⁵³ *Ebervall* (2002).

⁵⁵⁴ *Ebervall* (2002) s. 167.

utgår således, mer eller mindre, ifrån att sådana förutsättningar är för handen.⁵⁵⁵ Utöver Ebervalls avhandling har frågan om rätt till försvarare enligt svensk rätt, mig veterligen, endast behandlats inom ramen för mer övergripande framställningar om straffprocessen i allmänhet,⁵⁵⁶ eller i artikelform.⁵⁵⁷

Genom att göra tvärtemot vad som redan har gjorts – det vill begränsa studien till *endast en kostnadspost*, och istället låta den omfatta *samtliga processformer och samverkande regelverk* – hoppas jag kunna förmedla en mer fullständig bild av ”systemet” som helhet, vilket förhoppningsvis kan ha ett (systematiserande egen)värde. Av desto större betydelse är dock att ett sådant upplägg möjliggör jämförelser processformerna emellan. I det jämförande momentet träder nämligen nya perspektiv fram, som annars förblivit dolda.⁵⁵⁸

3.3.2 Inomnationellt jämförande forskning

Den metod som – vid sidan av den rent rättsdogmatiska – genomsyrar avhandlingens del II kan betecknas som *inomnationellt jämförande* (eller *internt komparativ*),⁵⁵⁹ vilket enkelt uttryckt innebär att jag kommer att göra jämförelser inom ett och samma nationella rättssystem, snarare än mellan olika nationella rättssystem.⁵⁶⁰ I denna del har jag framförallt inspirerats av Bylander, som anför följande:

”Den jämförande rättsforskningens inriktning på jämförelser mellan rättssystemen i olika, mer eller mindre, självständiga stater är så väletablerad att den kan uppfattas som i det närmaste självklar. Men, det finns ... goda skäl att använda sig av insikter och tillvägagångssätt från den rikt utvecklade (internationella) jämförande rättsforskningen för att göra jämförelser av motsvarande slag mellan olika delar av ett enda lands rättssystem eller mellan samma del därav vid olika tider.”⁵⁶¹

⁵⁵⁵ Vilket Robberstad kritiserade i sin anmälan, i synnerhet i relation till rätten till försvarare enligt EKMR; se Robberstad (TfR 1/2003) s. 129 ff.

⁵⁵⁶ Se exv. Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 92 ff., Lindell, Bengt et al., *Straffprocessen* (2005) s. 178 ff., och särskilt om förundersökningen i Bring & Diesen (2009) s. 121

⁵⁵⁷ Se exv. Andersson, Simon & Hopman, Suus, *Rätt till försvarare före polisförhöret: Nya domar från Europadomstolen kräver lagändringar i Sverige* (JT 4/2010-11) s. 795-820.

⁵⁵⁸ För att citera Asp kan ”redan det faktum att man sätter A i relation till B gör att det skapas s.a.s. ett nytt perspektiv på A. Jämförelser kan helt enkelt utgöra ett verktyg för att utmejsla något nytt ur det invanda, för att se nya sammanhang i gamla mönster och för att göra det explicit som annars ligger underförstått”. Se Asp (2004) s. 54.

⁵⁵⁹ Bylander, Eric, *Prövningstillstånd hovrätt–kammarrätt ToR: Bidrag till en inomnationell diffusionsstudie över den svenska regleringen av prövningstillstånd till mellaninstans*, i Erhag, Thomas, Mattsson, Titti & Bäckman, Therese (red.), *Festskrift till Lotta Vahlne Westerhäll* (2011) s. 17-41 (s. 22) resp. Asp (2004) s. 54.

⁵⁶⁰ Som en god illustration på en inomnationellt jämförande studie kan Bylanders egen avhandling om muntlighetsprincipen tjäna, där Bylander kontrasterar förvaltningsprocessens skriftliga handläggningsform mot den allmänna processens muntliga handläggningsform; se Bylander, Eric, *Muntlighetsprincipen: En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt* (2006). Se även Bylander (2011) för en motsvarande jämförelse, men beträffande prövningstillstånd.

⁵⁶¹ Bylander (2011) s. 22.

I det följande kommer jag således att ställa kostnadshanteringen i den allmänna processen i relation till motsvarande regelverk i förvaltningsprocessen.⁵⁶² Det som framförallt intresserar mig är de fundamentala skillnader som jag redan har antytt *mellan* processformerna, men också skillnader *inom* processformerna idag och över tid.⁵⁶³

Närmare bestämt kommer jag först att behandla biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna (kapitel 4), och därefter de olika offentliga ersättningssystemen samt, i anslutning till den allmänna rättshjälpen, det privata rättsskyddet (kapitel 5).⁵⁶⁴ Sammantaget är min ambition att härigenom bygga vidare på – eller kanske snarare underbygga – den tabell som jag presenterade redan i avhandlingens första kapitel, enligt följande (där ja/nej nedan antyder huvudregeln, varifrån det finns en rad undantag):

	Allmän process	Förvaltningsprocess
<i>Ersättning för biträdeskostnader?</i>		
• Av motparten ("partsfinansiering")?	Ja	Nej
• Av staten ("offentlig finansiering")?	Ja ⁵⁶⁵	Nej
• Av tredjemen ("tredjemansfinansiering")?	Ja ⁵⁶⁶	Nej
"Behov" av biträde?	Ja	Nej

Efter att det svenska ("inhemska") regelverket har analyserats i kapitel 4-5, kommer jag i kapitel 6 att ställa dessa regelverk i relation till Europakonventionens artikel 6.⁵⁶⁷ Den mer problematiserande diskussionen kring det så kallade biträdesbehovet kommer däremot att få anstå till del III.

⁵⁶² Inom den förvaltningsprocessuella disciplinen torde det vara vanligt att löpande förhålla sig till den allmänna processen. Se exv. Herlitz, Nils, *Administrativt rättsskydd – Återblickar och framtidsperspektiv* (FT 1/1958) s. 1-25 (s. 11), som anförde att redan Besvärssakkunniga ("BSK") arbetade med RB för ögonen i syfte att "icke tappa ur sikte några av de problemställningar, som äro gemensamma för besvärösförfarandet och rättegång, och för att skärpa blicken för dem". Se även SOU 1946:69 s. 186 samt Herlitz, Nils, *Förvaltningsrättsliga framtidsperspektiv* (FT 2-3/1955) s. 81-95 (s. 93). Även Wennergren (2005) anger i förordet till sin kommentar till förvaltningsprocesslagen att "mycket i boken ... ägnas åt jämförelser med rättegångsbalkens regler". En (internt) jämförande ansats präglar också framställningssättet hos exv. Lavin, Rune, *Civilprocessen och förvaltningsprocessen – en jämförelse* (JT 1/1989-90) s. 70-88, Lavin, Rune, *Förvaltningsprocessen år 2000* (JT 1/2000-01) s. 93-110, Lavin, Rune, *Förvaltningsprocessen inför 2000-talet. Anteckningar med anledning av domstolsutredningens betänkande SOU 1991:106* (FT 5/1992a) s. 450-464 samt von Essen (2014).

⁵⁶³ Jfr Bellander (2017) s. 33, som anlägger ett utvecklingsperspektiv på sina problem för att kunna "framhålla nyanser, skillnader och likheter som visar behovet och utrymmet för normativa ställningstaganden". Se även Bylander (2006) s. 37 ff., som talar om en "historisk-komparativ metod".

⁵⁶⁴ Eftersom rättshjälpen är subsidiär till rättsskyddet behandlar jag dessa system i ett sammanhang; se avsnitt 5.2.5.

⁵⁶⁵ Som kommer att framgå finns offentlig finansiering framförallt att tillgå i brottmål genom systemen med offentliga försvarare/målsägandebiträden.

⁵⁶⁶ Som kommer att framgå omfattar hemförsäkringarnas rättsskydd framförallt tvistemål.

⁵⁶⁷ Jfr Hjertstedt, Mattias, *Tillgången till handlingar för brottsutredare: En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt editions- och exhibitionsplikt* (2011) s. 50 f., som talar om två typer av jämförelser, "på så sätt att de olika regelverken inom den svenska rättsordningen jämförs med avseende på framförallt förutsättningar, undantag och förfarande; dessa regler jämförs i sin tur med EKMR, som utgör bindande svensk rätt". Min ansats i denna del påminner om Hjertstedts.

4. PARTSFINANSIERING

”WHAT DO YOU KNOW about this business?” the King said to Alice. ”Nothing”, said Alice. ”Nothing *whatever?*” persisted the King. ”Nothing whatever”, said Alice. ”That’s very important”, the King said, turning to the jury. They were just beginning to write this down on their slates, when the White Rabbit interrupted: ”UNimportant, your Majesty means, of course”, he said in a very respectful tone, but frowning and making faces at him as he spoke. ”UNimportant, of course, I meant”, the King hastily said, and went on to himself in an undertone, ”important-unimportant, unimportant-important” as if he were trying which word sounded best. Some of the jury wrote it down ”important” and some ”unimportant.” Alice could see this, as she was near enough to look over their slates; ”but it doesn’t matter a bit” she thought to herself.

– Lewis Carroll, *Alice’s Adventures in Wonderland*

4.1 Introduktion

I detta kapitel skall vi studera den första utav de tre ”ersättningsnivåerna” som jag kortfattat introducerade i kapitel 3: biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna i målet. För denna fördelning finns det som sagt två huvudprinciper,⁵⁶⁸ som i den komparativa processrätten brukar benämnas ”the English Rule” respektive ”the American Rule”.⁵⁶⁹ Mycket förenklat:

”In the English legal system, a ’loser pays’ rule applies. The successful litigant can collect his or her legal fees, or costs, from the loser. In the United States, the losing party does not generally pay the winner’s legal fees. Each party is only obligated to pay his or her own attorney’s fees, regardless of the outcome of the litigation. This practice is called the ’American Rule’; the practice that allows shifting of legal fees is called the ’English Rule’.”⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ SOU 1982:26 s. 220. Se även exv. Lindblom (2008a) s. 38 och 131 ff., Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280 samt Cappelletti & Garth (1978) s. 11.

⁵⁶⁹ För en översikt; se exv. Saarensola, Satu, *The Risk of Legal Costs and Its Effects on Access to Court*, i Ervo, Laura & Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation – Access to Courts and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries* (2014) s. 231-248 (s. 235).

⁵⁷⁰ Vargo, John F., *The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person’s Access to Justice* (Am. U. L. Rev. 42/1992) s. 1567-1636 (s. 1569).

”The English Rule” (även benämnd ”the Loser-Pays Rule”) tillåter således en övervältring av kostnaderna från vinnaren till förloraren (”fee/cost shifting”). Genom att tappande part tvingas stå såväl sina egna som vinnande parts kostnader erhåller den sistnämnda full kostnadstäckning på den förstnämndas bekostnad – därav den svenska benämningen ”principen om full kostnadstäckning” (eller ”fulltäckningsprincipen”). Enligt ”the American Rule” skall istället vardera parten bära sina egna kostnader obeaktat tvistens utgång, varvid dessa kvittas parterna emellan – därav benämningen ”kvittningsprincipen” på svenska.

Att tala om ”the English Rule” som någonting typiskt engelskt är dock missvisande, eftersom det stora flertalet länder med någorlunda utvecklade rättssystem låter den tappande parten ersätta (åtminstone delar av) vinnande parts kostnader.⁵⁷¹ Att parternas kostnader kvittas oavsett utgången i målet är således mycket ovanligt – utanför USA är det i princip bara Japan som utgår ifrån en kvittningsprincip,⁵⁷² och i båda länderna är denna princip försedd med betydande undantag.⁵⁷³ Samtliga länder – även England och USA – kan således placeras någonstans längs en skala, beroende på (1) om fördelningsreglerna som utgångspunkt ”gynnar” vinnande part (genom full kostnadstäckning) eller tappande part (genom kvittning), och (2) hur omfattande undantag som finns från dessa två huvudprinciper.

I den komparativa processrätten har fördelarna och nackdelarna med full kostnadstäckning respektive kvittning analyserats utförligt. Åtskilliga forskare har diskuterat de olika ändamålsskäl som motiverar respektive huvudprincip,⁵⁷⁴ och lika många – framförallt rättsekonomiskt inriktade forskare – har studerat deras faktiska

⁵⁷¹ Jfr Posner, Richard A., *Economic analysis of law* (2014) § 22.12, som istället talar om ”the English and Continental Rule”, vilket åtminstone är mer rättvisande. Se här till exv. Hughes, James W. & Synder, Edward A., *Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence* (J. L. & Econ. 38/1995) s. 225-250 (s. 225) samt Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 17.

⁵⁷² Se exv. Wilson, Matthew J., *Failed Attempt to Undermine the Third Wave: Attorney Fee Shifting Movement in Japan* (Emory Int'l L. Rev. 19/2005) s. 1457-1488, som konstaterar (s. 1463) att ”Japan and the United States are virtually alone among modern legal systems in not automatically holding losing litigants responsible for at least some portion of the winning party’s attorney’s fees.” För att få en rättvisande bild måste man dock skilja mellan olika kostnader. Ett ytterligare antal jurisdiktioner tillåter nämligen som utgångspunkt en övervältring av alla kostnader utom biträdeskostnaderna, som istället kvittas. Se till det sagda Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 17, som i denna kategori placerar Kina, Japan Taiwan, Ryssland och Frankrike.

⁵⁷³ Se exv. Vargo (Am. U. L. Rev. 42/1992) s. 1578 ff., Rowe Jr., Thomas D., *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview* (Duke L.J. 1982/1982) s. 651-680 (s. 651) samt Tollefson, Chris, *Costs in Public Interest Litigation Revisited* (Advoc. Q. 39/2011) s. 197-221 (s. 199 f.). För att bara ge ett exempel konstaterar Tollefson (a. st.), med åsyftan på amerikansk rätt, att ”in a variety of areas (including environmental, securities and civil rights law) Congress has enacted fee-shifting statutes that effectively create a one-way model by entitling private citizens ... to recover their full attorney fees and disbursements in cases in which they have ultimately prevailed either in court or by way of settlement”.

⁵⁷⁴ Se exv. Mause, Philip J., *Winner Takes All: A Re-Examination of the Indemnity System* (Iowa L. Rev. 55/1969) s. 26-55, Shavell, Steven, *Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs* (J. L. Stud. 11/1982) s. 55-82.

konsekvenser i olika avseenden.⁵⁷⁵ Det råder mer eller mindre enighet kring vilken princip som bäst främjar vissa intressen – däremot råder det inte konsensus kring vilken princip som är ”bäst”, helt enkelt eftersom olika intressen kan tillmätas olika vikt.⁵⁷⁶ Jag kommer att återkomma till dessa intresseavvägningar i diskussionen kring det svenska regelverket nedan. Vad jag redan här vill introducera är dock en grundläggande systematik. Som kommer att framgå av den fortsatta framställningen är nämligen den svenska diskussionen påfallande underutvecklad i jämförelse med den internationella, inte minst vad avser vår begreppsbyggnad.

4.1.1 En typologi

För att kunna diskutera fördelningsreglerna på ett nyanserat sätt görs det, inom den angloamerikanska litteraturen, åtskillnad mellan tre olika regelkonstruktioner: ”no-way rules”, ”two-way (fee shifting) rules” samt ”one-way (fee shifting) rules”,⁵⁷⁷ enligt följande:

”The American Rule” brukar beskrivas som en ”no-way rule”, i den bemärkelsen att kostnaderna inte kan övervältras mellan parterna *i någon riktning*.⁵⁷⁸ Att kostnaderna skall kvittas⁵⁷⁹ oavsett utgången i målet innebär att *ingen* utav parterna är underkastade ett kostnadsansvar vid en processförlust, och som en logisk följd av detta kan *ingen* utav parterna få ersättning för sina kostnader vid en processvinst. En ”no-way rule” kommer därmed att verka till tappande parts fördel/vinnande parts nackdel, oavsett vilken part – ”käranden” eller ”svaranden”⁵⁸⁰ – som vinner/tappar målet.

”Tvåsidiga” (eller möjligen ”dubbelriktade”) kostnadsregler (”two way rules”) kan beskrivas som motsatsen till kvittning, eftersom sådana regler tillåter en övervältring av kostnaderna *i båda riktningarna* – oftast från vinnande part till tappande part, obeaktat vilken part som vinner/tappar målet. Med andra ord kommer *båda parterna* att kunna få ersättning för sina kostnader vid en processvinst, vilket förutsätter att *båda parterna* är underkastade ett kostnadsansvar vid en processförlust. Till denna

⁵⁷⁵ Vad exv. avser process- och förlikningsbenägenhet, m.m. Denna forskning kan spåras tillbaka redan till Posners tidiga arbeten, och har därefter utvecklats betydligt – både av honom och av andra. Se exv. Posner (2014) § 22.12 och därtill Gravelle, Hugh S.E., *The Efficiency Implications of Cost-Shifting Rules* (Int'l Rev. L. & Econ. 13/1993) s. 3-18, Katz, Avery, *Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?* (J. L. Econ. & Org. 3/1987) s. 143-176, Hylton, Keith N., *Litigation Cost Allocation Rules and Compliance with the Negligence Standard* (J. L. Stud. 22/1993) s. 457-476, Reinganum, Jennifer F. & Wilde, Louis L., *Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs* (Rand J. Econ. 17/1986) s. 557-566, Donohue, John J. III, *Opting for the British Rule, Or If Posner and Shavell Can't Remember the Coase Theorem, Who Will* (Harv. L. Rev. 104/1991) s. 1093-1119 samt Hughes & Synder (J. L. & Econ. 38/1995).

⁵⁷⁶ Gravelle (Int'l Rev. L. & Econ. 13/1993) s. 3.

⁵⁷⁷ Jfr Tollefson, Chris, *When the Public Interest Loses: The Liability of Public Interest Litigants for Adverse Costs Awards* (U. Brit. Colum. L. Rev. 29/1995) s. 303-340 (s. 327 f.), som talar om ”three distinct ways of allocating costs”.

⁵⁷⁸ Jfr Tollefson (U. Brit. Colum. L. Rev. 29/1995) s. 304 f., som konstaterar att ”under [the American Rule] each side bears its own legal fees”, med följande förtydligande i fn. 9: ”Most American jurisdictions employ a 'no-way' rule under which litigants are usually neither liable for nor entitled to costs.”

⁵⁷⁹ Jfr Lindblom (2008a) s. 133, som anför att det går att sänka processrisken genom att ”låta vardera parten helt eller delvis ansvara för egna rättegångskostnader oavsett utgången ('kvittning', 'no way-rule').

⁵⁸⁰ Jag använder i detta avsnitt de civilprocessuella begreppen ”kärande” och ”svarande” i bred bemärkelse; jfr klargörandet i fn. 350 ovan.

kategori kan vi hänföra ”the English Rule”, som istället verkar till vinnande parts fördel/tappande parts nackdel.⁵⁸¹

Både ”no-way rules” och ”two-way rules” kan således liknas vid tveeggade svärd eftersom de skär åt båda hållen. Vid kvittning kommer parten visserligen att undgå ansvar för motpartskostnader vid en processförlust, men måste räkna med att bära sina egna kostnader vid en processvinst. Förloraren betalar-principen ger ett motsatt utfall: Parterna kan få sina biträdeskostnader ersatta vid en processvinst, men måste räkna med att utge ersättning vid en processförlust. Denna logik bryts vid en tillämpning av ”one-way rules”, som utmärks av att parterna särbehandlas i kostnadshänseende.

”Ensidiga” (eller möjligen ”enkelriktade”) kostnadsregler tillåter enbart att kostnaderna övervältras *i en riktning*. En ”one-way rule” innebär således att endast den ena parten kommer att kunna få ersättning för sina kostnader som vinnande part (och detta utan att vara underkastad ett kostnadsansvar som tappande part), vilket förutsätter att motparten är underkastad ett kostnadsansvar som tappande part (dock utan att i gengäld kunna få ersättning för sina kostnader som vinnande part). I den anglo-amerikanska litteraturen gör man härvid skillnad mellan två underkategorier av regler – sådana som enbart verkar till förmån för käranden (”the Pro-Plaintiff Rule”⁵⁸²) och sådana som enbart verkar till förmån för svaranden (”the Pro-Defendant Rule”⁵⁸³).

Sammanfattningsvis kan vi därmed laborera med fyra olika typer av fördelningsregler,⁵⁸⁴ som i varierande grad tillåter en övervältring av kostnaderna mellan parterna (i den ”riktning” som pilarna anger):

⁵⁸¹ Jfr Wilson (Emory Int'l L. Rev. 19/2005) s. 1462 f., som anför att ”the judicial requirement mandating that an unsuccessful litigant pay its opponent's legal fees is commonly known as the 'English Rule,' 'loser pays' rule, or 'two-way' rule”, med följande klargörande (i fn. 31): ”This rule is often referred to as the 'two-way' rule because fee shifting occurs *towards both parties*. If either the plaintiff or defendant prevails in a lawsuit, the attorney's fees of the prevailing party will be shifted to the loser.” Parentetiskt kan här inflikas att Lindblom tycks närma sig den amerikanska systematiken på ett annorlunda sätt, åtminstone i *Gruppaltan*. Beträffande ”two-way rules” talar Lindblom om ”dubbelt kostnadsansvar”, vilket han sedan, med m.h.t. RB 18 kap. 1 §, definierar som en skyldighet ”att stå för både egna och vinnande parts kostnader”. Jag håller visserligen med om att det aktuella lagrummet ger uttryck för en tväsidig ersättningsregel, men ”dubbelheten” i regeln tar, enligt min förståelse, inte sikte på att den tappande parten skall stå för dubbla kostnader (*både* sina egna *och* motpartens), utan handlar istället om att regeln träffar *båda parterna* (käranden och svaranden).

⁵⁸² Ibland fullt utskrivet som ”the one-way pro-prevailing-plaintiff fee shifting rule”, innebärande att *käranden* erhåller ersättning för sina kostnader vid en processvinst, medan kostnaderna kvittas om utgången blir den omvända.

⁵⁸³ Ibland fullt utskrivet som ”the one-way pro-prevailing-defendant fee shifting rule”, innebärande att *svaranden* erhåller ersättning för sina kostnader vid en processvinst, medan kostnaderna kvittas om utgången blir den omvända.

⁵⁸⁴ Se exv. Braeutigam, Ronald, Owen, Bruce & Panzar, John, *An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems* (Law & Contemp. Probs. 47/1984) s. 173-186 (s. 173 f.), Hylton (J. L. Stud. 22/1993) s. 457 och Shavell (J. L. Stud. 11/1982) s. 55, som talar om ”four distinct fee shifting systems”, ”four allocation rules” resp. ”four methods for allocating legal costs”. Samma distinktion hos exv. Faure, Fernhout & Philipsen (2010) s. 177.

<i>Ersättning/kvittning</i>	<i>"Käranden"</i>	<i>"Ersättningsriktning"</i>	<i>"Svaranden"</i>
<i>No-way/kvittning</i>	Ej ersättning vid vinst/ ej kostnadsansvar vid förlust	(ingen ersättning)	Ej ersättning vid vinst, ej kostnadsansvar vid förlust
<i>Two-way/dubbelsidig</i>	Ersättning vid vinst/ kostnadsansvar vid förlust	←→	Ersättning vid vinst/ kostnadsansvar vid förlust
<i>One-way/ensidig</i> (<i>"pro-kärande"</i>)	Ersättning vid vinst/ ej kostnadsansvar vid förlust	←	Kostnadsansvar vid förlust/ ej ersättning vid vinst
<i>One-way/ensidig</i> (<i>"pro-svarande"</i>)	Kostnadsansvar vid förlust/ ej ersättning vid vinst	→	Ersättning vid vinst/ ej kostnadsansvar vid förlust

Med denna typologi på plats är det sedan möjligt att göra större eller mindre modifieringar inom ovanstående kategorier för att på så vis åstadkomma en ännu mer nyanserad kostnadsfördelning,⁵⁸⁵ exempelvis genom att göra reglerna fakultativa istället för obligatoriska,⁵⁸⁶ och/eller genom att förse huvudreglerna med olika typer av undantag. Två sådana alternativa konstruktioner, som det finns anledning att framhålla redan här, kan vi kalla för "skeva ersättningsregler" respektive "partiella kvittningsregler".

En "skew" (eller möjligen "sned") ersättningsregel är i grunden ensidig, såtillvida att kostnaderna endast kan övervältras mellan parterna *i en riktning*, dock inte baserat på distinktionen mellan kärande/svarande enligt ovan. Istället särbehandlas parterna utifrån andra premisser, i regel därför att den ena parten är ett typiskt sett svagare och/eller skyddsvärt subjekt.⁵⁸⁷ Istället för att tala om pro-kärande/pro-svarande, kan vi således tala om pro-konsument, pro-arbetstagare och så vidare. Ett exempel kan få illustrera tankegången (där partsställningen konsument/näringsidkare alltså kan bytas ut mot exempelvis arbetstagare/arbetsgivare, barn/vårdnadshavare, etc.):

I en typisk konsumenttvist kan vi tänka oss att kostnaderna skall kvittas om konsumenten tappar målet, men att näringsidkaren – vid motsatt utgång – skall ersätta konsumentens kostnader och detta, märk väl, *obeaktat vilken utav parterna som har initierat processen*. Kostnadsregeln kommer då att alltid gynna konsumenten/

⁵⁸⁵ Jfr Dewees, Donald N., Prichard, Robert S. & Trebilcock, Michael J., *An Economic Analysis of Costs and Fee Rules for Class Action* (J. L. Stud. 10/1981) s. 155-185, som konstaterar (s. 164) att det går att konstruera "a large variety of cost rules that would allocate, modify, or partially eliminate the costs" Förf. diskuterar i sin artikel nio sådana konstruktioner.

⁵⁸⁶ Jfr Wilson (Emory Int'l L. Rev. 19/2005) s. 1463, som anför att kostnadsreglerna inom dessa kategorier kan utformas "to automatically penalize the loser of a suit or vest the courts with discretion to assess the penalty". Jfr även Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 19: "Where the cost shifting rule is applied, it is almost always not absolute, since the court almost always has general discretion over the award of costs, or at least a degree of discretion to alter the general loser pays rule. A justification for this is to enable the court to produce a just result."

⁵⁸⁷ Jfr Rowe Jr. (Duke L.J. 1982/1982) s. 664, som talar om "fee shifting in favor of certain private parties".

missgynna näringsidkaren, oavsett om det är konsumenten eller näringsidkaren som agerar i rollen kärke/nd/svarande i målet.⁵⁸⁸

Med en ”partiell kvittningsregel” avser jag avslutningsvis en regel som begränsar vinnande parts rätt till ersättning (och i motsvarande mån tappande parts kostnadsansvar) till att endast omfatta vissa särskilt uppräknade kostnadsposter och/eller ett visst maximibelopp.⁵⁸⁹ En sådan regel kan därmed beskrivas som ett ”mellanting” mellan full kostnadstäckning och kvittning, såtillvida att den tillåter en *begränsad övervältring av kostnaderna* mellan parterna (i antingen den ena eller i båda riktningarna⁵⁹⁰), medan överskjutande kostnader kvittas.

Mot denna bakgrund skall vi nu studera hur kostnaderna fördelas mellan parterna i tvistemål, brottmål och förvaltningsmål inför svensk domstol.

4.1.2 Huvudreglerna

Något schematiskt har principen om full kostnadstäckning successivt blivit huvudregeln inom den allmänna processen.⁵⁹¹ I tvistemål gäller principen fullt ut i båda riktningar, genom en dubbelsidig fördelningsregel:

Av RB 18 kap. 1 och 8 §§ följer att den part som *tappar målet* skall ersätta motpartens rättegångskostnader (med förtydligandet att ersättningen fullt ut skall motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande jämte arvode till ombud eller biträde).

I civilprocessen tillåts således vinnande part att övervältra alla sina kostnader på tappande part, oavsett om det är kärke/nden eller svaranden som vunnit/tappat målet.

Vad därefter avser brottmålen utgår kostnadsfördelningen från förloraren betalar-principen, som dock endast tillämpas fullt ut till den tilltalades fördel vid friande dom. Vid fällande dom har nämligen den tilltalades kostnadsansvar mot det allmänna begränsats:

⁵⁸⁸ Även här använder Lindblom (2008a) s. 133 en i viss mån avvikande terminologi än jag, genom att generellt tala om ”one-way rules” som sneda/skeva, ”på så vis att de endast kan tillämpas till förmån för tappande kärke/nde”. Mot detta har jag i och för sig inga invändningar att rikta, eftersom en regel som gynnar kärke/nden kan betraktas som just sned/skev i relation till svaranden. Som framgått ovan är dock Lindbloms beskrivning alltför kategorisk, eftersom ”one-way rules” också kan utformas på rakt motsatt sätt, dvs. till förmån för tappande svarande (och därmed till nackdel för vinnande kärke/nde). En regel som konsekvent gynnar *antingen* kärke/nden *eller* svaranden betraktar jag därför inte som skeva/sneda, eftersom begreppet ”ensidiga” är mer träffande – reglerna överför kostnaderna i endast en riktning. Begreppet skeva/sneda har jag istället valt att reservera för sådana regler som på ett mer flagrant sätt särbehandlar olika parter, genom att alltid gynna en utpekad part, oavsett om denna uppträder som kärke/nde eller som svarande. Med andra ord betraktar jag en sned/skev fördelningsregel som ett specialfall av ensidig kostnadsfördelning, som går betydligt mycket längre i särbehandlingen av parterna.

⁵⁸⁹ Jfr SOU 1982:26 s. 220: ”Man kan också för alla eller vissa fall ha en mellanlösning mellan principen om full kostnadstäckning och kvittningsprincipen. En sådan lösning innebär att den vinnande visserligen får ersättning från den förlorande men inte för alla de för ett rationellt processande nödvändiga kostnaderna.”

⁵⁹⁰ En partiell kvittningsregel reglerar inte *vem* som skall utge ersättning, utan *vad* som skall ersättas. Den kan därför ges en både dubbelsidig och ensidig konstruktion.

⁵⁹¹ Se exv. Lindblom (2008a) s. 38. Se även Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 277, Jacobsson (1964) s. 21, 50, Lindell (2012) s. 566 samt Gärde, Natanael et al., *Nya rättegångsbalken* (1994) s. 203 och SOU 1982:26 s. 220.

Enligt RB 31 kap. 1 och 2 §§ kan den tilltalade, om åtalet *ogillas*, få ersättning av allmänna medel bl.a. för sina kostnader för (privat) försvarare. Om åtalet däremot *bifalls* är den tilltalade endast skyldig att ersätta vissa av statens kostnader, närmare bestämt kostnaden för offentlig försvarare, blodprovstagning, blodundersökning, urinprovstagning och urinundersökning. Till detta kommer att ersättningen (ofta) är begränsad till ett visst maximibelopp, och därtill kan sättas ned eller efterges helt.

I brottmål kombineras således en tillämpning av två (ensidiga) ersättningsregler, beroende på om domen är friande eller fällande, som ger olika utfall.

Gemensamt för tvistemål och brottmålen är således (1) att kostnadsreglerna anknyter till utgången i målet, samt (2) att en enskild part erhåller ersättning för sina biträdeskostnader vid en processvinst. Vad som skiljer måltyperna åt är hur kostnaderna hanteras vid en processförlust, eftersom den tilltalades kostnadsansvar vid fällande dom är mer begränsat än tappande parts i tvistemål. Dessa regler i rättegångsbalken kan vi sedan kontrastera mot förvaltningsprocesslagen, som helt saknar motsvarande kostnadsregler.⁵⁹² Avsaknaden av fördelningsregler medför i praktiken att förvaltningsdomstolarna faller tillbaka på kvittningsprincipen,⁵⁹³ och detta i båda riktningar ("no-way rule"), helt enkelt eftersom det saknas lagstöd att förpliktiga någon utav parterna att ersätta motpartens biträdeskostnader.⁵⁹⁴

4.1.3 Undantagen

Från ovanstående huvudregler förekommer ett flertal undantag – framförallt i den materiellrättsliga lagstiftningen – vars syfte är att lindra vissa oönskade konsekvenser som en strikt tillämpning av principerna om full kostnadstäckning respektive kvittning ger upphov till. I somliga tvistemål kan (eller skall) således allmän domstol, med hänvisning till avvikande kostnadsregler i den civilrättsliga lagstiftningen, kvitta hela eller delar av parternas kostnader. Och på motsvarande sätt kan (eller skall) förvaltningsdomstol, med avsteg från förvaltningsprocessens (oskrivna) kvittningsregel, emellanåt tillerkänna vinnande part ersättning för sina kostnader – likaså med tillämpning av avvikande kostnadsregler i den förvaltningsrättsliga lagstiftningen.

I mål inför både allmän domstol och förvaltningsdomstol finns det således regler i tillämplig specialförfattning som tillåter avsteg från de två huvudprinciperna, som ibland är så långtgående att ordningen mellan huvudregel och undantag helt kastas om. Två exempel kan ges från tvistemålsprocessen: arbetstvister (till vänster i tabellen) samt vårdnads-, boende- och umgängestvister (till höger i tabellen). Båda dessa måltyper faller som utgångspunkt under rättegångsbalkens förloraren betalar-princip, men med följande modifieringar i specialförfattning:

⁵⁹² Enligt FPL 15 § får enskild part, som inställt sig till muntlig förhandling, tillerkännas ersättning av allmänna medel för kostnad för resa och uppehälle, om rätten finner att han skäligen bör ersättas för sin inställelse. Något lagstöd för att tillerkänna parten ersättning för andra kostnader finns inte i FPL.

⁵⁹³ Se t.ex. prop. 1988/89:126 s. 7 ff. och 13, SOU 1991:106 del A s. 620, SOU 1982:26 s. 221 och SOU 1971:76 s. 71.

⁵⁹⁴ Se i och vid fn. 890 nedan.

<i>Utvidgat undantag:</i>	<i>Omkastad huvudregel:</i>
”I mål som handlägges enligt denna lag <i>kan</i> förordnas att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad, <i>om</i> den part som förlorat målet hade skälig anledning att få tvisten prövad.” ⁵⁹⁵	”Vardera parten <i>skall</i> bära sin rättegångskostnad. En part <i>kan dock</i> förpliktas att helt eller delvis ersätta motparten dennes rättegångskostnad, <i>om</i> [det föreligger] särskilda skäl.” ⁵⁹⁶

I arbetstvister (till vänster) är som synes rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning intakt, men kompletteras av ett utvidgat (fakultativt) undantag; det råder alltså en presumtion *mot* kvittning, men om tappande part hade skälig anledning att få tvisten prövad *kan* domstolen förordna att vardera parten skall bära sin kostnad. I vårdnads-, boende- och umgängestvister (till höger) har däremot rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning helt satts ur spel; utgångspunkten är att vardera parten skall bära sin kostnad, och endast om det föreligger särskilda skäl *kan* domstolen förpliktiga tappande part att ersätta vinnande parts kostnader.

Utöver dessa undantagsregler, som alltså medför ett nyanserat eller rent av inverterat bedömningsläge, finns det ett antal ”mellanlösningar”⁵⁹⁷ som på olika sätt modifierar de två huvudprinciperna – både skeva fördelningsregler och partiella kvittningsregler. Dessa regeltyper kan illustreras genom en jämförelse mellan tvistemål om mindre värden (till vänster) och underhållstvister (till höger):

<i>Partiell (tvåsidig) kvittning:</i>	<i>Skev (ensidig) kvittning:</i>
”Ersättning för rättegångskostnad <i>får inte avse annat än</i> kostnad för (1) rättslig rådgivning under en timme vid ett tillfälle för varje instans och med ett belopp som motsvarar högst den ersättning som betalas för rådgivning enligt rättsjälpplagen (1996:1619) under en timme, (2) ansökningsavgift eller tillägsavgift, (3) resa och uppehälle för en part eller ställföreträdare i samband med sammanträde eller, om personlig inställelse inte föreskrivits, resa och uppehälle för ombud, (4) vittnesbevisning, (5) översättning av handlingar.” ⁵⁹⁸	”I mål om underhåll till barn gäller följande avvikelser från 18 kap. rättegångsbalken, <i>om barnet förlorar målet</i> . Om det finns särskilda skäl, får förordnas att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.” ⁵⁹⁹

Den partiella kvittningsregeln i småmål verkar till båda parternas fördel/nackdel, genom att begränsa tappande parts kostnadsansvar (oavsett vem som tappar målet).⁶⁰⁰ Detta till skillnad från föräldrabalkens ensidiga kvittningsregel (till höger), som

⁵⁹⁵ Lagen (1974:371) om rättegång i arbetstvister (”LRA” eller ”arbetstvistlagen”) 5 kap. 2 §.

⁵⁹⁶ Föräldrabalken (1949:381) (”FB”) 6 kap. 22 § 2 och 3 st.

⁵⁹⁷ Se SOU 1982:26 s. 220, där det likaså talas om ”mellanlösningar”.

⁵⁹⁸ RB 18 kap. 8 a §.

⁵⁹⁹ FB 7 kap. 19 §.

⁶⁰⁰ Full kostnadstäckning är det som synes inte tal om, eftersom tappande parts kostnadsansvar endast omfattar *vissa särskilt uppräknade kostnadsposter*. Ersättningskyldigheten avseende punkten (1) är dessutom begränsad till kostnaden för en timmes rättslig rådgivning vid ett tillfälle för varje instans och med ett belopp som motsvarar högst den ersättning som betalas för rådgivning enligt rättsjälpplagen under en timma. Överskjutande kostnader för rättsligt biträde, liksom kostnader som inte går att hänföra till de fem punkterna, ersätts inte.

endast verkar till barnets fördel (oavsett om barnet agerar som käreande eller svarande). Någon skarp skiljelinje går dock inte att dra mellan dessa två regeltyper – inte minst eftersom de emellanåt kombineras i en och samma måltyp (vilket fördelningen i brottmålen illustrerar enligt ovan).

4.1.4 Fördelningsreglerna som en skala

Sammanfattningsvis kan fördelningsreglerna, enligt min uppfattning, lämpligen betraktas som en skala där förloraren betalar-principen/”the English (two-way) Rule” representerar den ena ändan, medan kvittningsprincipen/”the American (no-way) Rule” representerar den andra ändan. Dessa principer har diametralt olika utgångspunkter och gynnar olika intressen, vilket jag kommer att utveckla i det följande. Helt uppenbart är dock att en tillämpning av den förstnämnda kommer att gagna vinnande part (som hålls skadelös vid en processvinst), medan den senare principen gynnar tappande part (som inte ådrar sig dubbla kostnader vid en processförlust). Vilka konsekvenser detta får inför och under en process är däremot en mer omdebatterad fråga, kring vilken det inte råder enighet.⁶⁰¹ Kanske är detta förklaringen till att ingen modern processordning tillämpar någon av huvudprinciperna i en renodlad form – varken utomlands, eller i Sverige.⁶⁰² Istället blandas det friskt, både mellan olika länder, och inom samma land. Den svenska processordningen utgör inget undantag – inom både den allmänna processen och förvaltningsprocessen har huvudreglerna försetts med ett flertal undantag,⁶⁰³ och mellan de två ändarna förekommer dessutom ett antal ”mellanlösningar”, i form av partiella kvittningsregler samt fördelningsregler som på olika sätt särbehandlar parterna i kostnadshänseende. Följaktligen används hela skalan:

⁶⁰¹ Att ”the English Rule” håller vinnande part skadelös anses exv. skapa incitament för parter med ”starka case” att inleda rättegång, samtidigt som den latenta kostnadsrisken anses hämma parter med ”svaga case” från att väcka talan. Att trösklarna till domstolen sänks genom den ”the American Rule” – genom att göra det ”riskfritt” att processa – kan dock vara både positivt och negativt. Generellt sett anses det, från ett AtJ-perspektiv, vara bra att mindre bemedlade inte avskräcks från att väcka talan i domstol av rädsla för att tvingas bära motpartskostnaderna, samtidigt som frånvaron av risk kan leda till processmissbruk. Fördelningsmekanismerna påverkar också en rad andra omständigheter, såsom parternas villighet att ingå förlikning, balansen dem emellan, osv. Se till det sagda exv. Rowe Jr. (Duke L.J. 1982/1982) s. 665 f., Katz (J. L. Econ. & Org. 3/1987) s. 144 och Wilson (Emory Int’l L. Rev. 19/2005) särskilt s. 1469 ff. Ang. kostnadsreglernas påverkan på balansen mellan parterna; se även Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 19 (som förklarar att förloraren betalar-principen har en balanserande effekt mellan rika och fattiga parter) och jfr Zuckerman (1999) s. 10 (som snarare tycks mena motsatsen – att rika parter medvetet kan driva upp processkostnaderna, och därigenom kostnadsrisken, i syfte att ”skrämma” fattiga parter).

⁶⁰² Jfr SOU 1982:26 s. 220.

⁶⁰³ Jfr SOU 1982:26 s. 221, där det anförs att det ”i första hand [är] möjligheterna att överföra advokatarvodena från den vinnande till den förlorande som man begränsar”.

<i>Kostnadstäckning som huvudregel (kvittning som ev. undantag)</i>	<i>"Mellanlösningar"</i>	<i>Kvittning som huvudregel (kostnadstäckning som ev. undantag)</i>
Tappande part skall ersätta vinnande parts samtliga kostnader. (Eventuellt får/skall domstolen besluta om kvittning, exempelvis vid särskilda skäl.)	Partiell kvittning, ensidiga/skeva fördelningsregler	Vardera parten skall stå sin egen kostnad oavsett tvistens utgång. (Eventuellt får/skall domstolen besluta om kostnadstäckning, exempelvis vid särskilda skäl.)

Min ambition med detta kapitel är tvåfaldig: För det första att inventera hur kostnaderna för juridiskt biträde fördelas mellan parterna i olika måltyper; för det andra att identifiera och diskutera de ändamålsskäl som har motiverat kostnadsreglerna.⁶⁰⁴ Som jag har förklarat i tidigare avsnitt är min ansats jämförande – den fråga som framförallt intresserar mig är varför likartade problem har fått olika lösningar i olika måltyper. Vilka intresseavvägningar har motiverat två skilda huvudprinciper i våra två processformer, liksom den rika variation av undantag som förekommer inom både den allmänna processen och förvaltningsprocessen? Är argumentationen konsekvent, dels vid en jämförelse mellan olika måltyper, dels över tid?

Framställningen är huvudsakligen disponerad i linje med ovanstående skala. I nästa avsnitt tar vi således avstamp i den princip som är mest "generös" mot vinnande part – principen om full kostnadstäckning, som har dragits till sin spets endast i ordinära tvistemål (4.2). Därefter rör vi oss mot höger, genom att studera ett antal olika regelverk genom vilka tappande parts kostnadsansvar har lindrats, dels genom regler om partiell kvittning (4.3), dels genom utökade möjligheter att kvitta kostnaderna – antingen till båda parternas, eller endast till den ena partens, fördel (4.4-6). Härfter diskuteras den princip som är mest "restriktiv" mot vinnande part – kvittningsprincipen,⁶⁰⁵ som har dragits till sin spets endast i förvaltningsmål, samt i domstolsärenden med allmän motpart (4.7-8). Denna disposition innebär i praktiken att vi kommer att börja i den allmänna processen, och därefter förflytta oss till förvaltningsprocessen, eftersom de två processformerna utgör varandras motpoler i kostnadshänseende, med tvistemålen på den ena änden och förvaltningsmålen på den andra änden av skalan. Avslutningsvis skall jag dock redogöra för vissa kostnadsregler – och framförallt viss anknypande praxis – som i viss mån håller på att lösa upp dessa distinktioner (4.9).

⁶⁰⁴ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280, citerad i fn. 482 ovan.

⁶⁰⁵ I ett fåtal udda måltyper finns det kostnadsregler som är *ännu förmånligare för tappande part* än kvittningsprincipen. Exv. följer av expropriationslagen (1972:719) 7 kap. 1 § att exproprianden skall ersätta expropriatens kostnader om expropriationstillstånd beviljas (dvs. domstolen bifaller käromålet). På motsvarande sätt förhåller det sig i mål om inlösningsersättning/ersättning för marköverföring enligt fastighetsbildningslagen (1970:988) ("FBL") 16 kap. 14 § 2 st., som stadgar att sakägare som avstår mark eller särskild rättighet skall få gottgörelse för sin kostnad oberoende av utgången i målet. Enligt båda dessa regler skall således *vinnande part ersätta tappande parts kostnader*, vilket dock måste förstås mot bakgrund av måltypernas särart. Se till det sagda Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 306. Jag kommer inte att fördjupa diskussionen kring dessa måltyper ytterligare i denna avhandling. Ang. kostnadsfördelningen i andra måltyper enligt FBL; se dock avsnitt 4.9.2 nedan.

4.2 Full kostnadstäckning som huvudregel i allmän domstol

4.2.1 Fördelningen mellan parterna i ordinära tvistemål

För sina rättegångskostnader svarar parterna i civilprocessen i första hand själva, såttillvida att var part bär sina egna kostnader under processen.⁶⁰⁶ Huruvida parterna slutligt måste stå sina kostnader avgörs dock av ett utförligt regelverk i rättegångsbalkens 18 kapitel,⁶⁰⁷ som reglerar hur rättegångskostnaderna skall fördelas mellan parterna efter processens slut. Dessa regler kan något förenklat delas in i två kategorier: (1) regler om *vad* som skall ersättas; samt (2) regler om *vem* som skall utge ersättning.⁶⁰⁸ Inom det första regelkomplexet behandlas vilka kostnader som skall betraktas som rättegångskostnader och därmed omfattas av ersättningskyldigheten, medan det senare reglerar hur dessa – i och för sig ersättningsgilla – kostnaderna skall fördelas parterna emellan. I det följande skall jag ta mig an båda dessa frågor, genom att börja från början.

4.2.1.1 Straff- och skadeståndsteorierna

Redan i 1734 års rättegångsbalk föreskrevs såsom huvudregel att den ”som tappar, gäldar sin vederdeloman thet alt åter, som han trängd varit ther å kostä”.⁶⁰⁹ I praktiken gav emellertid denna regel inte uttryck för en huvudregel i egentlig mening, eftersom den vann tillämpning endast undantagsvis.⁶¹⁰ Istället tillämpades i nio fall av tio (”i praktiskt taget alla mål, som inte var av helt klar beskaffenhet”⁶¹¹) en till sin utformning generell undantagsregel enligt vilken var part skulle stå sina egna kostnader om saken ”hafva varit så mörk och tvifvelaktig, at man till rättegång skiälilig orsak haft”.⁶¹² E contrario låg i denna undantagsregel, att tappande part skulle åläggas

⁶⁰⁶ Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1501 och 1505 f. Detta förutsätter dock att kostnaderna inte täcks *antingen* av rättshjälp *eller* av rättsskydd, varvid den enskilde avlastas kostnaden direkt.

⁶⁰⁷ Regelverket är dock inte lika utförligt i Sverige som exv. Tyskland, vilket följande reflektion av Fitger, Peter, *Några tankar om antalet paragrafer i RB*, i Höglund, Olle et al. (red.), Festskrift till Lars Welamson (1987) s. 153-172 (s. 171) illustrerar: ”[Det] kan finnas skäl att nämna att i Förbundsrepubliken Tyskland regleringsivern när det gäller kostnadsfrågor har tillåtits få avsevärt större svängrum än den ännu har fått i Sverige. Kostnadsreglerna upptar närmare 500 lagparagrafer och Hartmanns ’Kurzkommentar’ till kostnadslagstiftningen omfattar i 19:e upplagan från år 1977 mer än 1100 tättryckta sidor där för övrigt ett överväldigande antal flerstaviga ord förkortats.” Detta kan jämföras med rättegångsbalkens totalt ca 750 paragrafer och dess 18:e kapitel 19 paragrafer, samt Ekelöf, Bylund & Edlestam (2006) där kostnadsregleringen i 7:e uppl. upptar drygt 70 sidor.

⁶⁰⁸ Se Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 150.

⁶⁰⁹ ÅRB 21 kap. 3 § första meningen. Se härtill SOU 1926:33 s. 206 samt Munktel (1937) s. 15.

⁶¹⁰ Jfr Jacobsson (1964) s. 21, som med ”huvudregel” i detta avseende menar en ”lagteknisk presumtionsregel” som domstolen har att tillämpa då inget undantag är för handen, men som inte säger någonting om hur ofta domstolarna de facto tillämpar regeln ifråga. Se även Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1511: ”Erfarenheten i olika länder, ej minst i vårt land, har också ådagalagt, att under skadeståndsteoriens herravälde det i rättskipningen tenderar till att blifva regel att kvitta rättegångskostnaderna.”

⁶¹¹ Ekelöf, Bylund & Edlestam (2006) s. 283. Se även Jacobsson (1964) s. 93, Munktel (1937) s. 9 f. och Wildte, Sigurd, *Om kostnader i civil rättegång och deras gäldande* (1931) s. 61 och 226 f.

⁶¹² ÅRB 21 kap 3 § andra meningen. Se härtill Larsson (1976) s. 256 och Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1524 f.

att utge ersättning till vinnande part endast om saken varit ”klar och otvetydig”.⁶¹³ Förklaringen till detta undantag för mörka och tvivelaktiga fall är att söka i äldre tiders så kallade *straff*- respektive *skadeståndsteori*.⁶¹⁴

Skyldigheten för tappande part att ersätta vinnande part dennas kostnader betraktades ursprungligen huvudsakligen ur den tappande partens perspektiv – först som en straffrättslig sanktion mot dennas processmissbruk i förhållande till staten,⁶¹⁵ och därefter som en skadeståndsrättslig sanktion för dennas vårdslöshet gentemot vinnande part.⁶¹⁶ Rättegångens förlust grundade således inte i sig någon skyldighet för tappande part att utge ersättning till vinnande part – varken inom straff- eller skadeståndsteorin – utan därjämte fordrades att det *kunde läggas den tappande parten till last att saken hänskjutits till domstol överhuvudtaget*.⁶¹⁷

Skadeståndsteorin låg till grund för kostnadsreglerna i 1734 års rättegångsbalk,⁶¹⁸ om saken varit mörk och tvivelaktig hade tappande part ej förfarit culpöst när denna låtit saken gå till rättegång och var därför utan skuld.⁶¹⁹ Framhållas bör dock att inom skadeståndsteorin (till skillnad från straffteorin) stod kostnadsreglernas *reparativa funktion* i förgrunden; ersättningskyldigheten syftade primärt till att reparera uppkommen skada hos vinnande part, och inte huvudsakligen till att straffa tappande part.⁶²⁰ Eftersom grunden för ersättningskyldigheten alltjämt konstituerades av den tappande partens vårdslöshet var det dock inte tal om att helt anknyta ersättningskyldigheten till vinnande parts intresse av gottgörelse. I detta avseende innebar Processkommissionens betänkande angående *rättegångsväsendets ombildning* (SOU 1926:33) ett perspektivskifte, ty därigenom kom den så kallade *rättsskyddsteorin* att läggas till grund för nya rättegångsbalkens kostnadsregler i tvistemål.⁶²¹

4.2.1.2 Rättsskyddsteorin

Rättsskyddsteorin utgår ifrån att rättegångens ändamål är att garantera medborgarna ”rättsskydd”,⁶²² och innebär i ett nötskal att detta syfte endast ofullständigt kan realiseras om rättsskyddets vinnande är förenat med kostnader.⁶²³ För om vinnande part ej får gottgörelse för sina kostnader har denna helt enkelt inte erhållit ett fullständigt

⁶¹³ Jacobsson (1964) s. 79. Se även SOU 1982:26 s. 226.

⁶¹⁴ För dessa redogörs utförligt i Jacobsson (1964) s. 27 ff. Se även Cars (SvJT 1/1965) s. 184.

⁶¹⁵ Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1508 f. och Munktel (1937) s. 9.

⁶¹⁶ Jacobsson (1964) s. 24 och SOU 1926:33 s. 203.

⁶¹⁷ Se Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1510 f., som förklarar att det utöver en *objektiv rättsstridighet* måste tillkomma en *subjektiv rättsstridighet* – tappande part ”måste genom sitt processande ha ådragit sig skuld”. Denna ordning hänförs Kallenberg till ”skuldprincipen”, dvs. att ersättningskyldighet ansågs föreligga endast ”när part insett eller bort inse, att han icke borde låta det komma till process”. Se även SOU 1926:33 s. 204.

⁶¹⁸ Jacobsson (1964) s. 25 och Wildte (1931) s. 225. Se även Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1509 och s. 1522 samt SOU 1938:44 s. 231.

⁶¹⁹ Munktel (1937) s. 15. Jfr Lindell (2012) s. 566, som anger att kostnadsreglerna i gamla RB ”betraktades som ett *skadestånd*, varvid skyldighet för den tappande att betala motpartens rättegångskostnader endast förelåg när det kunde tillräknas honom som *skuld* att saken kommit under domstols prövning”. Se även Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1511.

⁶²⁰ Jacobsson (1964) s. 27.

⁶²¹ Jacobsson (1964) s. 25 och Hassler (SvJT 1/1961) s. 418 f.

⁶²² Se t.ex. Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1514.

⁶²³ Jacobsson (1964) s. 43.

rättsskydd.⁶²⁴ Denna tankelinje företrädde exempelvis av Kallenberg, som förklarade att man vid kostnadsreglernas utformning bör

”... utgå från processens ändamål att meddela rättsskydd. Sådant skydd ernår part ej helt och fullt, med mindre processen, som genom dess slutakt domen bereder skyddet, icke förorsakar honom något ekonomiskt lidande. En rätt, som ej kunde häfdas därförutan, vore en icke tillräckligt skyddad rätt. Riktigheten af detta påstående torde vara obestriddigt. Part, som vinner, bör alltså i normala fall erhålla gottgörelse för den ekonomiska uppoffring, som processen tillskyndat honom.”⁶²⁵

För att rättegången skulle fylla denna rättsskyddande funktion fordrades att ersättningskyldigheten mer renodlat betraktades utifrån vinnande parts perspektiv. Tappande parts skyldighet att utge ersättning kunde därmed inte vara avhängig culpa, utan borde istället anknytas till utgången i målet,⁶²⁶ varigenom ersättningskyldigheten blev strikt.⁶²⁷ Sålunda uttalade Processkommissionen, i sitt ovannämnda betänkande, att det icke kunde ”råda någon tvekan därom, att den grund på vilken ny lagstiftning i ämnet skall bygga, bör vara att processens utgång i regel skall vara bestämmande för frågan om skyldighet att gälda rättegångskostnader”.⁶²⁸ I direkt anslutning till Kallenberg anförde kommissionen vidare, att det

”... skydd, som en vinnande part genom domen erhåller för sin rätt, blir *icke fullständigt, med mindre han tillika får ersättning för de kostnader han ådragit sig för att få sin rätt erkänd.* [...] Den allmänna utgångspunkten vid en blivande lag bör sålunda vara, att den part, som tappar i huvudsaken, skall, oavsett om det kan läggas honom till last eller ej, att målet dragits under domstols prövning, förpliktigas återgälda motparten dennes kostnader å rättegången.”⁶²⁹

Vad Processkommissionen uttalat beträffande grunderna för rättegångskostnadernas fördelning mellan parterna lades sedermera till grund för Processlagberedningens *förslag till rättegångsbalk* (SOU 1938:44). I anslutning till vad kommissionen uttalat anförde lagberedningen att

⁶²⁴ Larsson (1976) s. 256.

⁶²⁵ Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1514 f. Inom den angloamerikanska litteraturen talas det emellanåt om ”fairness”, i bemärkelsen ”to make the plaintiff whole for its injury as well as the legal fees incurred seeking redress for the injury”. Se till det sagda exv. Wilson (Emory Int’l L. Rev. 19/2005) s. 1469.

⁶²⁶ Rättsskyddsteorin är dock att skilja från den s.k. ”kausalitetsteorin”. Även den sistnämnda låter förvisso processens utgång vara ensamt bestämmande för ersättningskyldigheten, men med motiveringen att den tappande parten bevisligen handlat objektivt rättsstridigt, eftersom denna förlorat processen. Jfr Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1512 f. och Hassler (SvJT 1/1961) s. 418 (som istället skiljer mellan subjektiv och objektiv kausalitet). Se även Cars (SvJT 1/1965) s. 185, som anför att rättsskyddsteorin framträdde ”som en modifierad form av kausalitetsteorin”.

⁶²⁷ Hassler (SvJT 1/1961) s. 418, Cars (SvJT 1/1965) s. 185, Larsson (1976) s. 255 f., Welamson, Lars, *Varför gynna käranden? Principer om rättegångskostnader under debatt*, i Lejman, Frihof et al. (red.), *Festskrift tillägnad Karl Olivecrona* (1964) s. 684-709 (s. 684), Ekelöf, Bylund & Edlestam (2006) s. 283 och Lundin (JT 1/2013-14) s. 218. Jfr även Gärde et al. (1994) s. 202.

⁶²⁸ SOU 1926:33 s. 208.

⁶²⁹ SOU 1926:33 s. 208.

”... någon tvekan icke [kan] råda därom, att en reform av reglerna om skyldighet för part att gälda rättegångskostnad bör bygga på grundsatsen, att denna skyldighet i princip skall bestämmas med hänsyn till målets utgång, oberoende av om det kan läggas den tappande parten till last att rättegång kommit till stånd. Rättegångens syfte att bereda rättsskydd skulle *endast ofullständigt uppnås, om icke den vinnande parten tillika finge gottgörelse för de kostnader han ådragit sig för att göra sin rätt gällande.*”⁶³⁰

Med denna motivering kom rättsskyddsteorin att bilda grundvalen för nya rättegångsbalkens kostnadsregler; i sitt förslag till rättegångsbalk föreslog Processlagberedningen en regel enligt vilken den ”part som tappar målet, skall ersätta motparten hans rättegångskostnad, om ej annat är stadgat”.⁶³¹ Denna lydelse har rättegångsbalkens 18 kapitel 1 § än idag.⁶³²

4.2.1.3 Biträdeskostnader som ersättningsgill rättegångskostnad

I ordinära tvistemål skall sammanfattningsvis tappande part – åtminstone som huvudregel⁶³³ – ersätta vinnande parts rättegångskostnader, vilket ursprungligen motiverades med hänvisning till processens rättsskyddande funktion. Rättegångsbalkens 18 kapitel 1 § reglerar dock endast *vem* som slutligt skall stå kostnaderna i processen, men lämnar ingen vägledning ifråga om *vad* som skall ersättas. Den naturliga följdfrågan är således vilka kostnader som är ersättningsgilla såsom ”rättegångskostnader”, och svaret på denna återfinns i rättegångsbalkens 18 kapitel 8 §.⁶³⁴

Som utgångspunkt skall ersättningen för rättegångskostnader fullt ut motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande, märk väl: *jämte arvode till ombud eller biträde*. Kostnadsansvaret är således tämligen omfattande – vinnande part skall i princip hållas skadelös för samtliga sina kostnader, under förutsättning att dessa varit *skäligen påkallade* för tillvaratagande av partens rätt.⁶³⁵

Den nuvarande regeln om full kostnadstäckning hade sin motsvarighet i äldre rättegångsbalken, där ersättningskyldigheten likaså omfattade ”allt vad den ersättningsberättigade varit trängd att kosta å saken”.⁶³⁶ Med Processkommissionens ord

⁶³⁰ SOU 1938:44 s. 231. Se även NJA II 1943 nr 1 s. 227 och Gärde et al. (1994) s. 202. Hassler (SvJT 1/1961) s. 419 uttalar viss kritik mot detta uttalande på den grunden, att rättsskyddsteorin inte kan förklara varför tappande part skall ersätta vinnande parts kostnad: ”Vad för slags rättsskydd får tappande part, som döms att betala en skuld på 1 000 kr, men samtidigt måste ersätta motpartens kostnader med 1 000 kr, och dessutom lägga ut lika mycket till sin egen advokat? Låt vara att han är skyldig att betala 1 000 kr, men han måste ju i själva verket betala tre gånger så mycket.”

⁶³¹ SOU 1938:44 s. 38.

⁶³² Kvarlevorna av den generella kvittningsregeln i ÅRB 21 kap. 3 § 2 p. återfinns idag i RB 18 kap. 3 § 2 st. Skuldanken gör sig påmind därigenom, att om den tappande parten inte ens känt till den avgörande omständigheten är denna utan skuld till rättegången; se Jacobsson (1964) s. 107. Utrymmet att kvitta parternas kostnader med tillämpning av detta stadgande är emellertid högst begränsat; se Jacobsson (1964) s. 99 ff., Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 283 ff., Hassler (SvJT 1/1961) s. 419, Lindell (2012) s. 570 och SOU 1938:44 s. 233. Jfr även t.ex. NJA 1986 s. 268, där HD uttalade att det bör ”beaktas att nämnda stadgande är fakultativt och att processlagberedningen uttalade att befogenheten att kvitta kostnaderna måste utnyttjas med stor försiktighet samt att den tappande parten i allmänhet torde skäligen böra själv bära följderna av att han saknade kännedom om den för utgången avgörande omständigheten”.

⁶³³ Från denna huvudregel görs vissa undantag i RB 18 kap. 2-6 §§, som jag här inte kommer att fördjupa mig i. Se istället Bellander (2017).

⁶³⁴ Se härtill Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 277 ff.

⁶³⁵ Jfr Lundin (JT 1/2013-14) s. 218.

⁶³⁶ ÅRB 21 kap. 3 § och härtill SOU 1926:33 s. 211 och SOU 1938:44 s. 237.

ankom det alltså då (liksom nu) på domstolen att pröva ”huruvida kostnad, för vilken ersättning fordras, varit nödig”.⁶³⁷ Denna regel menade kommissionen hade fog för sig och borde behållas i den nya balken.⁶³⁸ Den äldre regeln hade dock tilldragit sig kritik, eftersom tillämpningen av densamma präglades av stor restriktivitet. Det var alltså inte bara svårt att få ersättning för kostnader (eftersom dessa vanligtvis kvittades), utan när sådan ersättning väl utgick bestämdes den vanligtvis till ett lägre belopp än vad som motsvarade partens faktiska kostnader, vilket kommissionen karaktäriserade som ett ”missförhållande”.⁶³⁹

Till kommissionens inställning anslöt sig Processlagberedningen, och för att komma till rätta med rådande missförhållande föreslogs en regel enligt vilken ersättningen *fullt skulle motsvara partens kostnad, såvitt denna skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt*.⁶⁴⁰ Med denna lydelse – som lagrummet alltså har än idag – ville lagberedningen inskräpa att ersättningen inte längre skulle dömas ut med lägre belopp än partens verkliga kostnader för rättegången.⁶⁴¹ Någon slentrianmässig prutning skall således inte äga rum, samtidigt som kostnaderna skulle underkastas viss kontroll; att endast behövliga (och inte obehövliga) rättegångskostnader är ersättningsgilla fyller nämligen också en viktig funktion, närmare bestämt – och med departementschefens ord – att ”förmå parterna till lojal och rimlig processföring”.⁶⁴²

Sammantaget tillgodoser rättegångsbalkens 18 kapitel 8 § två delvis motstridiga strävanden: å ena sidan att parterna inte skall avskräckas från att ådra sig nödvändiga kostnader (genom att sådana ersätts); å andra sidan att avskräcka parterna från att ådra sig onödiga kostnader (genom att sådana inte ersätts).⁶⁴³ Att ersättning utgår för

⁶³⁷ SOU 1926:33 s. 211.

⁶³⁸ SOU 1926:33 s. 211: ”Den regeln bör alltså gälla, att ersättning för rättegångskostnad bör motsvara verkliga kostnader för målets utförande; men att onödig eller oskälig kostnad icke gottgöres.”

⁶³⁹ SOU 1926:33 s. 211. Om detta fenomen (som brukar benämnas ”the recoverability gap”); se exv. Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 20.

⁶⁴⁰ SOU 1938:44 s. 237.

⁶⁴¹ SOU 1938:44 s. 237.

⁶⁴² Prop. 1986/87:89 s. 122. I praktiken föreligger således ett samband mellan tillämpningen RB 18 kap. 3 och 6 §§ å ena sidan, och balkens 18 kap. 8 § å andra sidan. Enligt de första paragraferna får rätten frångå huvudregeln om tappande parts kostnadsansvar om vinnande part föranlett *onödig rättegång* eller gjort sig skyldig till *försumlig processföring*, och enligt det senare lagrummet får rätten frångå huvudregeln om full kostnadstäckning vid *illojal eller orimlig processföring*. För att parafrasera Fitger et al. (Zeteo 2017) i kommentaren till RB 18 kap. 8 § torde det dock föreligga ett ”nämligen stort gap” mellan att en kostnad kan kvittas med tillämpning av 3 eller 6 §§ och att den inte ersätts med tillämpning av 8 §.

⁶⁴³ Notera att domstolens beslut även i kostnadsdelen äger rättskraft och därmed blir verkställbart *mot tappande part*. Ett sådant beslut avgör däremot inte rättskraftigt vad en part är skyldig att utge i ersättning *till sitt eget biträde*. Pondera exv. att en vinnande part yrkar 10 000 kr i ersättning för biträdeskostnader men tillerkänns 7 000 kr. Detta beslut binder motparten som således är skyldig att utge 7 000 kr i ersättning. Det binder dock inte biträdet, som följaktligen alltså kan kräva 10 000 kr av sin klient. Mellanskillnaden mellan det yrkade beloppet och det utdömda beloppet – det vill säga det ”prutade beloppet” på 3 000 kr – är således vinnande part som utgångspunkt skyldig att själv betala till sitt biträde ur ”egen ficka”, alldeles oavsett om domstolen funnit det skäligen påkallat eller inte. Konsekvensen av att en part inte får fullt bifall på ett kostnadsyrkande är således att *parten själv* måste ersätta sitt biträde för det prutade beloppet, inte att biträdet får sin ersättning sänkt. Detta är en avgörande skillnad mellan de mål som här diskuteras – där parterna står sina egna biträdeskostnader och sedan får ersättning av varandra beroende på tvistens utgång – och sådana mål där biträdet får ersättning av allmänna medel (t.ex. genom den allmänna rättsshjälpen). I de senare målen intar nämligen biträdet partsställning i förhållande till det allmänna vid bedömningen av ersättnings storlek. Det sagda medför att olika subjekt står ”prutningsrisken” i mål där parterna har respektive saknar offentlig finansiering: Om ersättning utgår av allmänna medel står biträdet risken (eftersom biträdet *inte kan* kräva parten på ersättning utöver vad domstolen har beslutat; se RhjL 29 §, RB 21 kap. 10 § 5 st., samt LOB 5 § resp. LMB 5 §). Om ersättningen betalas av parten står däremot parten risken (eftersom biträdet *kan* kräva parten på ersättning utöver vad domstolen har beslutat). Se till det sagda exv. Lundin (JT 1/2013-14) s. 222.

nödvändiga kostnader ligger i vinnande parts intresse; att ersättning inte utgår för onödiga kostnader ligger i tappande parts intresse.⁶⁴⁴ Mot denna bakgrund inställer sig den avgörande frågan: Vilka biträdeskostnader anses vara skäligen påkallade? Var går gränsen mellan kostnader som varit skäliga/oskäligen, påkallade/opåkallade, nödiga/onödiga, behövliga/obehövliga, och så vidare?

4.2.1.4 Skäligen påkallade kostnader och "godtagandepresumtionen"

Som utgångspunkt för diskussionen kring vilka kostnader som varit skäligen påkallade anförde Processlagberedningen att avgörande skall vara "huruvida parten vid tiden för vidtagandet av den åtgärd, som föranlett kostnaden, haft skäl att anse åtgärden erforderlig".⁶⁴⁵ Bedömningen innehåller således både en objektiv och en subjektiv sida, såtillvida att frågan om parten "haft skäl" (objektivt kriterium) skall bedömas utifrån partens perspektiv (subjektivt kriterium). Om åtgärden rent faktiskt var erforderlig är av underordnad betydelse; domstolen skall sätta sig in i partens situation när åtgärden företogs. Vad detta innebär kommer att utvecklas närmare nedan.

Beträffande biträdeskostnader kan det i allmänhet sägas att det så gott som alltid anses vara en erforderlig åtgärd att anlita ett biträde; vid tillämpningen av rättegångsbalkens 18 kapitel 8 § kan en vinnande part knappast nekas ersättning för sina biträdeskostnader endast av det skälet att parten lika gärna hade kunnat föra sin egen talan. Den enskildas *biträdesbehov skall alltså inte prövas per se* i ett sedvanligt tvistemål, vilket är värt att lägga på minnet – däremot skall behovet av de åtgärder som biträdet vidtar (och därmed storleken på biträdets arvode) prövas. Med Processlagberedningens ord:

"Det har ansetts böra särskilt framhållas, att i kostnad för rättegångens förberedande och talans utförande skall inräknas även arvode till ombud eller biträde. Arvodet synes böra bestämmas med hänsyn till omfattningen och beskaffenheten av ombudets eller biträdets arbete för uppdragets utförande och bör icke ställas i direkt beroende till antalet inställelser. [...] Regeln, att kostnad skall ersättas, endast såvitt den skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt, bör tillämpas även å den merkostnad, som part ådragit sig genom att anlita ombud från avlägsen ort eller ombud, vars anlitande eljest varit särskilt dyrbart. Avgörande bör härvid vara, huruvida partens talan kunnat på lika tillfredsställande sätt utföras för mindre kostnad."⁶⁴⁶

Huruvida det kan anses skäligen påkallat att överhuvudtaget anlita ett biträde diskuterades som synes inte alls, och torde därmed kunna betraktas som en icke-fråga vid tillämpningen av rättegångsbalkens 18 kapitel 8 §. Att anlita ett biträde – och därigenom ådra sig en biträdeskostnad – anses alltså alltid skäligen påkallat i ordinära

⁶⁴⁴ Jfr Lundin (JT 1/2013-14) s. 219.

⁶⁴⁵ SOU 1938:44 s. 237.

⁶⁴⁶ SOU 1938:44 s. 238.

tvistemål.⁶⁴⁷ Vad som däremot diskuterades var hur kostnaden skulle fastställas, samt hur eventuella merkostnader skulle hanteras. Ett illustrativt exempel på det sagda erbjuder NJA 1987 s. 621 II. Omständigheterna var i korthet följande:

Två makar yrkade att TR:n skulle fastställa att de var skyldiga att erlägga vattenavgift till sin bostadsrättsförening enligt en viss av dem angiven beräkningsgrund. Föreningen bestred makarnas talan. Parterna yrkade ersättning för sina rättegångskostnader. Tvisteföremålets värde understeg 100 kr om året, och i kostnadsdelen yrkade makarna 6 000 kr ersättning för ombudsarvode. TR:n biföll makarnas talan i sak, och fann att föreningen – vid denna utgång – även skulle förpliktigas att ersätta makarnas rättegångskostnader. Beträffande storleken på dessa uttalade TR:n följande:

”Vid bedömandet av om denna [ombuds]kostnad skäligen varit påkallad för tillvaragande av [makarnas] rätt anser TR:n sig böra beakta att ... tvisten gällt ett belopp som understiger 100 kr om året. Även om hänsyn tas till de principiella aspekterna kan det enligt TR:ns mening inte vara rimligt att på ett mål av så ringa ekonomisk betydelse nedlägga så höga rättegångskostnader som här skett. TR:n anser därför att makarna N själva skall svara för en betydande del av sina rättegångskostnader.”

Med denna motivering förpliktigade tingsrätten föreningen att utge 1 500 kronor i ersättning för makarnas ombudskostnader, vilket fastställdes av Högsta domstolen. Av detta kan vi sluta oss till att det även i mål av ringa ekonomisk betydelse i och för sig anses vara skäligen påkallat att anlita ett ombud; ersättningen bestämdes trots allt till 1 500 kronor. Däremot var det inte påkallat av ombudet att lägga ner en så omfattande arbetsinsats, eftersom ombudskostnaden måste stå i någorlunda proportion till tvisteföremålets värde (proportionalitetsprincipen).

Kring tolkningen och tillämpningen av rättegångsbalkens 18 kapitel 8 § har det med tiden utvecklats en tämligen rikhaltig rättspraxis.⁶⁴⁸ I NJA 1997 s. 854 gjorde Högsta domstolen följande klargörande uttalanden:

”Regleringen i 18 kap. 8 § RB innebär att en kostnad, i den mån den inte är medgiven av motparten, inte kan ersättas utan att den anses skäligen med hänsyn till vad den avser. Det är alltså inte tillräckligt att beloppet inte framstår såsom oskäligt. Beträffande kostnad för ombudsarvode är att beakta att ersättningen härför inte – såsom är fallet med ersättning till rättshjälpsbiträde – i första hand skall bestämmas efter nedlagd

⁶⁴⁷ Avgörandet kommenteras av Heuman, Lars, *Skäligt ombudsarvode i tvistemål där klienten inte beviljats rättshjälp* (JT 3/1997-98) s. 796-808 (s. 797).

⁶⁴⁸ Se t.ex. NJA 1949 s. 774, NJA 1953 s. 269, NJA 1960 s. 55, NJA 1963 s. 356, NJA 1964 s. 295, NJA 1990 s. 14, NJA 1991 s. 28, NJA 1997 s. 79 samt, från hovrätterna, RH 44:83, RH 1987:84 och RH 1987:74, RH 1990:43 och RH 2012:7.

tid.⁶⁴⁹ Sådan ersättning skall bestämmas med hänsyn till bl.a. målets beskaffenhet och omfattning samt till den omsorg och skicklighet med vilken arbetet har utförts. Därvid kan även beaktas sådana omständigheter som tvisteföremålets värde och den betydelse som målets utgång i övrigt haft för parten.”

Av avgörandet följer att domstolen har att göra en skälighetsbedömning ex officio, såvåda ersättningsyrkandet inte har medgivits,⁶⁵⁰ varvid domstolen skall beakta (1) målets beskaffenhet och omfattning, liksom (2) ombudets omsorg och skicklighet. Därutöver kan domstolen, i enlighet med proportionalitetsprincipen, fästa avseende vid (3) tvisteföremålets värde och (4) dess betydelse för parten. Många gånger torde dock domstolen helt enkelt få utgå ifrån att partens kostnader har varit skäliggen påkallade.⁶⁵¹ Som Högsta domstolen konstaterade i NJA 1997 s. 854 är det nämligen

”... svårt att med någon större säkerhet avgöra den närmare omfattningen av det arbete som målet krävt för ett ombud. Detta gäller särskilt i mera omfattande mål som pågått under längre tid. Det kan i allmänhet inte krävas att en part, för att erhålla ersättning för sin ombudskostnad, i detalj redogör för det arbete som utförts, vare sig i fråga om nedlagd tid eller beträffande vidtagna åtgärder. [...] Det kan därför i många fall finnas anledning för en domstol att godta ett ersättningsyrkande, trots att möjlighet saknas att helt överblicka det arbete som målet har påkallat.”⁶⁵²

Enligt Heuman formulerade Högsta domstolen i ovanstående avgörande den så kallade *godtagandepresumtionen*,⁶⁵³ eller närmare bestämt ”en presumtion för att yrkad ersättning skall godtas, trots att ombudet inte i detalj redovisat det arbete som utförts, den tid som nedlagts eller vilka åtgärder som utförts”.⁶⁵⁴ Skall man – som ju brukligt är inom juridiken – tala i termer av huvudregel kontra undantag skall

⁶⁴⁹ Här kan inflikas, att för de fall part erhåller rättshjälp reglerar RhjL 27 § ersättningen till rättshjälpsbiträdet. Bestämmelsen innebär att biträdet har rätt till skälig ersättning för arbete, tidsspilla och utlägg som uppdraget har krävt. Ersättningen för arbete skall bestämmas med utgångspunkt i den tidsåtgång som är rimlig med hänsyn till uppdragets art och omfattning och med tillämpning av en timkostnadsnorm som regeringen fastställer. Timersättningen får avvika från timkostnadsnormen, om den skicklighet och den omsorg som uppdraget har utförts med eller andra omständigheter av betydelse ger anledning till det. I regeringen ligger att domstolen skall värdera hur många timmar en ”normalskicklig” advokat behövt för motsvarande uppdrag och inte ge ersättning för fler timmar. Timkostnadsnormen ger sedan ett slags ”normalarvode” för ärenden som utförts med normal skicklighet. Se till det sagda prop. 1994/95:150 bil. 3, samt prop. 1996/97:9 s. 191. Se till det sagda; Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 18 kap. 8 § och utförligare i avsnitt 5.6.1.3 nedan.

⁶⁵⁰ Jfr RB 18 kap. 14 § och här till prop. 1986/87:89 s. 122. Se även Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 18 kap. 8 § och Lundin (JT 1/2013-14) s. 218.

⁶⁵¹ Jfr Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 18 kap. 8 §. Se även Heuman (JT 3/1997-98) s. 799: ”Ofta uttalas från domstolens sida att det saknas skäl att ifrågasätta ombudets uppgifter om det arbete som utförts i målet.”

⁶⁵² Se även NJA 2009 s. 441: ”I fall där part inte har rättshjälp krävs det däremot inte att ombudet i detalj redovisar det arbete som utförts, den tid som nedlagts eller vilka åtgärder som utförts. På motsvarande sätt kan det i allmänhet inte heller krävas att part, för att få ersättning för sina rättegångskostnader, presenterar utredning i detalj om de faktiska kostnader som denne har fått vidkännas. Att uppställa ett sådant krav på utredning skulle kunna tynga processen på ett icke önskvärd sätt. [As:] kostnadsräkning får därför godtas. I en situation som den förevarande, där utredning om de faktiska kostnaderna inte föreligger, skall ersättningen i stället bestämmas efter en bedömning av vad som är skäligt. En part har inte någon skyldighet att i det mål till vilket kostnaderna hänför sig visa att den yrkade ersättningen är skälig eller de omständigheter som är avgörande för skäligheten. Enligt 18 kap. 14 § andra stycket RB skall nämligen rätten självant pröva frågor om tillämpningen av bestämmelserna om ersättning för rättegångskostnader.”

⁶⁵³ Heuman (JT 3/1997-98) s. 806. Heuman talar även (a. st.) om en ”godtagandepincip”. Se här till Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 18 kap. 8 § och Lundin (JT 1/2013-14) s. 219.

⁶⁵⁴ Heuman (JT 3/1997-98) s. 803.

alltså yrkad biträdesersättning som utgångspunkt godtas. Denna presumtion kan sedan åsidosättas om en eller flera prutningsgrunder är för handen,⁶⁵⁵ enligt vad jag kommer att utveckla i nästa avsnitt.⁶⁵⁶

4.2.1.5 Prutningsgrunder

Av part yrkad ersättning för biträdeskostnader kan ”prutas” (sättas ned) av domstolen på ett flertal olika grunder, som kan vara hänförliga antingen (1) till biträdets agerande i processen (exempelvis att denna har nedlagt tid på ”onödiga” utredningsåtgärder) eller (2) till partens eget agerande (exempelvis att denna har anlitat ett ”överkvalificerat” biträde eller bytt biträde under processen).⁶⁵⁷ Låt oss angripa dessa två prutningsgrunder i nu nämnd ordning.

Utgångspunkten för bedömningen av vilka åtgärder som är nödvändiga är, som framgått ovan, huruvida parten (genom sin advokat) vid tidpunkten för åtgärdens vidtagande *haft skäl* att anse den erforderlig.⁶⁵⁸ Frågan skall alltså bedömas ”med ledning av de kunskaper parten och hans ombud hade på detta tidiga stadium”.⁶⁵⁹ Följaktligen skall den tid som biträdet exempelvis lägger ner på bevisanskaffning ersättas om bevisningen var erforderlig vid tidpunkten för dess anskaffande, även om den sedermera – på grund av motpartens agerande – blir onödig i processen. Detsamma gäller andra av ombudet företagna utredningsåtgärder, som senare visar sig vara onödiga. Det sagda kan illustreras genom Högsta domstolens avgörande NJA 1999 s. 14.⁶⁶⁰

I detta avgörande instämde käranden (A) svaranden (B) för att svara i en tvist rörande ett avtal med skiljeklausul. Med anledning av stämningen genomförde B:s ombud tämligen omfattande utredningsåtgärder som inte bara avsåg den formella processhindersfrågan – alltså frågan om allmän domstol överhuvudtaget var behörig att pröva målet – utan också de materiella sak- och rättsfrågor som målet aktualiserade. Härefter yrkade B att kärandens talan skulle avvisas på grund av skiljeklausulen, samt att ersättning skulle utgå för B:s rättegångskostnader. Yrkandena bifölls både i sak och såvitt avsåg B:s kostnader, trots att många av de utredningsåtgärder som vidtagits

⁶⁵⁵ Jfr Heuman (JT 3/1997-98) s. 797 f., som talar om ”prutningsanledningar” resp. ”prutningsmetoder”.

⁶⁵⁶ Eftersom domstolen enligt RB 18 kap. 8 § skall göra en skälighetsbedömning ligger det i sakens natur att uppräknningen i nästa avsnitt inte är uttömmande utan skall betraktas som exemplifierande.

⁶⁵⁷ Denna distinktion är egentligen något oegentlig eftersom parten agerar *genom* sin advokat (åtminstone om advokaten agerar som ombud). Huruvida en viss av ombudet vidtagen åtgärd varit (o)nödig skall därför som utgångspunkt bedömas på samma sätt som om parten själv företagit åtgärden. En viss skillnad föreligger dock, eftersom ombudet/biträdets vanligtvis är advokat och därmed – utöver RB:s regler – också har att iakta VRGA. I praktiken medför detta att biträdets ibland kan vara advokatiskt skyldig att vidta vissa utredningsåtgärder, vilket i viss mån bör påverka bedömningen i kostnadshänseende; se i och vid fn. 667 nedan. Jfr även NJA 1953 s. 269 där en person, som förpliktats att utge skadestånd till en kommun på grund av försörjningsring, också ålades att som rättegångskostnad ersätta kostnaden för en tioårsrevision av kommunens räkenskaper. I detta avgörande anförde kommunen följande: ”För att ersättning skulle utgå för utredningsarbete erfordrades ju ej, att arbetet utförts av parten själv; det kunde hava utförts av personal, som vore anställd hos honom, eller eljest för hans räkning.”

⁶⁵⁸ SOU 1938:44 s. 237.

⁶⁵⁹ Heuman, Lars, *Rättegångskostnadsfällan för käranden då han inleder process i strid mot en skiljeklausul* (JT 2/1991-92) s. 327-339 (s. 334).

⁶⁶⁰ Avgörandet, och den ”rättegångskostnadsfälla” som det innebär för en kärande som stämmer in en svarande i strid med en skiljeklausul, har kommenterats (och delvis kritiserats) av Heuman (JT 2/1991-92) s. 327 ff. (se om kritiken i fn. 663 nedan).

av B:s ombud blev ”onödiga” (eftersom målet inte sakprövades).⁶⁶¹ I kostnadsdelen anförde HD följande:

”När en part i likhet med [B] blir instämd till allmän domstol för att svara i en tvist om ett avtal med skiljeklausul, har parten att ta ställning till huruvida det kan vara lämpligt att låta tvisten prövas av domstolen eller om det från ekonomiska och andra synpunkter kan vara mera fördelaktigt för honom att med hänvisning till skiljeklausulen yrka avvisning av käromålet och bereda sig på ett skiljeförfarande. Avgörandet kan kräva genomgång av sakmaterialet, rättsutredning, överläggningar med motparten m.m. Kostnaderna för arbete av nu angivet slag kan därför – *även om det redan från början står klart att ett avvisningsyrkande skulle bifallas* – vara skäligen påkallade för tillvaratagande av partens rätt och skall då ersättas av motparten om hans talan avvisas.”⁶⁶²

Avgörandet visar tydligt att frågan huruvida en viss åtgärd varit skäligen påkallad skall ses utifrån partens perspektiv.⁶⁶³ För att ersättning skall utgå fordras dock att ombudet värderar motpartens invändningar och anpassar sina åtgärder efter dessa.⁶⁶⁴ Ersättning utgår således inte för åtgärder som ombudet redan från början borde ha insett helt saknar betydelse för målets utgång,⁶⁶⁵ och detta även om dessa åtgärder föranletts av motpartens (inkompetenta) agerande i processen.

Viss försiktighet är dock påkallad när prutningen sker på den grunden att en viss åtgärd varit obehövlig, det vill säga i praktiken därför att ombudet hade kunnat vinna processen åt sin klient med färre eller mindre omfattande insatser. Som Heuman konstaterar är det nämligen lätt att med facit i hand uppfatta många utredningsåtgärder som överflödiga eller för utförliga, trots att de med fog kunde te sig nödvändiga när de företogs. Följaktligen skall domstolen inte tillämpa någon sorts ”efterklokhetens princip”,⁶⁶⁶ i synnerhet eftersom en advokat enligt god advokatsed är skyldig att utföra sitt uppdrag med omsorg och noggrannhet, vilket enligt kommentaren innebär att advokaten alltid skall sätta klientintresset i första rummet (och kostnaderna i andra).⁶⁶⁷ Härav följer att det skulle strida mot god advokatsed att av kostnadsskäl

⁶⁶¹ Se RB 18 kap. 5 § enligt vilken part skall anses som tappande om dennas talan avvisas.

⁶⁶² NJA 1999 s. 14.

⁶⁶³ Vilket Heuman (JT 2/1991-92) utvecklar enligt följande (s. 328 f): ”[A]vgörande är om utredningen av de materiella frågorna varit nödvändig för att svaranden skulle kunna bedöma huruvida han skulle välja skiljeförfarande eller domstolsförfarande. Man kan sålunda inte utan vidare anse att han i denna del onödigt dragit på sig kostnader när tvisten avvisats sedan han gjort invändning om rättegångshinder.” Parentetiskt kan utgången i kostnadsdelen ifrågasättas enligt följande logik: Av RB 34 kap. 2 § följer att part, som vill göra en invändning om att rätten inte är behörig att upptaga målet, måste framställa denna invändning första gången denna vid rätten skall föra talan i målet. Sålunda skall svaranden redan i svaromålet framställa de invändningar om rättegångshinder som svaranden vill göra (RB 42 kap. 7 § 1 st. 1 p.). Underlåter svaranden att göra detta förfaller i princip hans rätt att framställa invändningen (RB 34 kap. 2 §). Denna ordning är motiverad av processekonomiska skäl; parterna skall inte lägga ner kostnader på sakfrågorna i målet innan avvisningsfrågan är avgjord, ty dessa kostnader blir ju meningslösa om målet avvisas. Och som Heuman konstaterar (a. st.) kan man tycka att de processekonomiska överväganden som ligger till grund för processhinderregleringens utformning borde få genomslag också då man beaktar vilka kostnader som varit skäligen påkallade för tillvaratagande av svarandens rätt enligt RB 18 kap. 8 § i en avvisningsituation.

⁶⁶⁴ RH 1987:74 och härtill Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 18 kap. 8 §.

⁶⁶⁵ Heuman (JT 3/1997-98) s. 799.

⁶⁶⁶ Heuman (JT 3/1997-98) s. 799 och Heuman (JT 2/1991-92) s. 334.

⁶⁶⁷ Se VRGA p. 2.2.1 med vidhängande kommentar och jfr fn. 657 ovan.

avstå från att vidta utrednings- eller andra åtgärder, som för advokaten framstår som erforderliga.⁶⁶⁸ Det kan därför sällan bli aktuellt att exempelvis kräva att svarandens ombud begränsar de insatser som görs för att få käromålet ogillat, även om det för ombudet redan vid första anblick framstår som tämligen klart att käromålet *bör* ogillas – helt enkelt eftersom ombudet inte kan vara säker på att domstolen har samma uppfattning.⁶⁶⁹

Sammanfattningsvis måste ett visst ”vingelutrymme” tillerkännas biträdet, mellan å ena sidan de åtgärder som inte ersätts enligt rättegångsbalkens 18 kapitel 8 § (därför att de betraktas som obehövlige), och å andra sidan de åtgärder som bedöms vara nödvändiga för att på ett fullgott sätt tillvarata klientens intressen (och därför måste vidtas enligt god advokatsed).⁶⁷⁰

Vad sedan avser partens agerande under processen kan prutning ske, om parten *har anlitat biträde hemmahörande på annan ort (än domstolsorten)*, vilket föranlett merkostnader. Enligt motiven skall sådana kostnader inte ersättas, om partens talan på ett lika tillfredsställande sätt skulle ha kunnat föras till en lägre kostnad.⁶⁷¹ Detta kan illustreras av Högsta domstolens avgörande NJA 1949 s. 774.

I målet hade en part vid handläggningen i Göta HovR anlitat ombud från sin egen bosättningsort Östersund. HovR:n satte ned ersättningen till ombudet med motiveringen att ”målets beskaffenhet ej krävt anlitande av ombud från avlägsen ort”. Inför HD yttrade sig Advokatsamfundet, och anförde följande principiella resonemang:

”Friheten för parterna att inom rimliga gränser själva planlägga och ordna arbetet i rättegången utan risk för att drabbas av efterräkningar i kostnadshänseende måste i princip gälla även valet av advokat. Det vore nämligen *en viktig grundsats att varje part skulle kunna anlita den advokat för vilken han hade förtroende*. Någon allmän regel huruvida det skäligen vore eller icke vore påkallat att en part för inställelse vid domstol å mer eller mindre avlägsen ort anlita de ombud från sin egen hemort kunde naturligtvis ej uppställas. Avgörandet måste bero på en prövning av omständigheterna i det särskilda fallet, såsom t.ex. avståndet mellan de orter varom fråga vore, processföremålets värde, sakfrågans läge, däribland frågan huruvida vittnesbevisning eller annan bevisning skulle upptagas eller ej, och föreliggande rättsfrågors beskaffenhet. Ingen av dessa eller andra omständigheter borde vara ensam avgörande.”

I sitt yttrande framhöll också samfundet, att det många gånger är både olämpligt och riskerar att ytterligare fördyra processen, om parten anlitar biträde på domstolsorten

⁶⁶⁸ Saken hamnar dock i en annan dager om *advokaten* anser åtgärden vara onödig, men *klienten* finner den erforderlig. Om ombudet – på klientens inrådan – vidtar en rad åtgärder som ombudet anser vara meningslösa kan knappast motparten förpliktigas att ersätta dessa kostnader; se Heuman (JT 3/1997-98) s. 800.

⁶⁶⁹ Med en sådan alltför ”försiktig” processtaktik riskerar biträdet inte bara att förlora målet i första instans, utan också att få avgörande bevisning prekluderad; se RB 50 kap. 25 § 3 st. Det principiella uttalande som HD gjorde i NJA 2008 s. 223 beträffande ersättning till offentlig försvarare i brottmål har således, enligt min uppfattning, bäring också i tvistemål: ”Ur rättssäkerhetssynpunkt är det förstas väsentligt att en offentlig försvarare inte, av oro för att inte få skälig ersättning för sitt arbete, tvekar att på ett aktivt sätt vidta de åtgärder som bedöms vara nödvändiga för att på ett fullgott sätt tillvarata sin klients intressen.”

⁶⁷⁰ Se till det sagda även Lundin (JT 1/2013-14) s. 222.

⁶⁷¹ SOU 1938:44 s. 238.

istället för den egna hemorten, eftersom utredningen i regel måste utföras på partens hemort. Att parten skulle behöva byta biträde i samband med huvudförhandlingen – från en advokat verksam vid hemorten till en advokat verksam vid domstolsorten – motsatte sig också samfundet.⁶⁷² Högsta domstolen tillerkände parten full ersättning, eftersom det ”på grund av målets beskaffenhet och i betraktande av omständigheterna i övrigt måste anses hava varit skäligen påkallat för tillvaratagandet av [A:s] rätt, att han sålunda biträdades”.

Som Advokatsamfundet förklarade i det ovan citerade målet kan *byte av biträde under processen* föranleda (o)nödiga merkostnader. Ett sådant agerande har också prövats i ett flertal avgöranden. I NJA 1983 s. 542 ansåg exempelvis Högsta domstolen att tappande part inte var skyldig att ersätta de merkostnader som förorsakats av att vinnande part hade bytt ombud under rättegången. Domstolen uttalade:

”Av vad som förekommit i målet kan ej anses framgå att det av [A] ursprungligen anlitate ombudet inte på ett tillfredsställande sätt tillvaratagit [A:s] intressen eller att [A:s] åtgärd att byta ombud likväl varit skäligen påkallad. På grund härav kan den merkostnad för utförande av [A:s] talan ... som uppkommit till följd av ombudsbytet ej anses utgöra en enligt 18 kap 8 § RB ersättningsgill kostnad.”

I RH 1992:86 hade vinnande part strax före huvudförhandlingen – och utan att anföra några skäl – bytt ombud. Hovrätten fann att den merkostnad som uppkommit till följd av det sena ombudsbytet inte skulle belasta tappande part, när något skäl för bytet inte hade framförts. Under sådana omständigheter skulle ”riktlinjen” istället vara att ”[B] inte bör åläggas att betala högre ersättning för [A:s] ombudskostnader i hovrätten än som [A] skulle ha haft, om [A] inte bytt ombud”.

Om det ursprungligen anlitate ombudet inte på ett tillfredsställande sätt tar tillvara partens talan, kan man således sluta sig till att även den merkostnad som bytet av ombud föranleder är skäligen påkallad och därmed ersättningsgill. Detta förutsätter dock att skälen för bytet anges.⁶⁷³ Om omständigheterna är de omvända, eller om några skäl för bytet överhuvudtaget inte redovisas, skall ersättning för merkostnaden däremot inte utgå; ”riktlinjen” är då – med hovrättens ord – att ersättningen skall bestämmas ”som om” parten inte bytt ombud.

⁶⁷² Med följande motivering: ”I regel torde det ... för parten vara mest praktiskt att anlita advokat i hemorten eller så nära denna som möjligt. I annat fall måste parten ofta räkna med kostnader och tidspillan i samband med egna resor till domstolsorten för konferenser med den där bosatte advokaten. Skulle utredning anskaffas i partens hemort, vore det uppenbarligen en nackdel, om ombudet vore bosatt å avlägsen ort. Även ur synpunkten av möjlighet till förlikning vore det ofta av vikt att parten utan alltför stora resekostnader och avsevärd tidspillan kunde sammanträffa med sin advokat. Slutligen skulle ett krav på att parten i ett visst mål borde anlita advokat å domstolsorten leda till den egendomligheten att han kunde bli nödsakad att för utförande av sin talan anlita tre olika ombud, ett i underrätten, ett i HovR:n och ett i HD. Ett dylikt ombyte av ombud vore i och för sig ej sällan olämpligt och kunde medföra kostnader som ingalunda bleve mindre än om parten låte sin talan i alla instanserna utföras av samma ombud från hemorten.”

⁶⁷³ Jfr även Heuman (JT 3/1997-98) s. 798 fn. 4, som härtill lägger en bevisbörda på parten: ”Om ett ombudsbyte har ägt rum och merkostnader därför uppkommit kan det finnas anledning att utdöma full ersättning endast under förutsättning att parten åberopar ett giltigt skäl för ombudsbytet och att dessa skäl gjorts sannolika.”

4.2.1.6 Skäligt arvode

När man diskuterar Högsta domstolens godtagandepresumtion – såsom den etablerades i NJA 1997 s. 854 – måste man ha klart för sig att avgörandet bara omfattar frågan om en viss åtgärd varit skäligen påkallad för att tillvarata partens rätt. Som exemplen ovan illustrerar kan dessa åtgärder vara hänförliga både till biträdet och till parten. Att godtagandepresumtionen endast avser frågan vilka åtgärder som målet har påkallat medför att skäligheten i det arvode som begärs för en viss – i sig påkallad – åtgärd *inte utan vidare kan godtas* med hänvisning till 1997 års avgörande. I praktiken skall alltså två skälighetsbedömningar göras:

Först skall domstolen bedöma om *en viss åtgärd* varit skäligen påkallad, och därmed ersättningsgrundande, i och för sig. Denna bedömning – som omfattas av godtagandepresumtionen – avser således nedlagd tid.

Därefter skall domstolen bedöma om *den begärda ersättningen* för den (i och för sig skäligen påkallade) åtgärden är skälig. Denna bedömning – som inte omfattas av godtagandepresumtionen – avser alltså arvodesnivån i relation till nedlagd tid.

Om parten har anlitat ett ”överkvalificerat” biträde, vilket har föranlett onödiga merkostnader, skall *dess* enligt motiven inte ersättas om partens talan på ett lika tillfredsställande sätt kunde ha utförts för en mindre kostnad.⁶⁷⁴ Med Heumans ord bör således parten – och inte motparten – få bära (mer)kostnaden, ”om han i ett enkelt mål anlitar en klart överkvalificerad advokat, som debiterar klienten ett högt, men marknadsmässigt arvode”.⁶⁷⁵ Merkostnader som uppstår till följd av att biträdet är ”underkvalificerat”, och därför exempelvis tvingas lägga ner mer tid än en ”normalskicklig” advokat, skall dock inte heller ersättas.

Enligt Heuman påminner den andra skälighetsbedömningen om den som domstolen företar då den bedömer vad som utgör ”skäligt pris” för en tjänst.⁶⁷⁶ Det sagda innebär att den yrkade ersättningen kan sättas ned även på andra grunder än de ovan listade konkreta ”prutningsgrunderna”, antingen därför att biträdet helt enkelt har debiterat ett oskäligt högt timarvode (givet målets komplexitet),⁶⁷⁷ eller därför att det finns skäl att sätta ner arvodet på grund av att biträdet arbetat alltför långsamt, med bristande kvalitet eller eljest brustit i sin processföring.⁶⁷⁸ I praktiken torde det dock vara svårt att bedöma de olika prutningsgrunderna var för sig, särskilt på grundval av de oftast kortfattade kostnadsräkningarna. Heuman menar därför att Högsta

⁶⁷⁴ SOU 1938:44 s. 238.

⁶⁷⁵ Heuman (JT 3/1997-98) s. 797.

⁶⁷⁶ Heuman (JT 3/1997-98) s. 804.

⁶⁷⁷ Beträffande arvodesnivåerna förespråkas i litteraturen att domstolen – i kommersiella tvistemål – skall ta hänsyn till den marknadsmässiga arvodesnivån som gäller för advokater vid de affärsjuridiska byråerna. Timarvodet för processadvokater bör alltså inte – menar man – sättas lägre än ett normalt arvode för en advokat på en kommersiell advokatbyrå: ”Nedvärderas den processuella verksamheten skulle detta kunna leda till att de mest erfarna och skickliga advokaterna blir ovilliga att åta sig uppdrag som rättegångsombud.” Och en sådan utveckling riskerar ju som bekant att skapa en nedåtgående spiral; se Heuman (JT 3/1997-98) s. 804 och vidare Lundin (JT 1/2013-14)s. 223.

⁶⁷⁸ Jfr Heuman (JT 3/1997-98) s. 803.

domstolen möjligen har förutsatt att en ”sorts blandad presumtion skall gälla i alla avseenden vid en svepande helhetsbedömning av arvodets skälighet”.⁶⁷⁹

4.2.2 Full kostnadstäckning – ett tveeggat svärd?

Sammanfattningsvis lades genom nya rättegångsbalken rättsskyddsteorin till grund för kostnadsreglernas utformning i tvistemål, vilket motiverade dels ett strikt ansvar för tappande part, dels en rätt till ersättning för samtliga (skäligen påkallade) kostnader för vinnande part. Sådant ser regelverket ut än idag, men i den moderna processdoktrinen motiveras inte längre huvudregeln om tappande parts ersättningskyldighet utifrån rättsskyddsteorin, åtminstone inte i Kallenbergs tappning. Istället anses kostnadsreglerna *säkerställa den materiella civilrättens genomslag*.⁶⁸⁰

För vinnande kärke medför tappande parts kostnadsansvar att vederbörande kan genomdriva sina anspråk på den ”materiellt förpliktigades” bekostnad – vilket håller käreanden skadelös vid en befogad process och därtill ökar svarandens incitament att frivilligt göra rätt för sig.⁶⁸¹ För vinnande svarande medför regelverket istället att vederbörande hålls skadelös vid en obefogad process – vilket i sin tur förmodas hämma processlystnaden i samhället.⁶⁸² Sammantaget anses kostnadsreglerna härigenom tjäna processens traditionella *genomslagsfunktion*, genom att verka såväl preventivt (handlingsdirigerande) som reparativt (konfliktlösande) i samhället.⁶⁸³ Av dessa delfunktioner brukar dock den reparativa skjutas i förgrunden. Att en enskild inte skall åsamkas ekonomisk skada genom att nyttja domstolsprocessen kan möjligen också översättas i termer av just (effektivt) rättsskydd, men enligt en modern förståelse av detta begrepp.⁶⁸⁴

Rättegångsbalkens kostnadsregler – liksom balkens regler i allmänhet – utgår emellertid ifrån att det mellan parterna råder processuell balans, det vill säga ifrån ”att alla parter är lika starka”.⁶⁸⁵ Denna utgångspunkt finns det anledning att ifrågasätta;

⁶⁷⁹ Heuman (JT 3/1997-98) s. 804. Det ligger förstås i sakens natur att en sådan ”svepande helhetsbedömning” ofta blir påfallande skönsmässig, vilket har kritiserats av bl.a. Lundin (JT 1/2013-14) s. 218 ff.

⁶⁸⁰ Se t.ex. Welamson (1964) s. 684: ”Utan full kostnadstäckning är den vinnande även i sådana fall [då den tappande parten icke må ha saknat fog för att hävda sin ståndpunkt] blir å ena sidan processinstitutionens funktion att realisera den civilrättsliga regleringen icke tillfredsställande tillgodosedd.” Se även SOU 1982:26 s. 223.

⁶⁸¹ Utfallet vid en tillämpning av huvudreglerna i RB 18 kap. 1 och 8 §§ kan sålunda betraktas som ett ”processuellt skadestånd”, eftersom den part som får rätt i processen försätts i samma situation som vederbörande skulle ha varit i, om motparten gjort rätt för sig utom rätta; Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 150. Om skadeståndsteorin i modern tappning; se avsnitt 4.7.2 nedan.

⁶⁸² Eller med DepC:s ord (prop. 1986/87:89 s. 120): ”För min del anser jag ... att huvudregeln om att den förlorande parten skall ersätta den vinnandes rättegångskostnader fyller flera viktiga funktioner. Först och främst är den givetvis av stor betydelse från reparativ synpunkt för den vinnande parten. Vidare verkar den hämmande på presumtiva parter vilja att öppna process med obefogade eller svagt grundade ståndpunkter som underlag.” Hassler (SvJT 1/1961) s. 419 är dock kritisk mot denna ståndpunkt: ”[V]ad menas med en obefogad process? Man vågar nog anta, att processlagberedningen ... skulle svara: en obefogad rättegång är en sådan som man förlorar. Men är det rätt att sätta likhetstecken mellan dem? Har alltid den som tappat ... processat utan fog?”

⁶⁸³ Lindblom (2008a) s. 132, Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280 ff. och 332 samt Lindell (2012) s. 566 f. Jfr Jacobsson (1964) s. 58. Kostnadsreglerna anses även öka parternas incitament att förlikas; se Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 283.

⁶⁸⁴ Jfr fn. 217 ovan (ang. rättsskydd), samt vidare i avsnitt 4.7.1.5 nedan.

⁶⁸⁵ SOU 1982:26 s. 228.

i praktiken slits de flesta tvistemål mellan obalanserade parter, vilket ger upphov till problem – inte minst i kostnadshänseende.⁶⁸⁶ Att vardera parten enligt huvudregeln står en *kostnadsrisk* i processen kan nämligen verka avskräckande, framförallt på kostnads känsliga parter som i och för sig har ett befogat anspråk. Sätillvida kan kostnadsreglerna inte bara säkerställa, utan därjämte – genom att verka alltför *process-avskräckande* – riskera att förfela processens funktion.⁶⁸⁷ Detta ”legislativa dilemma”⁶⁸⁸ har länge tilldragit sig såväl lagstiftarens som rättsvetenskapens intresse, och motiverat ett antal undantag från huvudregeln om full kostnadstäckning till vinnande part. Som jag antytt ovan kan sådana undantag vara av två slag: För det första kan man behålla förloraren betalar-principen, men begränsa de kostnader som förlorande part skall ersätta; för det andra kan man frånga förloraren betalar-principen helt och hållet – antingen till förmån för den ena parten, eller båda parterna. I det tidigare fallet talar vi ”partiell kvittning”, eftersom tappande parts ersättningskyldighet endast omfattar vissa kostnader/ett visst maximibelopp, medan övriga/överskjutande kostnader kvittas parterna emellan. Den tidigare lösningen har valts i tvistemål om mindre värden, enligt vad jag nu kommer att utveckla. Till de senare lösningarna återkommer jag i nästföljande avsnitt.

4.3 Partiell kvittning som undantag från huvudregeln i allmän domstol

Rättegångsbalken bygger som bekant på principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration samt på förhandlingsprincipen som grundläggande processprincip.⁶⁸⁹ Dessa principer har ansetts vara bäst ägnade att säkerställa processens ändamålsenlighet.⁶⁹⁰ Principernas avigsida är emellertid att de gör processen dyr, både för staten och för parterna,⁶⁹¹ framförallt eftersom den sistnämnda principen anses ge upphov till ett biträdesbehov (och därmed en biträdeskostnad).⁶⁹²

De ökade kostnaderna i processen, och därmed *den ökade kostnadsrisken* som följer med rättegångsbalkens dubbelsidiga kostnadsregel, har med tiden kommit att betraktas som ett allt större problem. Risken att få bära motpartens kostnader anses helt enkelt kunna verka alltför avskräckande på den rättssökande allmänheten, särskilt i tvister om mindre värden (där processkostnaderna vanligtvis överstiger

⁶⁸⁶ Detta problem diskuteras i avsnitt 2.2.2.2 ovan.

⁶⁸⁷ Lindblom (2008a) s. 132 f. och Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 333. Se även Cappelletti & Garth (1978) s. 11 och Hassler (SvJT 1/1961) s. 420

⁶⁸⁸ Welamson (1964) s. 684.

⁶⁸⁹ Se t.ex. prop. 1942:5 s. 449 f. Se även prop. 1931:80 s. 91 ff. och prop. 1986/87:89 s. 63. Förvisso har senare tids reformer av rättegångsbalken, i synnerhet ”en modernare rättegång” möjliggjort avsteg från dessa principer i enskilda fall. Lagstiftaren har dock inte velat fränkänna principerna deras grundläggande roll; se t.ex. prop. 1986/87:89 s. 64 ff., prop. 1988/89:95 s. 30, prop. 2004/05:131 s. 81 f. och SOU 2001:103 s. 78. Se även Wallerman (2015) s. 70 ff., om vägen mot ökad flexibilitet.

⁶⁹⁰ Boman (SvJT 1/1973) s. 480.

⁶⁹¹ Holstad, Sigvard, *Huvudlinjerna i den nya lagen och några synpunkter med anledning av Boman's kritik* (SvJT 1/1973) s. 488-496 (s. 488). Jfr även Fitger (1987) s. 164.

⁶⁹² Se Boman (SvJT 1/1973) s. 480 och Ekelöf & Edelstam (2002) s. 193 (uteslutet ur 9:e uppl; citerade in extenso i fn. 220-221 ovan).

tvisteföremålets värde). För att komma tillrätta med detta problem valdes för tvistemålets del en ”radikal” lösning,⁶⁹³ vars efterlämningar idag återfinns i rättegångsbalkens särskilda kostnadsregler för tvistemål om mindre värden (s.k. ”småmål”).

4.3.1 Fördelningen mellan parterna i tvistemål om mindre värden

I rättegångsbalkens 18 kapitel 8 a § finns idag en särskild kostnadsregel som äger tillämpning i mål där tvisteföremålets värde inte överstiger hälften av prisbasbeloppet.⁶⁹⁴ Denna undantagsregel, som sätter principen om full kostnadstäckning ur spel, är framförallt avsedda för tvister mellan obalanserade parter – typiskt sett ett företag (näringsidkare) å ena sidan och en privatperson (konsument) å andra sidan.⁶⁹⁵ Enligt ifrågavarande lagrum betraktas kostnader för ombud eller biträde – fränsett kostnader för viss rådgivning – *inte* som en rättegångskostnad, med den lagtekniska konsekvensen att dessa kostnader *inte* kan övervältras på motparten.⁶⁹⁶ Sätillvida kan lagrummet karaktäriseras som en partiell kvittningsregel.⁶⁹⁷

4.3.1.1 Införandet av den s.k. ”småmålslagen”

Särreglerna för tvistemål om mindre värden har sitt ursprung i den numera upphävda lagen (1972:8) om rättegång i tvistemål om mindre värden (”småmålslagen”),⁶⁹⁸ vars syfte var att ”förbättra den enskildes rättsskydd främst genom att nedbringa parternas kostnader i rättegångar om mindre värden”.⁶⁹⁹ Departementschefen menade nämligen att de höga rättegångskostnaderna i civilprocessen utgjorde ”ett allvarligt rättssäkerhetsproblem”, under anförande av att det ”måste antas att den enskilde med hänsyn främst till kostnadsrisken drar sig för att föra en tvist om ett mindre värde till domstol även i många fall när hans anspråk framstår som berättigade”.⁷⁰⁰ För att komma tillrätta med detta ”rättssäkerhetsproblem” önskade lagstiftaren nedbringa rättegångskostnaderna i småmål, för att därigenom även nedbringa kostnadsrisken för parterna. Emedan biträdeskostnader regelmässigt utgör den största kostnadsposten,⁷⁰¹

⁶⁹³ Boman (SvJT 1/1973) s. 480.

⁶⁹⁴ RB 18 kap. 8 a § m.h.t. RB 1 kap. 3 d § 1 st., som i sin tur hänvisar till socialförsäkringsbalken (2010:110) (”SFB”) 2 kap. 6 och 7 §§.

⁶⁹⁵ Jfr SOU 1982:26 s. 228. Se även, för att ta ett exempel, Sjövall, Fredrik, *Något om kostnad och ersättning i förenklade tvistemål*, i Nilsson, Mattias & Bexelius, Mattias (red.), Till minnet av Södra Roslags tingsrätt – en minneskrift utgiven av Notarieföreningen vid Södra Roslags tingsrätt (2007) s. 218-231, som anför (s. 218) att partsställningen ”ofta är sådan, att man på kärandesidan som borgenär har ett större bolag vilket tillhandahåller någon tjänst för konsumenter och som företräds av ett inkassobolag [och på svarandesidan] vanligen en privatperson i egenskap av konsument”.

⁶⁹⁶ Syftet med regeln är att begränsa rättegångskostnaderna i småmål men inte genom beloppsgränser utan istället genom att begränsa vilka kostnader som betraktas som rättegångskostnader och därigenom blir ersättningsgilla; jfr Sjövall (2007) s. 220.

⁶⁹⁷ Lindblom (2008a) s. 133.

⁶⁹⁸ Se härtill prop. 1973:87, DsJu 1972:6 och DsJu 1971:9.

⁶⁹⁹ Prop. 1973:87 s. 1.

⁷⁰⁰ Prop. 1973:87 s. 43 f. Se härtill Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 151 f.

⁷⁰¹ Jfr Lindblom (2008a) s. 141.

kom uppmärksamheten framförallt att ägnas åt frågan hur sådana kostnader skulle kunna undvaras.⁷⁰²

Vad som tilldrog sig lagstiftarens intresse var närmare bestämt ”i vad mån den processrättsliga regleringen [kunde] uppmuntra parterna att klara sig själva”.⁷⁰³ Denna subtila ”uppmuntran” kom i praktiken att innebära en ”tvångsstyrning”⁷⁰⁴ dithän; förvisso stod det parterna fritt att även i småmål anlita ombud eller biträde, men kostnaderna härför kom lagtekniskt *inte* att betraktas som rättegångskostnader, med följden att dessa *inte* längre var ersättningsgilla.⁷⁰⁵ Därmed lades ett ”effektivt tryck” på parterna att klara sig själva, efter bästa förmåga.⁷⁰⁶ För att, såvitt möjligt, kompensera avsaknaden av ombud respektive biträde infördes – med avsteg från rättegångsbalkens grundläggande principer – ett ”förenklat förfarande” i vilket domstolen, i sin processledande verksamhet, ålades en mera aktiv roll.⁷⁰⁷

Mot den nya ordningen intog en mångfald remissinstanser – däribland i princip alla hörda hovrätter och tingsrätter samt företrädare för domar- och advokat kåren – en starkt kritisk hållning.⁷⁰⁸ Som skäl för kritiken anfördes att bistånd från ett ombud/biträde inte kunde ersättas av bistånd från domstolen, utan allvarliga faror för rättssäkerheten.⁷⁰⁹ Beträffande denna kritik uttalade departementschefen att målsättningen med det nya rättegångsförfarandet var att ”åstadkomma ett mindre kostnadskrävande förfarande utan att *rimliga krav* på rättssäkerhet eftersatts”. Hur ett rimligt rättssäkerhetskrav skulle särskiljas från ett orimligt sådant, utvecklades sedan i följande intressanta ordalag:

”Den kritik som framförts mot de föreslagna riktlinjerna för förfarandet går ut på att den nya ordningen i olika avseenden är betänklig från rättssäkerhetssynpunkt. Jämförelse görs i regel med nuvarande ordning som därvid anses erbjuda ett större mått av rättssäkerhet. Enligt min mening är det missvisande att begränsa jämförelsen till det fall att rättegång verkligen kommer till stånd. Det är visserligen *uppenbart* att promemoriaförslaget på vissa punkter lämnar *mindre garantier än nu gällande regler för att ett materiellt riktigt avgörande kommer till stånd* i en påbörjad process. [...] Som jag har framhållit i det föregående används emellertid det nuvarande systemet i ganska obetydlig utsträckning. Främst av ekonomiska skäl anser part det i många fall uteslutet att hävda sin rätt vid domstol även om han har rätt i sak. [...] Med ett förenklat förfarande kan han erbjudas förbättrade möjligheter att få sin talan prövad vid domstol och framför allt att med processmöjligheten som påtryckningsmedel få

⁷⁰² Se t.ex. prop. 1973:87 s. 155 och SOU 1982:26 s. 212 ff. Se även Boman (SvJT 1/1973) s. 481 och Holstad (SvJT 1/1973) s. 488. Se även Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 278.

⁷⁰³ SOU 1982:26 s. 216.

⁷⁰⁴ SOU 1982:26 s. 217.

⁷⁰⁵ Prop. 1973:87 s. 156. Genom att ombuds- respektive biträdeskostnader sålunda undantogs från fördelningsreglerna kom parterna att behöva stå sina egna kostnader även vid vinst. I gengäld riskerade de inte att behöva ersätta motpartens rättegångskostnader vid förlust.

⁷⁰⁶ Boman (SvJT 1/1973) s. 481.

⁷⁰⁷ Se t.ex. prop. 1973:87 s. 134, 151 och 156. Se även Boman (SvJT 1/1973) s. 48s. 481 och Holstad & Larsson (1974) s. 22 samt Holstad (SvJT 1/1973) s. 488 och 491.

⁷⁰⁸ Holstad (SvJT 1/1973) s. 489.

⁷⁰⁹ Prop. 1973:87 s. 133.

till stånd en rimlig uppgörelse. Enligt min mening måste stor hänsyn tas till dessa omständigheter när man jämför nuvarande ordning med ett förenklat förfarande.”

Småmålslagens kostnadsregler skall således betraktas som en avvägning mellan (1) ”intresset av att upprätthålla bästa tänkbara garantier för ett riktigt domstolsavgörande i varje enskilt fall” och (2) ”intresset av att åstadkomma ett snabbt och kostnadsmässigt rimligt och därigenom också någorlunda ofta anlitat domstolsförfarande”.⁷¹⁰ För tvistemål om mindre värden fästes stor vikt vid punkten (2), och detta uttryckligen på bekostnad av punkten (1).

4.3.1.2 Kritiken mot småmålslagen

Småmålslagen var sammantaget avsedd att utjämna det övertag som en resursstark part (typiskt sett en näringsidkare) åtnjöt i förhållande till en resurssvag part (typiskt sett en konsument), primärt genom att neutralisera kostnadsrisken i processen och därigenom göra domstolarna tillgängliga för privatpersoner. I Rättegångsutredningens utvärdering av småmålslagen målades dock en dyster bild av lagens faktiska effekter, och detta av flera olika skäl:

För det första: Andelen småmål med en privatperson som kärende kom förvisso att öka, men inte tillnärmelsevis lika mycket som antalet småmål med en näringsidkare som kärende. Oavsett om privatpersonen uppträdde som kärende eller svarande, var dennas talan också i flertalet fall mer eller mindre utsiktslös. Av det sagda drog Rättegångsutredningen slutsatsen, att det ”inte [var] särskilt omtänksamt mot den enskilde att vägra biträdeshjälp”, eftersom ett ”juridiskt skolat biträde hade kunnat avråda från process”. En domstolsprocess är nämligen, med utredningens ord,

”... alltid förenad med besvär och kostnader även om småmålslagens kostnadsregel gjort åtminstone kostnadsansvaret mindre. Att den enskildes talan i småmål *så ofta framstår som meningslös* är baksidan av småmålslagens filosofi om förfarandets tillgänglighet och särskilt dess strävan efter att förtränga behovet av advokatmedverkan. En viktig uppgift för advokater är just att avråda klienten från process.”⁷¹¹

Enligt Rättegångsutredningen hade lagstiftaren varit ”överdrivet optimistisk” i sin tro att enskilda, även utan juridiskt biträde, skulle kunna bedöma i vilka fall deras anspråk kunde vinna framgång i en process, och därmed ”underskattat risken för

⁷¹⁰ Prop. 1973:87 s. 133 f.

⁷¹¹ SOU 1982:26 s. 52.

att anspråken inte är juridiskt hållbara”.⁷¹² Denna invändning är väl etablerad i den angloamerikanska litteraturen.⁷¹³

För det andra: Genom att vinnande part inte längre kunde få ersättning för ombuds- respektive biträdeskostnader neutraliserades visserligen den kostnadsrisk i processen som kan verka avhållande på vissa enskilda. Därigenom omöjliggjordes dock för resurssvaga parter att anlita ombud eller biträde, vilket kan verka avhållande på andra personer som helt enkelt inte förmår att föra sin talan själv. Rättegångsutredningen framförde därför farhågor över att småmålslagens kostnadsregler i själva verket verkade i strid med dess intentioner, genom att just avskräcka från process – inte tvärtom:

”Det går inte att få någon närmare uppfattning om hur många det ... är som inte vågar ställa upp ensamma i rättegång. Vi har anledning att tro att det finns ett långtifrån obetydligt antal människor för vilka *småmålslagens kostnadsregler av den nu berörda anledningen snarast framstår som ett hinder*, när det gäller att komma till sin rätt.”⁷¹⁴

För det tredje förklarade Rättegångsutredningen, i enlighet med den initiala remisskritik som hade riktats mot småmålslagen, att frånvaron av juridiskt biträde helt enkelt inte kunde kompenseras genom ökad aktivitet från domstolen. Avsaknaden av biträde satte därför

”... sina spår också när det gäller det materiella resultatet av en process. En insats från en advokat kan många gånger vara till fördel för parten, när det gäller att på ett juridiskt uttömmande och tillförlitligt sätt presentera de fakta han måste redovisa. En aldrig så välvilligt inställd domare kan inte alltid kompensera frånvaron av ett biträde. Denna frånvaro kan därför *i vissa fall resultera i en försämrad rättssäkerhet* och ett sämre genomslag för civilrätten.”⁷¹⁵

För det fjärde framhöll Rättegångsutredningen att lagstiftarens strävan efter att utjämna obalanserna i processen närmast hade medfört att balanserna förskjutits ytterligare. Småmålslagens kostnadsregler hade förvisso medfört en minskning av ombuds- respektive biträdesfrekvensen i mål om mindre värden,⁷¹⁶ men för denna minskning svarade huvudsakligen de privata parterna, som till följd av lagens kostnadsregler nödgades processa ensamma. Näringsidkarnas benägenhet att anlita

⁷¹² SOU 1982:26 s. 52.

⁷¹³ Se avsnitt 1.2.2.2 ovan. Problematik har också vitsordats i senare lagstiftningsssammanhang; se exv. prop. 1986/87:89 s. 70: ”Även om man ålägger domstolen en längre gående materiell processledning och förprocessuell rådgivning när käranden inte företräds av advokat, kan en sådan verksamhet från domstolens sida inte ersätta den vägledning en advokat kan ge före en process. Jag tänker då särskilt på den situationen att den rättssökande visserligen själv anser sig ha ett befogat anspråk, men detta av något skäl – t.ex. bristande juridisk hållbarhet eller bevisvärigheter – är utsiktslöst att driva i en domstolsprocess. En person utan juridiska kunskaper kan ha svårt att bedöma sin situation i detta hänseende, och resultatet kan bli att en domstolsprocess öppnas helt i onödan.”

⁷¹⁴ SOU 1982:26 s. 53.

⁷¹⁵ SOU 1982:26 s. 52.

⁷¹⁶ SOU 1982:26 s. 45.

juridiskt biträde påverkades dock, av diverse skäl,⁷¹⁷ inte av reformen. Även efter småmålslagens införande uppträdde således ”nästan alltid” ett juridiskt biträde för dessa:

”Med hänsyn till att näringsidkaren, när han väljer att processa, faktiskt anlitar ombud – trots småmålslagen – medan privatpersoner numera kommer ensamma och tvingas lita till hjälp från domstolen torde småmålslagen emellertid närmast ha *förstärkt den obalans*, som kan råda i en process mellan en näringsidkare och en privatperson. Det måste nämligen, som tidigare nämnts, generellt sägas vara en fördel att till sin hjälp ha ett eget professionellt ombud i en process.”⁷¹⁸

4.3.1.3 Småmålslagens inkorporering i rättegångsbalken

I Rättegångsutredningens förslag, som innebar att småmålslagen upphävdes för att istället inarbetas i rättegångsbalken,⁷¹⁹ upptogs ingen motsvarighet till småmålslagens partiella kvittningsregel.⁷²⁰ Istället föreslog utredningen att principen om full kostnadstäckning som huvudregel skulle äga tillämpning också i mål om mindre värden, men med en bibehållen möjlighet för domstolen att kvitta parternas rättegångskostnader i tvister mellan en konsument och en näringsidkare, när *konsumenten* tappat målet men haft skälig anledning att få tvisten prövad av domstol.⁷²¹ Rättegångsutredningen föreslog således skev kvittningsregel, som skulle verka till förmån för den typiskt sett svagare parten.⁷²²

Utredningens förslag till en ny fördelningsregel i tvistemål om mindre värden ledde emellertid inte till någon lagstiftning.⁷²³ Departementschefen menade nämligen att den kostnadsrisk som ligger i rättegångsbalkens huvudregel var ägnad att verka alltför avhållande på enskilda rättssökande, *även om den försågs med en utvidgad kvittningsmöjlighet*:

”Som jag ser det skulle emellertid den processavhållande effekten av att återinföra RB:s nuvarande kostnadsregler i mål om mindre värden lätt kunna bli alltför stark: endast den privatperson som är helt säker på att vinna vågar sig in i en process. Och det resonemanget håller streck även om man vid sidan av en återgång till RB:s kostnadsregler inför en särskild konsumentkostnadsregel av den typ som [RU] föreslår.

⁷¹⁷ Skälen här till är förstås, vilket Rättegångsutredningen (”RU”) förklarade, att det mera sällan är företagsekonomiskt motiverat för en näringsidkare att föra sin talan själv. Att processa tar tid från den egentliga vinstgivande affärsverksamheten och är därför kostsam. Därtill kommer att näringsidkaren, till skillnad från konsumenten, kan dra av kostnaderna för ombud eller biträde mot skattepliktig inkomst; den förre processar till skillnad från den senare på ”obeskattade medel”. Näringsidkaren kan även, återigen till skillnad från konsumenten, ha möjlighet att fördela kostnadsrisken på flera processer. Se distinktionen mellan OSL och RPL i avsnitt 2.2.2.2 ovan, och här till exv. SOU 1982:26 s. 54 och 228 och Ekelöf, Bylund & Edlestam (2006) s. 333.

⁷¹⁸ SOU 1982:26 s. 55.

⁷¹⁹ Prop. 1986/87:89 s. 1 och 68 ff.

⁷²⁰ Jfr Bengtsson, Per-Anders, *Dags att damma av RB 18 kap. 8 a, den s.k. begränsningsregeln i småmål* (TSA 2/1996b) s. 6.

⁷²¹ Prop. 1986/87:89 s. 71.

⁷²² Se avsnitt 4.1.1 ovan och jfr Lindblom (2008a) s. 44 f.

⁷²³ Bengtsson (TSA 2/1996b) s. 6, Lindblom (2008a) s. 45 fn. 42 och Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 152.

Risken att behöva stå för sina egna ombudskostnader, vilka lätt går upp till ganska stora belopp, torde i många fall vara tillräckligt avhållande.”⁷²⁴

Som kommer att framgå i kapitel 5 var det dock inte uteslutande (eller ens huvudsakligen) av omsorg om den enskilda som departementschefen ville behålla småmålslagens kvittningsregel – detta hade också statsfinansiella förklaringar.⁷²⁵

I stället för en skev kvittningsregel kom småmålslagens partiella kvittningsregel, i mer eller mindre oförändrat skick, att införas som en ny paragraf i rättegångsbalkens 18 kapitel: 8 a §. Sålunda gäller numera i småmål, att ersättning för biträdeskostnader endast får omfatta ”rättslig rådgivning under en timme vid ett tillfälle för varje instans och med belopp som motsvarar högst den ersättning som betalas för rådgivning enligt rättshjälpslagen (1996:1619) under en timme”.⁷²⁶ Och som framgår av förarbetena är det bärande argumentet för (partiell) kvittning fortfarande att rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning riskerar att verka alltför processavskräckande/-avhållande, och detta även om huvudregeln förses med utvidgade undantag (genom en skev ”konsumentkostnadsregel”). Mot denna bakgrund skall jag nu diskutera vilka biträdeskostnader som ersätts enligt den alltjämt gällande partiella kvittningsregeln.

4.3.1.4 Biträdeskostnad motsvarande rättslig rådgivning under en timma

Ersättning för biträdeskostnader i förenklade tvistemål får som huvudregel högst utgå med ett belopp som motsvarar den ersättning som utgår enligt rättshjälpslagen för en timmas rättslig rådgivning enligt den så kallade ”rättshjälpstaxan”,⁷²⁷ medan kostnader som överstiger detta belopp kvittas mellan parterna. Till detta kommer att

⁷²⁴ Prop. 1986/87:89 s. 71.

⁷²⁵ Se avsnitt 5.2.3.2 nedan.

⁷²⁶ RB 18 kap. 8 a § 2 st. 1 p. RB 18 kap. 8 § behandlar endast vilka kostnader som skall ersättas, men inte vem som skall ersätta dem. I denna del får man således falla tillbaka på huvudregeln i RB 18 kap. 1 §.

⁷²⁷ Om denna taxa; se avsnitt 5.6 nedan

ersättningen endast får avse ”rättslig rådgivning”,⁷²⁸ vilket vållat vissa tolknings- och tillämpningsproblem.⁷²⁹

Rättslig rådgivning är nämligen inte detsamma som rättsligt biträde i själva domstolsprocessen, utan med rättslig rådgivning i lagrummets mening avses ”rådgivning angående det materiella rättsläget och biträde vid kontakter med motparten”.⁷³⁰ Vad som ersätts enligt den ifrågavarande punkten är således *förprocessuell rådgivning*, det vill säga sådan rådgivning som går ut på att parten skall informera sig om rättsläget för att kunna ta ställning till om, och i så fall hur, vederbörande kan gå vidare i processen.⁷³¹ Arbetet med att utföra partens talan *under själva processen* kan således aldrig ersättas som rådgivning i paragrafens mening.⁷³²

Att ersättning överhuvudtaget utgår för viss förprocessuell rådgivning skall förstås mot bakgrund av den omfattande remisskritik som riktades mot lagstiftarens förslag, enligt vilket domstolen skulle ”kompensera” frånvaron av biträde i småmålsprocessen, framförallt genom en mer aktiv materiell processledning – något som remissinstanserna ansåg var både olämpligt och så gott som omöjligt.⁷³³ För att i viss mån tillmötesgå denna kritik infördes ifrågavarande regel – närmast som en säkerhetsventil.⁷³⁴ I senare lagstiftningssammanhang har lagstiftaren också uttryckt, att regeln ”förhållandevis väl” fyller denna funktion.⁷³⁵ I klartext anses alltså domstolens materiella processledning kunna ”ersätta” behovet av biträde *under* processen, men inte *innan* processen.

⁷²⁸ Huvudregeln att ersättning för biträdeskostnader endast får avse rättslig rådgivning under en timma (enligt rätts-hjälpsaxan) kom sedermera att förses med två undantag, som – för fullständighetens skull – bara parentetiskt skall nämnas:

För det första gäller särskilda regler om målet efter bestridande har *överlämnats från KFM* och hos TR:n *avgörs genom tredskodom*. I dessa situationer kan vinnande part erhålla ytterligare ersättning motsvarande en halvtimmes arbete enligt rättshjälpslagen, såvida särskilda skäl inte föranleder en annan bedömning; se RB 18 kap. 8 a § 7 st. Detta undantag infördes i syfte att stävja missbruk av processmöjligheten i samband med summarisk process – i praktiken för att motverka ogrundade bestridanden hos KFM; se prop. 1986/87:89 s. 120 f. och 162, samt prop. 1999/2000:26 s. 100. Om gäldenären (utan grund) bestrider en ansökan om betalningsföreläggande och sedan uteblir från handläggningen i TR:n – och därigenom framkallar en tredskodom mot sig själv – åtnjuter vederbörande således inte fullt skydd mot motpartens kostnader. Se vidare Sjövall (2007) s. 220 och Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 157 f. Tilläggas bör också att det i mål som på detta vis inleds genom ansökan om betalningsföreläggande finns särskilda regler i RB 18 kap. 8 a § 6 st. avseende kostnaderna hos KFM, enligt vilka reglerna i lagen (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning skall tillämpas.

För det andra får rätten förpliktiga tappande part att till motparten utge ersättning för samtliga kostnader, om den tappande parten *föranlett onödigt rättegång* eller gjort sig skyldig till *försumlig processföring*; se RB 18 kap. 8 a § 3 st. m.h.t. RB 18 kap. 3 och 6. I likhet med ovanstående undantag syftar det förevarande till att stävja illojala förfaranden, genom att låta den som saboterar rättegången också stå den merkostnad som sabotaget medför. Se vidare prop. 1999/2000:26 s. 99 ff. och härtill Sjövall (2007) s. 221 och Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 160 f.

⁷²⁹ Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 155.

⁷³⁰ Prop. 1973:87 s. 156.

⁷³¹ Jfr prop. 1986/87:89 s. 70, där det talas om ”kostnader som uppkommer när [parten] vänder sig till en advokat för att få råd huruvida det lönar sig att väcka talan och hur talan i stora drag bör läggas upp”.

⁷³² Detta klargjordes tydligt i förarbetena (prop. 1986/87:89 s. 70), där DepC anförde följande: ”Parten har alltså möjlighet att få ersättning för de kostnader som uppkommer när han vänder sig till en advokat för att få råd huruvida det lönar sig att väcka talan och hur talan i stora drag bör läggas upp. Själva processföringen inför domstolen får parten däremot sköta på egen hand.” Jfr Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 156: ”[R]ättslig rådgivning under en timme är inte samma sak som den första timmens processföring.” Se härtill RH 2005:75 och RH 2006:38, samt även Sjövall (2007) s. 223.

⁷³³ Se t.ex. Dsju 1972:6 s. 74 f. samt prop. 1973:87 s. 84 ff., 147 ff. och 153 ff.

⁷³⁴ Enligt prop. 1973:87 s. 157 skulle regeln tillgodose ”det behov av biträde som ibland kan föreligga” och som inte kunde tillgodoses genom domstolens processledning.

⁷³⁵ Prop. 1986/87:89 s. 70.

En förutsättning för att ersättning skall utgå enligt undantagsregeln i rättegångsbalkens 18 kapitel 8 a § är dock, i likhet med huvudregeln i 8 §, att kostnaden varit *skäligen påkallad för tillvaratagande av partens rätt*.⁷³⁶ Detta rekvisit ägnades intresse i diskussionen kring de ordinära tvistemålen ovan, men något ytterligare skall här tilläggas eftersom tillämpningen av rekvisitet i tvistemål om mindre värden i viss mån avviker från de sedvanliga tvistemålen.

4.3.1.5 Skäligen påkallade biträdeskostnader i småmål

Redogörelsen ovan ger vid handen att det i princip alltid anses vara en erforderlig åtgärd att anlita ett biträde i ett vanligt tvistemål. Den enskildas biträdesbehov skall alltså inte prövas per se – tvärtom presumeras parten ha ett behov av biträde. I tvistemål om mindre värden är rättsläget annorlunda, åtminstone såvitt avser näringsidkare. I NJA 2007 s. 579 fastslog nämligen Högsta domstolen att kostnad för rättslig rådgivning inte alltid skall betraktas som skäligen påkallad för tillvaratagande av partens rätt vid tillämpningen av rättegångsbalkens 18 kapitel 8 a §. Omständigheterna i målet var i korthet följande:

A – ett parkeringsbolag – ansökte om betalningsföreläggande hos KFM och yrkade att B skulle förpliktas att betala en kontrollavgift om 350 kr. Bolaget yrkade också ersättning för sina kostnader i målet avseende ansökningsavgift med 300 kr, ombudskostnader med 340 kr och inkassokrav med 160 kr. Efter att B hade bestridit ansökningen överlämnades målet på bolagets begäran till TR:n. Inför TR:n bestred B käromålet på den grunden att parkeringsautomaten hade varit trasig. Han vitsordade dock de yrkade beloppen som skäligen i och för sig. TR:n fann att A inte hade styrkt att parkeringsautomaten var hel och ogillade därför talan. A överklagade till HovR:n och yrkade ersättning för sina kostnader även där. I sak biföll HovR:n A:s talan, men uttalade följande beträffande biträdeskostnaderna:

”Detta mål har rört frågor som rutinmässigt uppkommer i mål om kontrollavgift och med vilka ett stort parkeringsbolag får anses vara väl förtroget. Något behov av rättslig rådgivning i hovrätten har därmed inte förelegat för bolaget varför kostnaden härför inte har varit skäligen påkallad för tillvaratagande av bolagets rätt. Bolaget skall därför inte tillerkännas ersättning för rättegångskostnader utöver dem som uppstod vid tingsrätten.”

A överklagade till HD och yrkade bifall till sitt yrkande om ersättning för rättegångskostnader i HovR:n, samt fordrade även ersättning för sina rättegångskostnader i HD. I sina domskäl förklarade HD, att A:s rättegångskostnader bara i begränsad utsträckning skulle ersättas enligt bestämmelserna i RB 18 kap. 8 a §, och anförde sedan följande:

”Tvisten har rört kontrollavgift vid olovlig parkering och anknyter därmed direkt till den av bolagets två verksamhetsgrenar som avser parkeringsövervakning. När en

⁷³⁶ RB 18 kap. 8 a § 3 st.

tvist om mindre värden på detta sätt har *samband med själva kärnområdet för partens näringsverksamhet*, får behovet av rättslig rådgivning betraktas som förhållandevis litet. Om en tvist ger upphov enbart till rättsliga frågeställningar av *okomplicerad eller mer återkommande natur i verksamheten*, får parten förutsättas ha tillräckliga insikter i det materiella rättsläget och möjlighet att göra de processuella överväganden som behövs, utan att anlita juridiskt biträde av utomstående. Att parten skulle söka externt biträde varje gång sådana frågor uppstår i en tvist och att motparten skulle kunna förpliktas att ersätta kostnaden framstår inte som påkallat.”

Mot denna bakgrund konstaterade Högsta domstolen att det inte är skäligen påkallat för en näringsidkare (som inte bedriver verksamhet i ”mycket liten omfattning”) att anlita biträde i ett småmål, om målet (1) rör kärnverksamheten och (2) är av okomplicerad eller återkommande art.⁷³⁷ Huvudregeln är således att ersättning för rättslig rådgivning inte skall utgå till sådana käranden som inom ramen för sin kärnverksamhet ofta för talan om små belopp – exempelvis parkeringsbolag, telefonbolag, elbolag, försäkringsbolag – under förutsättning att det enskilda fallet inte aktualiserar ovanliga eller komplicerade frågor.

4.3.2 Partiell kvittning – fördel eller nackdel för den svagare parten?

Som framgått ovan syftar den särskilda kostnadsregeln i småmål till att göra domstolarna tillgängliga framförallt för konsumenter, genom att eliminera kostnadsrisken i processen. Kvittningsregeln är dock tvåsidig, och slår således åt båda hållen.⁷³⁸

Förvisso har andelen småmål med en fysisk person som kärande ökat, men denna ökning motsvaras till stor del av sådana mål då kärandens talan är helt utsiktslös. Som Rättegångsutredningen konstaterade är en viktig uppgift för advokater just att *avråda klienten från process*, och att privatpersoner utan biträde – av ren okunskap – inleder onödiga rättegångar är naturligtvis dåligt för alla (för parten själv, för motparten och för samhället). Denna inställning delades också av departementschefen, som dock ansåg att rätten till ersättning för en timmas rättslig rådgivning väl tillgodosåg behovet av förprocessuell rådgivning, syftande till att undvika onödiga processer.

Antalet småmål med en enskild som kärande ökade inte heller tillnärmelsevis lika mycket som antalet småmål med en näringsidkare som kärande. I det ”typiska” småmålet initierar således inte en konsument en process mot en näringsidkare för att hävda sina konsumenträttigheter – vilket framstår som det tyfäll lagstiftaren har utgått ifrån i diskussionen – utan istället initierar ett större företag en process mot en

⁷³⁷ Förvisso avsåg avgörandet kostnaderna i HovR:n, men jag delar uppfattningen hos Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 156 f., att formuleringen är sådan ”att det knappast kan råda någon tvekan om att resonemanget även är tillämpligt på rättslig rådgivning i tingsrätten”.

⁷³⁸ Jfr SOU 1982:26 s. 225: ”Kostnadsreglerna verkar i princip åt två håll. Vinner man en fördel i visst hänseende med en regel, uppkommer merendels en nackdel i något annat hänseende.” Se även Lindblom (2008a) s. 44.

konsument avseende en obetald småfaktura.⁷³⁹ I denna process kommer konsumenten i normalfallet inte kunna anlita biträde, eftersom biträdeskostnaden inte ersätts. Näringsidkaren kommer dock – typiskt sett – att anlita biträde och betala kostnaden med obeskattade medel. I denna situation medför den särskilda kostnadsregeln för småmål att svaranden som har fog för sin inställning hamnar i ett sämre läge än om rättegångsbalkens huvudregel hade tillämpats, eftersom dessa tvingas processa utan juridisk hjälp mot en motpart med juridisk sakkunskap.⁷⁴⁰ Däremot gynnar regeln svaranden som endast vill få till stånd ett anstånd med betalningen, eftersom dessa mot bättre vetande kan bestrida utan att riskera att ådra sig några större processkostnader. För käranden blir situationen densamma. Regelverket gynnar parter som har en svag eller obefintlig grund för sin talan (eftersom dessa kan använda domstolsprocessen som ett påtryckningsmedel utan någon betydande kostnadsrisk) och missgynnar parter som har fog för sin talan (eftersom dessa måste stå för sina egna biträdeskostnader även vid en framgångsrik process).⁷⁴¹ Att en kvittningsregel har dessa effekter är väldokumenterat i den amerikanska litteraturen, och är den vanligaste invändningen mot ”the American Rule”.

Som Rättegångsutredningen kunde påvisa föreligger det också, föga förvånande, ett tydligt samband mellan å ena sidan möjligheten att få ersättning för ombuds- respektive biträdeskostnader och å andra sidan möjligheten för resurssvaga parter att anlita ett ombud eller biträde och därigenom föra sin talan på ett effektivt sätt. Att vinnande part erhåller full kostnadstäckning enligt huvudregeln i rättegångsbalken 18 kapitlet 1 § är således ägnat att säkerställa den *processuella balansen* mellan parterna, eftersom resurstarka parter erfarenhetsmässigt låter sig representeras av biträde oavsett om de får ersättning för kostnaderna eller ej.⁷⁴² Följaktligen riskerar en tillämpning av kvittningsprincipen enligt undantagsregeln i rättegångsbalken 18 kapitlet 8 a § att rentav förskjuta balanserna ytterligare i en redan obalanserad process. Gräset är dock inte alltid grönnare på den andra sidan, för som bekant ligger i principen om full kostnadstäckning även en kostnadsrisk, och den avskräckande effekten skall inte underskattas.

Mycket förenklat skulle man möjligen kunna påstå att en tillämpning av kvittningsprincipen å ena sidan kan bidra till ökat tillträde till domstol för kostnadskänsliga parter (”Access to Court” i formell mening),⁷⁴³ eftersom kostnadsrisken därigenom neutraliseras.⁷⁴⁴ En tillämpning av principen om full kostnadstäckning kan dock,

⁷³⁹ Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 161. Enligt Lindblom (2008a) s. 42 fn. 34 är det bara ”ett par procent av småmålen som anhängiggörs av konsumenter”.

⁷⁴⁰ Jfr Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 163.

⁷⁴¹ Jfr Almkvist & Elofsson (SvJT 2/2013) s. 168.

⁷⁴² Att så är fallet än idag framgår exv. i Sjövall (2007) s. 225: ”Det konsumentskyddande syftet med kostnadsregeln går i viss mån förlorat, därför att företaget oftast företräds av ombud. Det blir inte särskilt mycket dyrare för företaget att anlita ett ombud än att avsätta tid för den egna personalen att handha målet. Ersättning utgår av obeskattade medel. [...] Konsumenten däremot företräds i regel aldrig av ombud varför en bristande jämvikt uppstår i processen.”

⁷⁴³ Jfr Holstad & Larsson (1974) s. 9, som anger att småmålslagen syftade till att ”göra de allmänna domstolarna mera lättillgängliga för den enskilde” och därigenom ”öka den enskildes möjligheter att anlita domstol för prövning av civilrättsliga tvister.”

⁷⁴⁴ Se även Larsson (1976) s. 259.

å andra sidan, skapa bättre förutsättningar för en rättvis och effektiv – låt vara mer riskfylld – domstolsprövning för båda parterna ("Effective Access to Court"/"Fair Trial"), eftersom det därigenom skapas bättre förutsättningar jämväl för resurssvaga parter att anlita juridiskt biträde.⁷⁴⁵ Vilket utav dessa två intressen som bör tillmätas störst vikt går naturligtvis inte att besvara en gång för alla. Även om intentionerna bakom småmålslagen och dess motsvarighet i rättegångsbalken 18 kapitlet 8 a § varit "goda" – i den bemärkelsen att de syftat till att göra domstolarna tillgängliga för gemene man – inställer sig dock oundvikligen frågan, om inte lagstiftaren härigenom gjorde den enskilda en björntjänst. Att människor bereds tillträde till domstol synes nämligen mindre betydelsefullt, om dessa likafullt saknar förutsättningar att inför domstolen tillvarata sina intressen.⁷⁴⁶

4.4 Fakultativ kvittning som undantag från huvudregeln i allmän domstol

Måhända behöver det dock inte vara frågan om att antingen tillförsäkra enskilda antingen tillträde till domstol eller en effektiv/rättvis domstolsprövning. I Rättegångsutredningens förslag låg nämligen en ordning inom vilken den svagare parten skulle kunna tillförsäkras både och, genom en bibehållen huvudregel om full kostnadstäckning vid vinst och en fakultativ/skev kvittningsmöjlighet vid förlust. En sådan fördelningsmekanism tillämpas också i ett antal civilprocessuella måltyper, enligt vad jag skall visa – genom ett antal exempel – i detta och nästföljande avsnitt.

4.4.1 Fördelningen mellan parterna i arbetstvister⁷⁴⁷

I arbetsrättsliga tvister äger rättegångsbalkens regler för dispositiva tvistemål tillämpning, såvida arbetstvistlagen inte föreskriver en därifrån avvikande ordning.⁷⁴⁸ Såvitt avser fördelningen av rättegångskostnaderna mellan parterna följer av det sagda, att den part som tappat målet som utgångspunkt skall förpliktigas att ersätta vinnande part dennas biträdeskostnader i enlighet med huvudregeln i rättegångsbalken 18 kapitlet 1 §.⁷⁴⁹ Arbetstvistlagen innehåller dock en fakultativ undantagsregel från principen

⁷⁴⁵ Jfr Rowe Jr. (Duke L.J. 1982/1982) s. 663 f.

⁷⁴⁶ Jfr Lindblom (2008a) s. 42: "[I] småmål (process rörande värden upp till ett halvt basbelopp) får vinnande part inte ersättning för ombudskostnader. Men att den enskilda skadan är fragmentarisk betyder ju inte att tvisten är juridiskt okomplicerad eller bevismässigt enkel och att käranden därför bör kunna klara sig utan ombud."

⁷⁴⁷ Med "arbetstvister" avses tvister om kollektivavtal och andra tvister rörande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare; se LRA 1 kap. 1 § 1 st. och härtill Gellner, Lars & Sydolf, Lars, *Twistlösning i arbetsrätten – Förhandling och process* (2005) s. 15 ff., Malmberg, Jonas, *Begreppet arbetstvist*, i Eklund, Lars Johan (red.), *Rättegången i arbetstvister: Lagkommentar och uppsatser* utgivna av Arbetsrättsliga föreningen (2005) s. 47-55 (s. 47 ff.) och Boman, Robert, *Rättegången i arbetstvister* (1977) s. 5 ff.

⁷⁴⁸ LRA 5 kap. 3 §. RB:s regler för dispositiva tvistemål äger alltså supplementär tillämpning i arbetstvister; se vidare Eklund, Lars Johan, *Rättegångskostnad*, i Eklund, Lars Johan (red.), *Rättegången i arbetstvister: Lagkommentar och uppsatser* utgivna av Arbetsrättsliga föreningen (2005) s. 268-273 (s. 268), Gellner & Sydolf (2005) s. 248 och Boman (1977) s. 5.

⁷⁴⁹ Eklund (2005) s. 268.

om full kostnadstäckning,⁷⁵⁰ enligt vilken både tingsrätt och Arbetsdomstolen kan förordna att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad, närmare bestämt om tappande part *haft skäligen anledning att få tvisten prövad*.⁷⁵¹ I arbetstvister har således både tingsrätt och Arbetsdomstolen en mer vidsträckt möjlighet att – efter en skälighetsbedömning in casu – förordna om kvittning än vad som eljest är möjligt i dispositiva tvistemål.⁷⁵² Denna kvittningsregel verkar numera, enligt sin ordalydelse, till förmån för både arbetstagaren och arbetsgivaren.

4.4.1.1 Kvittning enligt lagen om arbetsdomstol

Den ifrågavarande regeln i arbetstvistlagen har sin grund i den upphävda lagen om arbetsdomstol.⁷⁵³ Enligt den sistnämnda lagen ägde Arbetsdomstolen förordna att vardera parten skulle bära sin kostnad när den tappande parten (vilket torde avse käranden⁷⁵⁴), *haft skäligen anledning att få tvisten prövad* av domstol.⁷⁵⁵ Denna från rättegångsbalken avvikande ordningen motiverades ursprungligen med hänvisning till att de mål som kunde bli föremål för prövning vid Arbetsdomstolen ofta avsåg svårbedömda rättsfrågor, vars lösning var av stort intresse för båda parterna – inte blott i det enskilda fallet utan jämväl för framtiden, exempelvis ifråga om kollektivavtalstolkning. Mot denna bakgrund ansågs det ”orättvist” att alltid låta tappande part ersätta vinnande part dennas rättegångskostnader.⁷⁵⁶ I jämförelse med tvistemål om mindre värden framträder således ett andra argument för en utvidgad möjlighet till kvittning: att det klagande som domen innebär *ligger i båda parternas intresse*.

I samband med rättegångsbalkens tillkomst diskuterades huruvida den särskilda undantagsregeln i lagen om arbetsdomstol skulle slopas i syfte att skapa konsekvens mellan denna lags kostnadsregler och nya rättegångsbalkens dito. I en av Lindhagen – Arbetsdomstolens dåvarande ordförande – utarbetad promemoria kritiserades emellertid dessa tankegångar.⁷⁵⁷ Enligt Lindhagen kunde det i många fall vara stötande att inte kvitta parternas kostnader inför Arbetsdomstolen, inte minst därför att rättsläget i dessa mål ofta var oklart.⁷⁵⁸ Någon harmonisering av kostnadsreglerna följde inte heller i nya rättegångsbalkens kölvatten.

4.4.1.2 Kvittning enligt arbetstvistlagen

När lagen om arbetsdomstol sedermera ersattes genom antagandet av arbetstvistlagen upptogs frågan hur rättegångskostnaderna i arbetstvister skulle fördelas mellan

⁷⁵⁰ Eklund (2005) s. 268. Se även AD 1981 nr 46.

⁷⁵¹ LRA 5 kap. 2 § 1 st. Av praxis följer att denna regel endast är tillämplig då domstolen har avgjort målet i sak; se AD 2002 nr 21 och AD 2016 nr 44.

⁷⁵² Jfr SOU 1974:8 s. 140.

⁷⁵³ Lagen (1928:254) om arbetsdomstol (”LAD”) ersattes av arbetstvistlagen; se prop. 1974:77 s. 61.

⁷⁵⁴ Jfr Lindblom (2008a) s. 133 samt vad som anförts i och vid fn. 786-787 nedan. Med den typologi som introducerades i avsnitt 4.1.1 ovan rör det sig således om en ensidig kvittningsregel, som verkar till kärandens fördel som tappande part.

⁷⁵⁵ LAD 28 § och härtill SOU 1974:8 s. 70 samt prop. 1974:77 s. 44.

⁷⁵⁶ SOU 1974:8 s. 140.

⁷⁵⁷ Lindhagen, Arthur, *PM rörande vissa med anledning av nya rättegångsbalkens tillkomst erforderliga ändringar i lagen den 22 juni 1928 om arbetsdomstol jämte andra i samband därmed stående frågor* (1946).

⁷⁵⁸ Lindhagen (1946) s. 53 ff. Se härtill Jacobsson (1964) s. 180.

parterna till förnyad diskussion. I sitt slutbetänkande *Rättegången i arbetstvister* (SOU 1974:8) anslöt sig Utredningen rörande ökad anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen som utgångspunkt till vad Processkommissionen och Processlagberedningen tidigare anfört i förarbetena till rättegångsbalken, såvitt avsåg kostnadsreglernas *rättsskyddande funktion* till förmån för vinnande part:

”Enligt utredningens mening bör även för rättegången i AD gälla den huvudregel om fördelningen av rättegångskostnaderna mellan parterna som föreskrivs i 18 kap 1 § RB. Denna regel bidrar till att *garantera rättsskyddet åt den som har rätt i sak*. Skulle vinnande part alltid själv få bära sina kostnader kunde följden bli att det i många fall inte skulle löna sig att göra sin rätt gällande.”⁷⁵⁹

Utredningen fann dock att rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning ”ibland [kunde] leda till ett resultat som framstår som alltför hårt mot den förlorande parten”. Mot bakgrund dels av att utgången i en arbetstvist – särskilt i kollektivavtalstvister – många gånger var svårbedömd, dels av att båda parterna inte sällan hade ett intresse av att få rättsläget klarlagt, menade utredningen att det var befogat att i arbetstvistlagen behålla en särskild undantagsregel, enligt vilken Arbetsdomstolen gavs en i jämförelse med sedvanliga tvistemål mer vidsträckt befogenhet att kvitta parternas kostnader.⁷⁶⁰ Till denna ståndpunkt anslöt sig sedermera departementschefen:

”När parterna utgörs av organisationer är avsikten med deras talan ofta att *få till stånd ett vägledande avgörande*. Att i dessa fall strikt hålla fast vid principen att den förlorande parten skall ersätta motparten hans kostnader synes inte befogat. Beträffande enskilda parter kan denna princip medföra att den *alltför starkt påverkar dem att inte inlåta sig på rättegång vare sig som kärande eller svarande*. Den kan nämligen ibland leda till ett resultat som framstår som alltför hårt mot den förlorande parten. Omständigheterna kan ha varit sådana att hans talan ingalunda har tett sig obefogad. Utgången kan ha berott på omständigheter som från början varit okända för honom. Rättsläget kan också ha varit mycket svårbedömt.”⁷⁶¹

Mot denna bakgrund ansåg inte departementschefen att rättegångsbalkens kvittningsregler var tillräckliga, och biträdde utredningens förslag, med följande tillägg:

”Föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att vardera parten svarar för sina kostnader, bör AD i princip ha möjlighet att förordna härom oavsett vilken part som förlorat målet. Som utredningen framhållit bör *den särskilda bestämmelse som lagen om anställningsskydd innehåller i detta hänseende dock inte rubbas*. Denna bestämmelse har antagits av riksdagen så sent som i höstas, och därefter har inget inträffat som gör det befogat att ändra den. Ett undantag för denna bestämmelse bör därför uppställas.”⁷⁶²

⁷⁵⁹ SOU 1974:8 s. 140.

⁷⁶⁰ SOU 1974:8 s. 140. Beträffande rättegången i TR förklarade utredningen att samma skäl för kvittning ”uppenbarligen” gjorde sig gällande; se a. SOU s. 143.

⁷⁶¹ Prop. 1974:77 s. 124 f. Se även a. prop. s. 127 ang. sådana mål där TR är första instans.

⁷⁶² Prop. 1974:77 s. 125.

Med denna motivering infördes sålunda en särskild kvittningsregel i arbetstvistlagen, genom vilken både tingsrätt och Arbetsdomstolen gavs möjlighet att kvitta parternas kostnader om tappande part haft skälig anledning att få tvisten prövad, och detta oavsett om det var arbetstagaren eller arbetsgivaren som väckt talan i målet.⁷⁶³

I sin ursprungliga lydelse innehöll dock arbetstvistlagen ett undantag från undantaget; den ifrågavarande kvittningsregeln – som kunde tillämpas till förmån för båda parterna – skulle inte äga tillämpning i anställningsskyddsmål. Dåvarande lagen om anställningsskydd⁷⁶⁴ – vartill departementschefen hänvisade i det ovan citerade uttalandet – innehöll nämligen redan en skev kvittningsregel som enbart verkade till arbetstagarens förmån; domstolen kunde förordna att vardera parten skulle bära sin kostnad endast om *arbetstagaren* tappat målet och haft skälig anledning att få tvisten prövad.⁷⁶⁵ Och som framgår önskade man från lagstiftarens sida inte frångå denna skeva fördelningsregel genom införandet av den generella kvittningsregeln för arbetstvister i allmänhet.

4.4.1.3 Kvittning (endast till förmån för arbetstagaren) enligt lagen om anställningsskydd

Den skeva kvittningsregeln i 1974 års lag om anställningsskydd tillkom efter förslag från Utredningen rörande ökad anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen. I sitt betänkande *Trygghet i anställningen* (SOU 1973:7) framhöll utredningen, att rättegångskostnaderna i arbetstvister ofta kunde

”... uppgå till sådana belopp, att arbetstagaren inför risken att behöva stå för dessa kostnader *drar sig för att påkalla prövning av uppsägningens giltighet*. Visserligen föreligger i vissa fall möjlighet för arbetstagaren till fri rättshjälp men därigenom erhålls inte täckning för den kostnad som arbetstagaren kan förpliktigas att utge till arbetsgivaren. De s.k. rättsskyddsförsäkringarna gäller inte i anställningstvister.”⁷⁶⁶

Mot denna bakgrund föreslog utredningen en regel, vars syfte var att ”skydda arbetstagaren mot att behöva betala arbetsgivarens rättegångskostnad för det fall att han visserligen förlorar sin talan men likväl haft skälig anledning att få tvisten prövad”.⁷⁶⁷

I likhet med småmålslagens partiella kvittningsregel var syftet med den skeva kvittningsregeln i 1974 års lag om anställningsskydd att nedbringa den kostnadsrisk som ligger i rättegångsbalkens huvudregel och därigenom motverka den

⁷⁶³ Se Eklund (2005) s. 268. Beträffande undantagsregelns räckvidd har AD i AD 1981 nr 46 förklarar, att DepC:s nyss återgivna uttalande nära överensstämde ”med den motivering som vid tillkomsten av lagen (1974:8) om rättegången i tvistemål om mindre värden (småmålslagen) anfördes till stöd för att införa en motsvarande kvittningsbestämmelse i den lagen. I samband därmed uttalades att bestämmelsen skulle gälla såväl fall då rättsfrågan hade varit oviss som fall då tvivel hade förelagat i fråga om de faktiska omständigheterna.” Se även Gellner & Sydolf (2005) s. 249. Av AD:s praxis torde man dock kunna dra slutsatsen, att ett ovisst rättsläge utgör en starkare grund för kvittning än ett ovisst bevisläge; se a.a. s. 249 ff. för en översiktlig redogörelse för denna praxis.

⁷⁶⁴ Lagen (1974:12) om anställningsskydd (”ÅLAS”).

⁷⁶⁵ ÅLAS 41 § 3 st.

⁷⁶⁶ SOU 1973:7 s. 166.

⁷⁶⁷ SOU 1973:7 s. 166. Se även a. SOU s. 213 och prop. 1973:129 s. 79.

processavskräckande effekt som principen om full kostnadstäckning kan ge upphov till. Risken att vid en eventuell förlust behöva betala motpartens rättegångskostnader ansågs helt enkelt kunna avskräcka en typiskt sett ekonomiskt svagare arbetstagare från att hävda sina rättigheter gentemot en typiskt sett ekonomiskt starkare arbetsgivare.⁷⁶⁸

I propositionen som föregick 1974 års lag om anställningsskydd anslöt sig departementschefen till utredningens förslag,⁷⁶⁹ och en skev kvittningsregel infördes därmed i anställningsskyddstvister.⁷⁷⁰ Denna regel, som alltså endast verkade till förmån för arbetstagaren, ville inte departementschefen ”rubba” genom införandet av den generella kvittningsregeln i arbetstvistlagen.⁷⁷¹ Det skulle dock inte dröja länge förrän den skeva kvittningsregeln upphävdes.

Redan tre år efter det att 1974 års lagar om anställningsskydd respektive rättegång i arbetstvister hade införts tillsattes Anställningsskyddskommittén med uppdrag att företa en allmän översyn över anställningsskyddslagstiftningen.⁷⁷² Kommittén skulle enligt direktiven redovisa sitt utredningsarbete i ett samlat slutbetänkande år 1981, men istället lades utredningen ner samma år, sedan vissa kommittéledamöter hade gett till känna att de inte avsåg att medverka i utredningsarbetet. Det material som kommittén hade utarbetat färdigställdes därför internt inom departementet, och presenterades efter vissa tillägg i departementspromemorian *Anställningsskydd* (DsA 1981:6). Beträffande den skeva kvittningsregeln i 1974 års lag om anställningsskydd uttalades följande:

”Den särskilda regeln i 41 § sista stycket om kvittning av rättegångskostnader *synes också kunna undvaras*. Det är att märka att arbetstvistlagen innehåller i 5 kap. 2 § en liknande regel, med den skillnaden att kvittning kan ske även om det är arbetsgivaren som förlorar målet men haft skäligen anledning att få tvisten prövad. Det ligger nära till hands att låta denna allmänna regel gälla generellt för arbetstvister, även anställningsskyddstvister. Någon ändring av större betydelse av domstolspraxis torde inte komma ifråga, eftersom det skall göras en skälighetsbedömning före beslut om kvittning av kostnaderna *och det ligger i sakens natur att kvittning behövs i första hand när det är en enskild arbetstagare som förlorar målet.*”⁷⁷³

När 1974 års lag om anställningsskydd sedermera ersattes av lagen (1982:80) om anställningsskydd,⁷⁷⁴ hade departementschefen bytt fot – den ensidiga kvittningsregeln som tidigare inte skulle ”rubbas” kunde nu, i enlighet med förslaget i departementspromemorian, ”utgå”.⁷⁷⁵ Nu gällande lag om anställningsskydd har således inte

⁷⁶⁸ Se vidare SOU 1973:7 s. 213 och härtill SOU 1974:8 s. 140 f.

⁷⁶⁹ Detta trots att den kvittningsregeln tilldragit sig remisskritik från vissa arbetstagarorganisationer; se prop. 1973:129 s. 190.

⁷⁷⁰ ÄLAS 41 § 3 st.

⁷⁷¹ Prop. 1974:77 s. 124 f.

⁷⁷² Dir. 1977:102.

⁷⁷³ DsA 1981:6 s. 261.

⁷⁷⁴ Hädanefter ”LAS”.

⁷⁷⁵ Se prop. 1981/82:71 s. 157.

längre någon ”egen” (skev) kvittningsregel,⁷⁷⁶ med konsekvensen att arbetstvistlagens allmänna kvittningsregel är generellt tillämplig i arbetstvister – även i anställningsskyddstvister.⁷⁷⁷ Av förarbetena framgår dock att regeln i första hand är avsedd för sådana fall då arbetstagaren förlorar målet.

4.4.1.4 Enhetliga kvittningsregler i alla arbetstvister

Av det ovan sagda följer sammanfattningsvis, att utgångspunkten i arbetstvister är att tappande part skall ersätta vinnande part dennas kostnader för biträde i enlighet med rättegångsbalkens huvudregel. Både tingsrätt och Arbetsdomstolen har dock enligt arbetstvistlagen en möjlighet att förordna att parternas kostnader istället skall kvittas, om tappande part haft skälig anledning att få tvisten prövad – och detta oavsett vilken part som tappat målet. Två skilda argument har åberopats till stöd för denna ordning: för det första att rättsläget inte sällan är oklart och att ett klagörande därför ligger i båda parterns intresse; för det andra att det är angeläget att lindra den processavskräckande effekten som följer av rättegångsbalkens huvudregel. Vilket utav dessa argument som aktualiseras beror i sin tur på partsställningen i målet.

I propositionen som föregick arbetstvistlagen – varigenom den generella kvittningsregeln infördes för arbetstvister i allmänhet – gjorde departementschefen en distinktion mellan å ena sidan sådana fall där talan fördes av organisationer och å andra sidan sådana fall där en enskild arbetstagare var part. Beträffande den första kategorin av mål anfördes som skäl för att kvitta parternas kostnader, att båda parterna ofta hade ett intresse av att rättsläget blev klarlagt som var överordnat ekonomiska intressen; syftet med organisationernas talan är ofta att få till stånd ett vägledande avgörande, och detta oavsett utgång. Mot denna bakgrund var det ”obefogat” att låta tappande part bära vinnande parts kostnader.⁷⁷⁸

Beträffande den sistnämnda målkategorin – i vilka en enskild arbetstagare förde talan – motiverades dock den generella kvittningsregeln i förarbetena till arbetstvistlagen på samma sätt som den skeva kvittningsregeln i 1974 års lag om anställningsskydd, nämligen med hänvisning till att kostnadsrisken kunde ha en alltför processavskräckande effekt på enskilda arbetstagare. Den nära överensstämmelsen mellan reglernas syfte kan illustreras enligt följande:

<i>1974 års lag om anställningsskydd</i>	<i>Lagen om rättegång i arbetstvister</i>
”Bakgrunden är att rättegångskostnaderna ofta kan beräknas uppgå till sådana belopp, att arbetstagaren inför risken att behöva stå för dessa kostnader <i>drar sig för att påkalla prövning</i> av uppsägningens giltighet.” ⁷⁷⁹	”Beträffande enskilda parter kan [principen om full kostnadstäckning] medföra att den alltför starkt påverkar dem <i>att inte inlåta sig på rättegång</i> ...” ⁷⁸⁰

⁷⁷⁶ LAS 41 § har således inte längre något tredje stycke.

⁷⁷⁷ Prop. 1981/82:71 s. 157.

⁷⁷⁸ Prop. 1974:77 s. 124 och SOU 1974:8 s. 140.

När den skeva kvittningsregeln i lagen om anställningsskydd (till vänster i tabellen) utgick och därmed ersattes av den generella kvittningsregeln i arbetstvistlagen (till höger i tabellen), framgick också implicit, att någon försämring för arbetstagaren inte var avsedd – det låg ”i sakens natur” att kvittning ”i första hand” är påkallad när det är en enskild arbetstagare som förlorar målet, men ändå haft skälig anledning att få tvisten prövad.⁷⁸¹ Till dessa regler för fördelningen av parternas rättegångskostnader – liksom till de skyddsändamål⁷⁸² som ligger till grund för dem – an knyter fördelningsreglerna i diskrimineringstvister mycket nära, enligt vad jag nu kort skall utveckla.

4.4.2 Fördelningen mellan parterna i diskrimineringstvister⁷⁸³

I diskrimineringsrättsliga tvister äger, såvitt avser rättegångskostnadernas hantering, rättegångsbalkens regler för dispositiva tvistemål tillämpning såvada diskrimineringslagen (eller arbetstvistlagen) inte föreskriver en därifrån avvikande ordning. Härav följer, att den part som tappat målet som utgångspunkt skall förpliktigas att ersätta vinnande part dennas biträdeskostnader i enlighet med rättegångsbalken 18 kapitlet 1 §.⁷⁸⁴ I likhet med arbetstvistlagen innehåller dock diskrimineringslagen – antingen uttryckligen eller genom hänvisning till arbetstvistlagen – en fakultativ undantagsregel från principen om full kostnadstäckning, enligt vilken både tingsrätt och

⁷⁷⁹ SOU 1973:7 s. 166.

⁷⁸⁰ Prop. 1974:77 s. 124.

⁷⁸¹ Ds A 1981:6 s. 261.

⁷⁸² Syftet med den numera upphävda skeva kvittningsregeln i den äldre lagen om anställningsskydd var enligt förarbetena (SOU 1973:7 s. 166) uttryckligen att ”skydda arbetstagaren mot att behöva betala arbetsgivarens rättegångskostnad”. Se även a. SOU s. 213, där det likaså talas om ”det skydd för arbetstagarens intressen som den föreslagna lagen äsyftar”, samt prop. 1973:129 s. 79.

⁷⁸³ Med ”diskrimineringstvister” avses tvister i anledning av diskrimineringslagen (2008:567) (”DL”). En tudelning bör därvid göras mellan å ena sidan tvister om diskriminering inom arbetslivet (DL 2 kap. 1-3 §§) samt förbudet mot repressalier (DL 2 kap. 18 §), som skall prövas enligt LRA:s regler, och å andra sidan tvister om diskriminering inom utbildning och andra samhällsområden (DL 2 kap. 5-7, 9-17 och 19 §§), som skall prövas enligt bestämmelserna i RB om rättegången i tvistemål där förlikning om saken är tillåten. Detta innebär att arbetsrättsliga diskrimineringsmål (2 kap. 1-3 §§ och 18 §) skall prövas av TR och/eller AD enligt reglerna i LRA, medan övriga tvister skall prövas av allmän domstol i sedvanlig instansordning enligt reglerna i RB om dispositiva tvistemål. Se till det sagda DL 6 kap. 1 samt Karlsson, Anders, *Diskrimineringslagen – en kommentar* (2009) s. 167 och Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen – en kommentar* (2015) s. 520 ff. Någon skillnad i sak beträffande hanteringen av rättegångskostnaderna föreligger dock inte, eftersom också LRA hänvisar till RB:s regler för dispositiva tvistemål; se LRA 5 kap. 3 § och vidare prop. 2007/08:95 s. 460.

⁷⁸⁴ Jfr Fransson & Stüber (2015) s. 569 f.

Arbetsdomstolen kan förordna att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad, närmare bestämt om tappande part *haft skälig anledning att få tvisten prövad*.⁷⁸⁵

Enligt sin ordalydelse är den fakultativa kvittningsregeln i diskrimineringslagen tillämplig oavsett vilken part som förlorar målet,⁷⁸⁶ men i praktiken kan kvittning av kostnaderna aktualiseras endast när den förment diskriminerade står som tappande part, eftersom partsställningen i den aktuella måltypen är ”låst” – det är den som påstår diskriminering som väcker talan och därigenom underställer tvisten domstols prövning.⁷⁸⁷ Syftet med den ifrågavarande kvittningsregeln är också, i likhet med syftet hos motsvarande regler i småmål och arbetsmål, att nedbringa den kostnadsrisk som ligger i rättegångsbalkens huvudregel, som eljest skulle kunna avskräcka den som anser sig ha blivit diskriminerad från att driva en process.⁷⁸⁸ I motiven uttryckte regeringen det sagda enligt följande:

”En strikt tillämpning av rättegångsbalkens huvudregel om att förlorande part ska bära såväl sina egna som motpartens rättegångskostnader kan medföra att den som anser sig ha blivit diskriminerad *avstår från att driva en process* på grund av den ekonomiska risken. Det kan leda till att tvister där en talan vore befogad aldrig blir föremål för domstolsprövning. Därtill kommer att även i sådana fall när den som anser

⁷⁸⁵ DL 6 kap. 7 §. Beträffande diskriminering i arbetslivet och förbudet mot repressalier följer detta undantag genom hänvisning i DL 6 kap. 7 § 2 st. till LRA 5 kap. 2 §. Beträffande diskriminering inom utbildning och övriga samhällsområden följer detta undantag genom en uttrycklig kvittningsregel i DL 6 kap. 7 § 1 st., som nära anknyter till LRA:s kvittningsregel. Skälig anledning att få tvisten prövad anses i diskrimineringstvister, liksom i arbetstvister, föreligga när omständigheterna varit sådana att rättsläget eller bevisläget har varit svårbedömt och det framstår som obefogat att strikt låta tappande part bära ansvaret för rättegångskostnaderna; se prop. 2007/08:95 s. 461 och 565 och vidare Karlsson (2009) s. 181 f. samt Fransson & Stüber (2015) s. 569 f. 2008 års diskrimineringslag, som trädde i kraft den 1 januari 2009, ersatte ett stort antal lagar. Den ifrågavarande kvittningsregeln i 2008 års DL hade dock motsvarigheter i samtliga dessa numera upphävda lagar, som antingen innehöll uttryckliga kvittningsregler eller hänvisningar till arbetsvistlagens kvittningsregler; se jämställdhetslagen (1991:433) 45 §, lagen (1991:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning 36 §, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder 24 §, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning 23 §, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan 17 §, lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering 20 § och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever 17 §. Se till det sagda prop. 2007/08:95 s. 460 f.

⁷⁸⁶ Att parternas kostnader kan kvittas om käranden tappat målet men haft skälig anledning att påkalla domstolens prövning därav, gäller dock inte utan undantag. Inom andra samhällsområden än arbetslivet får nämligen kvittning inte ske om Diskrimineringsombudsmannen (”DO”) har fört den enskildas talan och står som tappande part; se DL 6 kap. 7 § 1 st. m.h.t. DL 6 kap. 1 § 2 st. För att motivera detta undantag anfördes följande i förarbetena (prop. 2007/08:95 s. 465 f.): ”En bestämmelse om att vardera parten kan få bära sin rättegångskostnad kan få konsekvenser som inte är önskvärda när [DO] står som förlorande part. Att förpliktas att ersätta motpartens rättegångskostnader får inte samma ekonomiska konsekvenser för en myndighet som för en enskild eller en del företag. Det kan därför framstå som oskäligt om exv. en mindre näringsidkare i ett mål mot [DO] skulle tvingas bära sina rättegångskostnader själv, trots att domstolen funnit att diskriminering inte förekommit och myndigheten därför förlorat målet. Att myndigheten kan ha haft goda skäl att driva målet, kanske för att det varit av principiellt intresse, har då mindre betydelse.” Att kvittning sålunda inte får ske inom andra samhällsområden än arbetslivet när en myndighet – här DO – har fört den enskildes talan och förlorat målet gällde också enligt den äldre diskrimineringslagen, och motiverades på precis samma sätt: dels med hänvisning till att det kunde anses oskäligt att kvitta kostnaderna när en myndighet väcker talan och förlorar målet; dels att skälen för kvittning inte är lika starka när en myndighet står som tappande part. Se till det sagda prop. 2002/03:65 s. 169.

⁷⁸⁷ Sålunda uttalades i förarbetena (prop. 2007/08:95 s. 565), att de ”fall som avses är när käranden, dvs. den som påstår att t.ex. diskriminering förekommit, förlorat målet – det är ju käranden som genom att väcka talan önskat få tvisten prövad”. Följaktligen talar Lindblom (2008a) s. 133 om den aktuella regeln som en ”sned” kvittningsregel, vilket jag ansluter mig till. Regeltekniskt är det förvisso frågan om en ensidig kvittningsregel som verkar till förmån för käranden, men eftersom endast den diskriminerade kan agera i egenskap av kärende verkar regeln alltid till den diskriminerades fördel. Se även Fransson & Stüber (2015) s. 569.

⁷⁸⁸ Jfr Karlsson (2009) s. 181 och Fransson & Stüber (2015) s. 569.

sig ha blivit diskriminerad förlorar målet kan han eller hon ha haft skälig anledning att få tvisten prövad. Målets utgång kan exempelvis ha berott på att rättsläget eller bevisläget varit svårbedömt.”⁷⁸⁹

Regeringen noterade förvisso att motsvarande problem uppkommer i många typer av mål, men ansåg att ”det för diskrimineringsmålens del är lämpligt att möjliggöra ett större hänsynstagande till förlorande part än vad bestämmelserna i rättegångsbalken tillåter”.⁷⁹⁰

Sammanfattningsvis är utgångspunkten i både arbets- och diskrimineringstvister att tappande part, jämlikt huvudregeln i tvistemål i allmänhet, skall ersätta vinnande part dennas biträdeskostnad. Om tappande part – vilket i dessa måltyper framförallt tar sikte på den svagare parten, närmare bestämt arbetstagaren respektive den förment diskriminerade⁷⁹¹ – haft skälig anledning att få tvisten prövad, äger dock domstolen låta var part bära sin egen kostnad. Enligt mitt förmenande erbjuder en sådan fakultativ kvittningsrätt för domstolen, som Rättegångsutredningen också föreslog för tvistemål om mindre värden, en ändamålsenlig avvägning mellan de motstridiga intressen som kostnadsproblematiken inrymmer, särskilt i mål mellan typiskt sett obalanserade parter, och är därför väl värd att läggas på minnet för den fortsatta framställningen. Som kommer att framgå av nästa avsnitt går det dock att gå ännu längre i särbehandlingen mellan parterna, genom att uttryckligen lindra eller skärpa kostnadsansvaret endast för den ena parten. Så ser exempelvis konstruktionen ut i underhålls- och faderskapstvister, där kostnadsreglerna uteslutande verkar *till förmån för barnet*.

4.5 Skev fördelning till förmån för ”svagare” part

4.5.1 Fördelningen mellan parterna i underhållstvister⁷⁹²

I tvister kring underhåll som – till skillnad från vårdnads-, umgänges- och boendetvister – är helt dispositiva till sin natur, skall rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning tillämpas, men bara om barnet står som vinnande part. Tappande förälder skall således alltid ersätta barnets kostnader. Om barnet däremot står som tappande part äger vissa undantagsregler i föräldrabalken tillämpning,⁷⁹³ enligt vilka

⁷⁸⁹ Prop. 2007/08:95 s. 461. Motiven till DL 6 kap. 7 § överensstämmer med motiven till motsvarande lagrum i jämställdhetslagen och övriga i fn. 785 angivna diskrimineringslagar; se t.ex. prop. 2002/03:65 s. 168 f. och prop. 2005/06:38 s. 125.

⁷⁹⁰ Prop. 2007/08:95 s. 461.

⁷⁹¹ Som framgått ovan äger domstolen förvisso förordna om kvittning i arbetstvister oavsett vilken utav parterna som tappat målet, fränsett vissa mål i vilka DO står som tappande part. Som framgår av Ds A 1981:6 s. 261, ligger det dock i sakens natur, att kvittning i första hand är påkallad, när det är en enskild arbetstagare som förlorar målet; jfr fn. 773 ovan.

⁷⁹² Med ”underhållstvister” avses mål om underhållsbidrag enligt FB 7 kap.

⁷⁹³ FB 7 kap. 19 § 1 st. För att paragrafen skall vara tillämplig förutsätts således att det är barnet som är part i tvisten; se NJA 1991 s. 316. Vilken utav parterna som väckt talan är däremot utan betydelse; se prop. 1984/85:163 s. 13 och Walin, Gösta & Vängby, Staffan, *Föräldrabalken – en kommentar* (2010) s. 7:70.

domstolen får kvitta parternas kostnader, förutsatt att det föreligger särskilda skäl.⁷⁹⁴ Föräldrabalken innehåller således en skev kvittningsregel, som uttryckligen verkar till förmån för barnet (oavsett om detta uppträder som kärande eller svarande).

Den skeva kvittningsregeln i föräldrabalken tillkom sedan riksdagen vid upprepade tillfällen tagit ställning till motioner rörande rättegångskostnadernas fördelning mellan parterna i mål om underhåll, särskilt barnets kostnadsansvar visavi vinnande förälder.⁷⁹⁵ I motionerna anfördes bland annat, att principen om full kostnadstäckning inte sällan kunde få stötande resultat, när barnet förlorade processen mot någon utav sina föräldrar, eftersom det – oaktat att barnet i formell mening är part i en underhållstvist – i praktiken är föräldrarna som tvistar med varandra. Att barnet i en sådan situation skulle tvingas ersätta motparten dennas kostnader ansågs helt enkelt inte rimligt.⁷⁹⁶ Mot denna bakgrund föreslog departementschefen – inom ramen för en 14 sidor lång proposition – att det i underhållsmål skulle införas en skev kvittningsregel, med följande motivering:

”För att kvittningsmöjlighet skall finnas oavsett utgången talar främst intresset av balans mellan parterna i de processer som det här gäller. Om den underhållsskyldige i vissa fall inte får full kostnadstäckning även om han eller hon vinner målet, skulle det ju kunna synas rimligt att kostnaderna kunde kvittas även för det fall att den underhållsskyldige förlorar. Å andra sidan skulle en reform av den innebörden medföra *betydande kostnadsökningar för det allmänna*. Dessutom föreligger ju inte på den underhållsskyldiges sida sådana speciella skäl som enligt det tidigare sagda motiverar undantag från en huvudregel om vårdnadshavarens kostnadsansvar. Enligt min mening bör därför kvittningsmöjligheten *reserveras för fall då barnet är tappande part*.⁷⁹⁷

Av det ovan sagda följer att rättegångskostnaderna i mål om underhållsbidrag som utgångspunkt skall fördelas mellan parterna jämlikt rättegångsbalken 18 kapitel 1 §.⁷⁹⁸ Om föräldern tappat målet, skall denna således alltid förpliktigas att ersätta barnets kostnader.⁷⁹⁹ Om barnet däremot tappat målet får rätten, med tillämpning av föräldrabalkens fakultativa kvittningsregel, förordna att vardera parten skall bära sin kostnad. Utrymmet att kvitta parternas kostnader på denna grund är emellertid

⁷⁹⁴ FB 7 kap. 19 § 2 st. och härtill Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 305 f. Särskilda skäl att kvitta kostnaderna skall enligt förarbetena anses föreligga, om barnet har egen bostad eller vistas mera permanent hos någon annan än den vårdnadshavare som formellt är boförälder. DepC förklarade vidare, att anledning till kvittning i regel torde föreligga, om någon annan än boföräldern är ställföreträdare för barnet i ett underhållsmål, såsom en särskilt förordnad förmyndare eller en god man; se prop. 1984/85:163 s. 13 och härtill exv. Schiratzki, Johanna, *Rättvist underhållsbidrag till barn* (2005) s. 31.

⁷⁹⁵ Jfr prop. 1984/85:163 s. 3 och SOU 1982:26 s. 232.

⁷⁹⁶ Se prop. 1984/85:163 s. 8, där det anfördes att RB:s regler om rättegångskostnader ”i vissa fall leder till otillfredsställande resultat när det gäller mål om underhållsbidrag. Eftersom sådana processer juridiskt sett förs mellan barnet och den underhållsskyldige får barnet svara för rättegångskostnaderna om det förlorar målet, trots att det ju praktiskt sett oftast är föräldrarna som tvistar.”

⁷⁹⁷ Prop. 1984/85:163 s. 11 f.

⁷⁹⁸ Schiratzki (2005) s. 31.

⁷⁹⁹ Detta förstås under förutsättning att kostnaderna inte kan kvittas enligt någon undantagsregel i RB 18 kap.

förhållandevis begränsat. Lagrummet kräver särskilda skäl, och ställer således upp en presumtion mot kvittning.⁸⁰⁰

4.5.2 Fördelningen mellan parterna i faderskapstvister⁸⁰¹

I tvister kring faderskap är utgångspunkten, liksom vid tvister om underhåll, att parternas rättegångskostnader skall fördelas enligt rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning för vinnande part.⁸⁰² Om målet avser fastställande av faderskap, och barnets talan förs av socialnämnd, gäller dock vissa särskilda regler i föräldrabalken, enligt vilka parternas kostnader skall kvittas.⁸⁰³ Svaranden (det vill säga mannen) kan dock förpliktigas att ersätta motpartens kostnader, om denne föranlett onödig rättegång, gjort sig skyldig till försumlig processföring, eller om det eljest föreligger särskilda skäl.⁸⁰⁴ Barnet kan däremot aldrig förpliktigas att ersätta mannens kostnader i dessa mål.⁸⁰⁵

Att särskilda kvittningsregler har införts för de fall barnets talan förs av socialnämnd har motiverats med att socialnämnden emellanåt har en skyldighet att väcka talan om fastställelse av faderskap mot en eller flera presumtiva fäder,⁸⁰⁶ och att det vore orimligt om barnet tvingades bära motpartens kostnader i en faderskapsprocess som sålunda initierats av det allmänna.⁸⁰⁷ Barnets intresse av att hållas skadelös i en sådan process har alltså ansetts väga tyngre än den instämde mannens dito; svaranden får i princip själv stå sina kostnader även om käromålet mot denne – som i praktiken initierats av det allmänna – ogillas. Mot denna ordning vände sig Ekelöf:

”Motiveringen för [FB 3 kap. 11 §] är att ett ogillande av käromålet inte bör gå ut över barnet, som ju är kändandepart i målet. Däremot har man, vid ogillande dom, inte fäst något avseende vid svarandens trygghet. Jag skulle vilja ifrågasätta om inte lagstiftaren istället bort tillämpa samma princip som i RB 31:2 och låta svaranden få ersättning av allmänna medel, då käromålet ogillas.”⁸⁰⁸

⁸⁰⁰ I praxis synes de skäl för kvittning som omnämns i förarbetena närmast ha betraktats som uttömmande; se exv. NJA 1989 s. 700.

⁸⁰¹ Med ”faderskapstvister” avses mål om hävande och fastställande av faderskap enligt FB 1-3 kap.

⁸⁰² Jfr prop. 1975/76:170 s. 174 och prop. 1969:124 s. 112.

⁸⁰³ FB 3 kap. 11 § 2 st. Regeln är således obligatorisk, men försedd med ett undantag som bara träffar svaranden som tappande part. Med andra ord är regeln ensidig till barnets fördel.

⁸⁰⁴ Beträffande särskilda skäl att ålägga svaranden att utge ersättning för rättegångskostnader uppmärksammades i förarbetena den situationen, att en svarande med stöd av nuvarande FB 3 kap. 6 § fått en annan man instämd i målet. Såvitt avser de kostnader som belöper på denna del av målet finns det enligt motiven i allmänhet inte tillräckliga skäl att avvika från RB:s huvudregel om full kostnadstäckning. Om talan mot den på svarandens begäran instämde andra mannen ogillas, bör således den sistnämnde få sina rättegångskostnader ersatta av den förstnämnde. Om den senare i målet instämde mannen förklaras som far till barnet, bör däremot denne kunna förpliktigas att ersätta den först i målet instämde mannens kostnader. Se vidare prop. 1969:124 s. 116.

⁸⁰⁵ Prop. 1969:124 s. 114 f. och prop. 1975/76:170 s. 174. Se även Walin & Vängby (2010) s. 3:25.

⁸⁰⁶ Se FB 2 kap. och härtill Saldeen, Åke, *Barn- och föräldrarätt* (2013) s. 63.

⁸⁰⁷ Jfr prop. 1969:124 s. 114: ”Om en av barnavårdsmannen väckt faderskapstalan ogillas, bör detta ... rimligtvis inte gå ut över barnet.” Se även prop. 1975/76:170 s. 174.

⁸⁰⁸ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 305.

Till rättegångsbalkens 31 kapitel 2 §, som reglerar kostnadsfördelningen i brottmål, får vi anledning att återkomma nedan. Här kan blott inskjutas att Ekelöfs kritik – enligt min mening – är befogad.

Sammanfattningsvis gäller i underhålls- och faderskapsmål vissa undantagsregler, som framförallt verkar till förmån för barnet när detta står som tappande part. I underhållsmål tillämpas således principen om full kostnadstäckning fullt ut när barnet vinner. Om barnet förlorar har domstolen däremot en fakultativ möjlighet att kvitta kostnaderna. I faderskapsmål – där barnets talan förs av socialnämnd – har kvittningsprincipen dragits ännu längre, genom att huvudregel och undantag har kastats om. Utgångspunkten är således att parternas kostnader skall kvittas, men domstolen har en fakultativ möjlighet att förpliktiga mannen att ersätta barnets kostnader.

Skälet till att lagstiftaren på detta sätt har valt att göra avsteg från rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning är, i båda fallen, att barnet endast i formell mening intar partsställning. I praktiken är det dock andra subjekt (en förälder eller socialnämnden) som har initierat processen å barnets vägnar, varför det har ansetts orimligt att barnet ådras kostnader i egenskap av tappande part. Här framträder således ett tredje argument som kan åberopas till stöd för att lindra tappande parts kostnadsansvar, närmare bestämt att *den som formellt intar partsställning i praktiken inte för talan i målet*.

Det kanske tydligaste exemplet på skev kostnadsfördelning erbjuder dock brottmålen, där helt olika lagrum idag äger tillämpning beroende på vem som står som tappande part. Vid friande dom tillämpas principen om full kostnadstäckning, vilket innebär att den tilltalade hålls skadelös för samtliga sina kostnader. Vid fällande dom är dock den tilltalades kostnadsansvar synnerligen begränsat – både till vissa kostnadsposter och till ett visst maximibelopp. Med andra ord kombineras i straffprocessen teknikerna med både skev och partiell kvittning i en och samma måltyp.

För brottmålen vidkommande tog det dock åtskillig tid innan systemet fick denna utformning. Under många år gällde nämligen en ordning, enligt vilken den som åtalades för ett brott själv fick stå sina kostnader för privat försvarare trots att domen var friande. Vid fällande dom kunde dock den tilltalade – då liksom nu – förpliktigas att ersätta statens kostnader för offentlig försvarare. Kring denna utveckling skall vi uppehålla oss i nästa avsnitt.

4.5.3 Fördelningen mellan parterna⁸⁰⁹ i brottmål

I brottmål äger skilda regelkomplex tillämpning beroende på om åklagaren för talan eller ej.⁸¹⁰ Ifråga om enskilt åtal tillämpas i princip reglerna för fördelning av rättegångskostnader i ordinära tvistemål,⁸¹¹ för vilka jag har redogjort ovan. Från dessa typer av brottmål bortses därför i det följande. Är det däremot fråga om allmänt åtal gäller för brottmålets vidkommande särskilda regler, som vi nu skall studera.

Som antyddes ovan har straffprocessens kostnadsregler i viss mån kommit att förvandlas till civilprocessens spegelbild, såtillvida att dessa numera anknyter till utgången i målet; avgörande för kostnadsfördelningen mellan det allmänna och den tilltalade är huruvida domen är friande eller fällande.⁸¹² Det kom dock att dröja många år innan en frikänd tilltalad i straffprocessen tillerkändes en med vinnande part i civilprocessen korresponderande allmän rätt till ersättning för rättegångskostnader⁸¹³ – istället var den tilltalades möjligheter att få ersättning för sina kostnader under lång tid synnerligen begränsade.⁸¹⁴

4.5.3.1 Kvittning enligt äldre rätt

Att den enskilda i äldre tiders straffprocess, även om domen mot denna var friande, fick stå sina egna kostnader är att förstå mot bakgrund av att processen till sin utformning var inkvisitorisk. Den tilltalade betraktades som ett objekt för domarens utredning – som ett ”undersökningsmedel mot sig själv”⁸¹⁵ – snarare än som ett subjekt med partsrättigheter i processen.⁸¹⁶ Domstolens skyldighet att allsidigt utreda den misstänkta skuld ansågs också ge vid handen, att denna i princip saknade behov av biträde för att tillvarata sina intressen. Följande uttalande i förarbetena till 1906 års lag angående förordnande af rättegångsbiträde åt häktad i underrätt, är illustrativa härvidlag:

”Då, såsom hos oss vore fallet, brottmålsprocessen ännu kvarstode på en äldre ståndpunkt, och i domarens processledande verksamhet inginge att iakttaga hvad

⁸⁰⁹ I egentlig mening fördelas kostnaderna inte mellan *parterna* i brottmål; i den mån den tilltalade får ersättning för sina kostnader är det staten – inte åklagaren eller ens Åklagarmyndigheten – som utger ersättningen, och i den mån den tilltalade förpliktigas att ersätta några kostnader så sker detta likaså till staten. Som Ekelöf noterar beror detta givetvis på att åklagaren – trots att denna är den tilltalades motpart – utför åtalet å det allmänna vägnar; se Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 287. Även om staten inte intar partsställning och därmed är den tilltalades motpart i formell mening kan man ändå betrakta straffprocessen som en process mellan staten (genom åklagaren) och den tilltalade. Parentetiskt kan också tilläggas att rådande ordning – där kostnaderna inte fördelas mellan parterna utan istället mellan staten och den tilltalade – inte är fullt så given som man kan tro; enligt äldre rätt var det åklagaren som förpliktigades att ersätta den tilltalades kostnader; se exv. SOU 1938:44 s. 346.

⁸¹⁰ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 287.

⁸¹¹ RB 31 kap. 11 § 1 st. Se härtill SOU 1938:44 s. 344. Jfr Lindell et al. (2005) s. 432.

⁸¹² Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 287. Se även RB 31 kap. 9 a § om den tilltalades kostnadsansvar vid strafföreläggande. Detta lagrum kommer inte att behandlas här; se istället Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 338.

⁸¹³ Jfr Fitger et al. (Zetee 2017) RB 31:2, som talar om ett ”avståndstagande” i relation till RB:s ursprungliga lydelse.

⁸¹⁴ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 290.

⁸¹⁵ NJA II 1890 nr 6:45 s. 58. Se även SOU 1926:32 s. 11 ff.

⁸¹⁶ Se vidare SOU 1926:32 s. 48, Blomkvist (2003) s. 2 och Lundqvist, Ulf, *Frivillig samverkan i straffprocessen* (SvJT 3/2009) s. 353-376 (s. 359).

som kunde lända till den tilltalades försvar, framträdde väl ej med lika styrka nödvändigheten att vid den tilltalades sida ställa en särskild försvarare.⁸¹⁷

Enligt 1794 års rättegångsbalk hade den tilltalade ursprungligen inte ens någon ovillkorlig rätt att själv anlita en försvarare, utan härför fordrades domstolens tillstånd.⁸¹⁸ Genom att inte ge ett sådant tillstånd kunde således domstolen i praktiken tvinga den tilltalade att försvara sig själv. När detta samtyckeskrav avskaffades år 1890, uttalade Lagutskottet följande:

”Utskottet föreställer sig visserligen icke, att den nuvarande bestämmelsen, som lägger i domarens hand att afgöra, huruvida den tilltalade i gröfre brottmål må begagna sig af rättegångsbiträde eller ej, medfört några för rättssäkerheten menliga följder. Enligt grunderna för vår nu gällande rättegångsordning i brottmål har nämligen domaren både rätt och pligt att under rannsakingen söka bringa i dagen icke blott hvad som kan lända till den anklagades fällande, utan ock hvad som talar till hans fördel ...”⁸¹⁹

Trots att det alltså icke inverkade ”menligt på rättssäkerheten” att den tilltalades intressen helt lades i domstolens händer, ansåg Lagutskottet att en av domstolens skön oberoende rätt att anlita biträde stod ”i öfverensstämmelse med de grundsatser, hvilka i nyare tid gjort sig gällande inom processlagstiftningen”.⁸²⁰ Sålunda tillerkändes den tilltalade år 1890 en ovillkorlig rätt att anlita försvarare *med egna medel*.

Genom 1942 års rättegångsbalk lades sedan förhandlingsprincipen till grund för straffprocessens utformning,⁸²¹ och den tilltalades ställning som part – med partsrättigheter – kom därigenom att erkännas.⁸²² Bland dessa rättigheter betraktades rätten till försvarare som en utav de viktigaste,⁸²³ och den tilltalade tillerkändes därför en ovillkorlig rätt att anlita privat försvarare i rättegångsbalken 21 kap 3 §.⁸²⁴ Denna (frihets)rättighet motiverade Processkommissionen genom följande uttalande, som återges in extenso:

”Ofta kan det för den misstänkte eller tilltalade innebära betydande svårigheter att utnyttja den ställning såsom part, vilken den ackusatoriska processen tillerkänner honom. Förfarandets teknik är honom i regel främmande, och han löper därför fara att försumma processuella åtgärder, på vilka hans rätt kan vara beroende. Och även i övrigt saknar han ofta förutsättningar att på bästa sätt tillvarata sin rätt. Genom okunnighet kan han försumma att andraga vad som talar till hans fördel och därigenom utsättas för en oriktig dom. Då allmän åklagare utreder målet eller utför talan inför rätta, åligger det honom visserligen att beakta även vad som talar

⁸¹⁷ NJA II 1906 nr 8:39 s. 62.

⁸¹⁸ ÄRB 15 kap. 1 §. Jfr Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 93. Se även Blomkvist (2003) s. 1 samt den historiska skildringen hos Brandberg & Knutson (TSA 9/2006) s. 16 ff.

⁸¹⁹ NJA II 1890 nr 6:45 s. 60.

⁸²⁰ NJA II 1890 nr 6:45 s. 60.

⁸²¹ Jfr Blomkvist (2003) s. 2.

⁸²² Se t.ex. SOU 1926:32 s. 48 ff.

⁸²³ SOU 1926:32 s. 49.

⁸²⁴ Se exv. Fitger et al. (Zeteo 2017) 21 kap. 3 § och vidare SOU 1938:44 s. 273.

till förmån för den misstänkte eller tilltalade. Men åklagarens allmänna ställning gör honom uppenbarligen benägen att fästa mera avseende vid de omständigheter, som stödja åtalet. Ett säkrare skydd finner väl den tilltalade i domarens ledning av processen och hans ansvar för utredningens allsidighet. Men ej heller härigenom kan den misstänktes intresse anses tillgodosett. *Den ackusatoriska processen kräver, att möjlighet bereds den misstänkte att skaffa sig biträde av någon, som bättre än han själv kan tillvarata hans intressen* och som utrustas med vissa i lagen reglerade befogenheter. Mången gång blir han endast härigenom i stånd att utnyttja de rättigheter, som tillkomma honom såsom part.⁸²⁵

Till följd av den genom nya rättegångsbalken tillskapade ackusatoriska straffprocessen – grundad på förhandlingsprincipen – ansågs således den tilltalade behöva en försvarare vid sin sida för att tillfullo kunna utnyttja sina partsrättigheter och därigenom tillvarata sina intressen i processen.

Liksom inom civilprocessen har dock utgångspunkten inom straffprocessen alltid varit – och är alltjämt – att den tilltalade själv skall sörja för sitt försvar.⁸²⁶ Häri ligger bland annat att den tilltalade själv har att bära sina försvararkostnader *under processen* (såvida offentlig försvarare inte förordnas).⁸²⁷ Vem som *slutligt* skall stå dessa kostnader avgörs sedan (oavsett om det är frågan om privat eller offentlig försvarare) genom reglerna om rättegångskostnadernas fördelning mellan parterna, som för brottmålets del återfinns i rättegångsbalken 31 kapitlet 1-2 §§.⁸²⁸ Liksom de civilprocessuella kostnadsreglerna anknyter dessa numera till utgången i målet, vilket innebär att olika lagrum äger tillämpning beroende på om domen mot den tilltalade är friande (2 §) eller fällande (1 §). I det följande skall jag behandla dessa lagrum under skilda rubriker.

4.5.3.2 Fördelningen mellan parterna vid friande dom

För de fall den enskilda *frikänns* hade denna, fram till och med år 1972, synnerligen begränsade möjligheter att få ersättning för sina kostnader för privat försvarare.⁸²⁹ I de ursprungliga förarbetena till det aktuella lagrummet förklarade Processkommissionen, att sådana kostnader enligt äldre rättegångsbalken endast ersattes

”... i det fall, att åklagaren finnes hava anställt åtalet utan skäl, i vilket fall denne förpliktas gottgöra den tilltalade hans kostnader. [...] Visserligen torde det *icke vara tillrådligt att helt uppgiva huvudregeln, att, även om den tilltalade frias, skall han själv vidkännas sina utgifter å målet.* Men sådana omständigheter kunna föreligga, att detta framstår som en orättvisa. [...] Att uttömmande angiva de omständigheter, under vilka den tilltalade, som frikännes, bör få sina utgifter gottgjorda torde knappast låta

⁸²⁵ SOU 1926:32 s. 48 f.

⁸²⁶ Prop. 1972:4 s. 157 och SOU 1958:40 s. 87. Se även SOU 1938:44 s. 346 och SOU 1926:32 s. 306.

⁸²⁷ Under vilka förutsättningar en offentlig försvarare skall förordnas diskuterar jag i avsnitt 5.3 nedan.

⁸²⁸ Jfr Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 94 och prop. 1972:4 s. 158 samt SOU 1958:40 s. 86. Lagrummen finns utförligt kommenterade hos exv. Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 331 ff. och hos Fitger et al. (Zetco 2017).

⁸²⁹ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 290 och Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 337.

sig göras. Det lämpligaste är att överlämna åt rätten att besluta härom, när särskilda omständigheter därtill föranleda.”⁸³⁰

Kommissionen ville således åstadkomma en viss uppmjukning jämfört med äldre rätt, men med en bibehållen huvudregel att den tilltalade även vid friande dom skulle stå sina egna kostnader. Till dessa tankegångar anslöt sig också Processlagberedningen. I motiven till 31 kapitlet 2 § förklarade lagberedningen att en frikänd tilltalad, enligt den då gällande ordningen, endast kunde få ersättning för sina kostnader när åklagaren ”anställt åtalet utan skäl”, vilket ”i vissa fall [kunde] leda till obillighet mot den tilltalade”. Lagberedningen ville dock, för egen del inte heller införa ”någon allmän rätt för tilltalad att, då åtalet ogillas, erhålla gottgörelse för sina kostnader”, utan föreslog istället

”... att tilltalad, som frikännes, må kunna erhålla gottgörelse för sina kostnader ej blott då åtalet anstälts utan sannolika skäl utan även då eljest med hänsyn till omständigheterna i målet *synnerlig anledning föreligger därtill*. Ersättning bör emellertid utgå *allena* i undantagsfall ...”⁸³¹

Även efter antagandet av den nya rättegångsbalken var således huvudprincipen i brottmål att den enskildas försvararkostnader skulle bäras av denna själv – även när åtalet ogillades.⁸³² Endast om åklagaren väckt åtal utan sannolika skäl, eller det eljest förekom *synnerlig anledning* därtill, kunde frikänd tilltalad få ersättning av det allmänna för kostnader för privat försvarare.⁸³³ I praktiken utgick således ersättning endast i sällsynta undantagsfall – så sällsynta, att Ekelöf på 1950-talet karakteriserade lagrummet som ”ett skäligen meningslöst stadgande”.⁸³⁴

Sammanfattningsvis var de regler, varigenom den tilltalade kunde tillerkännas ersättning för sina rättegångskostnader i straffprocessen, synnerligen restriktiva till sin utformning och vann sällan tillämpning.⁸³⁵ Denna ordning kom också att kritiserats alltsedan nya rättegångsbalkens ikraftträdande. Exempelvis anförde Ekelöf att det

”... inte [kan] undvikas att i viss utsträckning även oskyldiga personer blir åtalade. Detta utgör ett osäkerhetsmoment i samhällslivet och därför bör de som råkar ut för detta åtminstone kompenseras för de utgifter de har haft för att få åtalet ogillat.

⁸³⁰ SOU 1926:32 s. 306 f.

⁸³¹ SOU 1938:44 s. 346.

⁸³² Se även SOU 1958:40 s. 87.

⁸³³ Prop. 1972:4 s. 158 och SOU 1958:40 s. 87. Se även SOU 1938:44 s. 346.

⁸³⁴ Se Ekelöf (SvJT 1/1956a) s. 67: ”Enligt RB 31:2 skall den frikände endast i vissa undantagsfall tillerkännas ersättning av allmänna medel för sina kostnader i målet. Sålunda blir detta nästan aldrig förhållandet, då åtalet ogillas på grund av bevisningens otillräcklighet. Denna ordning förefaller mig alltför mycket erinra om ... den kontinentalta inkvisitionsprocessen, då viss ehuru otillräcklig bevisning presenterats för [den misstänktes] skuld. Och visserligen kan den tilltalade ofta med lite förutseende undgå att få stå för några kostnader, såvida åtalet ogillas. Lyckas han förmå rätten att utse den av honom vidtalade advokaten som offentlig försvarare ... behöver han ju själv inte göra några utgifter för sitt försvar. Men kan det vara riktigt att den tilltalade på detta sätt skall vara ekonomiskt beroende av att rätten finner honom vara i behov av en försvarare ...? Oavsett vad man har för åsikt härom, synes mig emellertid RB 31:2 på grund av ovan påpekade förhållanden vara ett skäligen meningslöst stadgande.”

⁸³⁵ Prop. 1972:4 s. 160. Se även a. prop. s. 269, där det konstaterades att RB 31 kap. 2 § medgav rätt till ersättning ”endast i sällsynta undantagsfall”, liksom att det var ”utomordentligt ovanligt att den tilltalade ens begär[de] någon ersättning”.

En utebliven kompensation kan dessutom inverka menligt på allmänhetens respekt för straffrättskipningen.”⁸³⁶

Mot bakgrund av den kritik som riktades mot rådande ordning föreslog 1951 års Rättegångskommitté, i sitt betänkande *Rättegångshjälp* (SOU 1958:40), en omvänd huvudregel: Om den tilltalade frikändes, skulle rätten äga tillerkänna honom eller henne ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader, såvida den tilltalade inte genom sitt förfarande givit skälig anledning till åtalet.⁸³⁷ För privat försvarare menade dock kommittén att den tilltalade även fortsättningsvis skulle få ersättning ”allenast såfram synterlig anledning förekomma därtill”.⁸³⁸ Departementschefen anslöt sig emellertid inte till kommitténs ståndpunkt – att kostnader för privat försvarare skulle undantas från den omvända huvudregeln – utan anförde följande:

”Även om det på grund av reglerna i RB om offentlig försvarare och om bevisning som förskotteras av allmänna medel förekommer tämligen sällan att den som har frikänts har haft några särskilt kännbara kostnader är det enligt min mening från *principiell synpunkt* oriktigt att förutsättningarna för rätt till ersättning är så snävt begränsade. Utgångspunkten bör vara att den som frikänns skall hållas *i görligaste mån skadeslös för kostnad som har varit nödvändig för att tillvarata hans rätt*. Jag förordar alltså att rätten till ersättning vidgas. [...] Även om frågan om en vidgad rätt till ersättning för försvararkostnad och sakkunnigkostnad inte praktiskt har särskilt stor betydelse anser jag det *principiellt riktigast* att samma regler skall gälla för dessa kostnader som för övriga kostnadsposter. Fall kan tänkas då den nuvarande mer begränsade ersättningsregeln *leder till stötande resultat*. Jag förordar alltså att förutsättningarna för rätt till ersättning skall vara desamma för alla ersättningsgilla kostnadsposter.”⁸³⁹

Med denna – huvudsakligen principiellt grundade – motivering fick rättegångsbalkens 31 kapitel 2 § sin nuvarande lydelse. Enligt detta lagrum *kan* rätten besluta att den tilltalade, vid friande dom, skall få ersättning av allmänna medel bland annat för sina kostnader för privat försvarare, under förutsättning att kostnaden varit *skäligen motiverad* för att den tilltalade skulle kunna ta tillvara sin rätt. Regeln är således – av oklar anledning – fakultativ till sin utformning, men det har i doktrinen gjorts gällande att den ”får anses vara”, eller i vart fall ”bör tillämpas som om” den vore,

⁸³⁶ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 290, också med konstaterandet att det restriktiva regelverket ”kritiserats alltsedan rättegångsbalken trädde i kraft”.

⁸³⁷ SOU 1958:40 s. 91 f.

⁸³⁸ SOU 1958:40 s. 92.

⁸³⁹ Prop. 1972:4 s. 269 f. Se härtill Holstad & Larsson (1974) s. 9, som anför att reformen ifråga, varigenom det allmänna tog på sig en större del av den tilltalades kostnader, syftade till att förstärka den enskildes rättsskydd.

obligatorisk.⁸⁴⁰ Liksom i tvistemål inställer sig därmed den avslutande frågan: Vilka kostnader anses skäligen motiverade i straffprocessen?

4.5.3.3 Skäligen motiverade (privata) försvararkostnader

Avgörande för om en åtgärd skall anses ha varit skäligen motiverad – och kostnaden således ersättningsgill – är i straffprocessen, liksom i civilprocessen, om den tilltalade vid åtgärdens vidtagande *haft skäl* att anse åtgärden erforderlig.⁸⁴¹ Och i likhet med tvistemålen synes domstolarna, i sin praxis, alltid anse det vara en erforderlig åtgärd att anlita en försvarare; inte i något fall som jag har kunnat finna har rätten helt fränkännt den tilltalade ersättning, med motiveringen att någon försvarare överhuvudtaget inte behövdes. Vid tillämpningen av rättegångsbalken 31 kapitlet 2 § tycks således *försvararbehovet presumeras i sig*, på motsvarande sätt som biträdesbehovet i tvistemål presumeras vid tillämpningen av 18 kapitlet 8 §. Däremot finns det en rikhaltig praxis kring hur arvodet till försvararen skall bestämmas, och denna praxis avviker på en avgörande punkt från hur arvodet till ett juridiskt biträde i tvistemål skall bestämmas. Två avgöranden kan få illustrera det sagda:

I NJA 1982 s. 836 åtalades en person (A) för mened. I TR:n dömdes A till 3 månaders fängelse och efter överklagande fastställdes domen av HovR:n. HD ogillade dock åtalet och fann, vid denna utgång, att A ”jämlikt 31 kap. 2 § RB [borde] tillerkännas ersättning av allmänna medel för försvararkostnader i samtliga instanser”. Enligt domstolens mening kunde dock ”målets beskaffenhet ... inte motivera” att ersättning utgick med högre belopp *än vad som skulle ha tillerkänts en offentlig försvarare med tillämpning av brottmålstaxan* (avseende förhandlingen i TR:n och HovR:n) respektive *tinkostnadsnormen för brottmål* (avseende förhandlingen i HD).

I NJA 1991 s. 600 åtalades en person (A) för allmänfarlig vårdslöshet sedan han kraschat en helikopter under en demonstrationsflygning på en för allmänheten anordnad flygdag. Enligt åklagaren hade den tilltalade förfarit culpöst vid flygningen, eftersom haveriet orsakats av att en lös saftflaska i kabinen kommit att blockera styrspaken. A, som bestred ansvar, biträdades i målet av advokaten (X) som försvarare. Vid huvudförhandling i målet gjordes från försvarets sida gällande att åklagarens påstående om orsaken till olyckan var oriktigt och att haveriet istället hade berott på ett tekniskt fel. Sedan bevisupptagning ägt rum inställdes huvudförhandlingen på åklagarens begäran, och efter att ett nytt yttrande hade inhämtats från haverikommissionen beslöt åklagaren att lägga ned åtalet. A yrkade vid frikännande dom

⁸⁴⁰ Lindell et al. (2005) s. 426 resp. Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 290. Som Fitger (m.fl.) konstaterar är utgångspunkten, enligt vad DepC uttryckte i 1972 års lagstiftningsärende, att den som frikänns skall hållas i görligaste mån skadelös för kostnader som varit nödvändiga för att tillvarata hans eller hennes rätt. Detta uttalande kan svårigen förstås på annat sätt än att den enda förutsättningen för ersättningsrätt – utöver friande dom – är att kostnaden varit skäligen motiverad, och detta rekvisit framgår ju redan av lagtextens ordalydelse. Att vägra ersättning för en privat försvarare, trots att kostnaden härför varit skäligen motiverad, ter sig således svåriförenligt med förarbetena till den aktuella regeln, alldeles oavsett om denna till sin utformning råkar vara fakultativ. Jag vill således ansluta mig till den ståndpunkt som kommit till uttryck i litteraturen, dvs. att domstolen vid friande dom *skall* – inte *kan* – tillerkänna den tilltalade ersättning för sådana kostnader som varit skäligen motiverade. Se till det sagda Fitger et al. (Zeteo 2017) 31 kap. 2 §.

⁸⁴¹ SOU 1938:44 s. 346.

ersättning av allmänna medel för försvararkostnader med 44 400 kr avseende arbete 37 timmar à 1 200 kr. I kostnadsräkningen åberopades till stöd för ersättningsyrkandet att X hade särskild kunskap och erfarenhet på lufträttens område, att hans insatser, flygkunnande och tekniska inblick fick anses ha varit av avgörande betydelse för åtalets nedläggande i det för A i dennes yrke som flygare mycket betydelsefulla målet samt att arvode begärts enligt den debiteringsnorm som normalt tillämpades vid den advokatbyrå i Stockholm där X var verksam. Det begärda timarvodet översteg väsentligt den då gällande brottmålstaxan. Varken TR:n eller HovR:n fann skäl att ifrågasätta antalet nedlagda timmar, men fann att ersättning för dessa inte kunde utgå med högre belopp än vad som skulle ha tillerkänts en offentlig försvarare med tillämpning av timkostnadsnormen för brottmål. HD förklarade – med hänvisning till 1982 års avgörande – att en ersättning till frikänd tilltalad för anlitan­de av försvarare normalt bör bestämmas med utgångspunkt i brottmålstaxans timkostnadsnorm. Denna huvudregel menade dock domstolen borde kunna frångås, när målets beskaffenhet eller annan särskild anledning föranleder därtill. Avseende det aktuella målet uttalade domstolen följande:

”Det nu ifrågavarande brottmålet har rört ett speciellt ämnesområde och förhållandevis svårbedömda problem har aktualiserats. Att dessa främst gällt bevisfrågor – orsaken till helikopterhaveriet och vad som hade samband därmed – och inte rent rättsliga problem bör sakna betydelse. Av handlingarna i målet framgår att den av [A] anlidade försvararen, advokaten [X], har särskilda insikter och erfarenheter på luftfartsområdet. Att en försvarare har särskild förtrogenhet på ett speciellt område bör som regel medföra att försvaret kan skötas på ett mera kvalificerat sätt än som annars skulle bli fallet och kan dessutom leda till att arbetet ibland kan utföras på kortare tid än eljest. Av utredningen i målet får anses framgå att [X] utfört sitt uppdrag med skicklighet och omsorg. Hans insatser synes också ha varit av avgörande betydelse för målets utgång. På grund av det anförda bör [A] för anlitan­de av försvarare tillerkännas högre ersättning än vad som skulle följa av timkostnadsnormen i brottmålstaxan. Det saknas anledning att härvid frånga det belopp som yrkats.”

Av dessa avgöranden framgår att det i brottmål, jämfört med tvistemålen, föreligger ett mycket närmare samband *mellan det taxereglerade och det icke-taxereglerade området*. Som Högsta domstolen konstaterade i det ovan diskuterade NJA 1997 s. 854 skall nämligen biträdesarvodet i tvistemål inte – såsom är fallet med ersättning till rättshjälpsbiträde – i första hand bestämmas efter nedlagd tid, och timarvodet skall inte heller bestämmas med tillämpning av en timkostnadsnorm.

Som kommer att utvecklas i nästa kapitel har ett rättshjälpsbiträde rätt till *skälig ersättning* för arbete, tidsspillan och utlägg som uppdraget har krävt. Ersättningen för arbete skall bestämmas dels med utgångspunkt i den tidsåtgång som är rimlig med hänsyn till uppdragets art och omfattning, dels med tillämpning av en timkostnadsnorm.⁸⁴² I denna reglering ligger att domstolen först skall värdera hur många timmar en ”normalskicklig” advokat behövt för motsvarande uppdrag och inte ge ersättning

⁸⁴² Timersättningen får avvika från timkostnadsnormen, om den skicklighet och den omsorg som uppdraget har utförts med eller andra omständigheter av betydelse ger anledning till det; se RhjL 27 §.

för fler timmar. Timkostnadsnormen ger därefter ett slags ”normalarvode” för ärenden som utförts med normal skicklighet.⁸⁴³ Utanför rättshjälpsområdet har dock, som Fitger (m.fl.) konstaterar, ”timkostnadsnormen inte någon direkt betydelse”. Istället skall ersättningen till juridiska biträden i tvistemål beräknas med hänsyn till bland annat målets beskaffenhet och omfattning, samt till den omsorg och skicklighet med vilken arbetet har utförts. Timarvodet skall sedan bestämmas efter marknadsmässiga principer, det vill säga motsvara arvodet till en advokat verksam vid en affärsjuridisk advokatbyrå. I brottmål gäller det omvända förhållandet: Den privata försvararen *behandlas i kostnadshänseende närmast som en offentlig försvarare*; arvodet bestäms med utgångspunkt i brottmålstaxan/timkostnadsnormen, och endast om målets beskaffenhet eller annan särskild anledning föreligger kan domstolen – såsom i ”helikoptermålet” ovan – tillerkänna parten en högre ersättning. Varför det förhåller sig på det viset är inte helt enkelt att förstå; den ”enda” skillnaden måltyperna emellan är att kostnaden för biträde i tvistemål betalas av en enskild, medan kostnaden för privat försvarare i ett brottmål betalas av staten.

4.5.3.4 Fördelningen mellan parterna vid fällande dom

Vad härefter avser de fall då den tilltalade fällts förelåg enligt tidigare regler en iögonfallande skevhet i regelverket: Om domen å ena sidan var friande fick den enskilda i princip stå sina egna kostnader medan denna, om domen å andra sidan var fällande, var tvungen att återgälda vissa av statens rättegångskostnader. Med andra ord ville staten ha sina kostnader för bland annat offentlig försvarare ersatta vid fällande dom, men gav inte den tilltalade någon ersättning för sina privata försvararkostnader vid friande dom. Denna skevhet illustreras väl av förarbetena:

”Som tidigare har berörts gäller enligt 31 kap. 1 § RB som huvudregel att tilltalad som döms för brottet skall återbetala till statsverket bl.a. de kostnader som enligt rättsens beslut har utgått av allmänna medel för bevisning och offentlig försvarare. Frikänns han däremot undgår han i princip helt betalningsskyldighet för statsverkets kostnader. För kostnader som han själv har haft får han i regel ingen ersättning.”⁸⁴⁴

Även denna ordning tilldrog sig kritik i litteraturen. Sålunda ställde sig exempelvis Ekelöf den befogade frågan, om inte ersättningsskyldigheten vid fällande dom kunde ”inverka dämpande på [den tilltalades] lust att begära offentlig försvarare”.⁸⁴⁵ Resonemanget känner vi igen från tvistemålen, men istället för att verka processavskräckande i sig riskerar kostnadsrisken i brottmål att avskräcka den tilltalade från att begära offentlig försvarare.

Idag föreligger en motsvarande skevhet men, märk väl, till den tilltalades fördel. Om domen är friande är den tilltalade, som framgått ovan, berättigad till ersättning för samtliga sina rättegångskostnader – däribland kostnaderna för privat försvarare

⁸⁴³ Fitger et al. (Zeteeo 2017) RB 18 kap. 8 §.

⁸⁴⁴ Prop. 1972:4 s. 158.

⁸⁴⁵ Ekelöf (SvJT 1/1956a) s. 66.

– med den enda begränsningen att dessa skall vara skäligen påkallade enligt ovan. Om domen däremot är fällande är den tilltalades kostnadsansvar föremål för tre viktiga begränsningar:

För det första omfattar ersättningsskyldigheten endast vissa särskilt uppräknade kostnader, närmare bestämt: (1) kostnaden för offentlig försvarare; (2) kostnaden för hämtning till rätten; samt (3) kostnaden för provtagning och undersökning av blod respektive urin, under förutsättning att dessa kostnader varit skäligen motiverade för utredningen.⁸⁴⁶ Härav följer, att den tilltalade i princip inte kan förpliktigas att ersätta staten för några andra kostnader än de poster som återges i lagrummet.⁸⁴⁷ I praktiken stannar således en betydande del av åklagarens rättegångskostnader på det allmänna även vid fällande dom; till skillnad från civilprocessen – där ersättningen för rättegångskostnad fullt ut skall motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande – kan den tilltalade inte förpliktigas att utge ersättning exempelvis för det allmännas utredningskostnader eller för andra beviskostnader än de som uttryckligen anges i lagrummet.

För det andra tillkommer en allmän begränsningsregel, enligt vilken den enskilda, såvida denna inte förfarit vårdslöst, inte är skyldig att återbetala mer av kostnaden för försvarare än vad vederbörande skulle ha fått betala i rättshjälpsavgift vid rättshjälps enligt rättshjälpslagen.⁸⁴⁸

För det tredje kan ersättningsskyldigheten sättas ned eller efterges helt, om det finns skäl till det med hänsyn till brottsligheten eller till den tilltalades personliga eller ekonomiska förhållanden.⁸⁴⁹

Genom dessa tre begränsningar har den avskräckande effekt, som Ekelöf (m.fl.) påtalar, lindrats avsevärt.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ RB 31 kap. 1 § 1-2 st. Paragrafen fick sin nuvarande lydelse år 2010, då ersättningsskyldigheten utvidgades till att omfatta urinprovtagning och urinundersökning; se prop. 2009/10:182.

⁸⁴⁷ Notera dock att RB:s kostnadsregler är subsidiärt tillämpliga i straffprocessen; se RB 31 kap. 12 §. Kompletterande kostnadsregler finns exv. i LMB 8 § och i lagen (1999:997) om särskild företrädare för barn 12 §, enligt vilka den dömda även är skyldig att utge ersättning för vad som har betalats för målsägandebiträde samt särskild företrädare för barn. Se härtill Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 288 och Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 333.

⁸⁴⁸ RB 31 kap. 1 § 3 st. Denna begränsning förutsätter dock att den tilltalades inkomst är så låg att vederbörande hade kunnat beviljas rättshjälps; se exv. NJA 2006 s. 131. Om den tilltalades inkomster marginellt överstiger inkomstgränsen kan detta dock beaktas inom ramen för 4 st., dvs. utgöra skäl att sätta ned ersättningsskyldigheten; se nästa fn.

⁸⁴⁹ RB 31 kap. 1 § 4 st. Att jämkning kan ske med hänsyn till brottsligheten innebär, som HovR:n konstaterade i RH 1988:73, att det skall föreligga proportionalitet mellan straffet och återbetalningsskyldigheten. I det aktuella målet fann HovR:n att ”rättegångskostnaderna inte står i rimlig proportion till den påföljd [A] ådömts och att förutsättning för jämkning därför föreligger”. Ersättningsskyldigheten jämkades till hälften. Vad sedan gäller den tilltalades personliga eller ekonomiska förhållanden framgår av föregående fn., att ett skäl för jämkning kan vara att den tilltalades inkomster marginellt överstiger inkomstgränsen för rättshjälps. I NJA 2006 s. 131 uttalade således HD att den tilltalades inkomst ”endast obetydligt [översteg] den gräns där hans återbetalningsskyldighet hade jämkats tämligen kraftigt enligt det tredje stycket” och att det därför istället borde ske en nedsättning av återbetalningsskyldigheten med tillämpning av fjärde stycket. Ang. personliga förhållanden; se exv. RH 1998:84, där den tilltalade var under 18 år gammal.

⁸⁵⁰ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 289, som konstaterar att återbetalningsskyldigheten numera är ”så pass begränsad att [den] inte har lika stor betydelse”. Se även Lindell et al. (2005) s. 426. Notera dock att den tilltalades inställning i försvararfrågan saknar betydelse. Den enskilda är således ersättningsskyldig oavsett om vederbörande har begärt eller motsatt sig offentlig försvarare, under förutsättning att kostnaden varit skäligen motiverad; se Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 334 samt NJA 1974 s. 687 och NJA 1981 s. 807.

Sammanfattningsvis utgår kostnadsreglerna i brottmål från utgången i målet och anknyter på så vis till motsvarande regler för ordinära tvistemål. I enlighet med principen om full kostnadstäckning hålls den tilltalade i princip skadelös vid friande dom på samma sätt som vinnande part i tvistemål. Det argument som har åberopats till stöd för denna ordning är principiella till sin karaktär; restriktivare ersättningsregler anses leda till stötande resultat. Vid fällande dom kvittas dock en betydande del av kostnaderna (även för offentlig försvarare), vilket snarare påminner om kostnadsfördelningen i förenklade tvistemål, men med den centrala skillnaden att den partiella kvittningsregeln i brottmål endast verkar till den ena partens fördel vid en processförlust. Genom denna ordning lindras den avskräckande effekt som en latent kostnadsrisk har på parternas agerande inför och under en domstolsprocess; för att återknyta till Ekelöf torde reglerna inte längre, i någon nämnvärd utsträckning, verka dämpande på den tilltalades vilja att begära offentlig försvarare. Sammantaget kombineras således en variation av skeva och partiella kvittningsregler till den tilltalades fördel.

4.6 Kvittning som omvänd huvudregel i allmän domstol

Innan vi lämnar den allmänna processen därhän – för att i nästa avsnitt studera förvaltningsprocessens oskrivna (och dubbelsidiga) kvittningsregel – skall några ord ägnas fördelningen av biträdeskostnader i vissa indispositiva tvistemål, närmare bestämt familjerättsliga mål om vårdnad, boende och umgänge.⁸⁵¹ I dessa måltyper är nämligen huvudregeln numera den omvända i jämförelse med övriga tvistemål: Var part skall som utgångspunkt bära sin kostnad, och endast undantagsvis har domstolen möjlighet att förpliktiga en utav parterna att helt eller delvis ersätta motparten dennas kostnader. Dessa särregler i den civilrättsliga lagstiftningen är dock sprungna ur rättegångsbalkens fakultativa kvittningsregel avseende mål om konstitutiv dom, så låt oss ta avstamp där.

4.6.1 Fakultativ kvittning enligt rättegångsbalken

I rättegångsbalkens 18 kapitel 2 § finns ett undantag från huvudregeln om full kostnadstäckning för vinnande part, som äger tillämpning i mål om så kallad konstitutiv

⁸⁵¹ Det finns även andra indispositiva tvistemål med särskilda kostnadsregler. De familjerättsliga målen torde dock vara de vanligast förekommande.

(”rättsgestaltande”) dom.⁸⁵² Enligt detta stadgande – som enligt Fitger (m.fl.) utgör ”den viktigaste undantagsregeln från RB:s huvudprincip om den förlorande partens kostnadsansvar”⁸⁵³ – äger domstolen förordna att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad, om målet angår ett rättsförhållande som enligt lag ej må bestämmas annorledes än genom dom.

I de mål som här avses är den bifallande domen, med Gärdes ord, ”en i lag föreskriven förutsättning för uppkomsten eller upplösning av ett visst rättsligt mellanhavande”.⁸⁵⁴ Vilka domar som har denna konstituerande karaktär är emellertid en i doktrinen omstridd fråga – låt vara att några måltyper otvivelaktigt kan sorteras under det ifrågasvarande lagrummet, framförallt familjerättsliga statusmål såsom mål om äktenskapsskillnad och vissa faderskapsmål.⁸⁵⁵

I motiven till den aktuella undantagsregeln anförde Processlagberedningen att det, i de berörda måltyperna, ”ej sällan [vore] obilligt, om den tappande parten alltid skulle ersätta motpartens rättegångskostnad”.⁸⁵⁶ Anledningen härtill var, enligt lagberedningen, att det i mål om konstitutiv dom ofta är *rena tillfälligheter* som avgör vilken utav parterna som först väcker talan och därmed, när talan sedermera bifalls (vilket alltsomoftast sker⁸⁵⁷) står som vinnande part.⁸⁵⁸ Som ett ytterligare skäl för att kvitta parternas kostnader i dessa mål har det i doktrinen anförts att båda parterna, exempelvis när frågan är om äktenskapsskillnad, i regel har ett *gemensamt intresse* av att talan bifalls och – för att återknyta till nyssnämnda exempel – äktenskapet därigenom upplöses.⁸⁵⁹ Att tala om den ena parten som ”vinnande” och om den andra som ”tappande” är därmed något oegentligt. Resonemanget påminner om

⁸⁵² Se härom Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 303. Jfr dock Hassler (1963) s. 192, som anger att lagrummet avser *indispositiva tvistemål*. Indelningen i å ena sidan *fullgörelse- och fastställsedomar* och å andra sidan *konstitutiva domar* är av gammalt datum och nyttjades tidigare för att förklara domens karaktär i förhållande till det förprocessuella rättsläget; se Jacobsson (1964) s. 171: ”Fullgörelse- och fastställsedomar ansågs utgöra omdömen om rättsläget, medan den konstitutiva domen skulle förändra rättsläget.” Att den konstitutiva domen var nödvändig för att förändra rättsläget tillmättes stor betydelse inom äldre tiders straff- och skadeståndsteorier; eftersom båda parterna var utan skuld till rättegången skulle ingen utav dem bära motpartens kostnader. Alla försök att göra en distinktion mellan olika typer av domar beroende på om de förändrade rättsläget eller ej kom dock att tilldra sig kritik i litteraturen; se t.ex. Olivecrona, Karl, *Domen i tvistemål* (1943) s. 71, som förklarade att ”varje dom medför en förändring av rättsläget”.

⁸⁵³ Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 18 kap. 2 §. Jfr dock Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 304, där det anges att stadgandet ”inte [har] så stor praktisk betydelse”. Varför så ej är faller utvecklas strax nedan.

⁸⁵⁴ Gärde et al. (1994) s. 202 f. Se härtill Jacobsson (1964) s. 173. Se även Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 303 f.

⁸⁵⁵ Ett äktenskap kan som bekant inte upplösas genom överenskommelse makarna emellan, utan endast genom att domstol meddelar dom på äktenskapsskillnad; se äktenskapsbalken (1987:23) (”ÄktB”) 5 kap. 22 §. Detsamma gäller som huvudregel vid hävande (men inte fastställande) av faderskap; faderskapet kan inte upplösas genom överenskommelse mellan föräldrarna, utan i princip endast genom att domstolen förklarar att mannen inte är far; se FB 1 kap. 2 §. Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 134 f., Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 304 f. och Jacobsson (1964) s. 182 ff. Jfr även Olivecrona (1943) s. 76 och Hassler (1963) s. 192. Tillämpningsområdet för RB 18 kap. 2 § utanför denna krets av statusmål är dock oklart. I praxis har paragrafen i och för sig ansetts tillämplig i vårdnadsfall (NJA 1973 s. 654 I-IV), i mål om skyldighet att avlägga bouppteckningsed enligt ärvdabalken (1958:637) (”ÄB”) 20 kap. 6 § (NJA 1976 s. 556) och enligt ÄktB 17 kap. 5 § (RH 2001:62), liksom i mål om tomträttsavgäld i vilket parterna träffat en förlikning (RH 1999:111). Se även NJA 1967 s. 252, NJA 1973 s. 35, NJA 1974 s. 287, SvJT 1976 ref. s. 44 och JO dnr 3731-1991.

⁸⁵⁶ SOU 1938:44 s. 231.

⁸⁵⁷ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 304.

⁸⁵⁸ SOU 1938:44 s. 231.

⁸⁵⁹ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006)s. 304. Jfr även Hassler (1963) s. 192, som anger att det inte finns någon ”egentlig motsättning” mellan parterna.

de arbetsrättsliga målen mellan organisationer, där båda parterna likaså anses ha ett gemensamt intresse av att rättsläget klargörs.

Det skall dock noteras att det ifrågavarande lagrummet är fakultativt; rätten *får* – men är inte skyldig – att förordna om kvittning.⁸⁶⁰ Av motiven framgår rentav att huvudregeln även i dessa mål skall vara att vinnande part erhåller gottgörelse för sin kostnad. Domstolen skall således kvitta kostnaderna endast i undantagsfall, exempelvis om ”talan omedelbart medgives eller parternas förhållande före eller under rättegången eljest ger anledning därtill”.⁸⁶¹ Denna i viss mån restriktiva tolkningen synes ha vunnit gillande i doktrinen,⁸⁶² och förefaller också ha upprätthållits i praxis.⁸⁶³

Den fakultativa undantagsregeln i rättegångsbalken 18 kapitlet 2 § gav tidigare upphov till åtskilliga svårigheter i den praktiska rättstillämpningen,⁸⁶⁴ framförallt av två skäl: För det första därför att det ofta var oklart både i vilka mål och under vilka förutsättningar undantagsregeln var tillämplig. För att besvara denna fråga fordrades en bedömning av om den åsyftade förändringen av rättsläget hypotetiskt hade kunnat åstadkommas genom en överenskommelse utom rätta,⁸⁶⁵ och om så ej är fallet, om det förelåg sådana särskilda skäl att det är påkallat att kvitta kostnaderna inför rätta. För det andra därför att det förekommer så kallade ”blandade mål” i vilka det aktualiseras skilda frågor, varav vissa eventuellt kan hänföras till undantagsregeln i 2 §, medan andra är att bedöma enligt huvudregeln i 1 §. Det sagda kan illustreras med ett exempel.

Låt oss ta ett vanligt mål om äktenskapskillnad, som utöver skillnadsfrågan inte sällan innehåller vårdnads-, boende- och umgängesfrågor som till sin karaktär är svagt indispositiva men inte längre konstituerande,⁸⁶⁶ liksom underhållsfrågor som

⁸⁶⁰ Se Lindell (2012) s. 571 och Fitger et al. (Zetee 2017) RB 18 kap. 2 §.

⁸⁶¹ SOU 1938:44 s. 231.

⁸⁶² Sälunda förespråkar Ekelöf kvittning enligt undantagsregeln om svaranden medger käromålet, eftersom båda parter då är intresserade av att detta bifalls. Däremot framhåller Ekelöf att ”det [kan] tänkas” att den tappande skall förpliktigas att ersätta vinnande part dennas kostnader om svaranden bestrider käromålet, och tillägger att denna fördelning förefaller ”särskilt rimlig” om käromålet ogillas; se Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 304. Se även Hassler (1963) s. 192, som anger att huvudregeln om full kostnadstäckning ”måste gälla” i den mån det varit ”en verklig tvist mellan parterna”.

⁸⁶³ Följande avgöranden från HD är värda att uppmärksammas: I NJA 1973 s. 35 kvittade HD kostnaderna m.h.t. att parterna hade ”varit ense om att [faderskaps erkännande] borde förklaras sakna verkan”, och anförde vidare att ”ingendera parten har föranlett kostnader för den andra utöver vad som varit nödvändigt för att erhålla rättens förklaring i angivet hänseende”. I avgörandena NJA 1963 s. 423 och NJA 1967 s. 252 fäste HD likaså avseende vid att båda parterna genast under förberedelsen eller i vart fall vid första inställelse hade medgivit motpartens talan. I NJA 1976 s. 556 blev fördelningen en annan, efter att en make bestridit motpartens yrkande om att under ed bekräfta en boupptecknings riktighet. HD fann dock att svaranden skulle åläggas att fullgöra edgången, liksom att omständigheterna i målet inte föranledde annat än att svaranden såsom tappande part skulle ersätta kärandens rättegångskostnader. I avgörandena NJA 1951 s. 223, NJA 1961 s. 631 och NJA 1973 s. 654 tillämpades inte heller undantagsregeln, sedan svaranden i ett inledande skede av processen helt eller till väsentlig del bestridit käromålet. Jfr även NJA 1990 s. 42.

⁸⁶⁴ Jfr Fitger et al. (Zetee 2017) RB 18 kap. 2 §.

⁸⁶⁵ Jacobsson (1964) s. 175.

⁸⁶⁶ På familjerättens område har det under senare år varit en strävan att öka utrymmet för samförståndslösningar i dessa frågor. Många frågor som tidigare endast kunde regleras genom dom kan följaktligen parterna nu (med socialnämndens godkännande) sluta ”bindande” avtal kring; se exv. FB 6 kap. 6 § (vårdnad), 14 a § 2 st. (boende) och 15 a § 3 st. (umgänge) och 21 kap. 1 § 2 st. (ang. verkställigheten) samt härtil Walin & Vängby (2010) s. 6:33 ff., 6:58 ff. och 6:66 ff.

till sin karaktär är helt dispositiva och aldrig konstituerande.⁸⁶⁷ I ett dylikt mål kunde, åtminstone tidigare, vissa av de i målet aktualiserade frågorna hänföras till 2 §,⁸⁶⁸ medan andra frågor är att hänföra till 1 §. Att en fråga i och för sig kan hänföras till 2 § innebär dock inte att kostnaderna i denna del alltid skall kvittas – tvärtom är huvudregeln att även dessa frågor skall bedömas enligt 1 §. I förevarande exempel är skillnadsfrågan ofta både otvistig och förhållandevis okomplicerad och passar därför för en tillämpning av kvittningsregeln i 2 §.⁸⁶⁹ Vårdnads-, boende-, umgänges- och underhållsfrågorna är dock i regel både tvistiga och förhållandevis komplicerade, och ansågs därför – i äldre rättspraxis – ofta vara att bedöma enligt huvudregeln i 1 §, trots att åtminstone vissa utav dem faller under tillämpningsområdet för 2 §.

I mål av ovanstående slag ankom det således på domstolen att uppskatta hur stor del av rättegångskostnaderna som belöper på respektive fråga, och sedan hantera dessa kostnader efter skilda regelverk – vilket naturligtvis är en opraktisk ordning.⁸⁷⁰ Idag är situationen dock inte fullt lika problematisk som förr, eftersom kostnadsfördelningen i de flesta större måltyper som faller innanför – eller tangerar gränserna för – rättegångsbalken 18 kapitlet 2 § har reglerats genom särskilda kostnadsregler i den civilrättsliga lagstiftningen. Denna rättsutveckling har medfört att rättegångsbalkens ”egna” fakultativa kvittningsregel numera äger tillämpning endast i ett fåtal förhållandevis ovanliga måltyper.⁸⁷¹ Till följd av denna utveckling har också huvudregeln med tiden kastats om: Kvittning skall som utgångspunkt ske, och endast undantagsvis kan domstolen förpliktiga tappande part att ersätta vinnande parts kostnader. I följande avsnitt skall vi undersöka vilka motiv som ligger bakom denna från rättegångsbalken avvikande ordning.

4.6.2 Fördelningen mellan parterna i vårdnads-, boende- och umgängestvister

I mål om vårdnad, boende och umgänge följer av föräldrabalken att rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning inte äger tillämpning. Istället är numera utgångspunkten i dessa mål, att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.⁸⁷²

⁸⁶⁷ Enligt FB 7 kap. 2 § fastställs underhållsskyldighet genom dom eller avtal. Till skillnad från avtal om vårdnad, boende och umgänge uppställs här inga formkrav. Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 305, som talar om mål om underhållsskyldighet till barn som ”rent dispositiva”, samt Schiratzki (2005) s. 28, som anger att underhållsskyldighet enligt FB ”fastställs av allmän domstol i ett i huvudsak dispositivt förfarande”. Se även Schiratzki, Johanna, *HD om rätts hjälp i mål om underhållsbidrag till barn* (JT 2/2004-05) s. 433-439 (s. 434). Följaktligen kan en domstol inte döma ut ett högre eller lägre underhållsbidrag än vad som yrkats/medgivits, och är föräldrarna överens om ett visst underhållsbidrag skall domstolen fastställa detta utan någon närmare prövning av dess skälighet; se Schiratzki (2005) s. 28 f., prop. 1984/85:163 s. 9 och SOU 1982:26 s. 232.

⁸⁶⁸ Enligt äldre praxis (NJA 1973 s. 654 I-IV) föll frågan om vårdnad om barn under tillämpningsområdet för RB 18 kap. 2 §.

⁸⁶⁹ Fitger et al. (Zeteeo 2017) RB 18 kap. 2 §.

⁸⁷⁰ Om det i ett skillnadsmål exv. samtidigt förekom tvistiga underhållsfrågor, brukade dock kostnaderna kvittas även för underhållsdelen av målet, om underhållsfrågan ej behandlades särskilt efter det att behandlingen av övriga frågor avslutats genom lagakraftvunnen dom; se NJA 1982 s. 376, prop. 1984/85:163 s. 5 och SOU 1982:26 s. 231.

⁸⁷¹ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 304 (citerade i fn. 853 ovan).

⁸⁷² FB 6 kap. 22 §. Se härtill Walin & Vängby (2010) s. 6:104, Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge, samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser* (2014) s. 243 f. och Schiratzki, Johanna, *Vårdnad och vårdnadstvister* (1997) s. 284 f. Se även prop. 1975/76:170 s. 183.

Rätten äger dock frånga denna omvända huvudregel – och förpliktiga tappande part att ersätta vinnande parts kostnader – om den ena parten föranlett onödig rättegång eller gjort sig skyldig till försumlig processföring,⁸⁷³ samt vid särskilda skäl. Det sagda innebär att kvittning skall vara huvudregel även i tvistiga mål.⁸⁷⁴ I jämförelse med den praxis som utvecklats i anslutning till undantagsregeln i rättegångsbalken 18 kapitlet 2 § innebär detta en tydlig förskjutning – från en presumtion mot kvittning till en stark presumtion för kvittning.⁸⁷⁵

Den ifrågavarande kvittningsregeln i föräldrabalken tillkom sedan det i olika sammanhang hade riktats kritik mot att den restriktiva tillämpningen av rättegångsbalkens 18 kapitel 2 § i vårdnadsmål inte sällan medförde att tappande part förpliktigades att ersätta vinnande part dennas kostnader så snart vårdnadsfrågan var tvistig.⁸⁷⁶ Denna ordning ansågs inte acceptabel, med motiveringen att varje förälder *måste våga processa om vårdnaden om sitt barn* – om vederbörande ansåg att omsorgen om barnens bästa så krävde – utan att behöva riskera att få betala både sina egna och motpartens kostnader.⁸⁷⁷ På Justitiedepartementet tog man intryck av kritiken, och när föräldrabalkens regler om vårdnad blev föremål för översyn i den inom departementet utarbetade promemorian *Faderskap och vårdnad* (DsJu 1975:17), föreslogs en ny regel i föräldrabalken, enligt vilken vardera parten skulle bära sin kostnad i vårdnadsmål. Som skäl härför anfördes, att domstolens uppgift i vårdnadsmål *inte primärt är att avgöra vilken förälder som har rätt eller fel*, utan snarare att träffa ett avgörande med hänsyn uteslutande till barnets bästa. Att den ena föräldern tilldöms vårdnaden i ett tvistigt vårdnadsmål innebär inte heller med nödvändighet, att den andra föräldern är olämplig som vårdnadshavare. En tillämpning av rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning skulle i en sådan situation kunna medföra att en förälder får stå för samtliga rättegångskostnader, trots att denna förälder i och för sig är lämplig som vårdnadshavare. Därtill anfördes i promemorian, att det utifrån barnets perspektiv ofta är lämpligt att vårdnadsfrågan blir föremål för en mer ingående domstolsprövning. Mot denna bakgrund föreslogs en regel i föräldrabalken, enligt vilken rättegångskostnaderna i vårdnadsmål alltid skulle kvittas.⁸⁷⁸

Departementschefen anslöt sig i mångt och mycket till de överväganden som kommit till uttryck i promemorian. Med hänvisning till att det (1) var angeläget

⁸⁷³ Detta m.h.t. RB 18 kap. 3 § (onödig rättegång) och 6 § (försumlig processföring). Se härtill Schiratzki, Johanna, *Mamma och pappa inför rätta* (2008) s. 78 med en handfull exempel, bl.a. på ett mål där en förälder yrkar umgänge mot ett 17 år gammalt barns vilja. Beträffande onödig rättegång/försumlig processföring i allmänhet; se exv. Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 291 ff., Hassler (1963) s. 193 ff. och Jacobsson (1964) s. 122 ff. resp. 205 ff.

⁸⁷⁴ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 304.

⁸⁷⁵ I samband med att det i FB infördes särskilda kvittningsregler i vårdnadsmål yttrade också Lagrådet (prop. 1975/76:170 s. 313), att de "föreslagna reglerna om fördelning av rättegångskostnader avviker från grundsatserna som har kommit till uttryck i de i NJA I 1973 s. 654 upptagna rättsfallen". Se härtill Fitger et al. (Zeteeo 2017) RB 18 kap. 2 §.

⁸⁷⁶ Jfr redogörelsen för HD:s praxis i fn. 863 ovan. Se även DsJu 1975:17 s. 133, där det anges att möjligheten att kvitta kostnaderna jämlikt RB 18 kap. 2 § användes "sparsamt" och att parternas kostnader i "huvudsak" endast kvittades när parterna var ense i den fråga som målet gällde. I tvistiga fall tillämpades således RB:s huvudregel om full kostnadstäckning även i vårdnadsmål.

⁸⁷⁷ Mot. 1975:444 och 446. Se härtill prop. 1975/76:170 s. 87.

⁸⁷⁸ DsJu 1975:17 s. 133. Se härtill prop. 1975/76:170 s. 96.

att frågan om föräldrarnas lämplighet blev föremål för domstolsprövning; (2) att båda föräldrarna i och för sig kan vara lämpliga som vårdnadshavare; samt (3) att domstolens uppgift inte är att avgöra vilken utav parterna som har ”rätt eller fel”, förklarade departementschefen att ”gällande regler bör ändras så, att vardera parten i princip skall bära sina egna kostnader i vårdnadsmål.” Denne motsatte sig dock en undantagslös kvittningsregel, med följande motivering:

”Samtidigt är det uppenbart att det måste finnas ett korrektiv mot part som inleder rättegång helt utan skäl eller som annars gör sig skyldig till illojal eller försumlig processföring. Domstolarna måste alltså ha vissa möjligheter att avvika från en huvudregel om kvittning. [...] Oberoende av utgången i målet bör [därför] part kunna förpliktas att helt eller delvis ersätta motparten dennes rättegångskostnader, om den förstnämnde har förfarit på sätt som avses i 18 kap. 3 eller 6 § RB eller om annars särskilda skäl föreligger.⁸⁷⁹”

Beträffande undantaget för särskilda skäl anförde departementschefen i specialmotiveringen till lagrummet, att denne främst hade i åtanke sådana fall då ”den förälder som inte har vårdnaden gång på gång utan framgång ansöker om att få vårdnaden överflyttad på sig”.⁸⁸⁰ Lagrådet, å sin sida, framhöll att särskilda skäl oftare torde föreligga i överrätt än i underrätt,⁸⁸¹ med motiveringen att det ”inte så sällan [inträffar] att parts åtgärd att fullfölja talan i förevarande typer av mål framstår som helt obefogad”.⁸⁸² Av det sagda kan man dra slutsatsen, att utrymmet att *inte* kvitta parternas kostnader i tvister kring vårdnad, boende och umgänge är kraftigt begränsat; enligt Ekelöf synes syftet med regelverket ”främst vara att förhindra att en förälder, närmast i trakasserande syfte, fortsätter att processa om vårdnad trots

⁸⁷⁹ Prop. 1975/76:170 s. 156 ff.

⁸⁸⁰ Prop. 1975/76:170 s. 183. Se även Walin & Vängby (2010) s. 6:104 och Schiratzki (1997) s. 284.

⁸⁸¹ Enligt FB 6 kap. 22 § 4 st. är lagrummet tillämpligt också när målet handläggs av överrätt.

⁸⁸² Prop. 1975/76:170 s. 313. I anslutning här till har det i doktrinen uttalats, att särskilda skäl torde föreligga om tappande part överklagar TR:ns dom och HovR finner att det är ”aldeles klart” att underrättens dom skall stå fast. Se t.ex. Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 304. I denna situation bör underrättskostnaderna kvittas, medan tappande part får stå överrättskostnaderna; se NJA 1980 s. 461. Se även Walin & Vängby (2010) s. 6:105 och Sjösten (2014) s. 244.

att utgången av vårdnadstvisterna är given”.⁸⁸³ Rättsläget torde därmed kunna sammanfattas enligt följande:

I mål om vårdnad, boende och umgänge motiveras för det första den grundläggande principen om barnets bästa att föräldrarnas rättegångskostnader kvittas i de stora flertalet fall. Utifrån barnets perspektiv är det nämligen angeläget att föräldrarnas förmåga att sörja för dess bästa kan bli föremål för domstolsprövning, vilket förutsätter att föräldrarna vågar väcka talan. Om principen om full kostnadstäckning skulle tillämpas, finns det en risk för att en förälder – av rädsla för att behöva stå motpartens kostnader – inte inlåter sig i en process, vilket till syvende och sist riskerar att gå ut över barnet. Att undvika den processavkräckande effekten är således det huvudsakliga argumentet som anförs till stöd för kvittning, vilket vi känner igen från många måltyper med typiskt sett obalanserade parter, såsom konsumenttvister, arbetsrättsliga tvister och diskrimineringstvister. Två centrala skillnader föreligger dock: (1) att kvittningsprincipen har dragits längre i de familjerättsliga målen; samt (2) att denna ordning motiveras med hänsyn till ett tredjemans-/allmänt intresse, närmare bestämt barnets bästa. Härtill kommer, för det andra, att situationen i vårdnadsmål inte sällan är sådan, att bägge föräldrarna är lämpliga som vårdnadshavare varvid domstolens uppgift är att avgöra vilken förälder som med hänsyn till barnets bästa är lämpligast. Om principen om full kostnadstäckning tillämpades skulle en förälder, som i och för sig är lämplig som vårdnadshavare (men inte lika lämplig som den andra föräldern) kunna komma att ensam få stå för samtliga rättegångskostnader, vilket anses ”orättvist”. Detta resonemang påminner om, men är inte identiskt med, situationen i vissa andra måltyper, där det också anses oegentligt att tala om parterna som ”vinnare” och ”förlorare”, exempelvis arbetsrättsliga mål mellan organisationer, men också sådana underhålls- och faderskapsmål där barnet tappar målet. Dessa skäl för kvittning har ansetts vara så starka, att tappande part endast skall ersätta vinnande parts kostnader om vederbörande antingen vid upprepade gånger och

⁸⁸³ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 305 f. Att kraven är högt ställda framgår exv. av RH 1998:99. I detta mål hade modern (A) genom dom 1996 anförtrotts vårdnaden om två barn. Barnen var dock sedan 1995 bosatta hos faderns (B:s) föräldrar i Tunisien, sedan B fört dem dit från Sverige. B hade vid tre tillfällen, år 1995, år 1997 och år 1998, dömts till fängelse för egenmäktighet med barn för att han underlåtit att medverka till att återföra barnen till Sverige. Tunisisk domstol hade dock år 1996 anförtrott B:s mor vårdnaden om barnen. År 1997 inkom B på nytt med en ansökan om stämning till TR:n, i vilken han yrkade att han skulle tillerkännas vårdnaden om barnen. A bestred käromålet, och yrkade att B skulle förpliktas att ersätta hennes rättegångskostnader i målet. B återkallade senare sin talan, varvid TR:n avskrev målet från vidare handläggning och förpliktade fadern (och hans ombud) att ersätta moderns kostnader. HovR:n upphävde dock TR:ns beslut, under anförande av följande: ”[B:s] utsikter till framgång i målet vid tingsrätten har visserligen – såvitt kan bedömas – varit begränsade. Vårdnadsfrågan hade då [B] väckte talan förhållandevis nyligen avgjorts och förhållandena var på avgörande punkter sedan dess i huvudsak oförändrade. Detta var emellertid första gången som [B] väckte talan angående vårdnad och något trakasserande syfte har därmed inte visats. Därtill kommer att förhållandena komplicerades av att barnens farmor genom en tunisisk dom tillerkänts vårdnaden om barnen, som enligt vad han uppgivit numera anpassat sig väl i Tunisien. [B:s] talan kan sedd mot bakgrund av dessa förhållanden inte anses ha varit så obefogad att undantagsbestämmelserna i 6 kap. 22 § föräldrabalken rörande rättegångskostnader skall tillämpas.” Jfr dock RH 1984:64, där kostnaderna kvittades. I detta mål hade TR:n år 1980 dömt till äktenskapsskillnad mellan två makar och förordnat att modern skulle ha vårdnaden om makarnas gemensamma dotter, med rätt till umgänge för fadern. År 1983 yrkade fadern vid TR:n utökad umgängesrätt med dottern. TR:n lämnade faderns yrkande utan bifall och ålade honom att, jämlikt FB 6 kap. 22 §, ersätta moderns kostnader. Som skäl härför anförde TR:n, att LR:n år 1982 avslagit faderns begäran om verkställighet rörande umgängesrätten med dottern, samt att KamR:n år 1983 fastställt LR:ns beslut. Mot denna bakgrund fann TR:n inte skäl att göra ändring i domen från år 1980 såvitt avsåg umgängesrätten, och ålade fadern att ersätta moderns rättegångskostnader. HovR:n instämde. Se även NJA 1980 s. 461, där särskilda skäl att frånga huvudregeln inte ansågs föreligga.

utan utsikter att vinna framgång (i ”trakasserande syfte”) återkommer med samma yrkande i underrätt, eller ”okynnesöverklagar” till överrätt.⁸⁸⁴ I dessa situationer kan ju tappande parts talan inte motiveras utifrån barnets bästa – vad som är bäst för barnet har ju redan klarlagts i tidigare domar. Och inte heller kan det anses stötande om tappande part får bära vinnande parts kostnader – syftet med tappande parts talan är ju närmast att trakassera vinnande part.

Med detta har den allmänna processens huvudregel, samt ett flertal undantag av varierande slag, diskuterats. Som framgått är utgångspunkten i allmän domstol att vinnande part – med tillämpning av principen om full kostnadstäckning – hålls skadelös, vilket är fallet i sedvanliga tvistemål samt i brottmål (vid friande dom). Från denna huvudregel finns det dock ett flertal undantagsregler – framförallt i den civilrättsliga lagstiftningen – enligt vilka parternas kostnader, helt eller delvis, skall eller kan kvittas:

1. För det första finns det regler som begränsar tappande parts kostnadsansvar till endast vissa kostnadsposter och/eller ett visst maximibelopp (partiell kvittning). Så är fallet i tvistemål om mindre värden (oavsett vilken part som tappar målet) och i brottmål (vid fällande dom).
2. För det andra finns det regler som ger domstolen ett utvidgat fakultativt utrymme att kvitta parternas kostnader vid särskilda skäl. Så är fallet exempelvis i arbetsmål och mål avseende konstitutiv dom, där kvittning *kan* ske till båda parternas fördel. Ibland gäller dock dessa regler endast till förmån för den typiskt sett svagare parten, såsom i underhålls- och diskrimineringsmål, där kvittning endast kan ske när barnet eller den förment diskriminerade tappar målet. Oavsett om kvittningsregeln är tvåsidig eller ensidig är dock huvudregeln intakt: Det föreligger en presumtion mot kvittning.
3. För det tredje finns det regler som helt kastar om huvudregel och undantag, genom att ställa upp en presumtion för kvittning. Så är fallet i vårdnads-, boende- och umgängesmålen, där domstolen som utgångspunkt *skall* kvitta parternas kostnader, men har ett bibehållet fakultativt utrymme att vid särskilda skäl förpliktiga tappande part att ersätta vinnande parts kostnader.

Mot bakgrund av denna sammanfattning skall vi nu ge oss i kast med fördelningsreglerna – eller snarare avsaknaden av regler – i förvaltningsmål.

⁸⁸⁴ Reglerna har också kritiserats för att de inte i tillräcklig grad (i praktiken inte alls) avhåller parterna från process; exv. anfördes i SOU 1995:81 s. 125 att det fanns ”skäl att närmare överväga ... en ordning som innebär att den förlorande parten i något större utsträckning än för närvarande skulle kunna åläggas återbetalningsskyldighet för rättegångskostnader”, alternativt ”en hårdare tillämpning av reglerna om kostnadsansvar för den som orsakar onödig rättegång”.

4.7 Kvittning som oskriven regel i förvaltningsdomstol

Av föregående avsnitt kan vi sluta oss till att rätten i samtliga måltyper inför allmän domstol kan förpliktiga åtminstone den ena parten att ersätta motpartens kostnader. Förvisso kan det finnas en starkare eller svagare presumtion för eller emot full kostnadstäckning respektive kvittning, men med fåtalet undantag finns det åtminstone alltid en säkerhetsventil, genom vilken det går att undvika oönskade eller rent stötande resultat i båda riktningarna. Detta särskiljer kostnadsreglerna i den allmänna processen från vad som gäller i förvaltningsprocessen. I förvaltningsmål är nämligen kvittning av kostnaderna – med endast ett undantag – obligatoriskt och därmed helt undandraget domstolens inflytande.

4.7.1 Fördelningen mellan parterna i förvaltningsmål

Frågan om rättegångskostnadernas – framförallt biträdeskostnadernas – hantering i förvaltningsmål har dryftats i olika lagstiftningssammanhang i över ett halvsekel.⁸⁸⁵ Sålunda väcktes redan vid 1948 års riksdag en motion angående bestämmelser om ersättning för parts kostnader i mål och ansökningsärenden, som handlades av förvaltningsdomstol eller annan offentlig myndighet.⁸⁸⁶ Över denna motion anförde första Lagutskottet bland annat följande:

”Enhetliga författningsbestämmelser saknas rörande huru kostnadsfrågor, som uppkomma i förvaltningsärende, skola lösas. I brist härpå tillämpas den allmänna grundsatsen, att stat och kommun ha att bekosta en var sina organs verksamhet i förfarandet, medan den enskilde får själv bära sina utlägg. [...] I rättstillämpningen leda de normer, som nu läggs till grund för dessa kostnadsfrågors avgörande, *ej sällan till stötande konsekvenser*. För att säkra sin rätt kan den enskilde nödgas i ett förvaltningsmål eller -ärende ådraga sig betydande kostnader, för vilka han icke kan få någon ersättning. Otvivelaktigt föreligger behov av en allmän översyn av de regler, som tillämpas på området.”⁸⁸⁷

På utskottets hemställan beslöt riksdagen att hos Kungl. Maj:t anhålla om en utredning angående frågan om kostnadsfördelningen i förvaltningsmål,⁸⁸⁸ och de så kallade Besvärssakkunniga – som vid tidpunkten redan var sysselsatt med en allmän översyn av förvaltningsprocessen – ålades sedermera, genom tilläggsdirektiv, att uppmärksamma ifrågavarande riksdagskrivelse.⁸⁸⁹

⁸⁸⁵ Jfr SOU 1991:106 del A s. 637: ”Lämpligheten av att införa regler om att det allmänna i efterskott skall ersätta enskilda parter för de kostnader de haft i förvaltningsrättsliga mål har diskuterats i flera decennier.”

⁸⁸⁶ Mot. II:355.

⁸⁸⁷ LU 1948:12 s. 3.

⁸⁸⁸ Rskr. 1948:67.

⁸⁸⁹ SOU 1964:27 s. 50 och 658.

4.7.1.1 Besvärssakkunniga

I brist på uttryckligt lagstöd har förvaltningsdomstolarna alltid ansett sig vara lagligen förhindrade att tillerkänna part, som vunnit bifall till sin talan i förvaltningsprocessen, ersättning för rättegångskostnader.⁸⁹⁰ I sitt principbetänkande förklarade Besvärssakkunniga att detta förhållande – att möjligheten att tillerkänna vinnande parter ersättning för kostnader icke fanns eller i praxis icke utnyttjades⁸⁹¹ – var ”en i många lägen kännbar brist”.⁸⁹² För att råda bot härpå föreslog de sakkunniga en undantagsbestämmelse, varigenom en enskild skulle kunna få ersättning för vissa ”särskilda kostnader” – däribland kostnader för juridiskt biträde⁸⁹³ – som denna ådragit sig i förvaltningsförfarandet.⁸⁹⁴

Om ersättning för sådana särskilda kostnader skulle utgå in casu var enligt de sakkunnigas förslag avhängigt huruvida det kunde anses *uppenbart oskäligt att kostnaden stannade på den enskilda*. Vid denna skälighetsbedömning skulle hänsyn tas till om den enskilda parten ”betungats med utredningskrav över hövan” eller om rättsläget, på grund av den materiella lagstiftningens utformning, framstod som oklart.⁸⁹⁵ De sakkunniga framhöll även att utgången i sak, särskilt i besvärshandlingen, kunde påkalla att den enskilda parten tillerkändes ersättning för sina kostnader. Ty om vederbörande hade vunnit bifall till sin talan kunde det, ”för det allmänna rättsmedvetandet framstå som oskäligt att den enskilde parten själv bär de kostnader, som han ådragit sig för att få det oriktiga beslutet ur världen”.⁸⁹⁶

Vid remissbehandlingen av Besvärssakkunnigas slutbetänkande bekräftade flertalet remissinstanser – däribland Regeringsrättens ledamöter, Justitieombudsmannen (”JO”), Justitiekanslern (”JK”), Kammarrätten, Försäkringsdomstolen med flera – både behovet av och det angelägna i att införa regler om kostnadsersättning i förvaltningsmål.⁸⁹⁷ I samband med 1972 års förvaltningsrättsreform, som markerade slutpunkten på de sakkunnigas arbete, och som bland annat utmynnade i den nu gällande förvaltningsprocesslagen, valde dock lagstiftaren att inte införa någon allmän regel om ersättning för rättegångskostnader. Detta förhållande kritiserades bland annat av Advokatsamfundet, som förespråkade att den föreslagna processlagen skulle

⁸⁹⁰ Se t.ex. RÅ 1919 not. C 68, RÅ 1920 not. C 87, RÅ 1921 not. S 12, RÅ 1922 not. S 149, RÅ 1924 ref. 2, RÅ 1925 not. S 118, RÅ 1925 not. K 153, RÅ 1926 not. FI 721-722, RÅ 1929 not. K 37, RÅ 1930 not. S 234, RÅ 1934 not. S 8, RÅ 1934 not. S 314, RÅ 1934 not. E 11. Se vidare SOU 1964:27 s. 684 och SOU 1971:76 s. 50 f. samt Munktel (1937) s. 25 ff. och 35 ff.

⁸⁹¹ Jfr Munktel (1937) s. 7: ”Beträffande den här upptagna frågan, rättegångskostnader i administrativ process, synes praxis under senare tider varit synnerligen obenägen att utdöma dyliga kostnader.” Såsom förklaring till detta anför Munktel (a.a. s. 25) att RegR var ”ärflikt belastad, icke från de allmänna domstolarna utan från Kungl. Maj:t i statsrådet. Och här torde ytterst sällan – om ens någonsin – några rättegångskostnader ha dömts ut. [...] I ett fåtal fall ha nu visserligen kostnader utdömts av regeringsrätten, men å andra sidan finns många fall, där rättegångskostnader icke blivit utdömda, ehuru med tillämpning av rättegångsbalkens regler så otvivelaktigt borde ha skett.”

⁸⁹² SOU 1955:19 s. 65 f.

⁸⁹³ SOU 1964:27 s. 685.

⁸⁹⁴ Se BSK:s förslag till lag om förvaltningsförfarandet 19 kap. 2 och 3 §§, i: SOU 1964:27 s. 43, med motivering på s. 683 ff.

⁸⁹⁵ SOU 1964:27 s. 689 f.

⁸⁹⁶ SOU 1964:27 s. 693.

⁸⁹⁷ SOU 1971:76 s. 45 och 55.

kompletteras med bestämmelser därom.⁸⁹⁸ Denna kritik avfärdades emellertid av lagstiftaren, med följande motivering:

”När det gäller vilka ämnen som behandlas i lagen har hänsyn tagits till genomförd eller väntad lagstiftning och till pågående utredningsarbete. [...] Den utredning av frågorna om ersättning för kostnader i förvaltningsförfarandet, om rättshjälp i förvaltningsärenden och om offentligt biträde åt part i sådana ärenden som f.n. verkställs av utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden anses inte böra föregripas genom förslag i dessa ämnen.”⁸⁹⁹

Med hänvisning till en pågående utredning – vars resultat inte borde föregripas – valde alltså lagstiftaren att skjuta frågan på framtiden.

4.7.1.2 Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden

Den utredning vartill lagstiftaren hänvisade – Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden – framlade samma år som förvaltningsrättsreformen genomfördes sitt betänkande *Offentligt biträde och kostnadsersättning i förvaltningsärenden* (SOU 1971:76). I utredningsdirektiven framhöll departementschefen att det inte var ”tillfredsställande att den enskilde enligt nuvarande ordning – bortsett från vissa undantagsfall – under alla omständigheter själv nödgades stå för sina kostnader i förvaltningsförfarandet.” Denne förklarade dock samtidigt, att hänsyn måste tas till ”de ekonomiska konsekvenser för det allmänna som kostnadsersättningsregler får”. Sammantaget menade därför departementschefen att det var ”befogat att gå fram med försiktighet när det gäller reformer på detta område”.⁹⁰⁰

Beträffande ”kostnadsersättningsfrågan” i förvaltningsprocessen, gjorde utredningen följande intressanta uttalande:

”Vid bedömningen av kostnadsersättningsfrågan måste såsom grundläggande regel fasthållas, att den enskilde i första hand har att själv stå för sina kostnader i förvaltningsärenden. Detta följer redan av *medlemskapet i samhället*. Den enskilde kan inte agera som om han vore av samhället oberoende, med anspråk på ersättning för olika utgifter som samhällstillhörigheten kan medföra. [...] I sammanhanget bör också uppmärksammas den skyldighet myndigheterna har att tillhandagå allmänheten med råd och upplysningar. [Utöver] denna serviceskyldighet åligger det regelmässigt myndigheterna att *sörja för en tillfredsställande utredning*. Detta sker genom att behövliga upplysningar införskaffas, ofta i form av expertutlåtanden, genom remiss till olika sakkunniga instanser. Med visst fog kan sägas att om den enskilde väljer att själv anlita biträde och förebringa utredning, när denna eljest skulle ha kunnat förebringas genom myndighetens försorg, det inte kan vara det allmännas sak att ersätta kostnaden.”⁹⁰¹

⁸⁹⁸ Prop. 1971:30 s. 271 och 274.

⁸⁹⁹ Prop. 1971:30 s. 267.

⁹⁰⁰ SOU 1971:76 s. 46.

⁹⁰¹ SOU 1971:76 s. 71 f. Se härtill Lundin (2009) s. 294.

I utredningen framfördes således helt nya argument för kvittning, som vi inte alls känner igen från den allmänna processen, närmare bestämt (1) att det är en *naturlig del av medlemskapet i samhället* att åsamkas kostnader i en domstolsprocess; samt (2) att den enskilda inte *behöver ådra sig några kostnader i processen* till följd av det allmännas utredningsansvar (och därmed, underförstått, får ”skylla sig själv” om vederbörande ändå ådrar sig onödiga kostnader). Dessutom förklarade utredningen (3) att ersättning för rättegångskostnad ”i själva verket” skulle betraktas som *en form av skadestånd*. Med hänvisning till pågående reformer av skadeståndslagen avstod därför utredningen från att framlägga något förslag till kostnadsregel av allmän art.⁹⁰² Och därmed sköts frågan, för andra gången, på framtiden.⁹⁰³

Till utredningens ståndpunkt i sak anslöt sig departementschefen; någon generell regel om kostnadsersättning i förvaltningsprocessen borde inte införas. Beträffande vissa måltypers uttalade sig också departementschefen tämligen kategoriskt; i socialförsäkringsmålen rådde det exempelvis ”enighet om att kostnadsersättningsregler *inte behövs* vid sidan av den allmänna rättshjälpen”.⁹⁰⁴ I den mån den enskilda parten fick vidkännas kostnader trots myndigheternas utredningsplikt, var alltså departementschefens ståndpunkt att den enskilda själv borde bära dessa kostnader (såvida rättshjälp inte utgick).⁹⁰⁵

Att det skulle råda *enighet* om att särskilda kostnadsregler inte behövdes som ett komplement till den allmänna rättshjälpen är dock långt ifrån korrekt. Med anledning av ett antal väckta motioner i ämnet kom nämligen frågan om ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsprocessen att år 1985 bli föremål för Justitiekommitténs granskning. Utskottet lät remissbehandla motionerna, varvid kammarrätten i Göteborg gjorde följande intressanta uttalande, vilket förtjänar att återges in extenso:

”Det är sedan länge en princip inom den vanliga tvistemålsprocessen att den part som förlorar målet skall ersätta den vinnande parten för hans rättegångskostnader. Om det inte vore så, skulle den borgenär som måste gå till domstol för att för att få betalt för sin fordran vara i ett sämre läge än den borgenär där gäldenären betalar godvilligt. [...] Man kan också uttrycka saken så, att den vinnande parten inte skulle få sin fulla rätt, om han själv finge stå för sina kostnader för rättegången. Enligt kammarrättens mening borde motsvarande princip gälla i tvister vid förvaltningsdomstol mellan medborgare och myndighet. Inte heller den som tvingats föra sin sak till förvaltningsdomstol *kan sägas ha fått sin fulla rätt*, om han inte hålls skadelös i fråga om sina kostnader för domstolsprocessen. Det kan visserligen hävdas att kostnaden för den enskilde att föra process i allmänhet är lägre i förvaltningsdomstol än i allmän domstol, bl.a. beroende på den utredningsskyldighet som åvilar förvaltningsdomstolen och att behovet av att få sina rättegångskostnader ersatta därför skulle vara mindre på förvaltningsdomstolssidan. [...] [Ä]ven kostnader av måttligare slag kan

⁹⁰² SOU 1971:76 s. 73 och härtill SOU 1991:106 del A s. 637 f. Se även Edelstam (1995) s. 99.

⁹⁰³ Detta resonemang kommer att följas upp i avsnitt 4.7.2 nedan.

⁹⁰⁴ Prop. 1972:132 s. 196.

⁹⁰⁵ Se vidare Edelstam (1995) s. 100.

[emellertid] innebära att slutresultatet av en i sig framgångsrik talan kan bli avsevärt urholkad för den enskilde.”⁹⁰⁶

Kammarrätten anslöt sig således till den rättsskyddsprincip som ligger till grund för civilprocessens kostnadsregler; vi erinrar oss vad Processkommissionen anförde i förarbetena till rättegångsbalken, nämligen att det ”skydd, som en vinnande part genom domen erhåller för sin rätt, [inte blir] fullständigt, med mindre han tillika får ersättning för de kostnader han ådragit sig för att få sin rätt erkänd.”⁹⁰⁷ Kammarrätten gick dock ännu längre, genom att också anföra principiella argument för kostnadsersättning, som snarare påminner om de överväganden som ligger till grund för straffprocessens fördelningsregler:

”Härtill kommer att den enskilde, såvitt kammarrätten kan bedöma, i dagens samhälle löper en större risk att behöva hävda sin rätt inför förvaltningsdomstol än att behöva göra det inför allmän domstol. Till bilden hör också att de angelägenheter som avgörs vid förvaltningsdomstolarna genomsnittligen torde vara av väl så stor betydelse för de enskilda medborgarna som de angelägenheter som prövas vid allmän domstol. [...] Praktiskt taget varje medborgare är från tid till annan involverad i något förvaltningsärende, och de olägenheter som detta kan föra med för honom bör ses som en naturlig del av medborgarskapet. Tvingas han däremot hävda sin rätt i förvaltningsdomstol, är förhållandet ett annat. Går han då segrande ur tvisten, är det enligt kammarrättens mening *i princip rimligt att han hålls skadelös för de kostnader som har åsamkats honom genom domstolsprocessen.*”⁹⁰⁸

Detta uttalande svarar väl mot vad departementschefen anförde när principen om full kostnadstäckning lades till grund för straffprocessens kostnadsregler till förmån för den tilltalade vid friande dom, närmare bestämt att utgångspunkten – från ”principiell synpunkt” – borde vara, att ”den som frikänns skall hållas i görligaste mån skadeslös för kostnad som har varit nödvändig för att tillvarata hans rätt.”⁹⁰⁹

Som skäl för att tillerkänna en enskild som vunnit bifall till sin talan ersättning för sina rättegångskostnader anförde kammarrätten således *båda de argument som tidigare motiverat motsvarande regler inom civil- respektive straffprocessen*: (1) att den enskilda inte skulle komma till sin ”fulla rätt” om denna själv nödgades bära sina egna rättegångskostnader; och (2) att det är principiellt rimligt att enskilda hålls ”skadelösa” för kostnader som uppkommit för att tillvarata sin rätt mot det allmänna. Justitiekammaren ställde sig dock ”mycket tveksam till tanken att införa en regel som medger att enskilda som vinner en process mot staten alltid får ersättning för sina kostnader”.⁹¹⁰ Istället menade utskottet att frågan om ersättning för

⁹⁰⁶ JuU 1984/85:15 s. 34.

⁹⁰⁷ SOU 1926:33 s. 208. Jfr även PLB i SOU 1938:44 s. 231: ”Rättegångens syfte att bereda rättsskydd skulle endast ofullständigt uppnås, om icke den vinnande parten tillika finge gottgörelse för de kostnader han ådragit sig för att göra sin rätt gällande.”

⁹⁰⁸ JuU 1984/85:15 s. 35.

⁹⁰⁹ Prop. 1972:4 s. 269 f.

⁹¹⁰ JuU 1984/85:15 s. 53.

rättegångskostnader i förvaltningsprocessen borde utredas närmare, och därvid prövas målgrupp för målgrupp.⁹¹¹ Betänkandet, som var enhälligt, godtogs av riksdagen,⁹¹² och sålunda sköts frågan om kostnadsersättning i förvaltningsmål, för tredje gången, på framtiden.

Under den efterföljande perioden fick Justitieutskottet anledning att årligen erinra regeringen om 1985 års betänkande, och inskräpvt vikten av att den av riksdagen efterlysta utredningen kom till stånd.⁹¹³ År 1989 beslutade slutligen regeringen att tillsätta en parlamentariskt sammansatt kommitté för att granska domstolarnas uppgifter, arbetssätt och organisation, och i sina direktiv ålades kommittén – som sedermera skulle anta namnet Domstolsutredningen⁹¹⁴ – att bland annat ”se över” reglerna om rättegångskostnaders hantering i förvaltningsprocessen.⁹¹⁵ Härigenom kom frågan om ersättning för biträdeskostnader i förvaltningsmål att återigen bli föremål för utredning.⁹¹⁶ Domstolsutredningens betänkande utgör också den sista offentliga utredning som mer utförligt behandlar frågan om ersättning för biträdeskostnader i förvaltningsprocessen, varför jag tillåter mig att ägna dess resonemang en utförlig analys.

I sitt betänkande *Domstolarna inför 2000-talet* (SOU 1991:106) framhöll Domstolsutredningen, att det förhållandet att enskilda parter i regel inte skall behöva ådra sig några kostnader i förvaltningsprocessen inte tillfredsställande besvarar frågan, vad som skall hända när en enskild ändå ”haft skäligen anledning att lägga ner kostnader på en process mot det allmänna och vinner framgång i processen”.⁹¹⁷ Enligt utredningens mening förekom det otvivelaktigt ”ett inte ringa antal förvaltningsprocessrättsliga fall” i vilka det var oskäligt att den enskilda tvingades stå sina egna processkostnader,⁹¹⁸ och därtill ”en del fall” där den rådande ordningen rentav var direkt stötande.⁹¹⁹ Mot denna bakgrund förklarade utredningen, att det på förevarande område förelåg ett ”starkt reformbehov”.⁹²⁰ Att tillerkänna den enskilda parten en generell rätt till ersättning vid en framgångsrik process, efter mönster från den allmänna processen, motsatte sig dock utredningen. Enligt Domstolsutredningen förelåg det nämligen betydande skillnader mellan *kostnadsreglernas syfte* i tvistemål och brottmål, jämfört med förvaltningsmålen. Låt oss därför, i följande avsnitt, närmare skärskåda denna funktionsdiskussion, genom att ställa målyperna i relation till varandra.

⁹¹¹ JuU 1984/85:15 s. 53.

⁹¹² SOU 1991:106 del A s. 638.

⁹¹³ Se JuU 1985/86:21, JuU 1986/87:26 och JuU 1987/88:22. Se även SOU 1991:106 del A s. 638.

⁹¹⁴ I noter och packad text förkortad ”DU”.

⁹¹⁵ Dir. 1989:56 s. 22; återgivna som bil. 1 i SOU 1991:106 del B s. 363 ff.

⁹¹⁶ Jfr SOU 1991:106 del A s. 639.

⁹¹⁷ SOU 1991:106 del A s. 640.

⁹¹⁸ SOU 1991:106 del A s. 642.

⁹¹⁹ SOU 1991:106 del A s. 654.

⁹²⁰ SOU 1991:106 del A s. 642.

4.7.1.3 Domstolsutredningen och den preventiva funktionen

Beträffande civilprocessen förklarade Domstolsutredningen att de ”skäl som föranleder kostnadsansvaret i tvistemål [inte överensstämmer] med skälen för ett eventuellt kostnadsansvar i de förvaltningsrättsliga målen”.⁹²¹ Detta ställningstagande motiverade utredningen enligt följande:

”Kostnadsansvaret i ett dispositivt, dvs. förlikningsbart tvistemål har givetvis ett reparativt syfte. Det finns emellertid ett annat syfte med kostnadsansvaret. Rättegångskostnadsansvaret *går ju mycket längre än vad som skulle följa av det vanliga skadeståndsansvaret som har den närmast renodlade reparativa funktionen.* [...] Bakom RB:s reglering ligger uttalanden av processlagberedningen. Beredningen menade att rättegångens syfte att bereda rättsskydd endast ofullständigt skulle uppnås om den vinnande parten inte fick ersättning för de kostnader han haft för att göra sin rätt gällande. Vidare förklarade beredningen att vetskapen om att den förlorande parten i allmänhet måste bära såväl sina egna som motpartens kostnader var ägnad att avhålla från obefogade rättegångar.”⁹²²

Av detta drog Domstolsutredningen följande slutsats:

”Anledningen till det långtgående kostnadsansvaret i tvistemål *hänger alltså nära samman med behovet att sanktionera civilrätten.* Fanns inte kostnadsansvaret skulle enskilda inte i samma utsträckning göra rätt för sig utan rättegång, och därmed skulle civilrätten inte fungera lika bra. Rättegångskostnadsansvaret i tvistemål *har alltså en handlingsdirigerande effekt.* [...] I de förvaltningsrättsliga målen mellan det allmänna och enskilda kan kostnadsansvaret inte tillmätas någon större betydelse som sanktionerande faktor ... Det är nämligen så mycket annat som styr det allmänna handlande.”⁹²³

Utifrån syftet med kostnadsansvaret (och dess ”effekter”) försökte alltså Domstolsutredningen argumentera för att *det allmänna inte bör åläggas ett lika långtgående kostnadsansvar i förvaltningsmål som enskilda parter i tvistemål.* Enligt utredningen befinner sig nämligen det reparativa syftet ”i förgrunden” i förvaltningsmål, medan det handlingsdirigerande syftet, som tydligen ”har styrt tvistemålsreglernas utformning”, endast ”spelar en biroll i bakgrunden”.⁹²⁴ Enligt mitt förmenande är detta resonemang direkt felaktigt. Låt mig motivera detta påstående.

Vad utredningen gjorde gällande kan i punktform struktureras enligt följande:

1. Tappande parts kostnadsansvar i tvistemål har framförallt ett *handlingsdirigerande syfte* (vilket kan utläsas ur PLB:s betänkande), till skillnad från ett eventuellt kostnadsansvar i förvaltningsmål, som snarare skulle ha ett reparativt syfte.

⁹²¹ SOU 1991:106 del A s. 641.

⁹²² SOU 1991:106 del A s. 641 m.h.t. SOU 1938:44 s. 231.

⁹²³ SOU 1991:106 del A s. 641.

⁹²⁴ SOU 1991:106 del A s. 642.

2. Ett långtgående kostnadsansvar för tappande part har en *handlingsdirigerande effekt* på enskilda parter i tvistemål, men skulle inte få en sådan effekt på det allmänna i förvaltningsmål (eftersom det är så mycket annat som styr det allmännas handlade).
3. Sammantaget saknas det skäl att i förvaltningsmål ålägga det allmänna ett med tappande part i tvistemål korresponderande ansvar för motpartens kostnader, helt enkelt eftersom ett långtgående kostnadsansvar inte skulle få den åsyftade effekten. I polemik mot detta resonemang skulle jag vilja anföra följande, i anslutning till dessa tre punkter:

För det första: Har kostnadsreglerna i tvistemål framförallt ett handlingsdirigerande syfte? Svaret på denna fråga är nej.

Rättegångsbalkens 18 kapitel 1 § har varit oförändrad alltsedan paragrafen infördes i samband med nya rättegångsbalkens antagande. Lagregelns utformning har följaktligen styrts av de syften som Processkommissionen och Processlagberedningen sökte tillgodose därigenom. Att huvudregeln om full kostnadstäckning till vinnande part i den moderna processdoktrinen eventuellt anses tjäna andra syften än dem som rättegångsbalkens upphovsmän satte i förgrunden är ett annat spørsmål, vartill jag får anledning att återkomma nedan.

Som framgått av det föregående förutsatte tappande parts kostnadsansvar gentemot vinnande part tidigare – på samma sätt som ett traditionellt skadeståndsansvar – culpa. Till grund för äldre rättegångsbalkens kostnadsregler låg nämligen skadeståndsteorin, vilket medförde att parternas kostnader kvittades i alla mål som inte var av helt klar beskaffenhet. Att vinnande part endast undantagsvis fick ersättning för sina kostnader betraktades som en brist i den dåvarande ordningen, och utgjorde det huvudsakliga skälet till att ett närmast strikt ansvar infördes för tappande part.⁹²⁵ I detta avseende markerar nya rättegångsbalkens kostnadsregler ett tydligt brott mot tidigare föreställningsramar. Utifrån rättsskyddsteorin kom nämligen kostnadsansvaret att motiveras med hänvisning till *processens funktion att bereda rättsskydd* – en funktion som riskerade att förfelas om vinnande part inte erhöll gottgörelse för sina processkostnader. Ersättningsskyldigheten anknöts därför mer renodlat till utgången i målet – istället för till den tappandes eventuella vårdslöshet – och blev därigenom närmast strikt. Ställer vi Processkommissionens och -lagberedningens ursprungliga motiv i relation till Domstolsutredningens nyss citerade uttalande, blir diskrepansen tydlig:

Processkommissionen: ”Det *skydd*, som en vinnande part genom domen erhåller för sin rätt, [icke blir] fullständigt, med mindre han tillika får ersättning för de kostnader han ådragit sig för att få sin rätt erkänd. [...] Den allmänna utgångspunkten vid en blivande lag bör *sålunda* vara, att den part, som tappar i huvudsaken, skall, oavsett

⁹²⁵ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 283.

om det kan läggas honom till last eller ej, att målet dragits under domstols prövning, förpliktigas återgälda motparten dennes kostnader å rättegången.”⁹²⁶

Processlagberedningen: ”[E]n reform av reglerna om skyldighet för part att gälda rättegångskostnad bör bygga på grundsatsen, att denna skyldighet i princip skall bestämmas med hänsyn till målets utgång, oberoende av om det kan läggas den tappande parten till last att rättegång kommit till stånd. Rättegångens syfte att bereda *rättsskydd* skulle endast ofullständigt uppnås, om icke den vinnande parten tillika finge gottgörelse för de kostnader han ådragit sig för att göra sin rätt gällande. Och vetskapen, att den tappande parten i allmänhet måste bära såväl sina egna som motpartens kostnader, är ägnad att *avhålla* från obefogade rättegångar. Huvudregeln bör *därför* även framledes vara, att den part, som förlorar målet är pliktig att ersätta motpartens rättegångskostnad.”⁹²⁷

Domstolsutredningen: ”Kostnadsansvaret i ett dispositivt, d.v.s. förlikningsbart tvistemål har givetvis ett reparativt syfte. Det finns *emellertid* ett annat syfte med kostnadsansvaret. Rättegångskostnadsansvaret går *ju* mycket längre än vad som skulle följa av det vanliga skadeståndsansvaret som har den närmast renodlade reparativa funktionen.”⁹²⁸

Att det strikta kostnadsansvaret i civilprocessen är mer långtgående än det ”vanliga skadeståndsansvaret” (som enligt utredningen tjänar en närmast renodlad reparativ funktion) tog alltså utredningen till intäkt för att detta ansvar har ”ett annat syfte” än det reparativa, närmare bestämt att verka preventivt (handlingsdirigerande). Men förhåller det sig verkligen på detta vis, det vill säga tjänar ett traditionellt culpa-ansvar en renodlat reparativ funktion, medan ett strikt kostnadsansvar är bättre ägnat att tillgodose en preventiv funktion? Nej, förhållandet mellan ansvars-/kostnadsregelns utformning och dess presumtiva ”effekter” i samhället är inte alls så enkelt som Domstolsutredningen synes göra gällande, vilket för oss över till nästa punkt.

För det andra: Har det långtgående kostnadsansvaret i tvistemål en handlingsdirigerande effekt? Svaret på denna fråga är nja, men inte på det sätt som Domstolsutredningen gjorde gällande.

Om vi först betraktar frågan från ett rent ersättningsrättsligt perspektiv är skadeståndets effekter skadeståndsrättens kanske mest omdiskuterade spörsmål.⁹²⁹ Klart är dock att alla uttalanden om skadeståndets preventiva effekter väsentligen stödjer sig på icke verifierade antaganden. Vi vet alltså väldigt lite om vilken typ av ansvarsregel – en culpa-regel eller en regel om strikt ansvar – som har starkast preventiv effekt, eftersom vi med säkerhet inte vet om skadeståndet har en preventiv effekt överhuvudtaget.⁹³⁰ Vissa, i en svensk kontext särskilt ”dirigisterna”⁹³¹ (Lundstedt och

⁹²⁶ SOU 1926:33 s. 208.

⁹²⁷ SOU 1938:44 s. 231. Se även NJA II 1943 nr 1 s. 227. Jfr Gärde et al. (1994) s. 202.

⁹²⁸ SOU 1991:106 del A s. 641 m.h.t. SOU 1938:44 s. 231.

⁹²⁹ Se t.ex. Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt* (2010) s. 39 ff. för en djuplodande redogörelse kring dessa frågor.

⁹³⁰ Se t.ex. Hellner & Radetzki (2010) s. 42 ff.

⁹³¹ Se Lindblom (2000e) s. 54, som till ”dirigisterna” hänför särskilt Lundstedt och Ekelöf.

Ekelöf), har förvisso framhållit den preventiva funktionen hos skadeståndet som den överordnade, och betraktat den reparativa funktionen såsom underordnad.⁹³² Båda dessa gjorde också gällande att skadestånd oberoende av vållande har en särskilt stark preventiv effekt.⁹³³ Andra menar dock att detta är en paradox; när skadestånd måste utges av någon som inte varit oaktsam kan ju vederbörande inte undgå att utge ersättning ens genom att uppfylla alla typer av aktsamhetskrav.⁹³⁴ Att skadeståndet tjänar en reparativ funktion är däremot ett tämligen okontroversiellt påstående inom skadeståndsrätten,⁹³⁵ liksom att ett strikt ansvar har en starkare reparativ effekt än ett ansvar som förutsätter culpa; den skadelidande blir ju inte utan ersättning ens om skadevällaren har uppfyllt alla typer av aktsamhetskrav.⁹³⁶

Mot bakgrund av det sagda framstår Domstolsutredningens initiala resonemang som förfelat. Att kostnadsansvaret i civilprocessen är mer långtgående än den vanliga culpa-normen ger i sig inget stöd för att detta ansvar är avsett att verka – eller faktiskt verkar – handlingsdirigerande, eftersom det inte finns något påvisbart samband mellan ett strikt ansvar och en förstärkt preventiv effekt. Däremot finns det ett tydligt samband mellan ett strikt ansvar och en förstärkt reparativ effekt. Redan utifrån ett renodlat ersättningsrättsligt perspektiv ligger det därför närmare till hands att anta att det är den reparativa – inte den potentiellt preventiva – effekten hos kostnadsreglerna som det strikta kostnadsansvaret i civilprocessen syftar till att tillgodose. Att så är fallet bekräftas också av såväl förarbetena till rättegångsbalken som den anknytande doktrinen.

Betraktar vi frågan från ett processrättsligt perspektiv konstaterade Ekelöf mycket riktigt att den tidigare tillämpningen av culpa-normen i civilprocessen framförallt bör ha ”inverkat menligt på kostnadsreglernas reparativa effekt”.⁹³⁷ Läser vi Processkommissionen och Processlagberedningens betänkanden innantill, framgår det också att det var just kostnadsreglernas reparativa syfte – inte dess presumtivist handlingsdirigerande – som både kommissionen och lagberedningen försökte tillgodose genom införandet av ett strikt ansvar. Visserligen fäste lagberedningen, till skillnad från kommissionen, visst avseende vid att ett strikt ansvar *också* kunde avhålla enskilda från att initiera obefogade processer. Intresset härav var dock underordnat intresset av att ge vinnande part gottgörelse för de kostnader som denna ådragit sig för att göra sin rätt gällande; hela rättegångens syfte – i singular – skulle ju förfelas, om inte vinnande part fick sådan ersättning. Att med hänvisning till rättegångsbalkens förarbeten göra gällande att ett handlingsdirigerande syfte har styrt kostnadsreglernas utformning i tvistemål är därför anmärkningsvärt, av flera skäl.

Med Processlagberedningen som enda referens anförde Domstolsutredningen att civilprocessens kostnadsregler skall verka handlingsdirigerande i samhället, genom att sanktionera civilrätten och därigenom frammana frivillig efterrättelse av

⁹³² Ekelöf (1942) s. 76 f. m.h.t. Lundstedt (1935) s. 108.

⁹³³ Se t.ex. Ekelöf, Per Olof, *Straffet, skadeståndet och vitet – en studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt* (1942) s. 89 f.

⁹³⁴ Se till det sagda Hellner & Radetzki (2010) s. 43 f.

⁹³⁵ Se t.ex. Hellner & Radetzki (2010) s. 39 f.

⁹³⁶ Jfr Hellner & Radetzki (2010) s. 171. Se även Ekelöf (1942) s. 76 och 89 f.

⁹³⁷ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 283.

denna. Men som framgått var detta inte alls vad lagberedningen faktiskt anförde i sitt betänkande; enligt Processlagberedningen var civilprocessens funktion först och främst att bereda rättsskydd för den enskilda, och kostnadsreglerna utformades för att säkerställa denna övergripande funktion – inte primärt för att bidra till processens handlingsdirigerande funktion. Vilken källa ligger då till grund för Domstolsutredningens funktionsresonemang? Det ligger nära till hands att anta att utredningens tal om att uppnå handlingsdirigering genom sanktioner har inspirerats av Ekelöfs sanktionsteori,⁹³⁸ snarare än den rättsskyddsteori som ligger till grund för Processlagberedningens betänkande. Detta är anmärkningsvärt därför att Ekelöf utvecklade sin teori efter att Processlagberedningen lagt fram sitt betänkande år 1938,⁹³⁹ och dessutom som en motreaktion mot de tidigare rättighetsbaserade (metafysiska) funktionsresonemang som bland andra Processlagberedningen gav uttryck för, inspirerade av Kallenberg. Med andra ord förefaller Domstolsutredningen hänvisa till en källa – Processlagberedningen, som tillhör en teoribildning – men i verkligheten grunda sina resonemang på en annan källa – Ekelöf, som tillhör en annan teoribildning, som tillkommit efter och utgör en direkt kritik mot den tidigare. Än mer anmärkningsvärt blir dock resonemanget, om vi beaktar att *inte ens Ekelöf fäste avgörande vikt vid kostnadsreglernas handlingsdirigerande funktion.*

Tillhörande Uppsalaskolan vände sig Ekelöf mot idén om processens rättsskyddande funktion, såsom denna utvecklats inte minst av Kallenberg, för att sedan vinna insteg i rättegångsbalkens förarbeten.⁹⁴⁰ Att – såsom Processlagberedningen förklarat – skydda rättigheter kunde inte vara processens funktion, eftersom det inte existerar några rättigheter oberoende av processen.⁹⁴¹ Enligt Ekelöf var rättsskipningens funktion istället att fungera som en institutionaliserad form av social kontroll⁹⁴² – en ”sanktionsmekanism”⁹⁴³ – syftande till att påverka moralbildningen i viss riktning genom ett alltid överhängande sanktionshot.⁹⁴⁴ Ekelöf anförde:

⁹³⁸ Se Ekelöf (SvJT 1/1988) s. 23, där Ekelöf nyttjar termen ”sanktionsteorin” för att karaktärisera sin teori om processens handlingsdirigerande funktion.

⁹³⁹ Ekelöf disputerade förvisso år 1937 på avhandlingen *Om Interventionsgrunden*. Dennes tankar kring de rättsliga sanktionernas verkningssätt utvecklades dock först i det år 1942 publicerade verket *Straffet, skadeståndet och vitet*, för att därefter vidareutvecklas i en rad artiklar och böcker, inte minst serien *Rättegång*, som utgår ifrån Ekelöfs syn på rättsskipningens samhällsfunktion; se Ekelöf et al. (2016) s. 19. Det skall dock noteras att det inte var Ekelöf som först lanserade teorin om processens handlingsdirigerande funktion i Sverige; som Lindblom konstaterar utgör ”Ekelöfs uppfattning i funktionsfrågorna en kombination av Hägerströms och Lundstedts åsikter”. Enligt Lindblom ”förefaller Ekelöf ha hämtat tanken om handlingsdirigering hos Hägerström och tron på rättsskipningens moralbildande, snarare än avskräckande, verkan hos Lundstedt”. Se Lindblom (2000e) s. 53 f. fn. 36 och 41.

⁹⁴⁰ Ekelöf hänvisar exv. till, för att sedan ta direkt avstånd ifrån, Kallenbergens äldre ståndpunkt – att processens ändamål är ”meddelande av rättsskydd”. Se Ekelöf et al. (2016) s. 19 fn. 15 m.h.t. Kallenberg (1917-1939) bd I avd. 1 s. 11. Se även exv. Lindblom (2000e) s. 59 f. ”Rättsskyddsteorin enligt Kallenbergens synsätt kan alltså betraktas som övergiven men utövar fortfarande en viss påverkan eftersom den i stor utsträckning ligger till grund för vår gällande rättegångsbalk och därmed även för dess förarbeten [...]. Nog är det ett egendomligt förhållande att dagens rättegångsbalk bygger på metafysiska och individualistiska föreställningar om rättsskydd, medan balkens främste uttolkare – Ekelöf – trots sin starkt liberala privata grundideologi företräder en utpräglat kollektivistisk, samhällsnyttorienterad och rättsrealistisk grundsyn och rättstillämpningsmetod vid dess tillämpning.”

⁹⁴¹ Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 19 f.

⁹⁴² Enligt Ekelöf utgjorde rättsskipningen ”den enda kvarvarande sociala kontrollen från det allmännas sida” Se Ekelöf et al. (2016) s. 25.

⁹⁴³ Ekelöf et al. (2016) s. 16.

⁹⁴⁴ Se Ekelöf et al. (2016) s. 13 ff. Se även Ekelöf, Per Olof, *Om rätt och moral*, i Lindblom, Per Henrik (red.), Vänbok till Robert Boman (1990) s. 71-84 samt Ekelöf (1942).

”[V]ad rättskipningen framförallt skall bidra till är att människorna över huvud taget avhåller sig från samhällsskadliga handlingssätt samt att deras aktivitet länkas in på samhällsnyttigare banor. [...] *Rättskipningen är till för att ge de materiella reglerna genomslag ute i samhället.* [...] Som *samhällsinstitution* medverkar den ... till upp-
rätthållandet av folkmoralen och är på detta sätt en integrerad del av vår kultur. Och
fanns det inte någon rättskipning, skulle lagstiftningen inte kunna vara det effektiva
'styrmedel', som i vår dynamiska kultur de politiska instanserna är i behov av.”⁹⁴⁵

Ekelöfs sanktionsteori har fått vidkännas kritik i litteraturen, inte minst från Lindell som har gjort gällande att Ekelöf hyste en övertro till rättskipningens förmåga att överhuvudtaget verka handlingsdirigerande.⁹⁴⁶ Enligt Lindell var Ekelöf ett barn av sin tid – präglad av behaviorismen.⁹⁴⁷ Alldeles oavsett om vi delar denna kritiken kan vi konstatera att Ekelöf var betydligt mycket mer nyanserad än Domstolsutredningen.⁹⁴⁸ Lindells liknelse med råttor i en labyrint är därför mer träffande beträffande utredningens resonemang, än Ekelöfs.

I sitt betänkande förklarade Domstolsutredningen, som om det vore en sanning, att om det inte fanns ett kostnadsansvar i civilprocessen skulle enskilda ”inte i samma utsträckning göra rätt för sig utan rättegång”, och den materiella civilrätten skulle därför inte ”fungera lika bra”. I förvaltningsprocessen kunde dock kostnadsanktionen inte tillmätas någon ”större betydelse som sanktionerande faktor” eftersom det är ”så mycket annat” som styr det allmännas handlande. Men är det inte ”mycket annat” än det latenta rättegångskostnadsansvaret som styr enskilda individers handlande?⁹⁴⁹ Är det verkligen av rädsla för att behöva betala motpartens kostnader som enskilda exempelvis följer avtal?

Sannolikt skulle inte ens Ekelöf skriva under på att kostnadsreglerna i tvistemål uteslutande eller ens huvudsakligen är avsedda att verka, eller de facto verkar, handlingsdirigerande. Enligt Ekelöf tjänade nämligen kostnadsersättningen i civilprocessen, i likhet med det civilrättsliga skadeståndet, ”såväl en handlingsdirigerande som en reparativ funktion”.⁹⁵⁰ Kring dessa funktioners inbördes vikt gjorde Ekelöf följande uttalande, som återges in extenso:

⁹⁴⁵ Ekelöf et al. (2016) s. 20.

⁹⁴⁶ Lindell (2012) s. 29 och Lindell (1987) s. 93 samt Lindblom (2000e) s. 51. Se härtill Ekelöf et al. (2016) s. 27 samt Ekelöf (1942) s. 11, där Ekelöf förklarar att han ”utgått från att medborgarna undvika lagstridigt handlingssätt på grund av den olägenhet, som sanktionernas genomförande medför”, för att sedan tillägga, att ”[n]ågon sanning innehåller uppenbarligen denna förutsättning”.

⁹⁴⁷ Lindell, Bengt, *Civilprocessen* (2003) s. 92 fn. 21: ”Handlingsdirigering är en form av statsintervention där målet är att styra människor i en viss bestämd riktning. Både Olivecrona och Ekelöf hade en stark tilltro till rättskipningens handlingsdirigerande effekter. Tillhörande Uppsalaskolan ... var rättskipningen ett slags maskineri. Reglerna uppfattades som påbud, förbud och genom sanktioner antas att individerna, likt Pavlos hundar eller råttor i en labyrint som får elstötar, rättar sig efter de belöningar/bestrafningar som kan utmätas. Grundsynen på människan är inte precis positiv; släpper man elkablar blir det kaos.” I 3:e uppl. har hänvisningen till Pavlos hundar utgått; jfr Lindell (2012) s. 26 fn. 3.

⁹⁴⁸ Jfr exv. Ekelöf et al. (2016) s. 17, där Ekelöf även framhåller att ”uppfostran av barnen” och ”propaganda av olika slag” påverkar laglydnaden. Se även Ekelöf (1942) s. 11, där Ekelöf likaså förklarar, att ”laglydnaden i samhället är beroende även på andra omständigheter än de rättsliga sanktionerna”.

⁹⁴⁹ Jfr Lindblom (2000e) s. 51 och Lindell (2012) s. 28 f. (mer utvecklat i Lindell (2003) s. 96 ff.). Se även exv. Ekelöf et al. (2016) s. 17 och Ekelöf (1942) s. 11.

⁹⁵⁰ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280.

”Som exempel på den handlingsdirigerande funktionen kan anföras ett vanligt kravmål, varvid vi till en början antar att karendens talan bifalls. Att svaranden i sådana fall förpliktigas att ersätta karendens kostnader utgör ett incitament för gäldenären att frivilligt försöka göra rätt för sig samt att undvika oriktiga eller obevisbara invändningar, såvida det kommer till rättegång. Om man i vårt exempel istället kvittade kostnaderna (dvs. vardera parten står för sina kostnader), skulle borgenären riskera att hans gäldenär framställde sådana invändningar, som kunde orsaka borgenären stora utgifter för bevisning och argumentation samtidigt som gäldenären kanske inte behövde ådra sig några större kostnader. Denna kostnadsersättnings handlingsdirigerande effekt är dock *inte alltid lika betydelsefull*. I mindre mål är den av stor vikt, medan den i mål angående stora värden kan vara *fullkomligt betydelselös*. Däremot bidrar kostnadsersättnings *reparativa effekt alltid till tryggheten i samhället*. Borgenären vet att om gäldenären inte frivilligt betalar sin skuld, så kan borgenären framtinga fullgörelse på gäldenärens bekostnad. [...] Särskilt påfallande är detta vid fordringar, vilkas belopp är mindre än de förväntade rättegångskostnaderna för borgenären. Kvittning av kostnaderna skulle i detta fall medföra att ett bifall till käromålet utgjorde en alltför dyrköpt seger för borgenären. Ekonomiskt skulle det inte löna sig att stämma gäldenären, och därmed skulle fordringar på mindre belopp bli osanktionerade. Liknande synpunkter gör sig gällande då käromålet ogillas. Risken för att utan skäl bli besvärad med en process utgör ett otrygghetsmoment bland flera i samhället. Karendens ansvar för svarandens kostnader fyller i detta fall ungefär samma funktion som skadegörarens skyldighet att ersätta den uppkomna skadan. Risken för att få betala även svarandens rättegångskostnader inverkar hämmande på processlystnaden, och vetskapen om att den som utan skäl besväras med en process, får sina rättegångskostnader ersatta, bidrar till den allmänna känsla av trygghet som utgör en så viktig förutsättning för varje ordnat samhälle.”⁹⁵¹

Som synes framhåller Ekelöf både den reparativa (konfliktlösande) och den preventiva (handlingsdirigerande) funktionen hos kostnadsreglerna som centrala för den materiella civilrättens genomslag. Till och med Ekelöf medger dock att den handlingsdirigerande funktionen inte alltid är ”så framträdande”, och ibland är ”fullkomligt betydelselös”, medan den reparativa funktionen alltid bidrar till att skapa trygghet i samhället. Och kring detta torde meningarna idag vara ganska eniga i den processrättsliga doktrinen.⁹⁵²

Utifrån ett processrättsligt perspektiv anses således de civilprocessuella kostnadsreglerna, liksom civilprocessen i allmänhet, tjäna processens övergripande genomslagsfunktion.⁹⁵³ För vinnande kärke medför tappande parts kostnadsansvar att denna kan genomdriva sina anspråk på den materiellt förpliktigades bekostnad, vilket dels håller kärke skadelös vid en befogad process; dels ökar gäldenärens incitament att frivilligt göra rätt för sig. Och för vinnande svarande medför regelverket att denna hålls skadelös vid en obefogad process, vilket i sin tur förmodas hämma

⁹⁵¹ Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280 ff.

⁹⁵² Se exv. Lindblom (2008a) s. 132, som är den rättsvetare som i modern tid sannolikt ägnat kostnadsreglerna i civilprocessen störst uppmärksamhet. Dennes resonemang avseende kostnadsreglernas funktion svarar tämligen väl mot Ekelöfs.

⁹⁵³ Se t.ex. Welamson (1964) s. 684. Se även SOU 1982:26 s. 223.

processlystnaden i samhället. Kostnadsreglerna medverkar därigenom till att den materiella lagstiftningen får genomslag både på individnivå (genom att den ”materiellt berättigade” hålls skadelös), och på samhällsnivå (genom att människor i allmänhet gör rätt för sig och inte processar mot varandra utan orsak). Kostnadsreglerna tjänar såtillvida den traditionella genomslagsfunktionen genom att verka såväl reparativt (konfliktlösande) i det enskilda fallet som preventivt (handlingsdirigerande) i samhället. Dessa funktioner utesluter inte varandra – tvärtom förutsätter civilrättens genomslag dem båda; Lindblom talar ju välfunnet om ”funktionernas interaktion”.⁹⁵⁴

För att återknyta till punktlistan ovan kan vi därmed konstatera (1) att kostnadsreglerna i tvistemål framförallt har utformats för att uppfylla ett reparativt syfte, medan det preventiva syftet får betraktas som sekundärt; samt (2) att ett strikt kostnadsansvar för tappande part alltid får en förstärkt reparativ effekt, men inte nödvändigtvis en starkare preventiv effekt. Detta för oss över till den avslutande frågan:

För det tredje: Saknas det, utifrån kostnadsreglernas syfte och effekter i civilprocessen, skäl att i förvaltningsprocessen ålägga det allmänna ett med tappande part i tvistemål korresponderande ansvar för motpartens kostnader? Enligt min mening går Domstolsutredningens argumentation inte ihop. Att ett långtgående kostnadsansvar *inte* skulle ge någon handlingsdirigerande effekt i förvaltningsprocessen är – oavsett om det är korrekt eller ej – ett icke-argument, eftersom kostnadsreglernas syfte i civilprocessen *inte* primärt är att uppnå en sådan effekt. Istället är kostnadsreglernas syfte i tvistemål framförallt att verka reparativt, och att sådan reparativ effekt skulle uppnås genom ett långtgående ansvar i förvaltningsmål råder det inga tvivel om.

4.7.1.4 Domstolsutredningen och kostnadsreglernas ”balanserande” funktion

Om vi sedan övergår till straffprocessens kostnadsregler är Domstolsutredningens argumentation strukturerad på samma sätt som i föregående avsnitt. För att kunna motivera varför det allmänna inte borde åläggas ett lika långtgående ansvar i förvaltningsprocessen som i straffprocessen introducerade nämligen Domstolsutredningen ”den balanserande funktionen”, enligt följande:

”I och för sig borde man i fråga om kostnaderna i en del förvaltningsrättsliga mål kunna dra paralleller med vad som gäller i brottmål, *men för brottmålen handlar det också om att åstadkomma en balans i processen*. Sedan mycket lång tid tillbaka är nämligen en tilltalad som faller till ansvar *skyldig att ersätta staten dess till målet hänförliga kostnader, och någon motsvarande skyldighet finns ju inte i förvaltningsdomstol*. Om man införde regler om skyldighet för enskilda parter i förvaltningsrättsliga mål att vid en för dem oförmånlig utgång av ett mål ersätta det allmänna dess kostnader, skulle det vara naturligt att ge dem en mera generell möjlighet till ersättning i händelse av

⁹⁵⁴ Lindblom (2006b) s. 291. Se till det sagda även Lindblom (2008a) s. 132, Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280 ff. och 332, Lindell (2012) s. 567 och Jacobsson (1964) s. 58.

att de vinner sin process. Några reformkrav i denna riktning synes emellertid – på goda grunder – inte ha framställts.”⁹⁵⁵

Denna argumentation kan också struktureras i punktform, enligt följande:

1. Det allmännas kostnadsansvar i brottmål har (åtminstone delvis) till *syfte att skapa kostnadsbalans* mellan parterna i processen.
2. Ett långtgående kostnadsansvar för det allmänna har också en balanserad *effekt* i straffprocessen (där den tilltalade är skyldig att ersätta staten ”dess till målet hänförliga kostnader”), men skulle inte ha en sådan effekt i förvaltningsprocessen (eftersom den enskilda parten inte är skyldig att ersätta statens kostnader).
3. Sammantaget saknas det skäl att ålägga det allmänna ett lika långtgående kostnadsansvar i förvaltningsmål som i brottmål, helt enkelt eftersom ett motsvarande kostnadsansvar inte skulle få den åsyftade (balanserade) effekten. I polemik mot detta resonemang kan följande anföras, i anslutning till dessa tre punkter:

För det första: Syftar kostnadsreglerna i brottmål till att skapa en kostnadsmässig ”balans” mellan parterna? Svaret på denna fråga är nej.

Vem som i straffprocessen slutligt skall stå kostnaderna för den tilltalades försvar reglernas som bekant i rättegångsbalken 31 kapitlet 1 och 2 §§ – ett regelverk som numera, i likhet med kostnadsreglerna i civilprocessen, starkt knyter an till utgången i målet. Och för de fall åtalet ogillas kan rätten numera besluta att den tilltalade skall få ersättning av allmänna medel bland annat för sina kostnader för försvarare.

Som framgått av tidigare avsnitt motiverades det allmännas kostnadsansvar ursprungligen på rent principiella grunder; departementschefen ansåg helt enkelt att restriktivare regler kunde leda till ”stötande resultat”, och att det därför var ”principiellt riktigtast” att den generella rätten till kostnadsersättning vid friande dom även omfattade kostnaderna för den tilltalades försvarare.⁹⁵⁶ Jag har däremot inte kunnat finna något stöd för utredningens påstående – att det ”handlar ... om att åstadkomma en balans i processen”. Inte heller har jag kunnat finna någon företrädare i doktrinen som har gjort gällande att straffprocessens kostnadsregler syftar till att skapa en kostnadsbalans mellan parterna. Och detta är inte så konstigt, eftersom det inte råder någon sådan kostnadsbalans. Detta för oss över till den andra punkten: kostnadsreglernas effekt.

För det andra: Har ett långtgående kostnadsansvar för det allmänna en ”balanserad effekt” i straffprocessen (där den tilltalade är skyldig att ersätta staten ”dess till målet hänförliga kostnader”)? Svaret på denna fråga är också nej.

För de fall den tilltalade *fälldes* förelåg förvisso, enligt tidigare ordning, en iögonfallande skevhet – eller obalans om man så vill – i regelverket: Om åtalet bifölls skulle den tilltalade återgålda vissa av statens rättegångskostnader medan den enskilda, om

⁹⁵⁵ SOU 1991:106 del A s. 642.

⁹⁵⁶ Prop. 1972:4 s. 269 f.

åtalet ogillades, i princip fick stå sina egna kostnader.⁹⁵⁷ Sätillvida blev systemet de facto mer ”balanserat” i och med 1972 års reform, även om detta inte var syftet med reformen.

Domstolsutredningens beskrivning – att den tilltalade är skyldig att ersätta staten *dess till målet hänförliga kostnader* – är dock direkt missvisande; statens ”till målet hänförliga kostnader” inbegriper ju – frånsatt domstolskostnaderna – samtliga åklagarens rättegångskostnader, och därtill kostnaderna för offentlig försvarare. Som framgått ovan är dock den tilltalades kostnadsansvar i straffprocessen inte tillnärmelsevis så omfattande som tappande parts kostnadsansvar i civilprocessen,⁹⁵⁸ utan underkastat tre viktiga begränsningar: Kostnadsansvaret omfattar (1) endast vissa särskilt angivna kostnadsposter;⁹⁵⁹ är (2) ofta begränsat till ett visst maximibelopp;⁹⁶⁰ och (3) kan sättas ned eller efterges helt.⁹⁶¹ Följaktligen stannar en betydande del av åklagarens rättegångskostnader på det allmänna även vid fällande dom.

Ovanstående begränsningar infördes genom 1972 års reform, som således inte bara innebar en skärpning av det allmännas ansvar vid friande dom, utan också en avsevärd lindring av den tilltalades ansvar vid fällande dom. I förarbetena förklarade departementschefen, att

”... möjligheterna att helt eller delvis efterge ersättningsskyldigheten [borde] vidgas. När bestämmelsen i 31 kap. 1 § fick sin nuvarande utformning underströk jag särskilt att den tilltalade inte bör åläggas en betalningsskyldighet som *inte är rimlig* i förhållande till hans betalningsförmåga. Jag ansåg därför påkallat att jämningsmöjligheterna vidgades något. När nu en samordning av reglerna om återbetalningsskyldighet i fråga om all kostnad som har utgått av allmänna medel föreslås, är det viktigt att den dömdes betalningsförmåga tas i anspråk *inom rimliga gränser*. Det måste emellertid också understrykas att det inte bör komma i fråga att ålägga den dömden en återbetalningsskyldighet som kan *försvåra hans återanpassning till samhället*. Självfallet bör t.ex. den som döms till en längre frihetsberövande påföljd i regel inte åläggas någon sådan skyldighet. Av vad jag nu anført följer att domstolarna när de bedömer om och i vilken mån ersättningsskyldighet bör komma i fråga skall ha möjlighet att anlägga *kriminalpolitiska synpunkter* så att betalningsskyldigheten ses som ett led i samhällets reaktionssystem.”⁹⁶²

Den tilltalades kostnadsansvar vid fällande dom har förvisso genomgått vissa smärre förändringar under åren, men ovanstående begränsningar infördes redan genom 1972 års reform, det vill säga två decennier innan Domstolsutredningen presenterade sitt betänkande. Utredningen hade därför kunnat förmedla en något mer nyanserad bild

⁹⁵⁷ Se exv. prop. 1972:4 s. 158, där denna skevhet framkommer.

⁹⁵⁸ Jfr Ekelöf, Bylund & Edlestam (2006) s. 287.

⁹⁵⁹ Se RB 31 kap. 1 § 1 st. Närmare bestämt kostnaderna för (1) offentlig försvarare; (2) hämtning till rätten; samt (3) provtagning och undersökning av blod och urin. Se dock fn. 847 ovan.

⁹⁶⁰ Se den allmänna begränsningsregeln i RB 31 kap. 1 § 3 st., enligt vilken den tilltalade – förutom vid vårdslöshet – inte är skyldig att återbetala mer av kostnaden för försvarare än vad vederbörande skulle ha fått betala i rätts hjälpsavgift vid rätts hjälp enligt RhjL. Om detta undantag; se i och vid fn. 848 ovan.

⁹⁶¹ Se RB 31 kap. 1 § 4 st. Detta undantag behandlas i och vid fn. 849 ovan.

⁹⁶² Prop. 1972:4 s. 267 f.

av den tilltalades ersättningsskyldighet visavi det allmänna än vad som framgår av betänkandet. I kontrast till vad Domstolsutredningen gjorde gällande föreligger det nämligen en påtaglig ”obalans” mellan parternas kostnadsansvar i straffprocessen, som dock är *till den tilltalades fördel*. Att åstadkomma en ”kostnadsbalans” mellan det allmänna – med de ekonomiska resurser som tillkommer polis- och åklagarväsendet – och en enskild tilltalad har aldrig varit någon ambition. Och tur är väl det.

För att återknyta till punktlistan ovan kan vi därmed konstatera (1) att det allmännas kostnadsansvar i brottmål har till syfte att hålla den enskilda skadelös för kostnader som har varit nödvändiga för att tillvarata dennas rätt; och (2) att det långtgående kostnadsansvaret för det allmänna inte har någon balanserande effekt i straffprocessen – eftersom den tilltalade endast är skyldig att ersätta vissa av statens kostnader och ofta endast till ett visst belopp. Däremot har kostnadsreglerna en reparativ effekt. Detta för oss över till den avslutande frågan.

För det tredje: Vore det, utifrån kostnadsreglernas syfte och effekter i straffprocessen, onaturligt att ålägga det allmänna ett lika långtgående ansvar i förvaltningsmål som i brottmål? Klart är att Domstolsutredningens argumentation inte heller i denna del går ihop. Att ett långtgående kostnadsansvar *inte* skulle ha någon balanserande effekt i förvaltningsprocessen är ett icke-argument, eftersom kostnadsreglernas syfte i straffprocessen *inte* är att uppnå en sådan effekt. Istället är kostnadsreglernas syfte i brottmål – liksom i tvistemål – framförallt att verka reparativt, och en sådan reparativ effekt skulle uppnås genom ett långtgående ansvar också i förvaltningsmål.

4.7.1.5 Domstolsutredningen och den reparativa funktionen

Domstolsutredningens ståndpunkt var sammanfattningsvis att den enskilda parten i förvaltningsprocessen inte – såsom i den allmänna processen – borde tillerkännas en generell rätt till ersättning för sina kostnader vid en framgångsrik process. För att motivera denna ståndpunkt ansåg sig Domstolsutredningen tydligen vara tvungen att presentera en rimlig förklaring till *varför* en enskild som vinner en process i allmän domstol skall få sina kostnader ersatta, medan den som vinner en process inför förvaltningsdomstol inte skulle ha någon motsvarande rätt. Utredningen var alltså tvungen att på något vis särskilja förvaltningsmålen från tvistemålen och brottmålen, och för detta ändamål använde sig utredningen av följande argumentationsmönster:

- Först förklarade utredningen vilka syften som kostnadsreglerna är avsedda att tillgodose i civil- respektive straffprocessen.
- Därefter förklarade utredningen att ett långtgående kostnadsansvar har avsedd effekt i tvistemål och brottmål, men inte skulle få motsvarande effekt i förvaltningsmål.
- Och därmed var slutsatsen given: Eftersom ett långtgående kostnadsansvar inte skulle uppfylla de avsedda effekterna i förvaltningsprocessen, borde ett sådant ansvar inte införas.

Som framgått av föregående avsnitt menar jag dock att båda premisserna för utredningens slutsats är felaktiga: Först förklarade utredningen att kostnadsreglerna i den allmänna processen har syften som de faktiskt inte har (i alla fall inte primärt); därefter förklarade utredningen att det långtgående kostnadsansvaret i tvistemål och brottmål har en viss effekt som de faktiskt inte har (i alla fall inte med säkerhet).

Vad gäller tvistemålen förklarade DU, å ena sidan, att kostnadsreglernas syfte framförallt är att verka handlingsdirigerande, och att det strikta kostnadsansvaret har en preventiv effekt på enskilda (men inte på det allmänna). I själva verket har dock reglerna inte primärt ett handlingsdirigerande syfte, och det är också tveksamt om ett långtgående ansvar har någon preventiv effekt ens på enskilda.

Vad gäller brottmålen menade DU, å andra sidan, att kostnadsreglernas syfte är att verka balanserande, liksom att det långtgående kostnadsansvaret har en sådan effekt. I själva verket har dock reglerna vare sig ett balanserande syfte eller en balanserande effekt, eftersom den enskildas kostnadsansvar är betydligt mycket mer begränsat än det allmännas.

Dessa felaktiga utgångspunkter ledde utredningen till en, åtminstone enligt min mening, felaktig slutsats: Att ett långtgående kostnadsansvar för det allmänna i förvaltningsprocessen *inte* skulle ha en handlingsdirigerande/balanserande effekt är *inte* bärande argument mot att införa sådana regler i förvaltningsmål, eftersom motsvarande regler i tvistemål och brottmål varken är avsedda att uppfylla, eller faktiskt uppfyller, dessa funktioner. Vad skiljer då den allmänna processen från förvaltningsprocessen i detta avseende?

I sitt betänkande anförde Domstolsutredningen själv, att ”i fråga om enskildas möjligheter att få ersättning av det allmänna för rättegångskostnader i förvaltningsprocesser, det reparativa syftet befinner sig i förgrunden”. Enligt utredningen kunde det många gånger vara oskäligt eller rentav stötande, att den enskilda tvingades stå sina egna processkostnader i tvister med staten – till och med när den enskilda parten vinner framgång mot staten.⁹⁶³ Men är det inte i princip samma tankegångar som ligger till grund för kostnadsreglerna i den allmänna processen? Befinner sig i inte det reparativa syftet ”i förgrunden” även i tvistemål och brottmål?

Enligt min uppfattning utgår kostnadsreglerna i både civil- och straffprocessen från en gemensam grundtanke, närmare bestämt att den som ”har rätt” (inte i metafysisk mening, utan i bemärkelsen ”vunnit processen”) inte skall behöva vidkännas betydande kostnader för att ”få rätt” (i bemärkelsen ”driva processen”). I civilprocessen talar man i förarbetena om att ge den enskilda ”gottgörelse” och i straffprocessen om att hålla densamma ”skadelös”.⁹⁶⁴ Det är alltså i grund och botten ett reparativt syfte som fördelningsreglerna fullgör inom den allmänna processen. Att detta syfte under åren har motiverats utifrån olika teoretiska perspektiv, såsom att säkerställa processens rättsskyddande funktion respektive dess genomslagsfunktion,

⁹⁶³ SOU 1991:106 del A s. 642 resp. 654.

⁹⁶⁴ SOU 1938:44 s. 231 resp. prop. 1972:4 s. 269.

och kompletterats med mer abstrakta och icke-verifierade preventiva (handlingsdirigerande) syften av allsköns slag – både inom- och utomprocessuella – är en annan sak. Huruvida den enskilda bör hållas skadelös/få gottgörelse för sina kostnader i förvaltningsprocessen är kanske därför snarast en normativ fråga: Väger intresset av reparation lika tungt i förvaltningsmål som i tvistemål och brottmål, med beaktande av den samhällskostnad som är förenat med ett utvidgat kostnadsansvar för det allmänna?⁹⁶⁵

4.7.1.6 Domstolsutredningens slutbetänkande – ett antiklimax

Med ovanstående motivering, som jag har funnit anledning att kritisera, föreslog Domstolsutredningen inte att det skulle införas en generell rätt till ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsprocessen. Istället valde utredningen ett restriktivare alternativ, genom att i princip ansluta sig till det förslag som Besvärssakkunniga hade presenterat flera decennier tidigare (dock utan att hänvisa till de sakkunnigas arbete). Domstolsutredningen föreslog således att enskilda parter skulle kunna tillerkännas ersättning av det allmänna för sina kostnader i förvaltningsprocessen, *om det med hänsyn till omständigheterna var oskäligt att han själv skulle bära dem*.⁹⁶⁶

Domstolsutredningens försiktiga förslag möttes av visst gillande i litteraturen – och betecknades exempelvis av Lavin som ”ett steg i rätt riktning”⁹⁶⁷ – men tilldrog sig också kritik *såsom varande för restriktivt*. Sjölin menade exempelvis att utredningens övriga reformförslag, om tvåpartsprocess och ökat inslag av muntlig förhandling i förvaltningsprocessen, skulle ”motverkas om inte rimliga rättegångskostnadsregler införs” under anförande av följande:

”Borde det inte nu vara hög tid att ge den enskilde *möjligheter att processa mot det allmänna på någotsånär lika villkor*? Rättegångskostnadsinstrumentet har en balanserande effekt som inte får underskattas. Vinnande enskild part (såväl fysisk som juridisk person) bör ha rätt till ersättning för rättegångskostnader om och i den utsträckning dessa är skäligen och varit påkallade för att tillvarata partens rätt. Om det allmänna är tappande part bör därför rättegångskostnadsreglerna nära överensstämma med huvudreglerna i rättegångsbalken 18:1 och 18:8.”⁹⁶⁸

Domstolsutredningens försiktiga förslag till reformerade ersättningsregler kom dock att förvandlas till ett antiklimax, genom att *inte utmyнна i några reformer*

⁹⁶⁵ Till syvende och sist kokar problematiken som så ofta ner i krassa ekonomiska prioriteringar, vilket vi får anledning att återkomma till senare. I anslutning till DU:s betänkande vill jag dock, i likhet med Lavin, framhålla att det vore ”uppriktigare att erkänna detta förhållande än att som utredningen komma med grundlösa påståenden, som gör en läsare misstänksam och som kan få denne att tro att utredningen försöker vilsleda honom och andra läsare”. Att det inte finns obegränsat med resurser, att vi måste prioritera vissa områden framför andra, och att rättsväsendet inte är undantaget från en sådan logik, kan nog de flesta acceptera. Att, med Lavins ord, bli ”vilsledd” i en parlamentarisk utredning är dock – åtminstone enligt min uppfattning – svårare att acceptera. Se Lavins skarpa kritik av DU:s betänkande i FT 5/1992 s. 463.

⁹⁶⁶ SOU 1991:106 del A s. 619 och 654. Se här till Edelstam (1995) s. 101.

⁹⁶⁷ Lavin (FT 5/1992a) s. 459.

⁹⁶⁸ Sjölin, Claes, *Domstolarna inför 200-talet – rättegångskostnaderna styvmoderligt behandlade* (TSA 5/1992) s. 239-241 (s. 240 f.). Med ”balanserande effekt” torde Sjölin åsyfta processuell balans (”Equality of Arm”) och inte, såsom DU, någon form av kostnadsbalans.

överhuvudtaget.⁹⁶⁹ Istället uttryckte lagstiftaren år 1993, att tanken var att frågan om rättegångskostnadernas hantering skulle ”tas upp inom ramen för en kommande allmän omarbetning av förvaltningsprocesslagen”.⁹⁷⁰ Och sålunda sköts frågan, för fjärde gången, på framtiden. I skrivande stund (hösten år 2017) har den av lagstiftaren aviserade ”allmänna omarbetningen” av förvaltningsprocesslagen, mig veterligen, inte ens initierats; varken i departementspromemorian *En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess* (Ds 2010:17) eller i den offentliga utredningen *Fortsatt utveckling av förvaltningsprocessen* (SOU 2014:76), som är de senaste utredningarna som berör förvaltningsprocessen, upptas frågan om rättegångskostnader till behandling.

De två skäl som 1971 års Utredning om rättshjälp i förvaltningsärenden framförde *mot* att tillerkänna den enskilda ersättning för sina rättegångskostnader var schematiskt:

1. att det på grund av *medlemskapet i samhället* inte var möjligt att beakta det allmänna och den enskilda som två motstående parter; och
2. att det på grund av *myndigheternas utredningsansvar* inte förelåg något behov för den enskilda att anlita ombud eller biträde.

Dessa två argument – som helt saknar motsvarighet i diskussionen kring kostnadernas hantering i tvistemål och brottmål – utgör således de två bärande pelare, varpå tanken att en enskild som vinner bifall till sin talan i ett förvaltningsmål inte bör kunna få sina kostnader för biträde ersatta, alltjämt vilar.⁹⁷¹ Detta har lagstiftaren själv sammanfattat enligt följande:

⁹⁶⁹ Se t.ex. prop. 1993/94:151 s. 133: ”Domstolsutredningens förslag till ändrade ersättningsregler har ännu inte lett till några åtgärder i lagstiftningshänseende.” Jfr Lundin (2009) s. 294 fn. 16.

⁹⁷⁰ Prop. 1993/94:151 s. 133.

⁹⁷¹ Lundin (2009) s. 294.

”Det är sedan länge en vedertagen ordning inom förvaltningsrätten att den enskilde medborgaren har att i princip själv stå för de kostnader han ådrar sig i olika förvaltningsärenden. Detta har sin grund i att praktiskt taget varje medborgare någon gång är part i något förvaltningsärende. De kostnader och olägenheter som det kan föra med sig för den enskilde kan ses som *en naturlig del av medborgarskapet*. Den enskilde är beroende av att det allmänna förvaltar vissa gemensamma angelägenheter för medborgarna och kan naturligen inte ställa anspråk på ersättning för alla de utgifter som han kan åsamkas vid kontakterna med det allmänna. Den enskilde och det allmänna kan således inte betraktas som två motstående parter. I nära överensstämmelse med detta synsätt tillämpar myndigheterna i förvaltningsärenden likaledes sedan gammalt *officialprincipen*, som innebär att myndigheterna måste sörja för att ärendena blir tillräckligt utredda för att materiellt riktiga avgöranden skall kunna fattas. I enlighet härmed har myndigheterna också tillagts en skyldighet att hjälpa de enskilda till rätta. På grund av dessa förhållanden har den enskildes kostnader förutsatts vara av begränsad omfattning.”⁹⁷²

I retrospektiv går det att konstatera att åtskilliga av de, onekligen förutseende,⁹⁷³ reformförslag av större dignitet som Besvärssakkunniga förde fram under sin tid – ursprungligt motstånd till trots – numera är förverkligade i lagstiftningen:

Ser man först till kompetensfördelningen mellan dömande och verkställande makt fann de sakkunniga en ”brist” i regeringsmaktens oåtkomlighet för domstolsprövning,⁹⁷⁴ och menade likaså att det var en ”brist” hos besvärsinstitutet att någon generell rätt att överklaga förvaltningsbeslut till domstol inte stod att finna.⁹⁷⁵ Idag har enskilda rätt att hos HFD ansöka om rättsprövning av regeringsbeslut,⁹⁷⁶ och den urgamla rätt att ”gå till kungs” har ersatts av en mer eller mindre generell rätt till domstolsprövning också av förvaltningsbeslut.⁹⁷⁷ Härigenom har den grundläggande

⁹⁷² Prop. 1988/89:126 s. 7.

⁹⁷³ Jfr Sterzel, Fredrik, *Lagstiftning om förvaltningsförfarandet* (FT 4-6/1984) s. 321-338 (s. 328).

⁹⁷⁴ SOU 1955:19 s. 63.

⁹⁷⁵ SOU 1955:19 s. 64 f. och 74.

⁹⁷⁶ Se lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut (”RprL” eller ”rättsprövningslagen”) 1 och 3 §§, som från och med 1 juli 2006 ersatte den äldre lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut, och härtill exv. Ehrenkrona, Carl Henrik, *Europakonventionens betydelse för den svenska rättegångsordningen* (SvJT 4/1999) s. 486-495, som konstaterar (s. 487) att införandet av RprL sannolikt är den ”viktigaste lagreform som [EKMR] nödvändiggjort i Sverige”

⁹⁷⁷ Se lagen (2006:306) om ändring i förvaltningslagen (1986:223) (”FL”), varigenom FL 22 a § tillkom, och härtill exv. Andersson, Torbjörn, *Rätten till domstolsprövning och svenska domstolars behörighet — nygamla problem i ljuset av ett HD-avgörande* (SvJT 10/2001) s. 861-884, som menar (s. 861) att rätten till domstolsprövning, genom införandet av detta lagrum, nådde ”sin kulmen i påverkan på svensk rätt”.

principen om AtC sent omsider fått genomslag också i svensk rätt – även i relation mellan stat/individ.⁹⁷⁸

Ser man sedan till processens närmare utformning förklarade de sakkunniga att den rent skriftliga handläggningen ej sällan var ägnad att försvåra en allsidig utredning,⁹⁷⁹ och idag står möjligheten öppen att hålla muntlig förhandling i alla mål hos förvaltningsdomstol,⁹⁸⁰ bland annat om detta kan antas vara till gagn för utredningen

⁹⁷⁸ Under åtskillig tid förelåg det inte AtC (ens i inskränkt bemärkelse) i tvister med det allmänna. Det svenska systemet för förvaltningsbesvär var nämligen rent hierarkiskt till sin struktur; förvaltningsmyndigheternas beslut fick som huvudregel inte överklagas *externt* (till domstol) utan endast *internt* inom förvaltningen (dvs. hos överordnad myndighet och som sista instans hos kungen/regeringen). Denna nationella modell, som är historiskt betingad och kan spåras tillbaka till just rätten att "gå till kungs", hamnade först på kollisionskurs med kravet på tillträde till domstol enligt EKMR art. 6, vilket kom att förorsaka såväl den dömände som den lagstiftande statsmakten betydande huvudbry.

Under åren som följde efter BSK:s betänkanden kom den interna svenska modellen att ge upphov till en rikhaltig och inte särskilt smickrande rättspraxis – både på nationell som europeisk nivå. Bland ED:s domar bör särskilt framhållas *Sporrong & Lönnroth* (app. nos. 7151/75; 7152/75); *Bodén* (app. no. 10930/84); *Pudas* (app. no. 10426/83); *Tre Traktörer aktiebolag* (app. no. 10873/84); *Allan Jacobsson I* (app. no. 10842/84); *Håkansson & Stureson* (app. no. 11855/85); *Mats Jacobsson* (app. no. 11309/84); *Skärby* (app. no. 12258/86); *Fredin I* (app. no. 12033/86); och *Zander* (app. no. 14282/88) – alla mot Sverige. I samtliga dessa avgöranden förklarade ED att avsaknaden av tillträde till domstol utgjorde en konventionskränkning vilket, för att parafrasera Danelius, påvisade ett flagrant systemfel i den svenska rättsordningen. I linje härmed konstaterade också Palm, att "Sweden found itself in a situation where it had to introduce new legislation which affected the very foundation of its legal system". Se Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna* (1997) s. 140 (utgått ur 5:e uppl.) resp. Palm, Elisabeth, *Access to court – Strasbourg and Stockholm*, i O'Reilly, James (red.), *Human Rights and Constitutional Law – Essays in Honour of Brian Walsh* (1992) s. 61-70 (s. 62). Se även exv. Wiklund, Ola, *The Reception Process in Sweden and Norway*, i Keller, Helen & Stone Sweet, Alec (red.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (2008) s. 165-228 (s. 190).

På hemmaplan tog utvecklingen skruv framförallt efter avgörandena *Stallknecht* (RÅ 1995 ref. 58 och NJA 1994 s. 657) resp. *Lassagård* (RÅ 1997 ref. 65), som gav upphov till en omfattande juridisk debatt i så gott som samtliga tidskrifter samtidigt (JT, SvJT och FT); se t.ex. Danelius, Hans, *Svenskt konventionsbrott* (SvJT 1/1995) s. 63-66, Hane, John, *Europaratsintegrationen och fallet Stallknecht* (JT 3/1995-96) s. 934-946, Lavin, Rune, *Domstols kompetens enligt artikel 6 i Europakonventionen* (JT 4/1994-95) s. 731-737, Nergelius, Joakim, *Lassagård-målet: Viktigt avgörande om domstolars rätt att överpröva administrativa beslut* (JT 4/1997-98) s. 1162-1168, Strömberg, Håkan, *Delade meningar om allmän förvaltningsdomstols kompetens* (FT 5-6/1995) s. 211-215, Strömberg, Håkan, *Några reflektioner om allmän förvaltningsdomstols kompetens* (FT 6/1998) s. 289-293 och Warnling-Nerep, Wiweka, *Skall rättsprövningslagen skrotas?* (FT 1/1996) s. 1-14 och Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsprövning: ett möte mellan civilrätt och offentlig rätt samt tillika ett uttryck för rättsväsendets "europeisering"* (JT 3/1997-98) s. 904-916 (särskilt s. 905 f.). Se även avgörandena RÅ 2001 ref. 56, RÅ 2002 not. 57 och RÅ 2004 ref. 9 där RegR till slut valde att åsidosätta svensk lag för att på så vis ge rätten till domstolsprövning enligt EKMR genomslag.

Efter ett antal genomgripande reformer – som i princip har haft som enda syfte att tillgodose kraven i EKMR art. 6.1 – anses rätten till domstolsprövning i snäv mening numera (åtminstone i teorin) vara tillgodosedd i svensk rätt; se exv. prop. 1987/88:69 s. 9 ff., prop. 1995/96:133 s. 5. Detta dels genom att förvaltningsmyndigheternas beslut som huvudregel kan överklagas *utanför* förvaltningen (till förvaltningsdomstol); dels genom att regeringens beslut i vissa fall kan "överklagas" till HFD (genom rättsprövning) – vilket alltså ligger i linje med vad BSK föreslog redan på 1950-talet. Den "svenska modellen" av idag har dock fått karaktären av ett lapptäcke och uppvisar påtagliga brister – inte minst betraktad utifrån den rättssökande allmänhetens perspektiv. Denna problematik illustreras med all önskvärd tydlighet i ED:s avgörande *Mendel v. Sweden* (app. no 28426/06; särskilt p. 73-81). Detta avgörande har rönt förvånansvärt lite uppmärksamhet i litteraturen men manar, som Warnling-Nerep (2010a) s. 46 konstaterar, "till rejäl eftertanke". Detta är enligt min mening en underdrift, men det här är inte platsen att ytterligare utveckla denna problematik. Den utveckling som jag nu endast kort har redogjort för, liksom de problem som alltjämt finns inbyggda i det svenska systemet, har utförligt behandlats av Warnling-Nerep i ett flertal böcker och artiklar; se (utöver ovan nämnda verk) särskilt Warnling-Nerep (2015) s. 105 ff., Warnling-Nerep (2008), och Bohlin, Alf & Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsrättsens grunder* (2007) särskilt s. 322 ff. och 357 ff., samt därtill exv. Warnling-Nerep, Wiweka, *Hur skall en "europeisk älg" domstolsprövas? – En konflikt mellan FL 22 a § och lagen om rättsprövning* (FT 2/2003) s. 373-392, Warnling-Nerep, Wiweka, *Överklagande av förvaltningsbeslut* (FT 3/2007) s. 253-270 och Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsprövning hos regeringsrätten utan krav på överklagan till regeringen? Några reflektioner kring RÅ 2008 ref. 36* (FT 1/2009) s. 81-94.

⁹⁷⁹ SOU 1955:19 s. 65 f. och 89. Se även SOU 1946:69 s. 52 och 108 och SOU 1964:27 s. 16, 102 och 351 ff.

⁹⁸⁰ Denna möjlighet har också gradvis utvidgats under åren, likaså till följd av ED:s praxis i anslutning till EKMR art. 6. Se *Fredin II* (app. no. 18928/91); *Döry* (app. no. 28394/95); *Lundevall* (app. no. 38629/97); *Salomonsson* (app. no. 38978/97); *Hellborg* (app. no. 47473/99); och *Miller* (app. no. 55853/00), samt härtil exv. RÅ 2003 not. 68, RÅ 2003 not. 200, RÅ 2004 not. 65, RÅ 2004 not. 66.

i målet.⁹⁸¹ BSK menade att det låg en ”fara” i att besvärinstansen – i den dåvarande enpartsprocessen – hade att tillvarata såväl den enskildas och det allmännas intresse som besluta i sak,⁹⁸² och i dagens tvåpartsprocess representeras det allmänna intresset av beslutsmyndigheten.⁹⁸³

På punkt efter punkt finner man således, vid en närläsning av Besvärssakkunnigas förslag, att de stora reformerna som under modern tid har omformat vår förvaltningsprocess ”inte är några nykomlingar i lagstiftningssammanhang utan snarare ärrade veteraner”.⁹⁸⁴ I ett för denna framställning intressant avseende har dock de sakkunnigas reformförslag ännu inte avsatt några som helst spår i lagstiftningen, närmare bestämt såvitt avser frågan om biträdeskostnadernas hantering i förvaltningsmål. I sitt principbetänkande anförde nämligen de sakkunniga följande, beträffande förvaltningsförfarandets brister:

”Trots det inflytande från processrätten, som påtagligt gjort sig gällande, är förfarandet långt ifrån att erbjuda sådana rättssäkerhetsgarantier som rättegången, fastän den prövning som krävs i besvärsmål, ur olika synpunkter, ofta kan vara lika maktpåliggande som de allmänna domstolarnas. [...] En *i många lägen kännbar brist* är att möjlighet att tillerkänna vinnande parter ersättning för kostnader icke finns eller i praxis icke utnyttjas.”⁹⁸⁵

Givet att denna ”brist” inte har åtgärdats är det föga förvånande att Wennergren, ett halvsekel senare, anför följande, i förordet till sin kommentar till förvaltningsprocesslagen:

”Som exempel på frågor som ännu inte blivit reglerade i förvaltningsprocesslagen, *men som borde bli det*, kan nämnas ... frågan om rättegångskostnad.”⁹⁸⁶

Att kostnadsfrågan är nästintill oreglerad i förvaltningsprocessen beror naturligtvis inte på lagstiftarens förbiseende – att frågan har ”glömts bort”. Tvärtom har jag visat att denna fråga utgör en av de ”ärrade veteraner” som dryftats i olika lagstiftningssammanhang i åtminstone 70 år,⁹⁸⁷ och antagligen ännu längre. Att frågan inte har reglerats i förvaltningsprocesslagen måste således bero på att lagstiftaren *inte har velat reglera den*, vilket blir tydligt när man studerar hur den har hanterats i förarbetena till förvaltningsprocesslagen och andra näraliggande lagstiftningsprodukter. Med diverse – mer eller mindre krystade – motiveringar har nämligen kostnadsfrågan

⁹⁸¹ FPL 9 § och här till exv. Bylander (2006) s. 126 ff. samt s. 376 (ang. förhållandet till EKMR). Jag har själv behandlat frågan om muntlighet/skriftlighet i Kleist, David & Wejedal, Sebastian, *Tala är silver, tiga är guld – Om muntlig förhandling i förvaltningsmål, särskilt i skattemål* (FT 4/2013) s. 345–476. Den skriftliga handläggningsformen kommer att diskuteras närmare i relation till biträdesbehovet i avsnitt 7.3.4.3 nedan.

⁹⁸² SOU 1955:19 s. 66 f. Se även SOU 1946:69 s. 88 och 202.

⁹⁸³ FPL 7 a §. Tvåpartsreformen kommer att diskuteras närmare i avsnitt 7.3.6.5 nedan.

⁹⁸⁴ Vilket Sterzel noterade redan år 1984; se Sterzel (FT 4-6/1984) s. 330.

⁹⁸⁵ SOU 1955:19 s. 65 f.

⁹⁸⁶ Wennergren (2005) s. 8 f.

⁹⁸⁷ Jfr SOU 1991:106 del A s. 637: ”Lämpligheten av att införa regler om att det allmänna i efterskott skall ersätta enskilda parter för de kostnader de haft i förvaltningsrättsliga mål har diskuterats i flera decennier.”

vid upprepade tillfällen bollats över till en parallell utredning, eller skjutits ytterligare på framtiden (oftast med hänvisning till nära förestående utredningar och/eller reformer). I syfte att följa upp samtliga dessa stickspår avser jag, inom ramen för nästa avsnitt, problematisera den uppfattning som Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden framförde i sitt slutbetänkande, och som sedan återkom i Domstolsutredningens betänkande, nämligen att särskilda ersättningsregler inte behövs i förvaltningsmål, därför att ersättning för rättegångskostnad ”i själva verket [utgör] en form av skadestånd”.⁹⁸⁸

4.7.2 Ersättning för biträdeskostnader som ”en form av skadestånd”

I sitt betänkande *Offentligt biträde och kostnadsersättning i förvaltningsärenden* (SOU 1971:76) gjorde Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden följande uttalande, som får tjäna som utgångspunkt för den fortsatta diskussionen:

”Tydligt är att man här rör sig inom eller på gränsen till området för skadestånd. *I själva verket utgör ju ersättning för rättegångskostnader en form av skadestånd.* Att den kostnadsersättning varom skulle bli fråga, endast avser förberedande och utförande av talan – och inte någon skada av annan art – betager den således inte karaktären av skadestånd. Stats och kommuns skyldigheter att utge skadestånd till enskild person är för närvarande inte reglerad i lag annat än för vissa speciella områden. Av redogörelsen [ovan] framgår emellertid att ett förslag till skadeståndslag numera framlagts i en lagrådsremiss. Enligt lagförslaget skall staten eller kommun ersätta personskada, sakskada och ren förmögenhetsskada, som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet, för vars fullgörande staten eller kommun svarar. *Det förutsätts* att ersättning skall kunna omfatta även kostnad för utförande av talan. [...] Med den skadeståndslagstiftning som sålunda är nära förestående synes det *tydligt att utrymmet för en allmän regel om kostnadsersättning av det innehåll vi övervägt skulle bli begränsat.* Vid sidan av de nya skadestandsreglerna skulle den *till stor del innebära en dubblering [sic!] av ersättningsmöjligheterna.* I varje fall finns i detta läge anledning att tills vidare avvakta resultatet av den nya skadeståndslagstiftningen och den praxis som på detta område kan komma att utbilda sig. Vi har därför avstått från att framlägga förslag om en kostnadsersättningsregel av den allmänna art varom här är fråga.”⁹⁸⁹

Utredningen *förutsatte* alltså att det skadeståndsansvar som skulle införas för stat och kommun också skulle omfatta kostnaderna för juridiskt biträde, och med denna motivering avstod utredningen från att föreslå kostnadsersättningsregler i förvaltningsmål jämsides skadestandsreglerna; sådana ersättningsregler skulle nämligen innebära en *dubblering* av ersättningsmöjligheterna.

⁹⁸⁸ SOU 1971:76 s. 73. Se härtill Edelstam (1995) s. 99.

⁹⁸⁹ SOU 1971:76 s. 73.

4.7.2.1 Skadeståndsteorins renässans

Att såsom Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden betrakta ersättning för rättegångskostnader som ”en form av skadestånd” är naturligtvis inte en banbrytande tanke; inom civilprocessen låg skadeståndsteorin till grund för kostnadsreglerna i 1734 års rättegångsbalk.⁹⁹⁰ Om saken var ”mörk och tvivelaktig” hade tappande part ej förfarit culpöst när denna låtit saken gå till rättegång och var därför utan skuld.⁹⁹¹ Dessa tankegångar blev dock utsatta för skarp kritik alltsedan 1900-talets ingång – inte minst från Kallenberg – och övergavs helt i och med nya rättegångsbalken. Genom Processkommissionens betänkande *Rättegångsväsendets ombildning* (SOU 1926:33), som nära anslöt till Kallenbergs tankegångar, kom som bekant den så kallade rättsskyddsteorin att ersätta skadeståndsteorin, genom att läggas till grund för nya rättegångsbalkens kostnadsregler.⁹⁹² Istället för att anknyta den tappande partens ersättningskyldighet till dennas eventuella vållande, anknöts skyldigheten istället till vinnande parts intresse av att hållas skadelös, vilket resulterade i ett närmast strikt ansvar. Denna omfattande juridiska debatt, som omformat kostnadsregleringen inom den allmänna processen från grunden, synes dock Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden helt ha förbisett – eller medvetet ha bortsett ifrån – när motsvarande frågor 30 år senare diskuterades inom förvaltningsprocessen. Någon referens därtill står i vart fall ej att finna i utredningens betänkande, vilket får betraktas som anmärkningsvärt. Inom förvaltningsprocessen förefaller således skadeståndsteorin, som länge har varit övergiven inom den allmänna processen, ha fått en renässans i modern tid. Jag kommer därför att ägna ”skadeståndsalternativet” viss genomlysning i förevarande avsnitt.

Närmare bestämt skall jag i detta avsnitt diskutera *om* – och i så fall *i vilka situationer* – en enskild part kan få ersättning för biträdeskostnader som denna har ådragit sig för att utkräva sina rättigheter i förvaltningsdomstol, genom att föra en efterföljande skadeståndsprocess mot staten i allmän domstol.⁹⁹³ Att ett dylikt ”dubbelprocessande” har många nackdelar jämfört med att få kostnaderna ersatta inom ramen för en process – besvärprocessen inför förvaltningsdomstol – är förstås självskrivet.⁹⁹⁴ En sådan ordning innebär exempelvis en ytterligare belastning för den enskilda parten, som måste utstå två domstolsprocesser istället för en, och får därtill betraktas som en processekonomiskt tveksam ordning för staten. Frågan är dock om det överhuvudtaget är en framkomlig väg för den enskilda, eller om den

⁹⁹⁰ Jacobsson (1964) s. 25 och Wildte (1931) s. 225. Se även Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1509 (”Vår nu gällande rätt, RB i 1734 års lag, är icke i förevarande afseende byggd på straffteorien.”) samt s. 1522 (”Uppfattningen, att lagen hyllar skadeståndsteorin, är allmänt omfattad och så starkt grundad, att dess riktighet knappast rimligtvis kan betvivlas.”). Se även SOU 1938:44 s. 231.

⁹⁹¹ Jfr Lindell (2012) s. 536.

⁹⁹² Jacobsson (1964) s. 25 och Hassler (SvJT 1/1961) s. 418 f.

⁹⁹³ Här bortses tills vidare från den enskildas möjlighet att utverka skadestånd mot staten hos JK. Vissa avgöranden från JK behandlas dock i avsnitt 4.7.2.9 nedan.

⁹⁹⁴ Tur är väl åtminstone att skadeståndstalan mot staten förs i allmän domstol så att den enskilda kan få sina biträdeskostnader i *skadeståndsprocessen* ersatta (annars hade vi haft ett moment 22 på halsen, där varje process ger upphov till nya biträdeskostnader och därmed till en ny process om dessa kostnader). Att tvingas uppjobba nya rättegångskostnader endast för att kunna få ersättning för gamla rättegångskostnader är dock allt annat än lyckat.

anvisade ”skadeståndsvägen” snarare utgör en återvändsgränd. Den som bara är ytligt bekant med skadeståndsteorins tillämpning i allmän domstol vet nämligen att den äldre rättegångsbalkens kostnadsregler gav upphov till en ytterst restriktiv ersättningspraxis – i praktiken kvittades kostnaderna i alla mål vari utgången inte var på förhand given – vilket också var orsaken till att den förpassades till rättshistorien.

4.7.2.2 Allmänt om det allmännas skadeståndsansvar

Det allmännas skadeståndsansvar är underkastat en särskild reglering i skadeståndslagen.⁹⁹⁵ Enligt detta regelverk skall det allmänna ersätta inte bara person- och sakskada utan också ren förmögenhetsskada⁹⁹⁶ som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande det allmänna svarar.⁹⁹⁷ Det allmännas skadeståndsansvar är således mer långtgående än privata rättssubjekts dito; stat och kommun är underkastat ett utomobligatoriskt ansvar för ren förmögenhetsskada *även utanför ramen för brottsliga förfaranden*.⁹⁹⁸ Detta är av stor betydelse eftersom felaktiga myndighetsbeslut typiskt sett medför just ren förmögenhetsskada,⁹⁹⁹ exempelvis kostnader för att få det felaktiga beslutet ur världen, utan att det nödvändigtvis är frågan om ett i grunden brottsligt skadehandlande.¹⁰⁰⁰ Detta förhållande fäste sig departementschefen vid i förarbetena till skadeståndslagen, och beträffande det allmännas skyldighet att ersätta den enskildas *rättegångskostnader* uttalade departementschefen följande:

”När ett felaktigt beslut fattas av en myndighet och rättas till i högre instans, torde den skadelidandes förlust i *många, kanske de allra flesta fall huvudsakligen bestå i att han har fått kännas vid utgifter med anledning av överklagandet*. Även om det ofta

⁹⁹⁵ Se skadeståndslagen (1972:207) (”SkL”) 3 kap. 2 §.

⁹⁹⁶ Med ”ren förmögenhetsskada” avses enligt SkL 1 kap. 2 § ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada. Om begreppet; se exv. Nordensson, Ulf, Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, *Skadestånd: kommentar till den nya skadeståndslagen, huvuddragen av skadeståndsrätten, skadeståndet i framtiden* (1972) s. 58, Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen: en kommentar* (2008) s. 43 f., Hellner & Radetzki (2010) s. 65 ff. samt Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart* (1987), särskilt s. 133 ff.

⁹⁹⁷ Som framgår av lagtexten krävs i normalfallet att två rekvisit är uppfyllda för att det allmänna skall ådra sig skadeståndsansvar: För det första att det föreligger *vållande*; för det andra att det är frågan om *myndighetsutövning*. Vad som avses med vållande kommer att utvecklas mer i nästa avsnitt – här kan endast inflikas att staten i vissa situationer svarar oberoende av vållande; se t.ex. lagen (1974:515) om ersättning vid frihetsinskränkning, jordabalken (1970:994) 19 kap. 19 § 2 st., lagen (1973:98) om inskrivningsregister 9 § och härtill Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 91. Vad gäller skadeståndsansvarets avvägning till myndighetsutövning kan, utöver Bengtssons & Strömbäcks kommentar, hänvisas till den omfattande redogörelsen i avsnitt 5.5 i Marcusson, Lena, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet* (1989) s. 202 ff. Se även exv. NJA 1983 s. 3, NJA 1985 s. 360, NJA 1985 s. 696 I och II, NJA 1987 s. 535, NJA 1990 s. 705, NJA 1999 s. 291, NJA 2001 s. 210, NJA 2005 s. 568, NJA 2010 s. 8, NJA 2010 s. 27, NJA 2013 s. 1210 samt SkL 3 kap. 3 §, som utsträcker det allmännas ansvar vid myndighetsinformation.

⁹⁹⁸ Karlgren, Hjalmar, *Skadeståndsrätt* (1972) s. 187 och Bengtsson, Bertil, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen* (1996a) s. 33. Se även prop. 1989/90:42 s. 6 och SOU 1991:106 del A s. 628 f.

⁹⁹⁹ Bengtsson (1996a) s. 14, Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 90, prop. 1972:5 s. 316 ff., Ds 1989:12 s. 15 och SOU 1993:55 s. 138. Ett illustrativt exempel härpå är NJA 1982 s. 307 där ett företag ådrog sig betydande kostnader på grund av ett felaktigt beslut hos PRV, bl.a. för onyttiga annonser, folder, trycksaker och onödigt arbete med marknadsföring m.m., för information om den senare firmaaändringen och, märk väl, kostnader för juridiskt biträde. Staten ålades att ersätta dessa kostnader. Avgörandet kommenteras av Bengtsson (1996a) s. 128 f. och av Hellner & Radetzki (2010) s. 449.

¹⁰⁰⁰ Att ren förmögenhetsskada är ersättningsgill även utan brottsligt skadehandlande innebär alltså, att någon brottslig gärning – i regel tjänstefel – inte behöver ligga den beslutande handläggaren till last, för att dennas felaktiga myndighetsutövning skall grunda skadeståndsansvar för staten.

rör sig om små belopp, skulle det medföra en väsentlig försämring av det rättsskydd som reformen syftar till om de skadelidande förvägras möjligheter att få ersättning för dessa utgifter utom i speciella undantagsfall. Man kan visserligen göra gällande, att frågan om ersättning för rättegångskostnader har processrättsliga aspekter och bör lösas helt inom ramen för det regelsystem som gäller ersättning för kostnader för rättshjälp. Varken från rättstekniska eller sakliga synpunkter kan emellertid enligt min mening invändningar riktas mot att ett skadeståndsansvar för det allmänna förekommer *vid sidan av och som en komplettering till lagregler om processkostnader*.¹⁰⁰¹

Detta uttalande är naturligtvis svårförenligt med vad Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden anförde i sitt slutbetänkande, det vill säga att det vore problematiskt att införa allmänna regler om processkostnader ”vid sidan av de nya skadeståndsreglerna”, eftersom detta ”till stor del [skulle] innebära en dubblering av ersättningsmöjligheterna”. I förarbetena till skadeståndslagen ansågs det dock inte problematiskt – varken från ”sakliga” eller ”rättstekniska” synpunkter – att införa skadeståndsregler ”vid sidan av” de allmänna reglerna om processkostnader (som dock aldrig infördes).

Hur som helst kan den första av de två inledningsvis ställda frågorna besvaras jakande: Den enskilda kan, åtminstone hypotetiskt, stämma in staten i allmän domstol och yrka skadestånd för biträdeskostnader som denna ådragit sig till följd av statens vållande.¹⁰⁰² Följdfrågan blir då: Under vilka förutsättningar kan den enskilda vinna framgång med en sådan skadeståndstalan? Är det tillräckligt att den enskilda har vunnit bifall på så vis, att det överklagade beslutet har ändrats i enlighet med den enskildas yrkanden, för att staten skall förpliktigas att ersätta de kostnader som den enskilda har ådragit sig för att få det felaktiga beslutet ur världen? Så vore i princip fallet vid en analog tillämpning av civil- eller straffprocessens kostnadsregler, eftersom dessa tämligen renodlat anknyter till utgången i målet. Mellan rättegångsbalken och skadeståndslagen föreligger dock en avgörande skillnad: Tappande parts kostnadsansvar enligt rättegångsbalken är så gott som strikt, till skillnad från det allmännas skadeståndsansvar som i normalfallet förutsätter vållande. En försiktig gissning är också att detta rekvisit kommer att påverka den enskilda partens möjligheter att få ersättning för sina processkostnader som ”en form av skadestånd”.

4.7.2.3 Det allmännas skadeståndsansvar vid myndighetsutövning

För att besvara den utstående frågan synes det lämpligt att placera in det allmännas skadeståndsansvar i en något vidare historisk kontext, varvid perspektivet lämpligen bör sträcka sig drygt 40 år tillbaka i tiden, närmare bestämt till

¹⁰⁰¹ Prop. 1972:5 s. 354.

¹⁰⁰² Jfr SOU 1991:106 del A s. 628: ”Skadestånd kan avse även sådana kostnader som den enskilde haft för t.ex. ombud när han försökt komma till sin rätt, om kostnaderna vållats genom fel eller försummelse.” Se även NJA 2010 s. 112, som diskuteras i avsnitt 4.7.2.9 nedan.

tidpunkten för skadeståndslagens ikraftträdande år 1972. Det var nämligen först genom skadeståndslagen som det allmänna ålades ett generellt skadeståndsansvar vid myndighetsutövning.¹⁰⁰³

Före år 1972 intog stat och kommun en privilegierad ställning inom skadeståndsrätten. Det allmänna svarade, med Bengtssons ord

”... enligt samma regler som andra företag när de drev verksamhet liknande enskild, men när de utövade sin offentliga makt över medborgarna – alltså vid myndighetsutövning – var de i princip ansvarsfria trots vållande, i vart fall för ren förmögenhetsskada och i stor utsträckning även för sakskada. [...] Att det allmänna skulle svara för sådana ämbetshandlingar ansågs tydligen strida mot statsmaktens auktoritet och god ordning.”¹⁰⁰⁴

I detta avseende utgjorde dock 1972 års skadeståndslag ett markant brott mot hävdvunna föreställningsramar,¹⁰⁰⁵ istället för att åtnjuta skadeståndsrättslig immunitet underkastades det allmänna ett mer långtgående skadeståndsansvar än privata rättssubjekt. Upprinnelsen härtill är emellertid att söka i historien, närmare bestämt i den *förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område* (SOU 1950:16), som år 1950 framlades av Strahl.

I sitt betänkande antydde Strahl att den dåvarande ordningen inte var helt tillfredsställande, och att det därför var ”påkallat” att underkasta det allmännas skadeståndsansvar ytterligare utredning – framförallt frågan ”om svensk rätt bör vidbliva sin principiella ståndpunkt att skada, som härrör av myndighetsbeslut, icke föranleder skadeståndsskyldighet”.¹⁰⁰⁶ Departementschefen anslöt sig till Strahls mening och tillsatte en kommitté – Kommittén angående det allmännas skadeståndsansvar – med uppgift att se över principerna för stats och kommuns skadeståndsansvar.¹⁰⁰⁷ I sitt betänkande *Skadestånd i offentlig verksamhet* (SOU 1958:43) förklarade kommittén, att även om den brist som avsaknaden av en generell rätt till skadestånd av det

¹⁰⁰³ Dessförinnan hade lagstiftning om det allmännas ansvar ”i ett par fall kommit till stånd, där behovet av sådan lagstiftning varit uppenbar”. Sålunda svarade det allmänna enligt äldre rätt exv. för oskyldigt häktade och dömda; se till det sagda SOU 1958:43 s. 18.

¹⁰⁰⁴ Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 91 f. Före SkL:s tillkomst åtnjöt sålunda det allmänna i princip total ansvarsfrihet/immunitet vid ren förmögenhetsskada som orsakats genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Utifrån devisen att Konungen, liksom de högsta dömande instanserna, per definition inte kunde göra eller döma ”fel”, ansågs nämligen den statliga suveräniteten hindra att det allmänna överhuvudtaget ålades ett skadeståndsansvar för sådana handlingar genom vilka staten uppträdde såsom bärare av den offentliga makten (”the King can do no wrong”). En närbesläktad tes var att staten inte kunde instämmas att svara inför sina egna domstolar. Detta synsätt är alltså levande beträffande regeringen och de högsta dömande instanserna enligt SkL 3 kap. 7 §. Se till det sagda Nordström, Knut, *Skadeståndslagen* (1972) s. 65 f., Karlgren (1972) s. 184 f., Nordensson, Bengtsson & Strömbäck (1972) s. 70 f., Bengtsson (1996a) s. 119 ff., Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 118 ff., Hellner & Radetzki (2010) s. 441 och 445 samt Kleineman, Jan, *De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod* (JT 1/1991-92) s. 63-79 (s. 78). Se även SOU 1950:16 s. 32 f., SOU 1958:43 s. 20, Ds 1989:12 s. 5 och den historiska bakgrundskildringen i SOU 1993:55 s. 43 ff., samt NJA 1930 s. 45 och NJA 1936 s. 471.

¹⁰⁰⁵ Nordensson, Bengtsson & Strömbäck (1972) s. 70, Bengtsson (1996a) s. 11 f. och Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 90. Jfr dock Karlgren (1972) som i förordet till sitt arbete *Skadeståndsrätt* anför att SkL inte medförde ”så många och märkliga nyheter”. Se härtill Kleineman (JT 1/1991-92) s. 65 i och vid fn. 5.

¹⁰⁰⁶ SOU 1950:16 s. 142.

¹⁰⁰⁷ SOU 1958:43 s. 15 f.

allmänna ”icke ofta gjorde sig verkligt kännbar” så var det ändå ”tydligt” att rättsläget inte var tillfredsställande.¹⁰⁰⁸

Enligt kommittén var den skadelidandes intresse av gottgörelse vid skada lika beaktansvärt oavsett om skadan vållats genom offentlig eller privat verksamhet. Dåvarande ordning, som innebar att den enskilda vid skada orsakad av det allmänna fick utverka skadestånd från handläggaren personligen, gav dock inte den enskilda ett ”betryggande skydd”. Ur ”reparationssynpunkt” fanns det därför goda skäl att istället låta det allmänna svara för skador som dess funktionärer vållar, och därtill krävde ”rättskänslan”, enligt kommitténs mening, att det allmänna träder in i sådana fall. I linje härmed föreslog kommittén att generella regler skulle införas, enligt vilka det allmänna skulle svara såväl för person- och sakskada som för ren förmögenhetsskada, som uppkommit genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning.¹⁰⁰⁹

På grundval av det lagförslag som kommittén presenterade i sitt betänkande utarbetades sedermera propositionen med *förslag till skadeståndslag* (prop. 1972:5). I denna anslöt sig departementschefen i mångt och mycket till vad kommittén uttryckt i sitt betänkande. Angående samhällsutvecklingen konstaterades att kontaktytorna, och därmed konfliktytorna, hade ökat mellan staten och dess medborgare, liksom att relationen mellan stat och individ väsentligen hade förändrats:

”Grundsatsen om ansvarsfrihet för det allmänna i fråga om ren förmögenhetsskada, som uppkommer genom felaktig myndighetsutövning, har rötter långt tillbaka i tiden. I den mån den över huvud taget vilar på medvetna rättspolitiska överväganden, har dessa gjorts i en tid då samhällsstrukturen var en helt annan än i våra dagar och mot bakgrunden av en allmän syn på förhållandet mellan ’överheten’ och medborgarna, som i väsentliga stycken skiljer sig från de värderingar som nu är förhärskande.”

Vad departementschefen ville åstadkomma genom den nya skadeståndslagen var ”en socialt rättvis och ekonomiskt rationell fördelning av kostnaderna för de förluster som orsakas genom fel eller försummelser i den offentliga förvaltningen”. Därvid fästes särskild vikt vid den beroendeställning som den enskilda intar vid myndighetsutövning, som ansågs motivera ett utökat skydd:

”Det moment av direkt eller indirekt tvång och den monopolställning för samhällsorganen som karakteriserar myndighetsutövningen saknar motsvarighet inom den enskilda sektorn. Här ligger ett skäl att ge den som lider skada genom felaktig myndighetsutövning ett mera långtgående ekonomiskt skydd.”

Slutligen konstaterades det, att svensk rätt intog en särställning vid en internationell jämförelse:

¹⁰⁰⁸ SOU 1958:43 s. 19.

¹⁰⁰⁹ SOU 1958:43 s. 19. Se även SOU 1993:35 s. 137, där det anförs att den så kallade ”rättsskyddstanken, har spelat en viktig roll för de gällande skadeståndsreglerna på området och ... utgör huvudskälet till att ansvaret vid myndighetsutövning går längre än vad som i allmänhet gäller vid annan verksamhet”.

”I praktiskt taget alla övriga västeuropeiska länder, som i fråga om social och ekonomisk utvecklingsnivå kan jämföras med Sverige, erkänns i princip ett ansvar för det allmänna i fråga om ren förmögenhetsskada vid fel eller försummelser också i den del av den offentliga verksamheten som avser myndighetsutövning.”¹⁰¹⁰

På ovanstående grunder infördes – med viss möda, liksom med ringa entusiasm hos de ekonomiskt ansvariga på det allmännas sida¹⁰¹¹ – ett särskilt regelverk om det allmännas skadeståndsansvar i 3 kapitlet skadeståndslagen. Trots att dessa regler har betecknats som den största och viktigaste nyheten som följde med skadeståndslagen,¹⁰¹² kom de dock att åtnjuta ringa uppmärksamhet; möjligheten att föra skadeståndstalan mot staten förbisågs ofta – också av advokater – och antalet skadeståndsprocesser mot staten var lätt räknade.¹⁰¹³ I sin ursprungliga lydelse var också det allmännas ansvar föremål för åtskilliga begränsningar,¹⁰¹⁴ vilka hade införts för att dämpa de ekonomiska konsekvenserna av ett utvidgat skadeståndsansvar.¹⁰¹⁵

I takt med tiden och den tilltagande europeiseringen av den svenska rättsordningen kom dock möjligheten att göra skadeståndsanspråk gällande mot staten att tilldra sig allt större uppmärksamhet.¹⁰¹⁶ Inte minst Europakonventionens individuella klagorätt öppnade, på ett sätt som tidigare varit främmande för svensk rättstradition, dörren för enskilda att föra skadeståndstalan mot staten i dess suveräna egenskap – både inför Europadomstolen och nationell domstol – och därigenom förändrades i någon mån synen på det allmännas ansvar visavi medborgarna vid vållande av olika slag.¹⁰¹⁷ De långtgående begränsningarna i det allmännas skadeståndsansvar som hade

¹⁰¹⁰ Prop. 1972:5 s. 316 ff.

¹⁰¹¹ Jfr Bengtsson, Bertil, *Skadestånd för oriktig myndighetsinformation*, i Marcusson, Lena (red.), Festskrift till Fredrik Sterzel (1999) s. 35-55 (s. 35).

¹⁰¹² Jfr Kleineman (JT 1/1991-92) s. 65, Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 90, Nordensson, Bengtsson & Strömbäck (1972) s. 70 samt Bengtsson (1996a) s. 11 ff.

¹⁰¹³ Bengtsson (1996a) s. 11 f.

¹⁰¹⁴ Jfr Karlgren (1972) s. 189.

¹⁰¹⁵ Bengtsson (1996a) s. 11. Se vidare Kleineman (JT 1/1991-92) s. 63 f: ”Ser man det sätt på vilket lagstiftaren valde att lagtekniskt reglera det allmännas ansvar i samband med tillkomsten av skadeståndslagen år 1972, kan man tydligt avläsa hur man sökt lösa motsatta strävanden genom tekniska lösningar som dels avsågs tillgodose behovet av ett ökat ansvar för det allmänna, dels en betydande immunitet för statsorganen och dess verksamhet, inte sällan motiverat av krassa ekonomiska skäl.” Bland dessa tekniska lösningar bör särskilt nämnas den så kallade ”standardregeln” – en dubbel culpa-regel, enligt vilken det allmänna undgick ansvar även vid vållande, om ”skäliga krav” på verksamheten inte hade åsidosatts. Även den så kallade ”passivitetsregeln” bör uppmärksammas, enligt vilken skadeståndet bortföll eller nedsattes, om den enskilda inte överklagat det felaktiga beslutet. Se de numera upphävda 3-4 §§ i SkL 3 kap. Dessa regler behandlas utförligt i Ds 1989:12 s. 32 ff. resp. s. 38 ff. Se även t.ex. Karlgren (1972) s. 190 ff., Nordensson, Bengtsson & Strömbäck (1972) s. 128 ff. och Bengtsson (1996a) s. 58 och 109 ff.

¹⁰¹⁶ Jfr Bengtsson (1996a) s. 12.

¹⁰¹⁷ Jfr Hellner & Radetzki (2010) s. 441 f. Beträffande EKMR och dess betydelse för utvecklingen av skadeståndsrätten; se vidare Mörk, Martin & Hermansson, Magnus, *Enskildas rättsskydd vid lagstiftarens försummelse* (SvJT 3/2008) s. 229-261, Kleineman, Jan, *Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling* (JT 3/2008-09) s. 546-563, Craaford, Clarence, *Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd* (SvJT 10/2009) s. 1062-1068, Mielnicki, Philip *Europakonventionen och skadeståndsrätten – till vägs ände?* (JT 2/2008-09) s. 357-366 och Bernitz (JT 4/2010-11) s. 831.

införts genom skadeståndslagen kom successivt att tilldra sig åtskillig kritik.¹⁰¹⁸ Sedan det i ett flertal motioner efterfrågats skärpta regler tog slutligen departementschefen initiativ till en ny utredning, syftande till att utvidga det allmännas ansvar vid myndighetsutövning.¹⁰¹⁹

År 1988 överlämnade dåvarande justitierådet Bengtsson, som hade förordnats att såsom sakkunnig företa en översyn av reglerna i skadeståndslagens 3 kapitel, promemorian *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen* (Ds 1989:12). I likhet med föregående utredningar fäste Bengtsson vikt både vid samhällsutvecklingen och den därur sprungna ”allmänna rättskänslan”, under anförande av följande:

”Den sociala, ekonomiska och tekniska utvecklingen, liksom allt större krav som ställs på den offentliga sektorn i olika sammanhang, har lett till att myndigheternas möjligheter att ingripa i enskildas förhållanden och bestämma över deras rättigheter och skyldigheter på många områden vidgats utöver vad som gällde vid lagens tillkomst. Därmed ökar också riskerna för att de enskilda medborgarna tillfogas ekonomiska förluster som en följd av felaktiga myndighetsåtgärder. [...] På allmänhetens sida torde man sakna förståelse för lagstiftarens resonemang, att den enskilde inte med fog kan göra anspråk på ersättning för alla fel som begås i den offentliga verksamheten. Tvärtom torde man anse det naturligt att staten eller kommun ställer tillrätta de ekonomiska skador som deras verksamhet medfört för enskilda. Att rättsreglerna på området avviker från vad stora grupper medborgare finner naturligt och rimligt måste ge anledning till betänkligheter, oavsett vilka sakliga skäl som kan anföras för deras utformning.”¹⁰²⁰

Mot denna bakgrund förordade Bengtsson en utvidgning av det allmännas ansvar. Till dessa tankegångar anslöt sig i mångt och mycket departementschefen. Denne valde dock att särskilt framhålla betydelsen av att medborgarna kände förtroende för myndigheterna:

”Det är av *största vikt* att det allmännas verksamhet omfattas med förtroende av medborgarna. För detta förtroende har det säkerligen *mycket stor betydelse* om staten och kommunerna är beredda att kompensera skador som uppkommer på grund av fel som begås av myndigheterna. Det sagda är *det kanske viktigaste argumentet* för en utvidgning av det allmännas skadeståndsansvar. Av stor betydelse är emellertid också ... att utvecklingen på många områden har gått mot ökade befogenheter för det allmänna. Det måste anses naturligt att en sådan utveckling åtföljs av ett strängare skadeståndsansvar för myndigheterna.”¹⁰²¹

¹⁰¹⁸ Se t.ex. Kleineman (JT 1/1991-92) s. 65 f. och Bengtsson (1996a) s. 12. Detta i synnerhet efter HD:s avgörande i NJA 1987 s. 535, där det allmänna undgick skadeståndsskyldighet trots att KSV orsakat en skada hos en näringsidkare genom att i ett pressmeddelande lämna missvisande uppgifter om resultatet av en undersökning rörande ett antal lackskyddsmedel. HD konstaterade att KSV visserligen förfarit klart felaktigt ”genom det missvisande sätt på vilket provningsresultatet presenterades i pressmeddelandet” men fann att den lämnade informationen inte utgjorde myndighetsutövning och att det allmänna därför inte svarade för orsakad skada. Se här till Kleineman, Jan, *Vad en domare bör veta – ett rättsfall om statens ansvar vid felaktig rättsställämning* (JT 1/1994-95b) s. 141-148 (s. 141).

¹⁰¹⁹ Prop. 1989/90:42 s. 3 ff.

¹⁰²⁰ Ds 1989:12 s. 13 ff.

¹⁰²¹ Prop. 1989/90:42 s. 6 och här till Bengtsson (1996a) s. 28 f.

Mot denna bakgrund kom ett stort antal av de tidigare inskränkningarna i det allmännas ansvar – däribland den kritiserade så kallade standardregeln¹⁰²² – att mönstras ut från skadeståndslagen, trots massivt motstånd, inte minst från kommunalt håll.¹⁰²³ Som kommer att framgå av följande avsnitt är dock det allmännas ansvar alltjämt förhållandevis snävt avgränsat, genom den restriktiva culpabedömning som skall företas i relation till allmännas handlande.¹⁰²⁴

I följande avsnitt skall först lämnas en allmän redogörelse för den särskilda vållandebedömning som skall göras vid tillämpningen av skadeståndslagen 3 kapitel 2 §, varefter ett antal typsituationer kommer att dryftas närmare.¹⁰²⁵

4.7.2.4 Allmänt om culpabedömningen

En grundläggande förutsättning för att det allmänna skall ådra sig skadeståndsansvar är, enligt lagtextens ordalydelse, att skada vållats en enskild genom ”fel eller försummelse” från det allmännas sida.¹⁰²⁶ Den här föreskrivna culpabedömningen skiljer sig på väsentliga punkter från motsvarande bedömning beträffande privata rättssubjekt,¹⁰²⁷ vilket har motiverats med hänvisning till de säregna förhållanden under vilka myndigheterna verkar.¹⁰²⁸ Följande uttalande är klagrande:

”Å ena sidan motiverar myndigheternas maktställning och den enskildes beroende av dem att man ställer särskilda krav på aktsamhet och omdöme från deras sida. Å andra sidan är det svårt att utöva myndighet alldeles felfritt; tjänstemannen har ofta att fatta beslut i komplicerade ärenden under brådskande förhållanden. [...] Det kan alltså finnas skäl för både en mildare och strängare vållandebedömning i dessa fall.”¹⁰²⁹

Av motiven framgår som utgångspunkt – vilket också har bekräftats i rättspraxis¹⁰³⁰ – att culpabedömningen skall vara objektiv, liksom att det allmänna svarar för såväl anonym som kumulerad culpa.¹⁰³¹ I övrigt skall vållandebedömningen ske med beaktande av den offentliga verksamhetens särdrag. Tidigare kunde dessa säregenheter

¹⁰²² Se fn. 1015 ovan samt t.ex. Karlgren (1972) s. 190, som talade om standardregeln som en ”förbryllande bestämmelse”.

¹⁰²³ Jfr Bengtsson (1996a) s. 28.

¹⁰²⁴ Det har till och med satts ifråga om den ifrågavarande reformen i praktiken medförde någon utvidgning av det allmännas ansvar; se nedan i och vid fn. 1038-1039.

¹⁰²⁵ Se till det följande Bengtsson (1996a) s. 71 ff., Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 96 ff. och Hellner & Radetzki (2010) s. 451 ff.

¹⁰²⁶ SkL 3 kap. 2 § och härtill Bengtsson (1996a) s. 56.

¹⁰²⁷ NJA 2002 s. 88 och Kleineman (JT 1/1991-92) s. 78 f.

¹⁰²⁸ Hellner & Radetzki (2010) s. 451. Se även SOU 1958:43 s. 25.

¹⁰²⁹ Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 96.

¹⁰³⁰ Se t.ex. NJA 1990 s. 137, NJA 1987 s. 954 och NJA 2013 s. 842. I det sista avgörandet konstaterade HD att ”culpabedömningen ska vara såväl objektiviserad som anonymiserad” och att det därför ”främst [handlar] om vad den skadelidande är berättigad att begära avseende myndighetsutövningen och inte om eller i vad mån någon enskild handläggare kan klandras”.

¹⁰³¹ Prop. 1972:5 s. 497, prop. 1989/90:42 s. 15 och prop. 1997/98:105 s. 61. Att vållandebedömningen skall vara *objektiv* innebär att subjektiva omständigheter hos den felande tjänstemannen, såsom bristande utbildning eller erfarenhet, inte exculperar det allmänna. Annorlunda uttryckt är det inte nödvändigt att konstatera subjektiv culpa hos en bestämd befattningshavare. Att det allmänna svarar för *anonyma fel* innebär att det allmänna ansvarar om det kan konstateras att ett fel har begåtts även om det är oviss vem som har felat. Att det allmänna svarar för *kumulerade fel* innebär att det allmänna ansvarar om ett flertal fel har begåtts, om dessa fel tillsammans – men inte nödvändigtvis var för sig – innefattar skadeståndsgrundande culpa. Se vidare Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 96 f., Hellner & Radetzki (2010) s. 457 och Bengtsson (1996a) s. 57.

hos de offentliga organen beaktas med tillämpning av standardregeln, som föreskrev att det allmänna skulle undgå ansvar för culpöst skadehandlande om skäliga krav på verksamheten inte hade åsidosatts med hänsyn till dess art och ändamål. För ansvar fordrades således att myndigheten både hade varit vållande och hade underlåtit att upprätthålla en ”skälig standard”.¹⁰³² Till stöd för denna begränsningsregel anförde departementschefen följande, i de ursprungliga motiven till skadeståndslagen:

”På den offentliga förvaltningens område är verksamheten i långt större utsträckning än inom den enskilda sektorn reglerad genom författningsföreskrifter. I betydande omfattning tar sådana föreskrifter direkt eller indirekt sikte på att skydda enskilda intressen. Mot bakgrund av hittillsvarande rättstillämpning ... finns det anledning räkna med att varje överträdelse av författningsbestämmelser av detta slag kommer att anses som skadeståndsgrundande fel eller försummelse. De rättspolitiska skäl som kan åberopas för en regel om ersättningskyldighet för det allmänna vid brister i den offentliga förvaltningen motiverar emellertid inte ett obetingat ansvar i alla sådana situationer. [...] Allmänheten kan inte rimligen kräva absoluta garantier mot de ekonomiska följderna av sådana händelser – att de då och då leder till förluster för enskilda får ses som ett av de pris som medborgarna får betala för den nytta de har av en verksamhet som ytterst syftar till att tillvarata deras egna intressen.”¹⁰³³

Ovanstående motivuttalande ger dock upphov till följande fråga: Följer det inte redan av den allmänna culpabedömningen att någon skadeståndsskyldighet ej föreligger om inte skäliga krav på verksamheten har åsidosatts? För att parafraas Karlgren borde det, strängt taget, vara just så.¹⁰³⁴ Departementschefen var dock rädd för att den vållandebedömning som eljest tillämpades av domstolarna skulle bli alltför sträng, om den applicerades på det allmännas verksamhet.¹⁰³⁵ För att inskräpa vikten av en ”realistisk bedömning” infördes därför standardregeln.¹⁰³⁶ Fullständig perfektion kunde helt enkelt inte krävas av staten, som skulle behandlas ”snällare än skadevällare i allmänhet”.¹⁰³⁷

När standardregeln sedermera avskaffades antydde dock Bengtsson i sin promemoria, att regeln inte varit av någon större praktisk betydelse, eftersom det redan vid en allmän culpabedömning vore naturligt att beakta de omständigheter som standardregeln tog sikte på:

”Man kan utgå ifrån att domstolarna också i fortsättningen skall resonera efter samma linjer, även om inte någon hänvisning till verksamhetens art och ändamål

¹⁰³² Jfr prop. 1972:5 s. 324.

¹⁰³³ Prop. 1972:5 s. 325 f.

¹⁰³⁴ Karlgren (1972) s. 190.

¹⁰³⁵ Prop. 1972:5 s. 327.

¹⁰³⁶ Bengtsson (1996a) s. 58.

¹⁰³⁷ Karlgren (1972) s. 191.

införs i lagtexten i 3:2 SkL. Många gånger lär resultatet bli, att något vållande inte kan konstateras.”¹⁰³⁸

Med hänvisning till Bengtssons uppfattning försökte också departementschefen, i propositionen till 1989 års reform, att tona ner betydelsen av standardregelns avskaffande; ändringen skulle ”knappast” medföra någon ”nämnvärd ökning” av antalet skadeståndsgrundande fall:

”Som tidigare sagts innebär emellertid inte [standardregelns avskaffande] att det karakteristiska resonemanget enligt standardregeln mister sin betydelse. Vid prövningen av om skadeståndsgrundande fel eller försummelser har förekommit från myndighetens sida får man alltså ställa frågan vad som rimligen kan fordras av myndigheten med hänsyn till verksamhetens art och ändamål. [...] Överhuvudtaget bör de riktlinjer för bedömningen av olika situationer som framgår av skadeståndslagens motiv och av rättspraxis alltså vara vägledande.”¹⁰³⁹

Sammanfattningsvis torde man därmed kunna säga, att den allmänna culpabedömningen enligt skadeståndslagen 3 kapitlet 2 § skall ske enligt väsentligen samma principer som tidigare – trots standardregelns avskaffande.¹⁰⁴⁰ Avgörande är helt enkelt ”vad den enskilde har rätt att vänta sig vid en verksamhet av det aktuella slaget”.¹⁰⁴¹ Denna bedömning varierar naturligtvis starkt mellan olika situationer,¹⁰⁴² varför några olika typfall kommer att diskuteras var för sig i följande avsnitt.¹⁰⁴³

4.7.2.5 Culpabedömningen vid felaktig rättstillämpning

Beträffande felaktig rättstillämpning, bestående i att myndigheten åsidosätter eller förbiser uttryckliga lagregler, lyder det allmänna under ett förhållandevis strängt ansvar; endast sällan torde stat och kommun kunna undgå skadestånd i dylika fall,

¹⁰³⁸ Ds 1989:12 s. 34. I specialmotiveringen (s. 57 f.) anförde Bengtsson vidare, att den omständigheten att standardregeln upphävdes inte skulle innebära ”att det karaktäristiska resonemanget enligt standardregeln skulle mista sin betydelse. Vid prövningen, om skadeståndsgrundande fel eller försummelse har förekommit från myndighetens sida, får man alltså fråga sig vad som rimligen kan fordras av myndigheten med hänsyn till verksamhetens art och ändamål. [...] Överhuvudtaget bör de riktlinjer för bedömningen av olika situationer som framgår av SkL:s motiv och av rättspraxis alltså vara vägledande.”

¹⁰³⁹ Prop. 1989/90:42 s. 14 f. och Bengtsson (1996a) s. 30. Mot detta lagstiftarens försök att ”skriva nya motiv till tidigare antagna föreskrifter” vände sig dock Lagrådet; se det intressanta uttalandet i prop. 1989/90:42 s. 25.

¹⁰⁴⁰ Se även Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 96. Mot denna bakgrund har det ifrågasatts, om det inte i själva verket var frågan om en skenreform; jfr Bengtsson (1996a) s. 67.

¹⁰⁴¹ Bengtsson (1996a) s. 65 f. och 71 f. Se även Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 97 f. Vid denna bedömning skall således verksamhetens art och ändamål alltså tillmätas betydelse, vilket exv. innebär att högre krav på noggrannhet och omdöme kan ställas på domstolar än på kommunala nämnder; se exv. NJA 1994 s. 194 och NJA 2013 s. 842.

¹⁰⁴² Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 97 och Bengtsson (1996a) s. 71.

¹⁰⁴³ I framställningen nedan bortser jag från att det allmänna kan vara underkastat ett skadeståndsansvar enligt särskilda bestämmelser i den materiella förvaltningsrätten; se exv. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (”LOU”) 20 kap. 20 § och därtill NJA 2016 s. 369. Motsvarande skadeståndsbestämmelser finns även i lagen (2016:1146) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, samt i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Jag bortser också från skadestånd avseende kränkningslagar av europarätten (EU-rätten respektive EKMR).

även om förfarandet kan framstå som ursäktligt in casu.¹⁰⁴⁴ Detsamma gäller ("förmodligen") om det allmänna *oavsiktligt* avviker från tydliga prejudikat som anses ge uttryck för gällande rätt.¹⁰⁴⁵ Beträffande myndigheternas bundenhet vid äldre rättspraxis tillstöter dock vissa komplikationer. Det har nämligen ansetts att en myndighet bör ha "vissa möjligheter" att *avsiktligt* avvika från prejudikat, eftersom rättsutvecklingen annars skulle riskera att inte följa samhällsutvecklingen.¹⁰⁴⁶ Om en myndighet medvetet avviker från tidigare praxis men anför "rimliga skäl" för denna avvikelse, har således Högsta domstolen funnit att det allmänna är fritt från ansvar.¹⁰⁴⁷

Vad sedan avser sådana mer tveksamma fall då en myndighet har tolkat rättskällorna felaktigt, exempelvis genom att förbise motivuttalanden eller feltolka rättspraxis, är culpabedömningen än mer generös gentemot det allmänna.¹⁰⁴⁸ I förarbetena till skadeståndslagen förklarade nämligen departementschefen att felaktig rättstillämpning "endast i undantagsfall [kan] vara så uppenbart oriktig att man över huvud taget kan tala om fel eller försummelse, dvs. culpa, från myndighetens sida".¹⁰⁴⁹ Att ett beslut ändras av högre instans är således, för att citera Bengtsson, "självfallet inte nog" för att det allmänna skall ådra sig ansvar.¹⁰⁵⁰ Till denna mycket generösa bedömning har Högsta domstolen anslutit sig i ett flertal rättsfall.¹⁰⁵¹ I NJA 2007 s. 862, som avsåg Regeringsrättens felaktiga rättstillämpning, konstaterade exempelvis Högsta domstolen att det för skadeståndsansvar inte räcker att en domstol eller myndighet har gjort en "felaktig bedömning av en rätts- eller bevisfråga", utan endast "uppenbart oriktiga bedömningar" kunde anses utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap 2 § skadeståndslagen. Av stadgad praxis följer således

¹⁰⁴⁴ NJA 2002 s. 88 och Bengtsson (1996a) s. 73 ff. Bengtsson ifrågasätter dock om inte det allmänna också kan undgå ansvar vid ett medvetet åsidosättande av en regel, om denna (felaktigt) betraktas som obsolet; se a.a. s. 74 fn. 7. Se även Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 98.

¹⁰⁴⁵ Bengtsson & Strömbäck (2008) s. 98.

¹⁰⁴⁶ Bengtsson (1996a) s. 76.

¹⁰⁴⁷ Se NJA 1994 s. 194. Avgörandet kommenteras utförligt av Kleineman (JT 1/1994-95b) s. 141 ff., samt översiktligt i Bengtsson (1996a) s. 78 och i Hellner & Radetzki (2010) s. 452. Se även NJA 1979 s. 180.

¹⁰⁴⁸ Bengtsson (1996a) s. 81 talar om en "påfallande mild bedömning" i dessa situationer.

¹⁰⁴⁹ Prop. 1972:5 s. 518. Se härtill Bengtsson (1996a) s. 75, som – beträffande förarbetsuttalandet – anför att "den enskilde [inte kan] lita på att domstolar och myndigheter följer ens klara motivuttalanden".

¹⁰⁵⁰ Bengtsson (1996a) s. 79. I NJA 2002 s. 88 uttalade således HovR:n – i sin av HD fastställda dom – att "[e]nbart det förhållandet att en domstol, vid bedömningen av en rättsregel, gör en annan bedömning än en överprövande domstol är inte tillräckligt för att det skall läggas domstolen till last som ett skadeståndsgrundande fel". Se även NJA 2007 s. 862 och NJA 2013 s. 842. I det sistnämnda avgörandet uttalade HD, att "[n]är en domstol i domskälen har redovisat en rimligt adekvat analys av rättsläget, så rör det sig inte om en felaktig rättstillämpning ifall analysen har lett fram till en slutsats som befinns avvika från gällande rätt ens om avvikelsen materiellt sett är påtaglig".

¹⁰⁵¹ Se exv. NJA 1994 s. 654, där HD konstaterade att "[e]ndast uppenbart oriktiga bedömningar kan betraktas som culpösa" och härtill Bengtsson (1996a) s. 79 och Hellner & Radetzki (2010) s. 453. Se även NJA 2002 s. 88 och NJA 2013 s. 842, där HD dock synes ha sänkt kravet en aning: "I linje med den objektiverade bedömningen ska i regel en uppenbart oriktig rättstillämpning av en domstol anses oaktam utan att avseende behöver fästas vid vad som i det enskilda fallet kan vara förklaringen till felet. Men fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § 1 skadeståndslagen kan föreligga även utan att rättstillämpningen isolerat sett framstår som uppenbart oriktig. En helhetsbedömning ska göras."

att det inte är tillräckligt att myndighetens bedömning oriktig – denna måste vara *uppenbart* oriktig.¹⁰⁵²

4.7.2.6 Culpabedömningen vid felaktig bevisvärdering och bevisprövning

Av 2007 års rättsfall framgår att culpabedömningen är påfallande mild även vid felaktig bevisvärdering som utgår ifrån ett i och för sig fullgott utredningsmaterial; endast uppenbart oriktiga bedömningar skall anses culpösa. Detta framgår även av NJA 2002 s. 285, där Högsta domstolen anförde följande:

”När det gäller en domstols, en myndighets eller som i detta fall regeringens bedömning av en rättsfråga räcker det emellertid inte med att bedömningen var felaktig för att staten skall bli skadeståndsskyldig. Endast uppenbart oriktiga bedömningar anses utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § skadeståndslagen. *Motsvarande gäller vid felaktig bevisvärdering.*”

I detta avseende har således standardregelns avskaffande inte medfört någon förändring av rättsläget,¹⁰⁵³ vilket är i linje med lagstiftarens önskan. I propositionen som föregick 1989 års lagändring – varigenom standardregeln avskaffades – uttalade nämligen departementschefen, att det även fortsättningsvis

”... normalt böra kräva[s] *mycket påtagliga felbedömningar* för att vållande skall anses ha förekommit från myndighetens sida. Just i dessa fall måste en domstol eller annan myndighet ha en *betydande felmarginal*. En strängare hållning i dessa fall är svår att förena med en normal vållandebedömning.”¹⁰⁵⁴

Vid felaktig bevisvärdering kan det således endast sällan bli tal om culpa. En enskild tycks helt enkelt inte kunna ha några befogade förväntningar på en viss bedömning, eller annorlunda uttryckt, ”inte begära mer än att myndigheten gör sitt bästa för att bedöma utredningen”.¹⁰⁵⁵

En annan fråga är hur man skall bedöma sådana situationer, där en myndighet fattar ett beslut utifrån en korrekt värdering av föreliggande utredning, men beslutet likväl blir fel därför att utredningen som sådan är bristfällig. Även i denna situation skall bedömningen enligt förarbetena vara mild; departementschefen uttalade att

¹⁰⁵² Enligt Bengtsson (1996a) s. 79 lämnar föreliggande praxis ”en bred marginal för misstag” från det allmännas sida vad gäller såväl felaktig rättstillämpning som felaktig bevisvärdering. Hellner & Radetzki (2010) s. 451 talar likaså om ”klara misstag” – inte beslut för vilka ”någorlunda hållbara grunder” kan anföras – som en nödvändig förutsättning för skadeståndsansvar. Noteras bör även att 1994, 2002 och 2007 års fall samtliga avsåg *domstolars* felaktiga rättstillämpning – i ett fall en TR:s, i ett fall en HovR:s, och i ett fall till och med RegR:s – på vilka högre krav i detta avseende kan ställas än på förvaltningsmyndigheter. Härav följer, att utrymmet att döma ut skadestånd vid felaktig rättstillämpning *är än mer begränsat, när den felaktiga rättstillämpningen är att tillskriva en förvaltningsmyndighet*. Se till det sagda Bengtsson (1996a) s. 79. Se även NJA 2003 s. 285, som avsåg regeringens felaktiga rättstillämpning.

¹⁰⁵³ Bengtsson (1996a) s. 82.

¹⁰⁵⁴ Prop 1989/90:42 s. 16. Se härtill Ds 1989:12 s. 60 f.

¹⁰⁵⁵ Bengtsson (1996a) s. 82.

man inte bör ställa ”*alltför stränga krav* på en myndighets värdering av bevisningen, t.ex. då den har godtagit en bristfällig utredning om vissa faktiska förhållanden”.¹⁰⁵⁶

4.7.2.7 Culpabedömningen vid utövande av fritt skön

Föga förvånande är culpabedömningen som mest generös när myndigheterna utövar en diskretionär prövningsrätt. I de ursprungliga förarbetena till skadeståndslagen anförde departementschefen följande:

”När det gäller skador genom beslut som grundar sig på en mer eller mindre diskretionär prövning av en myndighet torde man sällan kunna visa fog för påståendet att myndigheten vid denna prövning har förfarit culpöst. Endast *grava felbedömningar* lär kunna anses som culpa ...”¹⁰⁵⁷

Denna generösa tolkning inskräpades ytterligare i samband med 1989 års reform; enligt departementschefen skulle myndigheterna ha en ”bred felmarginal” vid skönsrättsliga bedömningar och endast ”påtagliga felbedömningar” skulle grunda ansvar för det allmänna.¹⁰⁵⁸ Liksom vid bevisvärdering anses den enskilda helt enkelt inte med fog kunna förvänta sig en viss tillämpning av en skönsregel.¹⁰⁵⁹ Följande avgörande från Högsta domstolen är illustrativt:

I NJA 1985 s. 360 anförde en person (A) besvär över att en annan person (B) förordnats till en viss kommunal tjänst. Regeringen fann att A borde ha förordnats framför B, men avskrev ärendet eftersom tiden för anställningen hade gått ut. A förde skadeståndstalan mot kommunen, men hennes talan ogillades av HD som konstaterade att det för skadeståndsansvar ”måste krävas att bedömningen utgör ett *markant avsteg* från allmänt vedertagna principer eller att den har grundats på ovidkommande omständigheter.”¹⁰⁶⁰

Med hänvisning till 1985 års fall, har Bengtsson förklarat att ansvar i dessa fall torde föreligga ”bara om ett beslut framstår som *klart* omdömeslöst eller *tydligt* påverkats av ovidkommande hänsyn”.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁶ Prop. 1972:5 s. 518. I fall då ett beslut är synnerligen ingripande för den enskilda, har dock i praxis bedömningen varit något mer generös; se exv. RH 1992:13, som avsåg omhändertagande av barn efter grundlösa misstankar om misshandel från fadern.

¹⁰⁵⁷ Prop. 1972:5 s. 518.

¹⁰⁵⁸ Prop. 1989/90:42 s. 16. Se härtill Bengtsson (1996a) s. 85.

¹⁰⁵⁹ Enligt Bengtsson (1996a) s. 85 lär det ”huvudsakligen vara maktmissbruk och klart inkonsekventa bedömningar” som den enskilda har fog att inte förvänta sig.

¹⁰⁶⁰ Se även NJA 2008 s. 990 och härtill Bengtsson, Bertil, *Skadestånd vid felaktiga tillsättningsbeslut* (JT 3/2008-09) s. 643-646.

¹⁰⁶¹ Bengtsson (1996a) s. 86.

4.7.2.8 Endast uppenbart felaktiga myndighetsbeslut utgör skadeståndgrundande fel

Redogörelsen ovan ger sammanfattningsvis vid handen, att utrymmet för den enskilda att få sina biträdeskostnader ersatta som ”en form av skadestånd” är synnerligen begränsade. Den generösa culpabedömning som departementschefen anvisade i förarbetena för i princip alla typer av fel, utom möjligen vid rena förbiseenden av klar lagtext eller fast praxis, har fått tydligt genomslag i rättspraxis. Att en myndighets bedömning av en rätts- eller bevisfråga, eller dess utövande av fritt skön, är ”felaktig” i den bemärkelsen att beslutet ändras efter besvär är ”självfallet inte nog” för att det skall anses föreligga fel eller försummelse i skadeståndslagens mening.¹⁰⁶² Det räcker med andra ord inte att en myndighet har fattat ett felaktigt beslut, utan felet måste vara betydande, påtagligt, markant, uppenbart, grovt (och så vidare), för att det allmänna skall ådra sig ansvar.¹⁰⁶³

Mot denna bakgrund finns det fog för slutsatsen att det alternativ som Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden anvisade – att skadeståndsvägen söka utverka ersättning för biträdeskostnader – inte är ett realistiskt alternativ i det stora flertalet fall. För *trots att den enskilda vinner framgång med sitt överklagande i ett förvaltningsmål* utgår vanligtvis inte något skadestånd, helt enkelt eftersom det inte är skadeståndgrundande att fatta ett felaktigt beslut. Det sagda bekräftas av vad Domstolsutredningen uttalade år 1991 – det vill säga *efter* att det allmännas ansvar utvidgats genom 1989 års reform – nämligen att enligt ”nu gällande regler tillerkänns enskilda skadestånd av staten för sina rättegångskostnader i förvaltningsprocesser i mellan 10 och 20 fall om året”.¹⁰⁶⁴ Detta är inte en särskilt hög siffra, om man beaktar att det initieras ungefär 100 000 förvaltningsmål varje år.¹⁰⁶⁵

4.7.2.9 Endast skäligen påkallade biträdeskostnader utgör ersättningsgill skada

Högsta domstolen har utvecklat en rikhaltig praxis avseende det allmännas skadeståndsansvar i allmänhet, framförallt kring culpabedömningen enligt vad jag

¹⁰⁶² Bengtsson (1996a) s. 79. Detta framgår också uttryckligen av ovannämnda NJA 2002 s. 88 och NJA 2003 s. 285.

¹⁰⁶³ Rättsläget sammanfattas väl av HD i NJA 2010 s. 577: ”Enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen ska staten ersätta bl.a. ren förmögenhetsskada, som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande staten svarar. För ett sådant ansvar anses det inte räcka att en domstol har gjort en felaktig bedömning av en rätts- eller bevisfråga eller kan kritiseras för sitt ställningstagande i en fråga där det funnits utrymme för en skönsmässig bedömning. Endast rena förbiseenden av en bestämmelse eller uppenbart oriktiga bedömningar anses utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § skadeståndslagen.” I princip samma formulering användes i NJA 2010 s. 363. Se även exv. NJA 2007 s. 862 (”endast uppenbart oriktiga bedömningar”); NJA 2003 s. 285 (”endast uppenbart oriktiga bedömningar”); NJA 1994 s. 654 (”[e]ndast uppenbart oriktiga bedömningar kan betraktas som culpösa”); NJA 1985 s. 360 (”bedömningen [måste] utgöra ett markant avsteg från allmänt vedertagna principer”); NJA 2008 s. 990 (”beslutet [måste ha] tillkommit på grund av ett grovt fel i proceduren”). Se även prop. 1972:5 s. 518 (där det likaså talas om ”uppenbart oriktiga bedömningar”) och prop. 1989/90:42 s. 16 (där det talas om ”mycket påtagliga felbedömningar” resp. ”betydande felmarginal”).

¹⁰⁶⁴ SOU 1991:106 del A s. 639 f. Att hantera ersättning för biträdeskostnader som ”en form av skadestånd” i förvaltningsmål torde därmed ha lett till en ännu restriktivare tillämpning än när skadeståndsteorin genomsyrade tvistemålsprocessens kostnadsregler – då utdömdes ersättning för rättegångskostnader åtminstone i 1 fall av 10. Se exv. Munktel (1937) s. 10 och Wildte (1931) s. 226.

¹⁰⁶⁵ Se DV:s årsredovisning för 2016 s. 43.

har redogjort för i ovanstående avsnitt. Beträffande den här diskuterade frågan – ersättning för biträdeskostnader i förvaltningsmål – finns det dock endast ett fåtal avgöranden.¹⁰⁶⁶ Att ett skadeståndgrundande fel kan läggas det allmänna till last utgör naturligtvis en grundförutsättning för att skadestånd för biträdeskostnader skall utgå. Detta är dock inte en tillräcklig förutsättning, vilket kan illustreras av Högsta domstolens avgörande NJA 2010 s. 112. Omständigheterna var i korthet följande:

En kommunal byggnadsnämnd hade beviljat ett bygglov utan att bereda en enskild (A) tillfälle att yttra sig inför nämndens prövning av den aktuella bygglovsansökan. A överklagade bygglovets, varvid LR:n konstaterade att A var att anse som sakägare med yttranderätt i bygglovsärendet. Eftersom felet – att inte låta A yttra sig – var av väsentlig betydelse, upphävde LR:n underinstansernas beslut och återförvisade ärendet till nämnden för ny handläggning. A väckte därefter skadeståndstalan mot kommunen i allmän domstol, med yrkande om att TR:n skulle fastställa att kommunen var skyldig att utge ersättning till honom för de skador han lidit till följd av nämndens felaktiga handläggning. Beträffande dessa skador anförde A, att han hade ”ådragit sig kostnader för juridiskt biträde i den förvaltningsprocess han blev tvungen att föra i länsstyrelsen och i länsrätten”. Dessa kostnader ”var inte onödiga eftersom det var härigenom som länsrätten kunde konstatera att kommunen gjort fel och därför återförvisa ärendet till kommunen”. Kommunen bestred (1) att felet var skadeståndgrundande i och för sig, och invände dessutom (2) att A:s biträdeskostnader inte kunde anses ”ersättningsgilla enligt skadeståndslagen eftersom kostnaderna härför måste anses onödiga”.

Såväl tingsrätten som hovrätten ogillade A:s talan på den grunden att kommunen inte varit vårdslös, och till samma slutsats kom Högsta domstolen. Beträffande biträdeskostnaderna gjorde dock Högsta domstolen följande intressanta yttrande (närmast obiter dictum):

”Den fråga HD ska pröva inom ramen för det meddelade prövningstillståndet är om [A] är berättigad till ersättning för de ombudskostnader han ådrog sig till följd av att han var tvungen att överklaga det första bygglovsbeslutet i två instanser för att få yttra sig i bygglovsärendet hos nämnden. [...] I förvaltningsprocessen gäller som huvudregel – särskilda regler finns för skattemål – att en enskild part saknar rätt till ersättning för sina processkostnader. Den enskildes kostnader har förutsatts vara begränsade; till detta bidrar också att förfarandet i förvaltningsärenden och i förvaltningsprocessen i huvudsak är skriftligt. Om det har förekommit fel eller försummelse från det allmänna sida som leder till att någon drabbas av kostnader har det emellertid ansetts kunna bli aktuellt att under *vissa förhållanden* ersätta ombudskostnader som skadestånd.”

Av avgörandet kan vi sluta oss till att även om det har förekommit skadeståndgrundande fel eller försummelse, och skadeståndsskyldighet därmed föreligger i och för

¹⁰⁶⁶ Dessa avgöranden avser dock framförallt skadestånd enligt särskilda regler i förvaltningsrättslig specialförfattning, såsom mål enligt LOU.

sig, så är det inte säkert att ersättning för biträdeskostnader skall utgå – så skall ske endast *under vissa förhållanden*. Eftersom kommunen inte ens hade varit vållande utvecklade dock inte Högsta domstolen *under vilka förhållanden* som det kan bli aktuellt att ersätta sådana kostnader som skadestånd. Det saknas också vägledande praxis från Högsta domstolen i denna fråga.¹⁰⁶⁷ Inom ramen för den frivilliga skaderegleringen har dock JK meddelat ett antal beslut, som lämnar viss vägledning.

I linje med vad Högsta domstolen anförde i NJA 2010 s. 112 framgår av JK:s praxis, att ersättning för biträdeskostnader kan vägras *trots att det i och för sig har förekommit ett skadeståndgrundande fel*. Det är nämligen inte givet att en biträdeskostnad som den enskilda parten har ådragit sig i ett förvaltningsmål betraktas som en ersättningsgill förmögenhetsskada i det efterföljande skadeståndsmålet, vilket kan illustreras med några konkreta exempel.¹⁰⁶⁸

I JK dnr 3660-13-40 begärde klagande (A) skadestånd av staten med 312 309 kronor, varav 123 469 kronor avsåg ombudskostnader som han hade ådragit sig för att komma till sin rätt mot Försäkringskassan. Omständigheterna var som följer:

A beviljades arbetsskadelivränta år 1983. År 2010 beslutade dock FK att (1) dra in A:s livränta från och med maj 2010, samt att (2) återkräva ett belopp om 692 728 kr avseende utbetald livränta under perioden januari 2001 till april 2010. A begärde omprövning av de båda besluten, men kassan vidhöll sina tidigare bedömningar. A överklagade därför båda besluten till FR:n. Inför domstolen yrkade FK att besluten skulle upphävas och ärendet återförvisas till kassan för förnyad prövning. FR:n dömde i enlighet med FK:s yrkande. År 2011 beslutade FK att på nytt att dra in A:s livränta från och med maj 2010, men något nytt återkrav riktades inte mot A.

Med anledning av FK:s handläggning begärde A skadestånd av staten. Som grund för sin talan anförde A att kassan agerat försumligt genom att inte beakta vissa uppgifter som A åberopat, och som sedermera legat till grund för beslutet att inte återkräva tidigare uppburen livränta. Därigenom hade kassan vållat honom en ren förmögenhetsskada, bestående dels i olika kostnader hänförliga till det banklån som han hade varit tvungen att ta för att kunna betala återkravet, dels i ombudskostnader med mera hänförliga till omprövningen/överklagandet av kassans återkravsbeslut.

I sitt beslut konstaterade JK att staten var skadeståndsskyldig mot A. Beträffande ombudskostnaderna anförde JK sedan följande intressanta resonemang:

”Som en allmän princip gäller i fråga om kostnader i den administrativa processen att den enskilde får svara för dessa själv. Anledningen till detta är att ärendena i regel är så enkla att parterna själva kan ta tillvara sin rätt utan att behöva anlita ett ombud. Detta återspeglas vidare i den utredningsskyldighet som åvilar Försäkringskassan ... Däremot kan enligt skadeståndsrättsliga principer ersättning utgå för kostnader, t.ex. ombudsarvode, som den skadelidande har haft för att komma till sin rätt om

¹⁰⁶⁷ Jfr HD:s dom i mål nr T 3576-11, där HD noterar just avsaknaden av praxis. Det aktuella målet avsåg dock skadestånd enligt LOU.

¹⁰⁶⁸ Utöver nedanstående exempel prövades frågan om skadestånd för biträdeskostnader i bl.a. JK dnr 2563-16-40.

kostnaderna har vållats genom fel eller försummelse från en myndighets sida. Mot bakgrund av att Försäkringskassans handläggning av återkravsärendet har varit skadeståndsgrundande bör [A] anses ha rätt till ersättning för sådana ombudskostnader som varit *skäligen påkallade för att han skulle komma till sin rätt.*”

Av resonemangen kan vi konstatera att bedömningen skall ske i två steg: Först prövas huruvida ett skadeståndsgrundande fel i och för sig föreligger på det allmännas sida, det vill säga om myndigheten har agerat vårdslöst enligt vad jag har utvecklat i föregående avsnitt. Om så är fallet *kan* skadestånd utgå för ren förmögenhetsskada, omfattande bland annat kostnader för biträde. Detta förutsätter dock, för det andra, att den enskilda parten kan påvisa en ersättningsgill skada, och vad gäller kostnader för biträde *måste dessa ha varit skäligen påkallade.*

Att endast skäligen påkallade kostnader ersätts känner vi igen från både civil- och straffprocessen, och är i sig tämligen naturligt. Frågan är dock när det kan vara skäligen påkallat att anlita biträde i en process som förutsätts vara så ”enkel” att parterna själva kan ta tillvara sin rätt. Beträffande denna bedömningen anförde JK följande:

”Den ersättning för ombudskostnader om 123 469 kr som [A] har begärt motsvarar ca 49,5 timmars arbete om 2 500 kr per timme. Av utredningen i ärendet framgår att [A:s] ombud har gett in flera skrivelser med anledning av överprövningen och överklagandet av de två ifrågasatta besluten. Av dessa skrivelser framgår även att ärendena *har aktualiserat frågeställningar som inte varit helt okomplicerade.* Även om den begärda ersättningen framstår som något hög får det nedlagda arbetet anses ha varit skäligen påkallat för att tillvarata [A:s] rätt.”

Ovanstående motivering ger vid handen att JK har prövat biträdesbehovet som sådant; av handlingarna framgick att ärendet hade aktualiserat frågeställningar som ”inte varit helt okomplicerade”. Härav kan vi dra slutsatsen, att en enskild inte med automatik kan påräkna skadestånd för biträdeskostnader, även om vårdslöshet kan konstateras och staten därmed i och för sig är skadeståndsskyldig för ren förmögenhetsskada. Detta bekräftas av JK:s beslut dnr 4241-II-40, där JK anförde följande:

”I mål där bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen tillämpas har den enskilde, till skillnad från vad som gäller t.ex. vid handläggning i allmän domstol av tvistemål i allmänhet, oavsett utgången inte rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Att en sådan rätt inte föreligger motiveras bl.a. av den utredningsskyldighet som åvilar rätten i mål som handläggs enligt förvaltningsprocesslagen. Eftersom den enskilde inte kan påräkna att få ersättning för rättegångskostnader i sådana mål kan staten endast i begränsad utsträckning på skadeståndsrättslig grund bli ersättningsskyldig härför. Under alla omständigheter kan rätten till ersättning endast omfatta sådana kostnader som har varit skäligen påkallade för att tillvarata partens rätt.”

Denna motivering är synnerligen intressant, eftersom den ger upphov till ett cirkelresonemang. Begrunda nedanstående uttalanden, ställda i relation till varandra:

”Med den skadeståndslagstiftning som sålunda är nära förestående synes det tydligt att utrymmet för en allmän regel om kostnadsersättning av det innehåll vi övervägt skulle bli begränsat. Vid sidan av de nya skadestandsreglerna skulle den till stor del innebära en *dubbling av ersättningsmöjligheterna*.”¹⁰⁶⁹

”Eftersom den enskilde inte kan påräkna att få ersättning för rättegångskostnader i sådana mål kan staten *endast i begränsad utsträckning* på skadeståndsrättslig grund bli ersättningskyldig härför.”¹⁰⁷⁰

Att ersättning för biträdeskostnader *inte* utgår i förvaltningsdomstol motiverades – åtminstone delvis – med hänvisning till att sådana kostnader istället kan ersättas genom skadestånd (till vänster). I praktiken utgår dock skadestånd *endast i begränsad utsträckning*, vilket i sin tur motiveras med hänvisning till att ersättning för biträdeskostnader *inte* utgår i förvaltningsdomstol (till höger). Orsaken till att ersättning för biträdeskostnader *inte* utgår i förvaltningsdomstol är dock att sådana kostnader förutsattes kunna bli ersätta genom skadestånd, och därmed befinner vi oss åter på ruta ett (till vänster).

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att det så kallade ”skadeståndsalternativet” förutsätter att den enskilda parten passerar två trösklar, som måste betraktas som tämligen höga. För att biträdeskostnader i en förvaltningsprocess skall ersättas genom en efterföljande skadeståndsprocess fordras det, för det första, att det överklagade beslutet betraktas som så uppenbart oriktigt att det allmänna är skadeståndsskyldigt i och för sig. Detta torde vara det egentliga nålsögat, eftersom culpabedömningen vid alla typer av fel är påfallande generös. Därutöver krävs det dock, för det andra, att kostnaden för biträde betraktas som skäligen påkallad, varvid biträdesbehovet i den föregående förvaltningsprocessen prövas inom ramen för skadeståndsprocessen. Utgångspunkten för denna bedömning är, för att citera JK, att förvaltningsmål ”i regel är så enkla att parterna själva kan ta tillvara sin rätt”.¹⁰⁷¹ Ärendets art och omfattning (att målet ”inte är okomplicerat”), liksom utgången i detsamma (om parten vinner helt eller endast delvis bifall till sina yrkanden), kan dock föranleda en annan bedömning.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁹ SOU 1971:76 s. 73.

¹⁰⁷⁰ JK dnr 4241-11-40.

¹⁰⁷¹ JK dnr 3660-13-40.

¹⁰⁷² Se exv. JK dnr 1570-15-42, där JK beslutade att ersättning för ombudskostnader skulle utgå med ett jämkat belopp m.h.t. ”utgången i själva saken, ärendets art och omfattning samt här tillämpad praxis”. En motsvarande formulering (”med hänsyn till ärendets omfattning, art och utgång”) användes i JK dnr 9646-14-40. Jfr dock JK dnr 4275-05-40, där JK beslutade att utgå skadestånd för biträdeskostnader avseende överklagan av FK:s beslut om att dra in en persons (A:s) sjukersättning, med följande motivering: ”Försäkringskassans felaktiga beslut får vidare anses ha medfört att [A] har orsakats skada genom att han har behövt anlita ett juridiskt biträde för att komma till sin rätt i förvaltningsprocessen. Han skall därför ersättas för sina ombudskostnader där.” I detta beslut gjorde JK således inga närmare uttalanden kring behovet av biträde/komplexiteten i det underliggande ärendet. En i princip identisk motivering användes i JK dnr 402-05-40.

4.7.3 Skattemålen – ”det stora undantaget” från kvittningsprincipen

Redogörelsen ovan ger vid handen att utgångspunkten såvitt avser biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna är den diametralt motsatta i förvaltningsmål jämfört med tvistemål och brottmål. Visserligen finns det exempel på tvistemål där parternas kostnader som utgångspunkt skall kvittas, med dessa regler är i princip alltid försedda med en ”säkerhetsventil” – domstolen kan, efter en fakultativ prövning, tillerkänna vinnande part ersättning för sina kostnader. I förvaltningsprocessen tillämpas kvittningsprincipen utan motsvarande undantag: Den oskrivna regeln är absolut.

Visserligen har olika offentliga utredningar, med viss regelbundenhet, föreslagit att särskilda ersättningsregler, som närmast liknar dem i föräldrabalken, skall införas i förvaltningsprocesslagen, men så har aldrig skett. Istället är den enskilda parten alltjämt hänvisad till att föra en efterföljande skadeståndstalan i allmän domstol, för att på så vis få ersättning för sina biträdeskostnader inför förvaltningsdomstolen. Som har framgått av föregående avsnitt är emellertid detta ”skadeståndsalternativ” inte ett realistiskt alternativ i den absoluta merparten av fall.

Som Högsta domstolen noterade i det ovan citerade NJA 2010 s. 112 finns det dock ett – men ack så viktigt – undantag från den absoluta kvittningsprincipen, närmare bestämt skattemålen. I en skatteprocess kan nämligen den enskilda, till skillnad från övriga förvaltningsmål, få sina kostnader för biträde ersatta enligt särskilda kostnadsregler, som numera har inkorporerats i skatteförfarandelagen. Det sagda ger upphov till följande fråga: Varför utgår ersättning för biträdeskostnader i skattemål men inte i – låt säga – resterande 500 förvaltningsrättsliga måltyper?

4.7.3.1 Införandet av den s.k. ”ersättningslagen”

I kostnadsdiskussionen har skattemålen betecknats som ”det stora undantaget”.¹⁰⁷³ Genom den numera upphävda lagen (1989:479) om ersättning för kostnader i ärenden och mål om skatt med mera (”ersättningslagen”) infördes nämligen särskilda bestämmelser om ersättning av allmänna medel för bland annat biträdeskostnader i skattemål.¹⁰⁷⁴ Inom ramen för sitt snäva tillämpningsområde var lagen synnerligen vidsträckt, och omfattade den skattskyldiges kostnader inte bara hos förvaltningsdomstol utan även hos förvaltningsmyndighet.¹⁰⁷⁵

Som en allmän förutsättning för att ersättning skulle utgå i enlighet med ersättningslagen föreskrevs däri, att den skattskyldiga skäligen skulle ha behövt biträde för att tillvarata sin rätt. Enligt motiven skulle biträdesbehovet i första hand bedömas på objektiva grunder utifrån hur svår den skatterättsliga problemställningen var, men

¹⁰⁷³ Lundin (2009) s. 295.

¹⁰⁷⁴ Lagen finns kommenterad hos Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 387 ff.

¹⁰⁷⁵ ErsättningsL 1 §. För att ersättning skulle kunna utgå var det enligt förarbetena ”tillräckligt att ärendet under någon period varit föremål för handläggning”. Det sagda ger vid handen att ErsättningsL i princip ägde tillämpning från och med att SKV inledde en skriftväxling med den skattskyldige och detta oavsett vilket resultat denna skriftväxling sedermera föranledde; se prop. 1988/89:126 s. 24 och Remstam, Maj-Britt, *Ersättningslagen* (TSN 4/2000) s. 187-199 (s. 189).

även den skattskyldigas subjektiva färdigheter kunde i förekommande fall vägas in i behovsbedömningen.¹⁰⁷⁶ Utöver behovet av biträde uppställdes sedan tre alternativa förutsättningar för ersättning: (1) att den skattskyldige helt eller delvis vunnit bifall till sina yrkanden; (2) att ärendet eller målet varit av betydelse för rättstillämpningen, det vill säga av prejudikatsintresse; eller (3) att det eljest förelegat synnerliga skäl, exempelvis att processen på grund av myndighetens agerande blivit onödigt dyr eller komplicerad.¹⁰⁷⁷

Den 1 januari 2012 trädde skatteförfarandelagen i kraft. Genom denna lag samlades bestämmelserna om skatteförfarandet i en lag,¹⁰⁷⁸ vilket medförde att ett stort antal lagar på skatterättens område upphörde, däribland ersättningslagen vars bestämmelser numera återfinns i skatteförfarandelagens 43 kapitel.¹⁰⁷⁹ Kring detta kapitel skall vi uppehålla oss i följande avsnitt.

4.7.3.2 Ersättningslagens inkorporering i skatteförfarandelagen

I utredningsdirektiven – som föregick 2012 års reform – gjorde regeringen gällande att bestämmelserna i ersättningslagen hade ”kritiserats både för att vara för restriktiva och för generösa” mot den skattskyldiga.¹⁰⁸⁰ Några källor för denna ”kritik” angavs dock inte, och i sitt slutbetänkande *Skatteförfarandet* (SOU 2009:58) inledde Skatteförfarandeutredningen sin diskussion kring kostnads hanteringen i skattemål enligt följande:

”Bestämmelserna i [ersättningslagen] har enligt våra direktiv kritiserats både för att vara för restriktiva och för generösa. Där sägs också att lagen tillämpats under så lång tid att en utvärdering och översyn nu bör göras. En viktig fråga är då om ersättning ges till rätt personkrets och för rätt slags kostnader. Vi vill redan här påpeka att utredningen *inte har bittat någon kritik som går ut på att ersättningslagen är för generös.*”¹⁰⁸¹

Det är visserligen korrekt att ersättningslagen vid upprepade tillfällen hade kritiserats för att vara *för restriktiv*. Däremot har jag inte, i likhet med Skatteförfarandeutredningen, kunnat finna en enda källa som ger uttryck för att lagen varit *för generös*.

I utredningens slutbetänkande redovisades följande statistik, som kan tjäna till utgångspunkt för den fortsatta diskussionen:

”Under [året] meddelade kammarrätten totalt 332 domar i skattemål. I 137 av dessa var frågan om ersättning aktuell. Kammarrätten beviljade ersättning i 33 mål, dvs. i lite drygt 24 procent av alla mål där ersättning yrkades. I nästan 76 procent av målen (104 av 137) avslogs alltså yrkandena. Yrkandena avsåg inte enbart kostnader i kammarrätten utan även kostnader i länsrätten. Skatteverket ansåg att ersättning-

¹⁰⁷⁶ Prop. 1993/94:151 s. 174 och Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 376. Se även exv. RÅ 2004 ref. 4, där RegR utgav ersättning med ett jämkat belopp m.h.t. att den enskilda hade tillgång till betydande sakkunskap utan att anlita biträde.

¹⁰⁷⁷ ErsättningsL 3 §. Se här till prop. 1993/94:151 s. 174 och Remstam (TSN 4/2000) s. 189 f.

¹⁰⁷⁸ Prop. 2010/11:165 s. 279.

¹⁰⁷⁹ SFL 43 kap. finns kommenterat hos Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 369 ff.

¹⁰⁸⁰ Dir. 2005:129, återgivna som bil. 1 i SOU 2009:58 s. 759 ff. Ersättningslagen diskuteras i a. SOU på s. 781.

¹⁰⁸¹ SOU 2009:58 s. 475.

syrkandena skulle avslås i alla 137 mål utom ett. I 13 mål medgav dock verket att ersättning skulle beviljas om den skattskyldige vann målet.

Kammarrättens skäl för att bevilja ersättning var i 30 av de 33 mål där ersättning beviljades att den skattskyldige vann målet. I de resterande tre målen beviljade kammarrätten ersättning på grund av att rättsfrågan var intressant för rättstillämpningen. Av de 137 mål som genomgången omfattar fick den skattskyldige helt eller delvis bifall till sina yrkanden i huvudfrågan i 37 mål (bifallsmål). I 30 av dessa bifallsmål beviljades den skattskyldige ersättning, dvs. i 80 procent av alla bifallsmål. Full ersättning utgick i sex av målen och reducerad ersättning i 24 mål.

Kammarrätten har som nämnts ovan avslagit den skattskyldiges yrkande om ersättning i 104 av 137 mål. Grunden för avslag var i drygt 65 procent av målen (68 av 104 mål) att den skattskyldige inte fick bifall i huvudfrågan. I nästan tio procent av målen har kammarrätten endast konstaterat att det saknas förutsättningar för att bevilja ersättning, vilket även kan omfatta avslag på den grunden att den enskilda inte har fått bifall i huvudfrågan. Att den skattskyldige inte har behövt ombud för att ta till vara sin rätt har angetts som skäl för att inte bevilja ersättning i fem procent av målen. I tolv och en halv procent av målen har kammarrätten inte anfört några skäl till varför ersättningsyrkandena avslås utan endast hänvisat till länsrättens dom.¹⁰⁸²

Tillgänglig statistik visar således att tillämpningen av ersättningslagen var tämligen restriktiv; i nästan 76 procent av målen avslogs kostnadsyrkandet helt, och med utredningens ord vore det ”inget djärvt påstående” att det bland dessa avslag finns skattskyldiga som behövde biträde.¹⁰⁸³ Mot den bakgrunden föreslog utredningen generösare regler, som i korthet innebar att de tre alternativa förutsättningarna i ersättningslagen – bifall/prejudikatsintresse/synnerliga skäl – slopades, och att ersättning istället skulle beviljas om den skattskyldige helt enkelt hade behövt ett biträde för att ta tillvara sin rätt.¹⁰⁸⁴ Detta förslag motiverades enligt följande:

”Avgörande för behovet av biträde är hur svårt ärendet eller målet är. Ett ärende eller mål kan vara svårt på grund av att det innehåller komplexa och svårbedömda rättsfrågor men svårigheten kan också ligga i att omständigheterna och förhållandena är komplicerade. Det är mer eller mindre självklart att det måste finnas ärenden och mål som saknar betydelse för rättstillämpningen men där utgången ändå inte är given på grund av att rättsfrågan är svårbedömd eller att omständigheterna och förhållandena är komplicerade. Med andra ord finns det ärenden och mål där den enskilde har behövt ett biträde och får anses ha haft skäl för att processa trots att han eller hon förlorade i slutändan. De nödvändiga biträdeskostnaderna ersätts dock enbart vid en vinst, vilket innebär att den enskilde trots att ett biträde behövdes inte

¹⁰⁸² SOU 2009:58 s. 478 f.

¹⁰⁸³ SOU 2009:58 s. 488.

¹⁰⁸⁴ SOU 2009:58 s. 485.

får någon ersättning. Slutsatsen är därför att dagens förutsättningar inte fångar upp alla ärenden och mål där enskilda har behövt ett biträde för att ta till vara sin rätt.”¹⁰⁸⁵

Att den skattskyldige inte fick ersättning för sina kostnader trots att vederbörande hade behov av biträde karakteriserade utredningen som ett ”problem”, vilket dock kunde ”lösas genom att kravet på framgång tas bort”. Med en sådan ändring skulle de två kvarvarande grunderna bli överflödiga:

”Det innebär att den enda förutsättning som återstår är att den enskilde behöver ett biträde för att ta till vara sin rätt.”¹⁰⁸⁶

Flertalet remissinstanser – med undantag för Skatteverket – ställde sig bakom utredningens förslag. I denna del mötte dock utredningen kompakt motstånd från regeringen, som invände mot en generösare reglering på den grunden att det saknades ”tillräckligt beredningsunderlag” – i klartext därför att utredningens förslag var för dåligt underbyggt:

”Regeringen konstaterar att utredningens slutsats vilar på en undersökning som i stort sett bara har gett statistiska uppgifter om mål hos en domstol under en period om sex månader. Enligt regeringens mening är denna undersökning ensam inte tillräcklig för att besvara de två viktiga frågorna om huruvida ersättning ges till rätt personkrets och för rätt slags kostnader.”¹⁰⁸⁷

Utredningens argumentation baserades dock inte ”bara” på den statistiska undersökningen, utan var också lagteknisk – närmast logisk – till sin karaktär, och kan omstruktureras som följer:

Premiss I: Det som avgör om det finns behov av biträde är hur svårt målet är.

Premiss II: Det finns (svåra) mål där den enskilda parten har haft skäl att processa, trots att vederbörande inte vinner framgång.

Slutsats: Ersättningslagen fångar inte upp alla mål där enskilda har behövt ett biträde.¹⁰⁸⁸

Denna argumentation bemötte dock inte regeringen, som istället anförde att det fanns skäl att ytterligare ”utreda utformningen av bestämmelserna”. Och med dessa ord sköts frågan på framtiden, med den praktiska konsekvensen att ”gällande

¹⁰⁸⁵ SOU 2009:58 s. 488 f. Som konstateras i Thorslund, Gunilla & Tärnqvist, Lars *Ersättning i mål och ärenden om skatt* (TSN 9/2004) s. 545-556 (s. 545) kan denna ordning också leda till att biträden endast vill åta sig enklare mål där den skattskyldige har stora utsikter att vinna framgång, och inte mål med komplexa skatterättsliga problemställningar där utsikterna att vinna framgång är oklara.

¹⁰⁸⁶ SOU 2009:58 s. 489.

¹⁰⁸⁷ Prop. 2010/11:165 s. 422.

¹⁰⁸⁸ Förvisso kan ersättning – i de ”svåra mål” som utredningen diskuterar – utgå enligt p. 2-3, dvs. därför att det föreligger prejudikatsintresse/synnerliga skäl. Dessa punkter aktualiseras dock sällan i praktiken, vilket framgick av utredningens empiriska undersökning. Se även Remstam (TSN 4/2000) s. 190 f. och, ang. frågan om särskilda skäl, prop. 1993/94:151 s. 174, där det framgår att bedömningen var avsedd att vara mycket restriktiv.

bestämmelser i ersättningslagen om förutsättningarna för rätten till ersättning med nästintill oförändrat innehåll i sak [fördes] över till skatteförfarandelagen”.¹⁰⁸⁹ Någon ny utredning har dock, mig veterligen, inte initierats. Liksom enligt äldre ordning gäller således alltjämt, att en enskild som i ett skattemål (eller ärende¹⁰⁹⁰) har haft kostnader för biträde, som denna skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt, efter ansökan har rätt till ersättning. Detta dock under förutsättning att (1) den sökandes yrkanden helt eller delvis bifalls; (2) målet avser en fråga som är av betydelse för rättstillämpningen, eller (3) det finns synnerliga skäl för ersättning.¹⁰⁹¹

Den lagtekniska konstruktionen i skatteförfarandelagen är således densamma som i den äldre ersättningslagen, och i allt väsentligt är rättsläget oförändrat. Först anges såsom en allmän förutsättning att den enskilda skäligen skall ha behövt ett biträde för att ta till vara sin rätt, och därefter tre alternativa förutsättningar, varav den första knyter an till kostnadsfördelningen i allmän domstol (”förloraren betalar-principen”), men med den skillnaden att regelverket endast verkar till den skattskyldiges fördel (skev fördelning).

Att de tre punkterna är alternativa innebär att ersättning i skattemål – åtminstone i teorin – kan utgå även om den enskilda är tappande part, nämligen om målet antingen har varit av prejudikatsintresse, eller det eljest har förelegat synnerliga skäl.¹⁰⁹² Detta avviker som bekant från kostnadsreglerna i tvistemål och brottmål, som mer renodlat anknuter ersättningsrätten till utgången i målet; visserligen har tappande parts kostnadsansvar begränsats i många måltyp, men så långt som att tillerkänna tappande part ersättning för kostnader har lagstiftaren inte gått i någon (vanligt förekommande¹⁰⁹³) måltyp. Sätillvida är fördelningsreglerna i skattemål mer ”generösa” än i tvistemål och brottmål. I praxis beviljas dock ersättning mycket sällan på någon utav de två senare grunderna (vilket gör den nu antydda skillnaden måltyperna teoretiskt, snarare än praktiskt, intressant),¹⁰⁹⁴ och jag kommer därför inte att utveckla dem närmare i detta sammanhang. Vad jag istället kommer att fördjupa är det allmänna kravet på att kostnaden för biträde skall ha varit *skäligen påkallad*.

4.7.3.3 Skäligen har behövt biträde

Utgångspunkten för bedömningen om ersättning skall utgå är, enligt lagtextens ordalydelse, om den skattskyldige *skäligen behöver* ett biträde (för att ta tillvara sin rätt). Rent semantiskt påminner detta om kostnadsreglernas utformning i både tvistemål och brottmål, sätillvida att endast *skäligen påkallade/motiverade/behövliga* biträdeskostnader ersätts:

¹⁰⁸⁹ Prop. 2010/11:165 s. 422.

¹⁰⁹⁰ Rätten till ersättning gäller i ärenden och mål enligt SFL, vilket innebär att ersättning kan beviljas i fler typer av ärenden och mål idag än vad som var möjligt enligt ersättningslagen; se prop. 2010/11:165 s. 417. I princip var detta den enda utvidgning av ersättningsrätten som SFU fick gehör för; se SOU 2009:58 s. 1108 ff.

¹⁰⁹¹ SFL 43 kap. 1 §

¹⁰⁹² Om dessa rekvisit; se hänvisningarna i fn. 1088 ovan.

¹⁰⁹³ Se dock fn. 605 ovan ang. mål om expropriationstillstånd samt inlösningsersättning/ersättning för marköverföring.

¹⁰⁹⁴ Jfr den av SFU presenterade empiriska undersökningen vid fn. 1082 ovan.

Twistemål: ”såvitt kostnaden [för biträde] *skäligen varit påkallad* för tillvaratagande av partens rätt”.¹⁰⁹⁵

Brottmål: ”under förutsättning att kostnaderna [för försvarare] *skäligen varit motiverade* för att den tilltalade skulle kunna ta tillvara sin rätt”.¹⁰⁹⁶

Skattemål: ”[om parten] *skäligen har behövt* [biträde] för att ta till vara sin rätt”.¹⁰⁹⁷

Ordalydelsen till trots föreligger dock en central skillnad vid tillämpningen av ovanstående lagrum: I tvistemål eller brottmål prövas inte biträdesbehovet per se när den enskilda vinner framgång i processen,¹⁰⁹⁸ vilket däremot sker – och enligt motiven skall ske – i skattemål.

I förarbetena till ersättningslagen inskräppte regeringen, att det i skattemål måste föreligga ”ett verkligt behov” av biträde för att ersättning skall utgå (”ersättningsfallen”). Detta verkliga behov kontrasterades mot att parten anlitar biträde av ”bekvämlighets-skäl”. Den senare kategorin (”bekvämlighetsfallen”) exemplifierades i följande ordalag:

”Ärenden och mål av enklare beskaffenhet eller där myndigheten i tillräcklig utsträckning redovisat gällande rätt och sakomständigheter bör således falla utanför ersättningsfallen.”¹⁰⁹⁹

Den som av ren lathet anlitar biträde blir således utan ersättning,¹¹⁰⁰ och för att kunna särskilja ersättningsfallen från bekvämlighetsfallen infördes skälighetsrekvisitet som en allmän förutsättning för kostnadsersättning.¹¹⁰¹ I linje härmed prövar förvaltningsdomstolarna *om parten överhuvudtaget har behövt ett biträde*, och i praxis händer det att ersättning nekas därför att parten – enligt domstolens bedömning – saknade behov av biträde.¹¹⁰² Detta kan kontrasteras mot den allmänna processen, där biträdesbehovet inte prövas i och för sig, trots att rättegångsbalken uppställer ett närmast identiskt skälighetsrekvisit. Denna skillnad måltyperna emellan blir ännu mer besynnerlig, om man inte bara jämför lagtextens ordalydelse utan också ställer motiven till de ovan citerade lagrummen i relation till varandra. I förarbetena till rättegångsbalken talas det nämligen också om att ersättning skall utgå för ”verkliga kostnader”.¹¹⁰³ Enligt både skatteförfarandelagen och rättegångsbalken omfattar

¹⁰⁹⁵ RB 18 kap. 8 §.

¹⁰⁹⁶ RB 31 kap. 2 §.

¹⁰⁹⁷ SFL 43 kap. 1 §.

¹⁰⁹⁸ Med undantag för tvistemål om mindre värden; se NJA 2007 s. 579 och avsnitt 4.3.1.5 ovan.

¹⁰⁹⁹ Prop. 1993/94:151 s. 174.

¹¹⁰⁰ Vad som avses med ”rena bekvämlighets-skäl”, och om en näringsidkare överhuvudtaget kan anlita ett biträde av ”bekvämlighet”, diskuteras av Remstam (TSN 4/2000) s. 198.

¹¹⁰¹ Prop. 1993/94:151 s. 134 f.

¹¹⁰² Se SOU 2009:58 s. 479: ”Att den skattskyldige inte har behövt ombud för att ta till vara sin rätt har angetts som skäl för att inte bevilja ersättning i fem procent av målen.”

¹¹⁰³ Sälunda anförde PK (SOU 1926:33 s. 211) att ”ersättning för rättegångskostnad bör motsvara verkliga kostnader för målets utförande; men att onödig eller oskälig kostnad icke gottgöres. Se härtill SOU 1938:44 s. 237, där PLB istället talade om kostnader för åtgärder, som part haft skäl att anse ”erforderliga”.

således ersättningsrätten endast *skäliga* kostnader för biträde, vilket enligt motiven skall motsvaras av ett *verkligt behov* i skattemål respektive *verkliga kostnader* i tvistemål. I skatteprocessen nekar dock domstolarna ersättning för biträdeskostnader på den grunden att parten helt har saknat behov av biträde, medan allmän domstol tar biträdesbehovet för givet. Denna ordning blir dock förståelig, om man beaktar följande.

När Processkommissionen och Processlagberedningen – i förarbetena till rättegångsbalken – föreslog att ersättningen för rättegångskostnader fullt ut skulle motsvara partens verkliga kostnader i tvistemål, var syftet att komma bort från den restriktiva bedömning som kännetecknade äldre rättegångsbalkens kostnadsregler. Med lagberedningens ord:

”Det har vid olika tillfällen anmärkts, att domstolarna, särskilt överrätterna, ofta bestämma ersättningen till *lägre belopp än partens verkliga kostnader* för rättegångens förande. Med hänsyn härtill synes böra stadgas, att ersättningen skall fullt motsvara partens kostnad, såvitt denna skäligen varit påkallad för tillvaratagande av hans rätt.”¹¹⁰⁴

Det budskap som hamrades in var således att vinnande part inte skulle ersättas med *lägre belopp* än vad som motsvarade dennas verkliga kostnader för processen; någon slentrianmässig prutning skulle inte längre ske, utan parten skulle fullt ut kompenseras för sina rättegångskostnader. I förarbetena till skatteförfarandelagens var utgångspunkten den omvända; det betonades att den skattskyldiga inte skulle ersättas med *högre belopp* än vad som motsvarade dennas verkliga kostnader i målet.¹¹⁰⁵ Denna skillnad måtyperna emellan präglar också det perspektiv genom vilket domstolarna skall bedöma huruvida det har varit skäligen påkallat att anlita biträde, där bedömningen i tvistemål framstår som mer generös mot parten.

I skattemål konstitueras det ”verkliga behovet” av biträde framförallt av ”objektiva omständigheter”, det vill säga hur svår den skatterättsliga problemställningen de facto är. Även ”subjektiva omständigheter” kan dock ”i vissa fall vägas in”, såsom den skattskyldiges ålder, sjukdom, bristande erfarenhet och liknande förhållanden.¹¹⁰⁶ I senare förarbeten har det sagda tolkats som att ”ärendets och målets svårighetsgrad ska vägas mot den enskildas personliga förhållanden”.¹¹⁰⁷ Enligt min uppfattning utgår bedömningen i tvistemål mer renodlat från partens perspektiv. Avgörande är nämligen, med Processlagberedningens ord, ”huruvida *parten* vid tiden för vidtagande av den åtgärd, som föranlett kostnaden, *haft skäl* att anse åtgärden erforderlig”.¹¹⁰⁸ Även denna bedömning har förvisso en subjektiv och en objektiv sida, men frågan om parten ”haft skäl” (objektivt kriterium) skall bedömas utifrån partens perspektiv (subjektivt kriterium), vilket – i jämförelse med skattemålen – ger den subjektiva

¹¹⁰⁴ SOU 1938:44 s. 237.

¹¹⁰⁵ Jfr prop. 1993/94:151 s. 134 f.

¹¹⁰⁶ Prop. 1993/94:151 s. 174 f. och härtill Remstam (TSN 4/2000) s. 189.

¹¹⁰⁷ SOU 2009:58 s. 1114.

¹¹⁰⁸ SOU 1938:44 s. 237.

sidan större vikt. Dessa skillnader blir dock än tydligare vid bedömningen av vad som anses utgöra ett skäligt arvode.

4.7.3.4 Skäligt arvode

I förarbetena till ersättningslagen klaggjorde regeringen, att det förhållandet ”att den skattskyldige behövt hjälp i tvisten [inte medför] att han skall beviljas ersättning för högre kostnader än vad som skäligen varit påkallade”.¹¹⁰⁹ Skälighetsbedömningen i skatteprocessen skall med andra ord göras i två steg: Först bedöms behovet av biträde per se enligt ovan, och därefter – det vill säga om den enskilda anses ha behov av biträde i och för sig – bedöms skäligheten i den yrkade ersättningen.¹¹¹⁰ Detta till skillnad från civil- och straffprocessen, där domstolen i princip hoppar över det första steget genom att inte ifrågasätta biträdesbehovet som sådant. Den senare ordningen har, enligt min uppfattning, störst fog för sig, eftersom det torde vara förenat med betydande svårigheter att bedöma biträdesbehovet som sådant.¹¹¹¹

Såvitt avser skäligheten i yrkad ersättning tycks det vara regel snarare än undantag att ersättningen i skattemål prutas ned, vilket kan göras på två grunder: antingen därför att antalet nedlagda timmar betraktas som oskäligt högt, eller därför att det begärda arvodet per timma är oskäligt högt.¹¹¹² Som en utgångspunkt för dessa två bedömningar anförde regeringen följande, i de ursprungliga förarbetena till ersättningslagen:

”I fråga om arvoden till biträde eller ombud bör *viss ledning* kunna hämtas från domstolsverkets taxa på den allmänna rättshjälpens område. Även om denna taxa formellt omfattar endast rättshjälpsärenden har den i praxis kommit att tillämpas även utanför det taxesatta området. Någon *strikt bundenhet* till taxan är emellertid inte avsedd utan domstolen bör när den tar ställning till ersättningsbart arvode även väga in omständigheter såsom ärendets svårighetsgrad, ombudets skicklighet och vad det normalt sett kostar att anlita ett sådant ombud som ärendets beskaftenhet kräver.”¹¹¹³

Beträffande skäligheten i yrkad ersättning förefaller skattemålen således stå brottmålen nära, såtillvida att bedömningen anknyter till det taxereglerade området *även när ersättningen avser ett privat biträde* som inte – liksom ett rättshjälpsbiträde/offentlig försvarare – uppstår ersättning av allmänna medel, utan istället ersätts av sin klient (som i sin tur kan få ersättning av allmänna medel, åtminstone vid en framgångsrik process). Vid bedömningen av vad som är ett skäligt arvode i skattemål torde således utgångspunkten – i likhet med vad som gäller såvitt avser rättshjälpsbiträden – vara hur många timmar en ”normalskicklig” advokat hade behövt för

¹¹⁰⁹ Prop. 1993/94:151 s. 175.

¹¹¹⁰ Remstam (TSN 4/2000) s. 191.

¹¹¹¹ Jfr RU:s uttalande i SOU 1982:26 s. 219: ”Även om det kanske i de flesta fall är *ogörligt för rätten* att säga att parten borde ha kunnat klara sig utan biträde, bör rätten i åtskilliga fall kunna fastslå att biträdet lagt ned för mycket arbete på processen och låtit den svälla ut i onödan.”

¹¹¹² Detta sker också frekvent; se den av SFU presenterade empiriska undersökningen vid fn. 1082 ovan.

¹¹¹³ Prop. 1988/89:126 s. 26. Samma ståndpunkt framfördes i prop. 1993/94:151 s. 175. Se även Thorslund & Tärnqvist (TSN 9/2004) s. 551.

motsvarande uppdrag, och att en ersättning enligt timkostnadsnormen sedan ger ett ”normalarvode” för ärenden som utförts med normal skicklighet. Avsteg från denna ordning kan göras om särskilda skäl föranleder en annan bedömning, exempelvis att skattefrågan varit särskilt komplicerad, vilket skapat ett behov av ett särskilt skickligt biträde.¹¹¹⁴ Att domstolen kan besluta om ett högre arvode än vad som följer av rättshjälpstaxan kan illustreras genom RÅ 2001 ref. 10. Omständigheterna var i korthet följande:

I målet hade SKV, LR:n och KamR:n i sina avgöranden kommit fram till att aktier i ett bolag som lämnats i gåva till en anställd i bolaget skulle inkomstbeskattas hos mottagaren, varvid skattetillegg hade påförts. I RegR yrkade klaganden ersättning för sina kostnader med 40 500 kr avseende ombudsarvode för 18 timmars arbete á 2 250 kr/tim. RSV tillstyrkte att ersättning lämnades för ombudskostnader men ansåg att ersättningen skulle begränsas till vad som följer av gällande rättshjälpstaxa. RegR biföll klagandens yrkanden i sak och beviljade därutöver ersättning av allmänna medel för kostnader i RegR med 40 500 kr i enlighet med kostnadsyrkandet.

I målet avvek således Regeringsrätten från timkostnadsnormen och bestämde ersättningen till ett väsentligt högre belopp än vad den då gällande rättshjälpstaxan angav. Som Liedhammar konstaterar kan dock avgörandet kritiseras eftersom ”prejudikatvärdet i denna viktiga principiella ersättningsfråga – när kan ersättning beviljas med belopp som överstiger gällande rättshjälpstaxa? – är begränsat med hänsyn till att någon motivering härom inte redovisas i Regeringsrättens dom”.¹¹¹⁵ Med andra ord står det klart *att* ersättningen kan fastställas till ett högre belopp än vad rättshjälpstaxan medger – däremot är det oklart *när* detta kan ske, helt enkelt eftersom Regeringsrätten inte motiverade sitt beslut.

RÅ 2001 ref. 10 kan betraktas som det undantag som bekräftar regeln; i praxis är det ovanligt att ett biträde ens yrkar ersättning som överstiger taxan,¹¹¹⁶ eftersom sådan ersättning sällan utgår. Trots att regeringen i förarbetena uttalade att domstolen kan beakta ”vad det normalt sett kostar” att anlita en skattejurist tenderar den enskilda parten därmed att själv få bära en stor del av sin kostnad – trots att parten både har haft behov av biträde och vunnit framgång med sin talan – eftersom arvodet till en ”normal” skattejurist på en affärsjuridisk advokatbyrå i princip alltid överstiger rättshjälpstaxan med minst 100 procent, och ibland med betydligt mycket mer.¹¹¹⁷

Vad sedan gäller antalet nedlagda timmar är bedömningen likaså restriktiv. I RÅ 2002 ref. 56 uttalade Regeringsrätten att det ”ankommer på den som begär ersättning att visa att de åtgärder för vilka ersättning begärs skäligen varit påkallade”. Detta avgörande kan kontrasteras mot NJA 1997 s. 854, där Högsta domstolen förklarade

¹¹¹⁴ Jfr även Thorslund & Tärnqvist (TSN 9/2004) s. 551.

¹¹¹⁵ Leidhammar, Börje, *Processuella frågor m.m.* (TSN 3/2002) s. 293-315 (s. 313).

¹¹¹⁶ Remstam (TSN 4/2000) s. 192, som påpekar ”att i praktiken förekommer det dock endast undantagsvis att ersättning ens yrkas med annat belopp än enligt rättshjälpslagen”.

¹¹¹⁷ Remstam (TSN 4/2000) s. 197 f. och Thorslund & Tärnqvist (TSN 9/2004) s. 551. Se även Lindkvist, Gustaf, *Rätten till en rättvis skatteprocess – några kommentarer angående betydelsen av jämlika parter* (SvSkT 6-7/2011b) s. 538-550 (s. 547 fn. 19).

att det ”i allmänhet inte [kan] krävas att en part, för att erhålla ersättning för sin ombudskostnad, i detalj redogör för det arbete som utförts, vare sig i fråga om nedlagd tid eller beträffande vidtagna åtgärder”. Någon godtagandepresumtion motsvarande den i tvistemål gäller således inte skattemål – tvärtom har parten ålagts vad som närmast kan beskrivas som en bevisbörda för att de åtgärder som ersättningen avser har varit skäligen påkallade.¹¹¹⁸ Bedömningen påminner således om – och är kanske rent av mer restriktiv än¹¹¹⁹ – motsvarande bedömning såvitt avser rättshjälpsärenden.

Denna restriktiva bedömning, som präglade ersättningslagen och alltjämt präglar skatteförfarandelagen, har under årens lopp givit upphov till omfattande kritik i litteraturen. Kring denna kritik skall vi nu uppehålla oss.

4.7.3.5 Slentrianmässig prutning i skattemål?

Som framgått ovan kritiserades kostnadsreglerna i äldre rättegångsbalken på två grunder: För det första därför att vinnande part i tvistemål endast undantagsvis fick ersättning för sina kostnader, eftersom dessa – givet den dominerande skadeståndsteorin – i det stora flertalet fall kvittades parterna emellan. För det andra därför att ersättningen närmast slentrianmässigt bestämdes till ett lägre belopp än vad som motsvarade partens faktiska kostnader, i de fåtalet fall sådan ersättning utgick. Det senare förhållandet karaktäriserade Processkommissionen som ett ”missförhållande”,¹¹²⁰ och i anslutning till kommissionens kritik föreslog Processlagberedningen en regel enligt vilken ersättningen fullt ut skulle motsvara partens kostnader.¹¹²¹ Den slentrianmässiga prutningen skulle således upphöra. Idag följer kritiken mot kostnadsbehandlingen i skattemål precis samma mönster: Ersättning beviljas (1) alltför sällan, och när sådan ersättning väl beviljas, (2) med alltför låga belopp. Med Remstams ord:

¹¹¹⁸ Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 377, som – m.h.t. RÅ 2002 ref. 56 – kort och gott konstaterar att ”[d]en som begär ersättning har bevisbördan för att kostnaderna har varit skäligen påkallade”. Däremot tycks inte skälighetsbedömningen i skattemål i alltför hög grad påverkas av att tvisteföremålets värde är lågt. I RÅ 2002 not. 192 erhöll exv. den skattskyldiga ersättning med 800 000 kr, trots att tvisten endast avsåg ett belopp om 75 kr. Detta kan jämföras med det ovan diskuterade NJA 1987 s. 621 II (som behandlas i avsnitt 4.2.1.4) där tvisteföremålets värde likaså understeg 100 kr (dock om året) och där käranden yrkade 6 000 kr i ersättning för rättegångskostnader. Med beaktande av proportionalitetsprincipen bestämde TR:n ersättningen till 1 500 kr. RÅ 2002 not. 192 var dock något säreget, såtillvida att RegR vid skälighetsbedömningen fäste vikt vid att målets utgång var av betydelse även för tredjeman. Domstolen anförde följande: ”Det finns inte något hinder för att i denna helhetsbedömning också låta ingå kostnadernas storlek i förhållande till det omtvistade beloppets storlek. Det skattebelopp som var aktuellt för [A:s] del under det aktuella året uppgick till 75 kr, dvs. ett helt obetydligt belopp i förhållande till kostnaderna för processen. Det har visserligen inte framkommit att ytterligare mål rörande denna fråga låg oavgjorda i domstol, men målet *kan likväld antas ha varit av stor betydelse för en större krets av försäkringstagare* än just [A]. *Därför* bör skälighetsbedömningen inte påverkas av det obetydliga skattebeloppet.” Några bestämda slutsatser avseende förhållandet mellan kostnadsyrkandet och yrkandet i sak kan däremot inte dras på grundval av RÅ 2002 not. 192.

¹¹¹⁹ Att sålunda lägga en bevisbörda på den ersättningsyrkande parten framstår till och med som mer betungande än inom det taxereglerade området, ty någon motsvarande bevisbörda anses inte ävila rättshjälpsbiträden. Genom prop. 1981/82:28 försökte visserligen regeringen (utan föregående remissbehandling, vilket kritiserades av Lagrådet) ålägga rättshjälpsbiträden en bevisbörda i rättshjälpsärenden, men detta försök misslyckades. Riksdagen ansåg nämligen att en skärpning av kostnadskontrollen kunde åstadkommas utan att det i lagtexten infördes ett krav på att begärd ersättning skulle visas ha varit skällig; se JuU 1981/82:19 s. 22 f.

¹¹²⁰ SOU 1926:33 s. 211.

¹¹²¹ SOU 1938:44 s. 237. Som framgått ovan ville PLB härigenom inskräpa, att ersättningen inte skulle dömas ut med lägre belopp än partens ”verkliga kostnader” för rättegången.

”I de fall där ersättning begärs brukar det vara mer regel än undantag att ersättningen jämkas. Detta brukar *ofta avse antalet nedlagda timmar*. Jag har hittills bara hört om ett fall där en skattskyldig erhållit ersättning helt enligt yrkandet. [...] Det är lätt att få en känsla av att det finns en oskriven huvudregel hos ... domstolarna att ett ersättningsyrkande alltid skall jämkas, oavsett hur många timmar som det yrkas ersättning för.”¹¹²²

Mitt intryck överensstämmer Remstams. Att biträdena åtminstone har en ”känsla” av att rådande ordning är godtycklig har jag också förståelse för, eftersom domstolarnas jämkning sällan – för att inte säga aldrig – motiveras.¹¹²³ För att bara ta tre typexempel från högsta instans:

I mål nr 5051-97 yrkade ett bolag ersättning för ombudskostnader i RegR med 40 800 kr avseende ersättning för 34 timmars arbete à 1 200 kr. RSV ansåg att målet var av sådan beskaffenhet att rätt till ersättning för kostnader kunde föreligga men ansåg att ersättningen inte skulle utgå med högre belopp än vad som följer av en tillämpning av den timersättning som gäller inom rättshjälpsystemet. RegR yttrade:

”[D]å bolaget vunnit bifall till sitt yrkande skall bolaget beviljas ersättning enligt ersättningslagen för de ombudskostnader i Regeringsrätten som skäligen behövs för att tillvarata dess rätt. Regeringsrätten finner att bolaget i detta avseende bör beviljas ersättning med 25 000 kr.”

I mål nr 4593-98 yrkade en person (A) ersättning för sina kostnader i LR med 11 000 kr, för sina kostnader i KamR med 28 831 kr samt för sina kostnader i RegR med 3 125 kr. RegR yttrade:

”Eftersom [A] delvis har vunnit bifall till sin talan i målet är han berättigad till ersättning för sina kostnader. Ersättning bör beviljas honom med skäliga 2 500 kr, 7 000 kr och 1 500 kr.

I mål nr 1011-06 yrkade ett bolag ersättning för sina kostnader i LR, KamR och RegR med sammanlagt 79 875 kr. SKV medgav att bolaget beviljades ersättning med 10 000 kr. RegR yttrade:

”[Bolaget] har vunnit bifall till sitt yrkande att eftertaxeringen ska undanröjas och har därför rätt till ersättning för de kostnader som skäligen behövs för att ta till vara dess rätt. Bolaget bör beviljas ersättning för sina kostnader i länsrätten, kammarrätten och Regeringsrätten med sammanlagt skäliga 10 000 kr.”

¹¹²² Remstam (TSN 4/2000) s. 198. Samma konstaterande i Remstam, Maj-Britt, *Ersättningslagen - Vad är det som skall ersättas?* (TSN 12/2001) s. 710-711 (s. 710): ”[Det är] förvånansvärt att se vilka jämkningar som i vissa fall görs av myndigheter och domstolar. Det är lätt att få en känsla av att det finns en oskriven huvudregel hos skattemyndigheterna och domstolarna att ett ersättningsyrkande alltid skall jämkas, oavsett hur många timmar som det yrkats ersättning för. Det synes alltså vara mer regel än undantag att ett ersättningsyrkande jämkas.”

¹¹²³ Jfr Remstam (TSN 12/2001) s. 710: ”Skälen till dessa jämkningar brukar uttryckas allmänt genom att såväl skattemyndigheten som domstolen fastställer ersättningen till ’skäliga x kr’. Motiveringen är i och för sig oantastlig. Men den försvårar möjligheterna till att argumentera vid ett eventuellt överklagande av ersättningsbeslutet.”

Varför klaganden i ovanstående fall fick sin ersättning väsentligen jämkad – exempelvis från yrkade 80 000 kronor till ”skäliga” 10 000 kronor – är omöjligt att förstå, eftersom beslutet i ersättningsdelen överhuvudtaget inte motiveras. Denna ordning medför att det bara går att spekulera i varför ersättningen prutas,¹¹²⁴ vilket är olyckligt. Redan år 1961 framförde Hassler följande kritik mot de allmänna domstolarnas bristfälliga motiveringar av sina kostnadsbeslut:

”Det är en rimlig fordran att den, som dömes att betala nutidens dryga rättegångskostnader, får ordentligt besked om hur domstolen resonerat i kostnadsfrågan. Och endast genom att kostnadsbesluten nöjaktigt motiveras kan vi nå fram till en klar och fast praxis ... Den gamla metoden att avfärda kostnadsfrågan med ett par rader är hopplöst föråldrad.”¹¹²⁵

Samma kritik har enligt min mening, omkring 65 år senare, bäring inom skatteprocessen. När en part, som vunnit framgång i målet mot Skatteverket, yrkar 79 875 kronor i ersättning för sina ombudskostnader framstår det som just rimligt att domstolen förklarar varför ersättningen bestäms till skäliga 10 000 kronor. Eftersom detta inte sker kan vi dock inte urskilja någon klar och fast praxis, eller ens några grova riktlinjer för bedömningen.¹¹²⁶

4.7.3.6 Skattemålets ”privilegerade ställning”

Även om ersättningsmöjligheterna i skattemål har kritiserats för att vara för restriktiva, får man inte glömma att reglerna i vart fall är generösare än i alla andra förvaltningsrättsliga måltyper, där någon möjlighet att få ersättning överhuvudtaget inte står att finna. Skattemålen intar såtillvida en ”privilegerad ställning” bland

¹¹²⁴ Om jag fotnosvis tillåter mig att göra just det – dvs. spekulera, utan ambition på ”vetenskaplighet” – har jag i samtal med domare och biträden förstått att en grund för prutning anses vara att den skattskyldiga har vunnit framgång på sin förstahandsgrund och därför inte beviljas ersättning för de alternativa grunder som har åberopats i målet; dessa var ju – med facit i hand – ”obehövlige” och det arbete som biträdet har lagt ner på dessa därmed onödigt. Om detta synsätt återspeglar ”gällande rätt” går dock inte säga, eftersom det knappast finns några prejudicerande (eller för den delen motiverade) avgöranden på området, men om så är fallet avviker bedömningen av om en viss åtgärd har varit erforderlig i ett skattemål från samma bedömning i ett tvistemål, såtillvida att (åtminstone vissa) förvaltningsdomare tycks tillämpa just ”efterklokhetens princip”. Beträffande tvistemålen har Heuman gjort gällande att det sällan kan bli aktuellt att exv. kräva att svarandens ombud begränsas de insatser som görs för att få käromålet ogillat, även om det för ombudet redan vid första anblick framstår som tämligen klart att käromålet bör ogillas – helt enkelt eftersom ombudet inte kan vara säker på att domstolen har samma uppfattning. Kontentan är att man som ombud varken kan eller bör ”spara på krutet” i alltför hög utsträckning. I skattemål bör kanske ombudet tänka annorlunda, i alla fall om hon – efter en framgångsrik process – inte vill lämna sin klient med en faktura på åtskilliga tusen i icke-ersättningsgilla biträdeskostnader. En lämpligare ordning vore dock, enligt min uppfattning, att förvaltningsdomstolarna tänkte annorlunda och istället närmade sig de allmänna domstolarnas synsätt. Se till det sagda Heuman (JT 3/1997-98) s. 799 och Heuman (JT 2/1991-92) s. 334.

¹¹²⁵ Hassler (SvJT 1/1961) s. 430.

¹¹²⁶ En bidragande orsak till detta är säkerligen att ersättning enligt ersättningslagen inte kunde utgå vid tvist kring ersättningslagens tillämpning; se RÅ 1993 ref. 24 och RÅ 2002 ref. 95. I det senare avgörandet fastslog RegR (i plenum) ”att ett mål som avser enbart ersättningsfrågan inte utgör ett mål om skatt i ersättningslagens mening”, och att lagen ”därför inte [är] tillämplig i ett sådant mål”. Den som vill överklaga endast ersättningsdelen måste alltså driva processen utan möjlighet att få sina kostnader (för överrättsprocessen) ersatta, vilket naturligtvis har hämmat prejudikatbildningen. Se till det sagda Thorslund & Tärnqvist (TSN 9/2004) s. 549 samt Remstam (TSN 4/2000) s. 196, som menar att denna ordning ”leder till en obefintlig utveckling av rättspraxis på området”. Denna begränsning gäller dock inte sedan antagandet av SFL; se prop. 2010/11:165 s. 417, där regeringen konstaterade att rätten till ersättning utvidgades till att omfatta fler ärenden och mål, och som exempel nämnde ”ärenden och mål som gäller just rätten till ersättning”.

förvaltningsmålen,¹¹²⁷ vilket dock ger upphov till följande frågeställning: Vilka skillnader föreligger mellan å ena sidan ett skattemål och å andra sidan övriga förvaltningsmål, som motiverar att den enskilda kan övervältra sina biträdeskostnader på motparten i skatteprocessen, men saknar alla sådana möjligheter inom den övriga förvaltningsprocessen? För att finna svaret på denna fråga måste vi sökas oss till de ursprungliga förarbetena till ersättningslagen.

I motiven till 1989 års ersättningslag förklarade lagstiftaren att taxeringsförfarandet som utgångspunkt knyter an till ”allmänna grundsatser” inom förvaltningsrätten, enligt vilka den enskilda själv har att stå för sina rättegångskostnader. Lagstiftningen byggde således på de traditionella antagandena:

”Vad gäller beskattningsförfarandet knyter som tidigare nämnts dessa grundsatser an till att det närmast kan ses som en *medborgerlig skyldighet* att medverka vid förfarandet. Det har vidare ett nära samband med den *officialprincip* som gäller hos både förvaltningsmyndigheterna och förvaltningsdomstolarna och som bl.a. innebär att för ett ärendes utgång betydelsefulla sakförhållanden skall klarläggas av beslutsinstansen innan beslut fattas.”¹¹²⁸

Dessa två argument – samhällsmedlemskapet och officialprincipen – ansågs således tala för att vardera parten som huvudregel skulle stå sina egna kostnader också i skattemål.¹¹²⁹ Tre egenskaper hos skatteprocessen anfördes dock för att motivera avsteg från dessa ”allmänna grundsatser”.

1. För det första har lagstiftaren framhållit att *skattemålen ofta är av stor betydelse* för den enskilda. Det skulle därför kunna anses ”stötande” om den enskilda parten nödgades ”stå för avsevärda kostnader för juridisk hjälp i en skattefråga som varit helt avgörande för hans ekonomiska framtid”.¹¹³⁰
2. För det andra har lagstiftaren förklarat att den materiella *skattelagstiftningens utformning* kan vara svårtillgänglig för enskilda. Det är, med andra ord, den ”ökade komplexiteten i skattelagstiftningen som föranlett de skattskyldiga att i ökad omfattning anlita advokater, revisorer och annan expertis för att ta tillvara sin rätt”.¹¹³¹
3. För det tredje har lagstiftaren framhållit att *skatteförfarandet utgör ett massförfarande* i vilket det är omöjligt att säkerställa riktigheten i varje beslut. ”Likabehandlings-skäl” har därför ansetts motivera att skattskyldiga som åsatts en felaktig taxering

¹¹²⁷ Jfr Lundin (2009) s. 295. Se även Lundin, citerad i Brandberg, Ulrika, Johansson, Per & Knutson, Tom, *Förvaltningsrätten i förvandling* (TSA 8/2009) s. 20-26 (s. 25), som talar om skattemålens ”särskilt privilegierade position”.

¹¹²⁸ Prop. 1988/89:126 s. 13. Se även a. prop. s. 7 och härtill Thorslund & Tärnqvist (TSN 9/2004) s. 550.

¹¹²⁹ Prop. 1988/89:126 s. 14.

¹¹³⁰ Prop. 1988/89:126 s. 7.

¹¹³¹ Prop. 1988/89:126 s. 7.

utan eget vållande – och därför tvingats processa för att få det felaktiga beslutet undanröjt – inte också tvingas att bära processkostnaderna.¹¹³²

Frågan är dock om det inte finns en rad andra måltyper där (1) utgången i målet är av stor betydelse för den enskilda; (2) det materiella regelverket är svårtillgängligt och som (3) har karaktären av ett massförfarande. Visar inte exempelvis en jämförelse med socialförsäkringsmålen att taxeringsmålen inte på något sätt är ”unika” i dessa tre hänseenden?

1. För det första kan utgången i ett socialförsäkringsmål, i likhet med ett skattemål, vara helt avgörande för den enskildas ekonomiska framtid. Utredningen av tillsyn över socialförsäkringsområdet konstaterade exempelvis att dessa beslut ”många gånger [har] stor betydelse för enskildas grundläggande försörjningsvillkor”.¹¹³³
2. För det andra präglas den materiella socialförsäkringsrätten, i likhet med den materiella skatterätten, av hög komplexitet. Förfarandeutredningen har bland annat anfört att regelverket på socialförsäkringens område är såväl ”svåröverskådligt” som ”synnerligen omfattande och ... föga lättillgängligt”.¹¹³⁴
3. För det tredje består FK:s göromål, i likhet med SKV:s, av masshantering av ärenden. Förfarandeutredningen konstaterade att hanteringen av socialförsäkringarna innefattar ”synnerligen stora ärendemängder” och fann att det ”utan överdrift [går att] tala om s.k. massärenden”.¹¹³⁵ Att det inom ramen för en sådan hantering inte kan förväntas att alla beslut är materiellt korrekta är förstås givet,¹¹³⁶ liksom att vissa försäkrade, i likhet med vissa skattskyldiga, därför – utan eget vållande – stundtals tvingas att processa för att få ett felaktigt beslut ändrat.

Utifrån lagstiftarens eget resonemang bör därmed den som tvistar med Försäkringskassan också kunna få sina kostnader ersatta, i vart fall vid en framgångsrik process. Så är dock inte fallet – tvärtom har departementschefen förklarat att det råder ”enighet” om att särskilda kostnadsersättningsregler ”inte behövs” i

¹¹³² Prop. 1993/94:151 s. 133. Kanske kan man, i anslutning till Thorslund & Tärnqvist (TSN 9/2004) s. 550, säga, att den medborgerliga skyldigheten att medverka vid beskattningen motsvaras av en rätt att inte bli beskattad på ett sätt som inte har stöd i lag.

¹¹³³ SOU 2008:10 s. 41. Se även a. SOU s. 39, där det anförs att besluten ”många gånger [är] ingripande för de försäkrade” samt SOU 1991:46 s. 441, där det talas om ”för den enskilde mycket betydelsefulla avgöranden”. Även RegR:s ledamöter har givit uttryck för att någon skillnad inte föreligger mellan skattemålen och socialförsäkringsmålen i detta avseende. Enligt RegR är ”båda måltyperna ... av den största betydelse för de kategorier av personer som berörs av respektive reglering”. Reg:R menade därför att det ”knappast [kan] hävdas att den ena måltypen är ’viktigare’ än den andra”. Se RegR:s remissyttrande över Dv-rapport (2002:4), som även citeras av Ragnemalm, Hans, *Prövningstillstånd i kammarrätt*, i Gäverth, Leif & Lindgren, Per Anders (red.), *Vänbok till Per Anclow* (2004) s. 265-276 (s. 273). Samma uppfattning hos Lundin, citerad i fn. 1138 nedan.

¹¹³⁴ SOU 2001:47 s. 263 och 264 samt ex. mot. 2008/09:Ju243, där motionärerna anförde att det fanns ”all anledning att återgå till ett system med specialdomstolar på socialförsäkringsrättens område även i Sverige” med motiveringen att socialförsäkringsmålen ”ofta [är] komplicerade och kräver en stor precision och sakkunskap som bakgrund för besluten”. Samma konstaterande i SOU 1991:46 s. 441 (”rättsområdet är svåröverskådligt”) samt SOU 1971:76 s. 185: ”Rättsreglerna är ingalunda lättillgängliga. De enskilda parterna utgörs i stor utsträckning av sjuka eller gamla, som har ringa förmåga att själva tillvarata sin rätt.”

¹¹³⁵ SOU 2001:47 s. 269.

¹¹³⁶ Se t.ex. Wennnergren (2005) s. 154.

socialförsäkringsmål.¹¹³⁷ Denna olikbehandling av måltyperna motsvaras dock inte av – och kan därmed svårigen motiveras utifrån – förefintligheten av relevanta skillnader måltyperna emellan. Åtminstone inte om vi begränsar oss till de tre egenskaper hos skattemålen som lagstiftaren själv har valt att lyfta fram, eftersom både skattemålen och socialförsäkringsmålen uppvisar dessa karaktäristika.¹¹³⁸ Förklaringen till skattemålen ”privilegierade ställning” inom förvaltningsprocessen får därför sökas på en mer principiell nivå.

1989 års ersättningslag blev föremål för en omfattande reform år 1994, varigenom lagens tillämpningsområde avsevärt kom att utvidgas.¹¹³⁹ Denna reform motiverades till stor del utifrån principiella skäl, nämligen med hänvisning till den enskildas ”rätts-säkerhet” i olika former. I propositionen, som talande nog betitlades *Rättssäkerhet vid beskattningen* (prop. 1993/94:151) tecknades utgångspunkterna för reformen i följande ordalag:

”Från *rättssäkerhetssynpunkt* är det av fundamental betydelse att den enskilde kan få sin taxering prövad av domstol. En viktig del av möjligheten till sådan prövning är att den enskilde kan ta tillvara sin rätt på ett effektivt sätt. Både hos allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar gäller principen *jura novit curia* (domstolen känner rätten). Parterna behöver inte prestera bevisning i form av rättsutredningar åt domstolen. Denna princip tillsammans med domstolens materiella processledning leder stundom till slutsatsen att parterna inte behöver lägga ned något arbete med att precisera innehållet i rättsreglerna i det prövade fallet. Vad sedan angår fakta- eller sakfrågorna karaktäriseras förvaltningsprocessen av att domstolen skall se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och att den vid behov anvisar parterna hur utredningen bör kompletteras. Till skillnad från dispositiva mål, där ansvaret för målet vilar på parterna, skall således domstolen vara aktiv (officialprincipen). Utgångspunkten är således att de enskilda inte skall behöva anlita juridiskt biträde eller ombud i förvaltningsprocessen. *Likväl finns det fall där sådan hjälp behövs.*”¹¹⁴⁰

Reformen utgick alltså från de traditionella antagandena – att enskilda parter saknar behov av biträde i förvaltningsmål till följd av officialprincipens tillämpning – men med det intressanta tillägget, att enskilda *likväl kan ha behov av biträde* i förvaltningsmål. Och således:

¹¹³⁷ Prop. 1972:132 s. 196.

¹¹³⁸ Att skattemålen, på många olika sätt (bl.a. i kostnadshänseende) har särbehandlats inom förvaltningsprocessen har noterats och kritiserats från flera olika håll under åren. Ang. måltypens betydelse för den enskilda (p. 1 ovan), se exv. Lundin, citerad i Brandberg, Johansson & Knutson (TSA 8/2009) s. 25, som först konstaterar att skattemålen intar en ”särskilt privilegierad position”, och därefter gör följande jämförelse med socialförsäkringsmålen: ”Det är som att man glömmer bort att det är väldigt många mål som betyder väldigt mycket för folk. Om man ska få sjukpenning eller inte är inte bara av teoretiskt intresse. Det finns massor av människor för vilka några månader utan inkomst är en fullständig katastrof.”

¹¹³⁹ SFS 1994:470. Huvudregeln enligt den ursprungliga ersättningslagen var att vardera parten själv skulle stå sin kostnad. Ersättning skulle endast utgå om förhållandena i det enskilda fallet *påtagligt* avvek från det normala, eller annorlunda uttryckt, när det fanns *starka skäl* för den enskilda att dra på sig kostnader för biträde; se prop. 1988/89:126 s. 16 f. och härtill Remstam (TSN 4/2000) s. 187 f.

¹¹⁴⁰ Prop. 1993/94:151 s. 132.

”Från *rättssäkerhetssynpunkt* är det inte acceptabelt att den skattskyldige inte har tillgång till juridisk sakkunskap om sådan är nödvändig för att tillvarata hans rätt. Följdfrågan blir då om *rättssäkerheten* kan bli lidande av att den enskilde måste bekosta ombudet eller biträdet. Så är t.ex. fallet om den enskilde av ekonomiska skäl väljer att avstå från att anlita juridisk sakkunskap och därigenom inte kan tillvarata sin rätt. Emellertid är det också en *rättssäkerhetsaspekt* att man inte behöver tvingas in en kostsam process utan möjlighet till ersättning, oavsett om man har råd att bekosta den eller ej. Under förutsättning att den skattskyldige behövt juridiskt biträde eller ombud för att ta tillvara sin rätt och att det inte är han som vållat eller varit försumlig i skattemålet finns *ingen rimlig anledning att han alltid skall behöva bekosta en process.*”¹¹⁴¹

Att det inte finns *någon rimlig anledning* att en skattskyldig alltid skall behöva bekosta sin egen process motiverades i sin tur med hänvisning till ”likabehandlingsskäl”. Det är dock något oklart om regeringen betraktade dessa ”likabehandlingsskäl” som en ”rättssäkerhetsaspekt” (av flera), eller snarare som ett självständigt argument för kostnadsersättning. Oavsett vilket förtjänar resonemanget även i denna del att återges in extenso, eftersom det så tydligt avviker från hur kostnadsfrågan har hanterats inom andra måltyper:

”De flesta som deklarerar riktigt drabbas inte av kostnader för en process, utan det är endast vissa skattskyldiga som behöver föra processer för att få rätt. Av *likabehandlingsskäl* borde naturligtvis detta inte inträffa, men sådan precision kan knappast uppnås i ett massförfarande som t ex den årliga inkomsttaxeringen. Det är emellertid en viktig del i *likabehandlingen* att de som drabbas åtminstone kompenseras för det extra besväret att föra en process för att nå en riktig taxering. Vi menar därför att det är rimligt från *rättssäkerhetssynpunkt* att ge den skattskyldige ersättning för processkostnader (i huvudsak kostnader för juridiskt ombud eller biträde) då han vunnit målet, om det behövs för att ta till vara hans rätt och han inte själv har orsakat processen genom att inte fullgöra sin skyldighet att deklarerar eller lämna uppgifter, bevismaterial eller dylikt.”¹¹⁴²

Motiven till ersättningslagen ger upphov till följande reflektioner: Som synes har lagstiftaren, vad avser skattemålen, intagit en helt annorlunda ståndpunkt än beträffande förvaltningsmålen i gemen. I taxeringsprocessen anses det nämligen inte vara tillräckligt att samhället tillhandahåller gängse förvaltningsprocessuella rättssäkerhetsgarantier i form tillträde till domstol (”Access to Court” i snäv mening). En ”viktig del” i rätten till domstolsprövning är nämligen att den enskilda parten också kan föra sin talan på ett effektivt sätt (”Effective Access to Court”). Detta förutsätter dock att den enskilda i vissa fall kan få ersättning för sina biträdeskostnader. Mot detta resonemang kan enligt min mening inga invändningar riktas – tvärtom anknyter tankegångarna till idén om ”Access to Justice” och Europadomstolens praxis i anslutning

¹¹⁴¹ Prop. 1993/94:151 s. 132 f.

¹¹⁴² Prop. 1993/94:151 s. 133.

till konventionens artikel 6. Varför den enskildas rättssäkerhet och tillgång till en effektiv/rättsvis domstolsprövning tillmäts en sådan vikt inom skatteprocessen, när motsvarande intressen inte väger lika tungt inom förvaltningsprocessen i allmänhet, är dock svårförklarligt.

Innan vi – i ett avslutande avsnitt – skall sammanfatta våra slutsatser skall något kort sägas om biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna enligt den så kallade ärendelagen,¹¹⁴³ samt vissa därtill anknytande regelverk. I många avseenden påminner denna lag om förvaltningsprocesslagen,¹¹⁴⁴ men i viss utsträckning kompletteras den också genom hänvisningar till rättegångsbalken. Kanske kan man därmed karaktärisera prövningen enligt ärendelagen som ett mellanting mellan förvaltningsprocess och allmän process. Detta intryck befästs av den blandade partsställningen; i domstolsärenden förekommer såväl enskilda som allmänna parter, vilket gör prövningen intressant – inte minst ur kostnadsynpunkt. Av framställningen hitintills har nämligen framgått att det går en skarp skiljelinje mellan den allmänna processen och förvaltningsprocessen såvitt avser kostnadsfördelningen mellan parterna. Förvisso finns det undantagsregler inom båda processformerna – som har motiverats på delvis olikartade grunder – men huvudreglerna om full kostnadstäckning respektive kvittning framträder ändå tydligt. Genom ärendelagen har också lagstiftaren försökt att upprätthålla denna distinktion, genom att ställa upp *olika kostnadsregler beroende på om den enskilda parten har en allmän eller enskild motpart*. Sedan något är tillbaka kan man dock, i Högsta domstolens praxis, skönja en begynnande tendens i motsatt riktning – mot en uppluckring av distinktionerna. Låt oss dock börja från början.

4.8 Domstolsärenden – ett sista exempel på konsekvent inkonsekvens

Enligt sin portalparagraf reglerar ärendelagen prövningen av så kallade *rättsvårdsärenden*, vilket knyter an till den gamla distinktionen mellan å ena sidan rättskipning och å andra sidan sådan (”frivillig”) rättsvård, som under åtskillig tid har ankommit på våra tingsrätter. Denna skiljelinje är dock allt annat än skarp, och det finns ingen anledning att fördjupa den närmare här.¹¹⁴⁵ Istället kan vi konstatera att fyra kategorier

¹¹⁴³ Lagen (1996:242) om domstolsärenden (”ÄL”).

¹¹⁴⁴ Se t.ex. prop. 1995/96:115 s. 76. Sälunda är ÄL tämligen rudimentär till sin utformning – den innehåller, liksom FPL, endast ett femtiotal paragrafer – och förväntas fyllas ut av ”allmänna principer”.

¹¹⁴⁵ Med regeringens ord (prop. 1995/96:115 s. 75 f.) står det klart att det inte går att skilja ett ärende från ett mål ”endast med hjälp av hävdvunna rätsteoretiska begrepp, som t.ex. ’rättskipning’, ’rättsvård’ eller ’förvaltning’”. Jag har delvis behandlat skiljelinjen mellan rättskipning/förvaltning (och domstolar/förvaltningsmyndigheter) i Otter Johansen, Tormod & Wejedal, Sebastian, *Mot ett funktionellt domstolsbegrepp – Ett bidrag med anledning av den så kallade Förvarsunderrättsedomstolen (del I av II)* (SvJT 2/2016a) s. 100-141 samt i Otter Johansen, Tormod & Wejedal, Sebastian, *Mot ett funktionellt domstolsbegrepp. Ett bidrag med anledning av den så kallade Förvarsunderrättsedomstolen (del II av II)* (SvJT 3/2016b) s. 191-232. Om rättskipningsbegreppet; se särskilt del I s. 106 ff. Ang. ÄL:s begränsning till domstolsärenden (och distinktionen mot rättegångsmål); se även Lagrådet i NJA II 1947 nr 2:1 s. 94 f., PBL i NJA II 1947 nr 2:1 s. 87 ff., prop. 1995/96:115 s. 68 ff., Fitger, Peter, *Lagen om domstolsärenden – en kommentar* (2004) s. 23 ff., Ekelöf et al. (2016) s. 33, Bladh, Karl-Axel, *Anm. av Fitger, Lagen om domstolsärenden* (SvJT 1/1997) s. 83-85, Heuman, Lars, *Specialprocess: utsökning och konkurs* (2014) s. 110 ff. och Jägenstedt, Caroline, *Rätt till ersättning för rättegångskostnader i ärenden*, i Nilsson, Mattias & Bexelius, Mattias (red.), *Till minnet av Södra Roslags tingsrätt – en minneskrift utgiven av Notarieföreningen vid Södra Roslags tingsrätt* (2007) s. 450-460 (s. 450 f.).

av domstolsärenden brukar hänföras till lagens tillämpningsområde, närmare bestämt (1) ansökningsärenden, i vilka en sökande vanligtvis yrkar att tingsrätten skall besluta på ett visst sätt; (2) anmälningsärenden, i vilka en anmälare riktar tingsrättens uppmärksamhet på att en viss åtgärd bör vidtas; (3) officialprövningsärenden, i vilka tingsrätten agerar ex officio; samt (4) överklagandeärenden, i vilka en klagande hos tingsrätten anför besvär över ett myndighetsbeslut (och som därmed står förvaltningsprocessen särskilt nära). Till detta kommer dock att ärendelagen också bildar grundvalen för vissa specialprocesser, av vilka processen inför mark- och miljödomstolarna särskilt bör framhållas.¹¹⁴⁶

Den nu gällande ärendelagen ersatte lagen (1946:807) om handläggning av domstolsärenden,¹¹⁴⁷ som infördes samtidigt som nya rättegångsbalken inom ramen för 1940-talets stora processreform. Dessförinnan hade någon särskild lag som reglerade handläggningen av domstolsärenden inte funnits, utan dessa handlades enligt reglerna i äldre rättegångsbalken. Med hänsyn till att principerna om omedelbarhet, muntlighet och koncentration infördes med tämligen stor stränghet i den nya balken, uppkom dock ett behov av en särskild reglering för domstolsärendena, för vilka den moderna rättegångsordningen ansågs mindre lämplig.¹¹⁴⁸ Resultatet blev 1946 års ärendelag, som tecknade bilden av ett ”flexibelt förfarande”, där nyssnämnda principer inte gavs något större genomslag – istället lämnades åt varje domare ett diskretionärt utrymme att anpassa handläggningen efter ärendets beskaffenhet.

Äldre ärendelagen innehöll inte några bestämmelser om hur parternas kostnader skulle hanteras, och allmän domstol fick därför i denna fråga falla tillbaka på en allmän regel, enligt vilken ”vad om tvistemål är stadgat” skulle lända till efterrättelse i den mån detta var ”tillämpligt”.¹¹⁴⁹ I förarbetena till denna regel uttalade dock Processlagberedningen, såvitt avsåg rättegångskostnadernas fördelning mellan parterna, att rättegångsbalkens regler därom ”endast i begränsad omfattning [skulle] komma till användning”, främst av det skälet att dessa förutsatte ett partsförhållande.¹¹⁵⁰ Den praxis som utvecklades blev också restriktiv.¹¹⁵¹ Den starka huvudregeln var att kostnaderna kvittades, och endast om det fanns särskilda skäl tillerkändes vinnande part ersättning för sina kostnader med tillämpning av rättegångsbalkens fördelningsregler. Det vägledande avgörandet torde vara NJA 1979 s. 164,¹¹⁵² i vilket Högsta domstolen valde att tillämpa rättegångsbalkens 18 kapitel i ett ärende som avsåg entledigande av god man, med följande motivering:

¹¹⁴⁶ Se lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar (”LOM”) 4 kap. 1 § resp. 5 kap. 1 §.

¹¹⁴⁷ Hädanefter ”ÄÄL”

¹¹⁴⁸ NJA II 1947 nr 2:1 s. 91. Se även prop. 1995/96:115 s. 68 f. och här till Jägenstedt (2007) s. 451 fn. 4 samt Fitger (2004) s. 13, som lämnar en utförlig bakgrundskildring.

¹¹⁴⁹ ÄÄL 11 § och här till Fitger (2004) s. 251 f.

¹¹⁵⁰ NJA II 1947 nr 2:1 s. 92 f., och vidare s. 113.

¹¹⁵¹ Jfr prop. 1995/96:115 s. 117, där det konstateras att det förvisso förekom ärenden i vilka parternas kostnader fördelades enligt reglerna i RB 18 kap., men att dessa ärenden var ”mindre vanliga”. Samma uppfattning hos Fitger (2004) s. 251.

¹¹⁵² Se även NJA 1949 s. 672 (ett dödsbos begäran om ersättning av det allmänna för kostnader i högre rätt lämnades utan avseende trots att dödsboet vann processen där), NJA 1977 s. 495 (reglerna i RB 18 kap. ansågs vara tillämpliga i ett tvistigt ärende mellan två enskilda parter enligt den numera upphävda namnlagen (1963:521)) samt NJA 1984 s. 623 (rättegångsbalkens kostnadsregler ansågs inte vara tillämpliga i ett ärende angående lagfartssammanträde eftersom det inte förelåg något egentligt partsförhållande).

”I förevarande ärende ... förekommer intresse motsättning mellan klagandena och den gode mannen. Detta har föranlett handläggning i tingsrätten enligt samma principer som gäller för tvistemål. Ärendet har medfört förhållandevis mycket arbete för den gode mannen.”

Att ersättning för kostnader skulle utgå i det aktuella ärendet motiverade således Högsta domstolen med hänvisning till tre omständigheter:¹¹⁵³ (1) att det förekom en intresse motsättning mellan parterna i ärendet;¹¹⁵⁴ (2) att ärendet hade handlagts enligt samma principer som gäller för tvistemål; samt (3) att ärendet hade föranlett mycket arbete för den vinnande parten.

Genom nya ärendelagen infördes sedermera en särskild kostnadsregel enligt vilken domstolen, i sådana ärenden där *enskilda är motparter till varandra*, får förplikta den ena parten att ersätta den andra parten dennas kostnader i ärendet (med tillämpning av rättegångsbalkens 18 kapitel).¹¹⁵⁵ Läst motsatsvis får domstolen därmed inte besluta om att ersättning skall utgå om den enskilda parten har en allmän motpart – i sådana ärenden skall kostnaderna, i likhet med förvaltningsmålen, kvittas mellan parterna.

4.8.1 Ärenden med enskild motpart

I ett ärende mellan två enskilda gäller således att tappande part får förpliktigas att ersätta vinnande part dennas kostnader för exempelvis juridiskt biträde i enlighet med rättegångsbalkens regler för tvistemål. Endast den omständigheten att vinnande part har en enskild som motpart är dock inte tillräckligt för att ersättning skall utgå. Med Fitgers ord bör det nämligen, i linje med 1979 års fall, alltså krävas att det i ärendet ”har förekommit en intresse motsättning som föranlett en handläggning i domstolen enligt samma principer som gäller för tvistemål”.¹¹⁵⁶ De kriterier som Högsta domstolen slog fast i 1979 års avgörande tycks också – i enlighet med Fitgers rekommendation – ha fått genomslag i praxis, låt vara att det inte alltid har ansetts nödvändigt att samtliga kriterier är uppfyllda. Det sagda kan illustreras genom några exempel.¹¹⁵⁷

I RH 2004:65 – som avsåg ett skuldsaneringsärende enligt skuldsaneringslagen (1994:334) – förpliktigade HovR:n (med hänvisning till 1979 års fall), en borgenär att ersätta en gäldenärs kostnader i ärendet, med motiveringen att det hade ”före-

¹¹⁵³ Dessa tre omständigheter hade redan dessförinnan tillämpats i praxis; se exv. de i SvJT 1962 ref. 73 refererade hovrättsavgörandet och härtill Jägenstedt (2007) s. 454 fn. 13.

¹¹⁵⁴ Som Jägenstedt (2007) konstaterar (s. 453 fn. 12) kan denna formulering spåras till motiven; jfr PBL:s uttalande i NJA II 1947 nr 2:1 s. 91.

¹¹⁵⁵ ÄL 32 §. I sak innebar införandet av detta stadgande ingen direkt förändring av rättsläget; regeln gavs en fakultativ utformning, vilket enligt förarbetena (prop. 1995/96:115 s. 118) medförde att ”äldre överväganden och avgöranden fortfarande [kan] ha en praktisk betydelse när det gäller frågor om utdömmande av ett kostnadsansvar”. 1979 års avgörande har således inte förlorat sitt prejudikatvärde genom införandet av den nya lagen; se Jägenstedt (2007) s. 453, som konstaterar att de principer som utvecklades vid tillämpningen av ÄÄL ”tycks vara grundläggande även vid tillämpning av den nya ärendelagen”.

¹¹⁵⁶ Fitger (2004) s. 253.

¹¹⁵⁷ Dessa är hämtade från Jägenstedt (2007) s. 454 f.

kommit en intressebetsättning mellan två parter” och att ärendet hade ”handlagts enligt liknande principer som gäller för ett tvistemål”.

I RH 1991:24 – som avsåg särskild förvaltning av egendom enligt äktenskapsbalken – förpliktigade likaså HovR:n (utan hänvisning till 1979 års fall), tappande part att ersätta vinnande part för dennas kostnader i ärendet, med motiveringen att den ”intressebetsättning som förekommit mellan parterna [hade] föranlett en handläggning inför tingsrätten enligt samma principer som gäller för tvistemål”.

I ovanstående två avgöranden fäste således hovrätten avseende vid de första två kriterierna ovan, men förde ingen diskussion kring det sistnämnda, det vill säga att målet föranlett mycket arbete. Vidare kan man konstatera att hovrätten i 2004 års fall förefaller ha sänkt kravet på handläggningens karaktär, från att denna skulle ske enligt ”samma principer” som i tvistemål, till ”liknande principer” som i tvistemål. I andra avgöranden har också hovrätten helt underlåtit att tillämpa detta kriterium, åtminstone uttryckligen:

I RH 1991:55 – som avsåg förordnande av bodelningsförrättare enligt dåvarande sambolagen (1987:232) – tillerkändes sökanden ersättning för sina kostnader, med motiveringen att det förelåg ”intressebetsättning mellan parterna” och att det i ärendet ”förevarit en inte obetydlig skriftväxling”.

Som Jägenstedt konstaterar är det inte helt klart vad som egentligen avses med att det i ärendet ”förevarit en inte obetydlig skriftväxling” – detta kan innebära att målet prövades enligt samma (eller åtminstone liknande) principer som i tvistemål, men också att ärendet föranledde mycket arbete för vinnande part.¹¹⁵⁸ Sammanfattningsvis kan man kanske konstatera att kravet på att det i målet skall föreligga en intressebetsättning mellan parterna är det grundläggande, och till detta kommer att denna motsättning på något vis skall påverka målets handläggning i kontradiktorisk riktning.¹¹⁵⁹

4.8.2 Ärenden med allmän motpart

Vid sidan av de ärenden vari två enskilda står mot varandra förekommer ett stort antal ärenden där en enskild har en allmän motpart, exempelvis efter överklagande av en myndighets beslut. I dessa ärenden följer av ärendelagens 32 § att *kostnadsersättning inte kan utgå*. Läst motsatsvis innebär alltså ärendelagens utformning att parternas biträdeskostnader alltid skall kvittas i ärenden mellan å ena sidan en enskild och å

¹¹⁵⁸ Jägenstedt (2007) s. 455.

¹¹⁵⁹ Detta var också vad PLB framhöll som det särskiljande draget mellan ärenden och rättegångsmål: ”I ett stort antal ärenden föreligger ej, såsom i rättegångsmålen, förutsättningar för en kontradiktorisk förhandling, då i dessa ärenden något partsförhållande ej är för handen. I andra ärenden åter förekommer en viss, mer eller mindre skarp, intressebetsättning.” Fullföljer man detta resonemang finns det förutsättningar för en kontradiktorisk förhandling i de mål det finns just en intressebetsättning. Se NJA II 1947 nr 2:1 s. 87 ff. (särskilt s. 91) och härtill Jägenstedt (2007) s. 456.

andra sidan det allmänna.¹¹⁶⁰ När förvaltningsbeslut – till synes av ren slump – prövas av allmän domstol såsom ett domstolsärende, sker det således efter förvaltningsprocessens kvittningsprincip. Åtminstone enligt lagtextens ordalydelse.

I förarbetena till nya ärendelagen uttalades att samtliga remissinstanser lämnat förslaget om kostnadsersättning i ärenden med enskild motpart utan erinran. En rad remissinstanser – däribland Svea hovrätt, Stockholms tingsrätt och Advokatsamfundet – kritiserade dock att den nya lagen inte möjliggjorde för en enskild att också få ersättning för sina kostnader i sådana ärenden där det allmänna stod som motpart – åtminstone när det allmänna överklagat och sedan förlorat.¹¹⁶¹ Regeringen noterade kritiken, men motsatte sig införandet av dylika ersättningsregler med följande motivering:

”Frågan om en enskild part bör ha rätt att få ersättning för sina rättegångskostnader av det allmänna, när han har en myndighet som motpart och vinner framgång i processen, har en ojämförligt större betydelse för förvaltningsdomstolarnas mål än för domstolsärendena. Mycket talar för att *svaret på frågan bör vara detsamma* för de berörda målen och ärendena. Ett ställningstagande till frågan bör därför inte ske isolerat för domstolsärendenas del utan *får övervägas i annat sammanhang*. [...] I den nya ärendelagen bör därför *tills vidare* endast behandlas den situationen att två enskilda parter står mot varandra. Därmed kommer rättegångskostnader inte att kunna dömas ut i ett mål mellan en allmän part och en enskild annat än om det för en viss ärendetyp finns särskilda regler. [...] Exempel på särbestämmelser ger lagen (1989:479) om ersättning för kostnader i ärenden och mål om skatt, m.m. såvitt gäller arvsskatteärenden. Till detta kommer reglerna om statens stöd vid allmän rättshjälp och reglerna i 3 kap. skadeståndslagen (1972:207) om det allmännas skadeståndsansvar.”¹¹⁶²

Med hänvisning till att den enskilda inte kan få sina kostnader ersatta i förvaltningsdomstol motsatte sig alltså regeringen – i konsekvensens namn – att en enskild part skulle kunna få sådan ersättning i ärenden med en allmän motpart i allmän domstol. Frågan fick övervägas i ett annat sammanhang, och ”tills vidare” exkluderades dessa ärenden från den nya kostnadsregelns omfattning. Idag, drygt två decennier senare, är rättsläget alltjämt oförändrat – åtminstone på ytan. Genom Högsta domstolens avgörande NJA 2015 s. 374 hände dock någonting intressant, enligt vad jag nu skall diskutera.

¹¹⁶⁰ Detta dock under förutsättning att tillämplig materiellrättslig lagstiftning inte har särskilda kostnadsregler enligt vilka ersättning kan utgå. Ett exempel på sådana regler diskuteras i avsnitt 4.9.2 nedan.

¹¹⁶¹ Prop. 1995/96:115 s. 117.

¹¹⁶² Prop. 1995/96:115 s. 118 f.

4.9 Fördelningsreglerna och den rättvisa rättegången

Som jag antydde redan i det inledande kapitlet till denna avhandling, och sedan utvecklade något i kapitel 2, finns det ett nära samband mellan biträdeskostnadernas hantering och kravet på AtC i vid mening – inbegripet rätten till en både effektiv och rättvis domstolsprövning. Till detta tema får vi anledning att återkomma i avhandlingens kapitel 6, då jag skall närma mig kostnadsfrågan från ett EKMR-perspektiv. Dessförinnan skall jag dock, i detta avsnitt, diskutera viss inhemsk praxis. Närmare bestämt vill jag uppmärksamma två nyligen meddelade avgöranden från Högsta domstolen, med den gemensamma nämnanen att kostnadsersättning har dömts ut utan lagstöd/i strid med tydliga förarbetsuttalanden, med hänvisning till just kravet på rättvis rättegång.

4.9.1 NJA 2015 s. 374

I det första avgörandet, NJA 2015 s. 374,¹¹⁶³ var omständigheterna i korthet följande:

Till betalning av A:s skulder till SKV utmätte KFM lös egendom i makarna A:s och B:s bostad. Makarna överklagade KFM:s beslut, med yrkande i första hand att TR:n skulle häva utmättningsbesluten och i andra hand förelägga B att väcka talan om bättre rätt till den utmätta egendomen.¹¹⁶⁴ Makarna yrkade även ersättning för rättegångskostnader med nästan 200 000 kr. Inför TR:n medgav SKV att utmätningarna hävdades men bestred yrkandet om ersättning för rättegångskostnader på den grunden att staten enligt ärendelagen inte kan förpliktas att betala motpartens rättegångskostnader. TR:n hävde utmätningen men ogillade kostnadsyrkandet, och efter överklagan blev utgången i HovR:n densamma i kostnadsdelen. HD beslutade dock – i plenum¹¹⁶⁵ – att tillerkänna makarna¹¹⁶⁶ ersättning för sina kostnader med hänvisning till att deras rätt till en rättvis rättegång annars skulle kränkas.

I sitt avgörande hänvisade Högsta domstolen inledningsvis till vad justitierådet Gregow hade anfört i ett särskilt tillägg till NJA 2000 s. 109. I detta tillägg hade Gregow noterat att det i överklagade utmättningsärenden förelåg en ”sakligt omotiverad” samt ”inkonsekvent och otillfredsställande” ordning, som innebar att ersättning för rättegångskostnader inte kunde dömas ut då anspråket avsåg exempelvis skatter eller böter (allmän motpart), men däremot när det är fråga om privaträttsliga

¹¹⁶³ Avgörandet har bl.a. kommenterats av Eka, Anders, *Svensk Juristtidning och statsrätten* (SvJT Festskrift/2016) s. 353-384 (s. 366 och 370), Sunnqvist, Martin, *Kronofogdekostnader i nytt förenklat tvistemål* (SvJT 1/2016) s. 62-67 (s. 67), Crafoord, Clarence, *HD ger enskilda nya möjligheter att anlita advokat för att försvara sin egendom mot staten*, *Dagens Juridik* (2015-12-1) samt av Bylander (SvJT 5/2017) s. 391 ff. Se även Larsson, Ylva & Mogrell, Nils-Bertil, *Skatteverket som borgenär* (2016) s. 89 och 93.

¹¹⁶⁴ Enligt utskökningsbalken (1981:774) (”UB”) 18 kap. 1 § får KFM:s beslut överklagas hos TR, varvid ÄL äger tillämpning i utskökningsmålet.

¹¹⁶⁵ Sju JustR var skiljaktiga beträffande motiveringen.

¹¹⁶⁶ Vid prövningen i HD fördes talan av den ena maken och den andra makens dödsbo.

fordringar (enskild motpart). Att ärendelagens distinktion mellan allmänna och enskilda motparter gav upphov till otillfredsställande resultat hade således redan tidigare uppmärksammats av enskilda justitieråd.¹¹⁶⁷ I anslutning härtill anförde domstolen i det aktuella målet, under rubriken ”rättsläget bör ändras”, att det enligt gällande rätt

”... inte finns förutsättningar att med stöd av 32 § ärendelagen döma ut rättegångskostnader i ett mål om utmätning, när utmätningen sker för skatter eller liknande. Om utmätningen hävs kan den enskilde därför inte få ersättning enligt 32 § för sina rättegångskostnader – exempelvis för juridiskt biträde – ens om kostnaden framstår som skälig och är motiverad för att den enskilde ska kunna tillvarata sin rätt. Skälet till detta är att staten vid utmätning för sådana fordringar inte är att ses som en enskild part.”

Enligt Högsta domstolen var dock en ändrad tolkning av ärendelagens 32 § ”svår att förena med bestämmelsens ordalydelse” (eftersom lagregeln uttryckligen föreskriver ett kostnadsansvar bara i ärenden där ”enskilda är motparter till varandra”). Det ansågs också inge

”... betänkligheter att nu ge uttrycket en väsentligt annan innebörd än tidigare. I realiteten skulle dessutom en omtolkning av 32 § innebära att det tidigare ömsesidiga ansvaret för rättegångskostnader, som då följde direkt av lag, nu återinfördes genom rättstillämpningen. I vissa situationer skulle detta vara till nackdel för den enskilde. En enskild som förlorar ett utmätningsmål vid domstol skulle sålunda med en ändrad tolkning av 32 § kunna förpliktas att betala ersättning för statens rättegångskostnader, när utmätningen avser skatter eller liknande. En sådan ändring av rättsläget bör inte göras genom rättstillämpningen.”¹¹⁶⁸

Att frågå/omtolka lagtextens ordalydelse på ett sådant sätt att båda parterna underkastades ett kostnadsansvar ansåg alltså Högsta domstolen vara för långtgående. Istället valde domstolen att introducera ett ensidigt/skevt kostnadsansvar till förmån för den enskilda parten, med följande motivering:

”Om den enskilde saknar rätt till ersättning för sina rättegångskostnader i utmätningmålet, kan det emellertid leda till begränsningar av den enskildes möjlighet att anlita ombud. I mer komplicerade eller omfattande utmätningsmål kan den enskilde då hamna i underläge mot staten. [...] Detta väcker frågan om domstolarnas handläggning av utmätningsmål kan genomföras rättvist utan att den enskilde ges möjlighet att få sina rättegångskostnader ersatta.”

¹¹⁶⁷ Gregow gick så långt som att förespråka lagändringar, under anförande av att det framstod ”som angeläget att det införs möjlighet att utdöma ersättning för kostnader även när utmätningssfordringen utgörs av skatter, böter och andra liknande anspråk”. Se även NJA 2012 s. 896.

¹¹⁶⁸ Enligt äldre rätt gällde RB 18 kap. i utmätningsmål, med ett ömsesidigt kostnadsansvar för båda parter.

Med hänvisning till Europadomstolens praxis konstaterade Högsta domstolen (1) att det i vissa fall kan strida mot rätten till en rättvis rättegång enligt Europakonventionens artikel 6.1 att vägra en enskild som vinner ett mål mot staten ersättning för sina rättegångskostnader;¹¹⁶⁹ samt (2) att rätten till en rättvis rättegång enligt regeringsformen 2 kap. 11 § har utformats efter mönster av Europakonventionen.¹¹⁷⁰ Följaktligen fick grundlagen anses innefatta de ”grundläggande principer” som kommer till uttryck i konventionen, däribland principen om processuell balans (”att parterna ska vara likställda i processen”). Mot denna bakgrund fann Högsta domstolen att det vore oförenligt med *rätten till en rättvis rättegång enligt regeringsformen* att inte döma ut ersättning för kostnader i det aktuella målet,¹¹⁷¹ dock med följande kvalificering:

”Med hänsyn till det sagda måste av bestämmelsen i 2 kap. 11 § RF anses följa att en enskild som vinner ett överklagat utmättningsmål har rätt att under vissa förutsättningar få ersättning av staten för rättegångskostnader även när utmätningen sker för skattefordringar eller liknande. I rättstillämpningen bör krävas, för att den enskilde ska ha rätt till ersättning, att kostnaderna har varit befogade med hänsyn till sakens beskaffenhet. Vid bedömningen ska det vägas in att handläggningen enligt ärendelagen är förenklad.”¹¹⁷²

Vi befinner oss således i en situation där Högsta domstolen, under åberopande av rätten till en rättvis rättegång, har underkänt ärendelagens kvittningsregel i sådana utsökningsmål där en enskild har en allmän motpart, vilket manar till rejäl eftertanke. Än så länge har lagen inte ändrats, men Utsökningsutredningen har i sitt betänkande *Ett modernare utmättningsförfarande* (SOU 2016:81) föreslagit lagändringar. Under rubriken ”Möjligheten för enskild part att få rättegångskostnader ersatta när staten är motpart bör lagfästas”, anför utredningen följande:

”Den princip som HD fastställt i rättsfallet NJA 2015 s. 374 om möjligheten att få ersättning för rättegångskostnader i utmättningsmål när staten är motpart grundar sig på bestämmelser i svensk grundlag och Europakonventionen. Den nu gällande regleringen i 32 § ärendelagen som begränsar möjligheten att få rättegångskostnader ersatta till fall då enskilda är motparter till varandra strider således mot de nu nämnda

¹¹⁶⁹ HD hänvisade här till fallet *Stankiewicz v. Poland* (app. no. 46917/99). Detta avgörande diskuterar jag närmare i kap. 6 nedan.

¹¹⁷⁰ Jfr prop. 2009/10:80 s. 156 ff., SOU 2008:125 del 1 s. 424 ff. samt härtill exv. Bylander (SvJT 5/2017) s. 376 ff., särskilt s. 348 f.

¹¹⁷¹ Som jag kommer att utveckla närmare i kap. 6 nedan har det stor betydelse att HD härledde rätten till ersättning ur RF istället för EKMR. Rätten till en rättvis rättegång enligt RF gäller nämligen *alla rättegångar* – inte bara vid prövningen av civila rättigheter/skyldigheter resp. brottsanklagelser såsom EKMR art. 6. Följaktligen kunde HD hänvisa till denna rättighet även i ett överklagat utmättningsärende avseende skatteskulder. HD anförde: ”Grundlagsbestämmelsen har alltså ett vidare tillämpningsområde genom att den gäller alla rättegångar i domstol. Regeringsformens krav på en rättvis rättegång får därför anses gälla en domstols handläggning av överklagade mål om utmätning, som har flera inslag av rättskipning.” Jfr även Bylanders ingång i temat ”rättvis rättegång” i Bylander (SvJT 5/2017) s. 370: ”Här behandlas främst de möjligheter bestämmelsen har öppnat att göra gällande en rätt till en rättvis rättegång genomförd inom skälig tid – motsvarande Europakonventionens krav – även i fall då prövningen avser annat än civila rättigheter eller skyldigheter eller anklagelser om brott, så att konventionen inte är direkt tillämplig.”

¹¹⁷² Applicerat på omständigheterna i det aktuella målet konstaterade HD att detta hade krävt en ”omfattande bevisning” samt avsett ”en stor mängd egendom som sammantaget hade ett högt värde”. Det var därför befogat av de enskilda parterna att anlita ombud för att bevaka sin rätt i målet.

bestämmelserna och den princip som fastställts av HD. Ärendelagens 32 § bör därför ändras.”¹¹⁷³

Utredningen valde dock att inte själv lägga fram något författningsförslag, eftersom problematiken inte ansågs begränsad till utmätningssmål, utan kunde uppkomma i alla mål/ärenden som faller under ärendelagens 32 § i vilka den enskilda parten har en allmän motpart. Därför menade utredningen att frågan borde ”utredas i särskild ordning”.¹¹⁷⁴ Enligt min uppfattning har dock avgörandet ännu vidare implikationer än så, eftersom de av Högsta domstolen anförda argumenten för kostnadsersättning också torde vara applicerbara på förvaltningsmålen generellt.¹¹⁷⁵ Av senare praxis från Högsta domstolen framgår det i vart fall att den ”princip”, som enligt Utsökningsutredningen fastställdes i NJA 2015 s. 374, inte är begränsad till utmätningssmål eller ens till ärendelagens kostnadsregel.

4.9.2 Mål nummer T 3957-15

Det andra avgörandet som jag vill diskutera är mål nummer T 3957-15, där Högsta domstolen hade att ta ställning till biträdeskostnader som uppkommit vid mark- och miljödomstol. Detta avgörande kan betraktas som en vidareutveckling av den ”princip” som domstolen introducerade i NJA 2015 s. 374, och är såtillvida av stort intresse – inte minst eftersom det avsåg såväl en annan måltyp som en annan kostnadsregel, närmare bestämt ett fastighetsbildningsmål enligt fastighetsbildningslagen (1970:988).¹¹⁷⁶ Omständigheterna var i korthet följande:

Efter ansökan från A fattade lantmäterimyndigheten beslut om fastighetsreglering. Med hänvisning till strandskyddet överklagade dock både LST och en kommunal nämnd beslutet till MMD:n. Domstolen avlog överklagandena och förpliktigade staten att ersätta A:s ombudskostnader med drygt 70 000 kr.¹¹⁷⁷ LST anförde på nytt besvär, varvid MÖD – som meddelade prövningstillstånd enbart avseende kostnaderna – avlog A:s yrkande om ersättning inför både MMD och MÖD.¹¹⁷⁸ A överklagade i sin tur till HD, och vidhöll där sitt yrkande om att staten skulle förpliktigas att ersätta hans rättegångskostnader.

För rättegången i fastighetsbildningsmål finns processuella bestämmelser utspridda i både fastighetsbildningslagen och lagen om mark- och miljödomstolar.¹¹⁷⁹ Enligt den sistnämnda lagen skall mark- och miljödomstolarna tillämpa ärendelagen som

¹¹⁷³ SOU 2016:81 s. 628 f.

¹¹⁷⁴ SOU 2016:81 s. 629.

¹¹⁷⁵ Jfr vad som anføres i fn. 1171 ovan, dvs. att RF 2 kap. 11 § omfattar alla rättegångar, således även förvaltningsmål som faller utanför EKMR art. 6. Jfr även Bylander (SvJT 5/2017) s. 372 f., som ger ett antal exempel på sådana mål i och vid fn. 12-16 samt mer utvecklat kring vad som avses med ”rättegång” på s. 389 ff.

¹¹⁷⁶ Fortsättningsvis ”FBL”.

¹¹⁷⁷ Mål nr F 2757-14.

¹¹⁷⁸ Mål nr F 1363-15.

¹¹⁷⁹ Se FBL 15 kap. 1 §, som anger att beslut får överklagas hos MMD, och 16 kap. som innehåller bestämmelser om förfarandet i dessa domstolar, samt härtill LOM 5 kap., som reglerar handläggningen av mål som har överklagats till MMD.

processlag i sådana mål som – liksom det förevarande – anhängiggörs genom överklagan. Det sagda gäller dock inte ärendelagens bestämmelser om rättegångskostnader,¹¹⁸⁰ det vill säga den reglering som var föremål för prövning i NJA 2015 s. 374. För fastighetsbildningsmålen finns istället särskilda kostnadsregler i fastighetsbildningslagen, enligt vilka mark- och miljödomstol får besluta att en sakägare som förlorar målet skall ersätta annan sakägare dennas rättegångskostnad *efter vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna*.¹¹⁸¹ Om en enskild såsom sakägare processar mot stat/kommun såsom företrädare för ett allmänt intresse,¹¹⁸² gäller dock en betydligt mer restriktiv regel; domstolen kan i sådana mål tillerkänna sakägaren ersättning för sina rättegångskostnader *endast om det föreligger synnerliga skäl*.¹¹⁸³ Den enskilda parten kan dock inte förpliktigas att ersätta det allmännas kostnader – regeln är ensidig och verkar som sådan till den enskilda sakägarens fördel. Kring tillämpningen av detta stadgande – särskilt kravet på synnerliga skäl – handlade mål nummer T 3957-15. Låt oss dock ta avstamp i de ursprungliga förarbetena till den aktuella kostnadsregeln, där departementschefen förde ett utförligt resonemang kring kostnadsfördelningen mellan parterna som alltjämt är av intresse.¹¹⁸⁴

Vad först avser den enskildas eventuella kostnadsansvar mot det allmänna förklarade departementschefen, att det

”... från rättssäkerhetssynpunkt är värdefullt att en enskild part kan föra talan mot det allmännas företrädare utan att behöva riskera att få betala rättegångskostnader. Härigenom kan man undvika rättsförluster till följd av att den enskilda avstår från att fullfölja talan mot ett avgörande som han anser oriktigt eller att på annat sätt hävda sina berättigade intressen gentemot det allmännas representanter.”¹¹⁸⁵

Att den enskilda parten inte underkastades ett kostnadsansvar mot det allmänna motiverades som synes med hänvisning till den processavskräckande effekten, vilket vi känner igen från många andra måltyper.

Vad sedan avser den enskilda partens möjligheter att – vid en motsatt utgång – få ersättning för sina kostnader av det allmänna knöt departementschefen an till de traditionella utgångspunkterna inom förvaltningsprocessen. Det kunde således ”inte komma ifråga” att låta det allmänna ansvara för den enskildas kostnader på samma sätt som en enskild motpart, eftersom det tydligen var att betrakta som en ”medborgerlig skyldighet” att medverka inte bara i förvaltningsförfarandet, utan också i en eventuell domstolsprocess (inför dåvarande bostadsdomstolen) utan någon rätt till ersättning

¹¹⁸⁰ LOM 5 kap. 1 § och härtil prop. 2009/10:215 s. 168, där regeringen konstaterade att det saknades ”skäl att i nu aktuella mål tillämpa 32 § ärendelagen om ansvar för processkostnader när två enskilda parter står mot varandra”.

¹¹⁸¹ FBL 16 kap. 14 § 1 st. Bestämmelsen behandlas bl.a. i Lantmäteriet, *Handbok FBL* (2017) s. 943 ff.

¹¹⁸² Dvs. inte när stat/kommun uppträder som sakägare; jfr prop. 1991/92:127 s. 88.

¹¹⁸³ FBL 16 kap. 14 § 4 st. Se även 16 kap. 14 a §, som reglerar rättegångskostnadernas fördelning i sådana mål där en enskild har överklagat lantmäterimyndighetens debitering av förrättningskostnader. I en sådan situation kan också kostnadsersättning dömas ut vid synnerliga skäl; se prop. 2003/04:115 s. 27 ff.

¹¹⁸⁴ Senare lagstiftningsärenden har inte inneburit annat än redaktionella/språkliga ändringar av paragrafen; se t.ex. prop. 1991/92:127 s. 189 och prop. 2009/10:215 s. 239. Äldre förarbeten är därför alltjämt vägledande.

¹¹⁸⁵ Prop. 1969:128 s. 921.

för kostnader.¹¹⁸⁶ I ”vissa särskilda situationer” ansåg dock departementschefen att det allmänna skulle kunna åläggas ersättningskyldighet som tappande part. Beträffande dessa situationer ställdes det upp som en ”grundförutsättning” att den enskilda åsamkats kostnader som föll utanför ramen för vad ”man normalt kan begära att en sådan part själv svarar för”, exempelvis kostnader för juridiskt biträde, under förutsättning att dessa varit nödvändiga för tillvaratagandet av partens rätt och inte kunde betraktas som självförvållade. Att denna grundförutsättning var uppfylld ansågs dock inte tillräckligt:

”Det måste *dessutom av någon speciell anledning framstå som oskäligt* att kostnaderna bärs av den enskilde parten. En situation då ersättning bör kunna komma ifråga är den som föreligger när det allmännas representant fullföljt talan utan att ha objektivt godtagbara skäl härför eller när han på annat sätt gjort sig skyldig till oaktsamhet vid förandet av processen. Ett annat fall då det synes befogat att ersättning utgår är när ett mål fullföljs ända upp i högsta instans för att klarhet skall vinnas om innebörden av gällande rätt.”¹¹⁸⁷

Kravet på synnerliga skäl, liksom den restriktivitet som departementschefen använde i förarbetena, fick tydligt genomslag i praxis. I det här diskuterade avgörandet anförde exempelvis Mark- och miljööverdomstolen, i sin till Högsta domstolen överklagade dom, att kravet på synnerliga skäl innebär ”ett högt ställt krav för att frångå huvudregeln om att ersättning inte ska utgå”.¹¹⁸⁸ Eftersom varken Länsstyrelsen eller den kommunala nämnden hade överklagat lantmäterimyndighetens beslut för att få en viss rättslig fråga prövad, och det inte heller i övrigt – på grund av några ”speciella anledningar” – framstod som oskäligt att låta den enskilda parten bära sin egen kostnad, kvittades dessa. Högsta domstolen menade dock att det fanns skäl att nu frångå förarbetena och därigenom ge bestämmelsen en något generösare innebörd än tidigare.

För att motivera sin ståndpunkt tog Högsta domstolen, liksom i NJA 2015 s. 374, avstamp i rätten till en rättvis rättegång, särskilt principen om processuell balans (”att parterna är likställda i processen”). Högsta domstolen konstaterade därvid (1) att det enligt Europadomstolens praxis kan strida mot Europakonventionen om en enskild som vinner ett mål mot staten inte har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader; samt (2) att det enligt domstolens egen praxis kan strida mot regeringsformen om en enskild som vinner ett utmätningssak mot staten inte har rätt till ersättning för

¹¹⁸⁶ Samma uppfattning i Lantmäteriets handbok (2017) s. 943, där det konstateras att det åligger ”den enskilde parten som en allmän medborgerlig skyldighet att medverka i mål vid MMD mellan enskild part och företrädare för ett allmänt intresse utan rätt till ersättning för de olägenheter och kostnader som kan vara förknippade med detta”.

¹¹⁸⁷ Prop. 1969:128 s. 921.

¹¹⁸⁸ Med följande motivering: ”Huvudregeln är alltså att det inte finns någon rätt till ersättning. Enligt lagförarbetena har det ansetts vara en medborgerlig skyldighet för sakägare att medverka i fastighetsbildningsförfarandet utan rätt till ersättning för de olägenheter och kostnader som kan uppstå. En av förutsättningarna för att en avvikelser från huvudregeln ska kunna ske är att det av någon speciell anledning måste framstå som oskäligt att kostnaderna bärs av sakägaren. En situation då ersättning bör kunna komma i fråga är enligt förarbetena när ett mål fullföljs ända upp i högsta instans för att klarhet ska vinnas om innebörden av gällande rätt.” Se även NJA 1979 s. 433 (synnerliga skäl), RH 2006:1 (synnerliga skäl), MÖD F 4949-11 (synnerliga skäl) samt MÖD F 5658-15 (ej synnerliga skäl).

sina rättegångskostnader. Beträffande kostnadsreglerna i fastighetsbildningslagen konstaterade domstolen därefter, att det däri uppställs

”... ett krav på synnerliga skäl för att en enskild som vinner ett mål mot företrädare för allmänt intresse ska få ersättning för rättegångskostnader. Enligt förarbetena rör det sig om fall då det av någon speciell anledning framstår som oskäligt om kostnaderna bärs av den enskilde, och det anges vissa situationer då ersättning bör kunna utgå. Det måste emellertid beaktas att lagstiftningen är närmare 50 år gammal och inte kan anses spegla det synsätt som har vuxit fram, bl.a. under inflytande av regeringsformen och Europakonventionen.”

Enligt Högsta domstolen borde den aktuella bestämmelsen

”... trots den restriktiva ordalydelsen, kunna tolkas så att även målets juridiska eller tekniska komplexitet och stora betydelse för den enskilde kan utgöra skäl för att tillerkänna en enskild som vinner ett fastighetsbildningsmål mot företrädare för allmänt intresse ersättning för rättegångskostnader. En grundläggande förutsättning är emellertid att kostnaderna är nödvändiga för att den enskilde ska kunna tillvarata sin rätt.”

Applicerat på omständigheterna i det aktuella målet fann Högsta domstolen att detta var av stor betydelse för A (med beaktande av fastighetens värde), liksom att det hade aktualiserat frågor av juridisk komplexitet. Följaktligen hade det varit befogat av A att anlita biträde.

Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera att Högsta domstolen, med hänvisning till rätten till en rättvis rättegång enligt regeringsformen (främst principen om processuell balans):

1. Har förpliktigt det allmänna att ersätta en enskild parts biträdeskostnader *utan stöd i/i strid med den tillämpliga kostnadsregeln*, enligt vilken en domstol överhuvudtaget inte får besluta om sådan ersättning när den enskilda har en allmän motpart.¹¹⁸⁹
2. Har förpliktigt det allmänna att ersätta en enskild parts biträdeskostnader *utan stöd i/i strid med tydliga uttalanden i förarbetena till den tillämpliga kostnadsregeln*, enligt vilken en domstol visserligen får besluta om sådan ersättning i ett mål där en enskild processar mot en företrädare för ett allmänt intresse, men endast vid synnerliga skäl (vilket enligt förarbetena inte föreligger endast därför att det har varit nödvändigt att anlita biträde för tillvaratagandet av partens rätt).¹¹⁹⁰

I jämförelse med denna praxis från Högsta domstolen – som jag helt ställer mig bakom – har Högsta förvaltningsdomstolen intagit en avsevärd mer ”försiktig” linje, vilket skall illustreras genom ett sista avgörande.

¹¹⁸⁹ NJA 2015 s. 374 resp. ÄL 32 §.

¹¹⁹⁰ Mål nr T 3957-15 resp. FBL 16 kap. och därtill prop. 1969:128 s. 921.

4.9.3 RÅ 2006 ref. 89

Inte i något (för mig känt) avgörande har Högsta förvaltningsdomstolen, på motsvarande sätt som Högsta domstolen, tillerkänt en enskild part ersättning för sina kostnader utan stöd i lag, varken med hänvisning till Europakonventionen eller till regeringsformen. I avgörandet RÅ 2006 ref. 89 var dock justitierådet Lundin skiljaktig i denna fråga. Omständigheterna var i korthet följande:

FI beslutade med stöd av lagen (2000:1087) om anmälningsskyldighet för vissa innehav av finansiella instrument ("AnmL") att påföra A en särskild avgift om drygt 250 000 kr för underlåtenhet att inom föreskriven tid anmäla ändring i sitt aktieinnehav. A överklagade beslutet och yrkade i första hand att LR:n skulle undanröja beslutet och i andra hand att avgiften skulle efterges helt alternativt sättas ned. Vid bifall till sin talan yrkade A dessutom ersättning för sina rättegångskostnader. Till stöd för sin talan anförde A bl.a. att påförandet av den särskilda avgiften var att betrakta som en brottsanklagelse i EKMR:s mening, även om den reglerades i AnmL och därmed inte klassificerades som straff enligt svensk rätt. LR:n biföll överklagandet i sak, genom att helt undanröja den påförda avgiften, men tillerkände inte A ersättning för sina rättegångskostnader. Efter att FI överklagat till KamR:n blev utgången i sak den motsatta – den särskilda avgiften fastställdes i sin helhet. A överklagade i sin tur till RegR, som – med hänvisning till RÅ 2004 ref. 17 – konstaterade att den aktuella avgiften innefattade en anklagelse för brott i den mening som avses i EKMR art. 6, och att denna artikel därmed var "tillämplig på förfarandet". Mot denna bakgrund beslutade RegR, efter en "nyanserad bedömning", att jämka avgiften till hälften.

A:s kostnadsyrkande avslogs dock i sin helhet, och detta med en motivering som inte är längre än en mening:

Slut: "Regeringsrätten avslår yrkandet om ersättning för rättegångskostnader."

Skäl: "[A:s] yrkande om ersättning för rättegångskostnader kan inte vinna bifall."

Högsta förvaltningsdomstolen anförde alltså, kort och gott, att A:s yrkande om ersättning för rättegångskostnader *inte kunde vinna bifall*, och detta utan att i kostnadsdelen ens förhålla sig till Europakonventionens art. 6, trots att domstolen tidigare konstaterat att denna artikel var "tillämplig på förfarandet". Som framgått ovan var dock Lundin skiljaktig beträffande kostnadsyrkandet, och anförande följande:

"Regeringsrätten har slagit fast att ett mål om avgift för underlåtenhet att anmäla ändrat aktieinnehav innefattar en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen.¹¹⁹¹ [A:s] yrkande om ersättning för sina rättegångskostnader skall bedömas med utgångspunkt i detta synsätt. Vid en utgång i målet som innebär helt eller delvis bifall till hans överklagande bör han därför i analogi med reglerna i 31 kap. rättegångsbalken tillerkännas ersättning för sina kostnader med ett skäligt belopp."

¹¹⁹¹ Här hänvisade Lundin, i likhet med majoriteten, till RÅ 2004 ref. 17.

Om vi här bara tar för givet att den typ av avgift som målet avsåg skall betraktas som en brottsanklagelse i Europakonventionens mening, vilket Högsta förvaltningsdomstolen fann i det refererade avgörandet RÅ 2004 ref. 17, vill jag ansluta mig till Lundins inställning, snarare än till majoritetens, men med följande utveckling:

Det är naturligtvis korrekt att A:s yrkande om ersättning för biträdeskostnader ”inte kunde vinna bifall” med tillämpning av förvaltningsprocesslagen, och inte heller fanns det några särskilda kostnadsregler i anmänningslagen. Av Högsta domstolens praxis framgår dock att avsaknaden av lagstöd inte utgör något hinder mot att tillerkänna en enskild part ersättning för sina kostnader i en tvist med det allmänna, om detta är nödvändigt för att tillgodose rätten till en rättvis rättegång enligt Europakonventionen och/eller regeringsformen.¹¹⁹² Att Högsta förvaltningsdomstolen anser sig vara förhindrad att döma ut ersättning för kostnader i en viss måltyp framstår således som inkonsekvent i relation till Högsta domstolens praxis. Jag finner också majoritetens inställning svårförenlig med att samma domstol i samma avgörande (och med hänvisning till tidigare avgöranden) konstaterade att den ifrågasvarande avgiften var att betrakta som en anklagelse om brott i Europakonventionens mening, eftersom ett sådant konstaterande medför att målet *skall prövas enligt den standard som följer av Europakonventionens artikel 6*. Eller med domstolens egna ord i RÅ 2004 ref. 17:

”Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2000 ref. 66 (I) slagit fast att fråga om påförande av skattetillägg – trots att detta i det svenska rättssystemet inte betraktas som ett straff utan som en administrativ sanktionsavgift – innefattar en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen, *varför de i artikeln angivna rättssäkerhetsgarantierna måste respekteras vid förfarandet för bestämmande av sådan påföljd*. Den nu aktuella avgiften för underlåtenhet att anmäla ändrat aktieinnehav företer sådana karakteristika att *detsamma enligt Regeringsrättens mening bör gälla vid uttagande av denna avgift*.”

Att de i artikel 6 ”angivna rättssäkerhetsgarantierna måste respekteras” i sådana förvaltningsmål som innefattar en anklagelse för brott i konventionens mening – exempelvis i vissa mål avseende administrativa avgifter – är jag till och med beredd att tillskriva mer långtgående implikationer än dem som Lundin gav uttryck för i sin skiljaktiga mening. Den kanske mest centrala rättssäkerhetsgarantin som tillerkänns människor som anklagas för brott är nämligen rätten att i vissa fall förordnas en offentlig försvarare, vilket är någonting helt annat, och mer långtgående, än att tillerkännas kostnadsersättning vid friande dom (i linje med Lundins skiljaktiga mening). Vill man dra Lundins resonemang till sin spets kan man därmed påstå att det i första hand är reglerna om offentlig försvarare i rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § som förvaltningsdomstolarna har att tillämpa analogt i mål som avser brottsanklagelser – inte fördelningsreglerna i balkens 31 kapitel. Denna fråga ställdes dock inte

¹¹⁹² Se även NJA 2005 s. 462 (där HD förpliktigade det allmänna att utge skadestånd utan stöd i lag vid kränkning av EKMR), samt NJA 2014 s. 323 (där HD förpliktigade det allmänna att utge skadestånd utan stöd i lag vid kränkning av RF).

på sin spets i det aktuella rättsfallet, eftersom den enskilda parten endast yrkade ersättning för sina kostnader vid bifall till sitt överklagande. Jag kommer därför att återknytta till den nu antydda problematiken i avhandlingens kapitel 6, det vill säga efter att vi har diskuterat den offentliga finansieringen av biträdeskostnader (kapitel 5), innefattande bland annat systemen med offentlig försvarare respektive biträden. Dessförinnan skall jag dock, i nästa avsnitt, sammanfatta vad vi har kommit fram till beträffande biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna.

4.10 Sammanfattning och slutsatser

Som har framgått av ovanstående inventering/systematisering av de olika kostnadsreglerna kan en rad argument anföras till stöd för principen om full kostnadstäckning (till vinnande parts fördel/tappande parts nackdel) respektive kvittningsprincipen (till tappande parts fördel/vinnande parts nackdel). I följande underavsnitt skall jag sammanfatta dessa argument under skilda rubriker, vilket förhoppningsvis kan möjliggöra en mer nyanserad diskussion kring biträdeskostnadernas fördelning parterna emellan än den som genomsyrar de svenska förarbetena.

4.10.1 Skälen för full kostnadstäckning

I både tvistemål och brottmål anses det vara en grundläggande princip att en enskild part, som har vunnit en domstolsprocess, skall få sina processkostnader ersatta av motparten. I litteraturen har principen om full kostnadstäckning rentav beskrivits som så självklar, att dess tillämpning knappt behöver motiveras:

”Det finns olika skäl till att den som vinner en domstolsprocess inte skall behöva betala några kostnader för detta. När det gäller tvistemålen anförde Processlagberedningen för mer än 60 år sedan att rättegångens syfte att bereda rättsskydd endast ofullständigt skulle uppnås om inte den vinnande parten också fick ersättning för de kostnader som han eller hon ådragit sig för att göra sin rätt gällande. När principen genomfördes fullt ut i brottmål uttalades i förarbetena att utgångspunkten bör vara att den som frikänns skall hållas i görligaste mån skadelös för de kostnader som varit nödvändiga för att tillvarata hans rätt. Den principen *är så självklar att man knappast behöver argumentera för den.*”¹¹⁹³

Den princip som anses självklar i allmän domstol är dock allt annat än självklar i förvaltningsdomstol. Låt oss därför titta närmare på argumenten.

¹¹⁹³ Lundin (2009) s. 292.

4.10.1.1 Funktionella och principiella argument i allmän domstol

Som Lundin mycket riktigt påpekar motiverades principen om full kostnadstäckning i tvistemål ursprungligen med hänvisning till civilprocessens rättsskyddande funktion, både i Processkommissionens och -lagberedningens ursprungliga motiv:

Processkommissionen: ”Det skydd, som en vinnande part genom domen erhåller för sin rätt, blir icke fullständigt, med mindre han tillika får ersättning för de kostnader han ådragit sig för att få sin rätt erkänd.”¹¹⁹⁴

Processlagberedningen: ”Rättegångens syfte att bereda rättsskydd skulle endast ofullständigt uppnås, om icke den vinnande parten tillika finge gottgörelse för de kostnader han ådragit sig för att göra sin rätt gällande.”¹¹⁹⁵

Idag är den rättsskyddande funktionen – i Kallenbergs tappning – övergiven, men principen om full kostnadstäckning anses alltjämt bäst ägnad att säkerställa civilprocessens genomslagsfunktion, genom att framförallt verka reparativt, men också preventivt.¹¹⁹⁶

I straffprocessen kom det att dröja ytterligare några decennier efter rättegångsbalkens ikraftträdande innan en frikänd tilltalad tillerkändes en med vinnande part i civilprocessen korresponderande rätt till ersättning för sina kostnader. När nya rättegångsbalken infördes uttrycktes således inga tvivel över att den tilltalade, även när åtalet ogillades, skulle stå sina egna kostnader för (privat) försvarare. Sätillvida innebar 1972 års reform en märkbar attitydförändring; utgångspunkten för denna var, med departementschefens ord, att ”den som frikänns skall hållas i görligaste mån skadeslös för kostnad som har varit nödvändig för att tillvarata hans rätt”.¹¹⁹⁷ I likhet med civilprocessen kom således principen om full kostnadstäckning att också läggas till grund för straffprocessens fördelningsregler till förmån för den tilltalade, men med hänvisning till rent principiella argument. Den tidigare ordningen var helt enkelt inte ”tillfredsställande” – tvärtom kunde kvittning av kostnaderna betraktas som ”stötande”.¹¹⁹⁸

Slutligen bör Högsta domstolens begynnande prejudikatbildning nämnas. Att domstolen i NJA 2015 s. 374 – med avsteg från ärendelagens kvittningsregel – introducerade ett ensidigt kostnadsansvar för det allmänna i sådana mål/ärenden där en enskild har en allmän motpart kan kopplas an till domstolsprocessens funktion, närmare bestämt att garantera den enskilda parten en rättvis rättegång i enlighet med Europakonventionens och regeringsformens krav.

¹¹⁹⁴ SOU 1926:33 s. 208.

¹¹⁹⁵ SOU 1938:44 s. 231.

¹¹⁹⁶ Se exv. funktionsdiskussionen i SOU 1982:26 s. 223 ff.

¹¹⁹⁷ Prop. 1972:4 s. 269.

¹¹⁹⁸ Prop. 1972:4 s. 269.

4.10.1.2 Funktionella och principiella argument i förvaltningsdomstol

I förvaltningsmål är utgångspunkten den rakt motsatta, jämfört med tvistemålen och brottmålen.¹¹⁹⁹ I förarbetena har således kvittningsprincipen karaktäriserats som ”grundsats”,¹²⁰⁰ eller som en ”sedan länge vedertagen princip”.¹²⁰¹ Samma uppfattning har kommit till uttryck i litteraturen, där det exempelvis har anförts att det ”är en grundläggande princip att den enskilde själv får bära sina kostnader i förvaltningsmål”.¹²⁰² Från denna huvudprincip finns dock ett undantag: skattemålen.

Att en skattskyldig, som har vunnit en domstolsprocess, har rätt att få sina processkostnader ersatta av staten har motiverats enligt ungefär samma argumentationslinjer som i tvistemål och brottmål: dels med funktionella argument; dels med principiella argument. Till den första kategorin kan hänföras ”rättssäkerhetsargumentet”, som i princip går ut på att skatteprocessens funktion är att säkerställa rättssäkerheten i taxeringen. Detta förutsätter dock att den enskilda parten kan ta tillvara sina intressen i processen på ett effektivt sätt – ytterst genom att anlita biträde:

”Från *rättssäkerhetssynpunkt* är det inte acceptabelt att den skattskyldige inte har tillgång till juridisk sakkunskap om sådan är nödvändig för att tillvarata hans rätt. Följdfrågan blir då om *rättssäkerheten* kan bli lidande av att den enskilde måste bekosta ombudet eller biträdet. Så är t.ex. fallet om den enskilde av ekonomiska skäl väljer att avstå från att anlita juridisk sakkunskap och därigenom inte kan tillvarata sin rätt.”¹²⁰³

Till den andra kategorin – av mer principiellt grundade argument för kostnadsersättning – kan hänföras ”likabehandlingsargumentet”, som går ut på att det vore ”orättvist” om endast vissa skattskyldiga åsamkas kostnader för att åsättas en korrekt taxering:

”De flesta som deklarerar riktigt drabbas inte av kostnader för en process, utan det är endast vissa skattskyldiga som behöver föra processer för att få rätt. Av *likabehandlingskäl* borde naturligtvis detta inte inträffa, men sådan precision kan knappast uppnås i ett massförfarande som t.ex. den årliga inkomsttaxeringen. Det är emellertid en viktig del i *likabehandlingen* att de som drabbas åtminstone kompenseras för det extra besväret att föra en process för att nå en riktig taxering.”¹²⁰⁴

¹¹⁹⁹ Vilket Petrn konstaterade redan i samband med RB:s ikrafträdande; se Petrn, Gustaf, *Nya rättegångsbalken och förvaltningsförfarandet* (FT 6/1950) s. 361-376 (s. 372).

¹²⁰⁰ Prop. 1988/89:126 s. 13, där det anfördes att ersättningslagen utgjorde ett ”avsteg från de rådande grundsatzerna om kostnadsansvaret på förvaltningssidan, nämligen att den enskilde själv skall stå sina kostnader”. Se även a. prop. s. 7: ”Det är sedan länge en vedertagen ordning inom förvaltningsrätten att den enskilde medborgaren har att i princip själv stå för de kostnader han ådrar sig”.

¹²⁰¹ Prop. 2003/04:115 s. 29. Se även a. prop. s. 28: ”Det är sedan länge vedertaget inom förvaltningsrätten att den enskilde har att själv stå sina kostnader”.

¹²⁰² Thorslund & Tärnqvist (TSN 9/2004) s. 545.

¹²⁰³ Prop. 1993/94:151 s. 132. Detta resonemang påminner om NJA 2015 s. 374, dock utan att regeringen hänvisade till kravet rättvis rättegång enligt EKMR/RF (vilket är naturligt eftersom sedvanliga skattemål inte omfattas av EKMR art. 6 och RF vid tidpunkten inte innehöll någon motsvarande rätt till en rättvis rättegång).

¹²⁰⁴ Prop. 1993/94:151 s. 133.

Ungefär samma principiella invändning mot undantagslös kvittning kan också formuleras i termer av ”stötande resultat” – ett rent skälighetsargument som känns igen från samtliga måltyper. Det sagda kan illustreras genom följande jämförelse med brottmålen:

Brottmål: ”Även om frågan om en vidgad rätt till ersättning för försvararkostnad ... inte praktiskt har särskilt stor betydelse anser jag det *principiellt riktigast* att samma [ersättnings]regler skall gälla för dessa kostnader som för övriga kostnadsposter. Fall kan tänkas då den nuvarande mer begränsade ersättningsregeln leder till *stötande resultat*.”¹²⁰⁵

Skattemål: ”Att den enskilde själv skall stå för avsevärda kostnader för juridisk hjälp i en skattefråga som varit helt avgörande för hans ekonomiska framtid och där han slutligen vunnit bifall till sin talan kan också anses *stötande*.”¹²⁰⁶

Det var också med hänvisning till de stötande konsekvenserna som Lagutskottet en gång i tiden påkallade en översyn av förvaltningsprocessens undantagslösa kvittningsprincip, vilket sedermera mynnade ut i Besvärssakunnigas arbete. I sitt betänkande vitsordade sedermera Besvärssakunniga de stötande konsekvenserna av en absolut kvittningsregel, och föreslog därför ett lagstadgat undantag. Denna linje har sedan bekräftats genom hela historien – ända fram till Domstolsutredningens betänkande, som är det sista i raden:

Lagutskottet: ”I rättstillämpningen leda de normer, som nu läggs till grund för dessa kostnadsfrågors avgörande, ej sällan till *stötande konsekvenser*.”¹²⁰⁷

Besvärssakunniga: ”Såsom framgår av vad som återgivits i den allmänna inledningen ovan, leder emellertid [kvittning av kostnaderna] stundom till *obilliga eller rentav stötande resultat*.”¹²⁰⁸

Domstolsutredningen: ”Vid en process i förvaltningsdomstol där en enskild part står mot det allmänna, får den enskilde med nu gällande regler nästan alltid stå för sina egna kostnader, och detta även om han vinner processen. För en del fall är enligt vår mening den ordningen *stötande*.”¹²⁰⁹

Som framgått är det dock endast i skattemål som de stötande resultaten har föranlett lagstiftning. Att lagstiftaren på så vis har ”bytt fot” i skattemål, jämfört med övriga förvaltningsmål, har givit upphov till en rad inkonsekvenser mellan å ena sidan förarbetena till den tidigare ersättningslagen, och å andra sidan övriga lagstiftningsärenden där samma principiella frågeställning har aktualiserats. Dels framför lagstiftaren

¹²⁰⁵ Prop. 1972:4 s. 270.

¹²⁰⁶ Prop. 1988/89:126 s. 7.

¹²⁰⁷ LU 1948:12 s. 3.

¹²⁰⁸ SOU 1964:27 s. 683.

¹²⁰⁹ SOU 1991:106 del A s. 654.

argument *för* att kostnadsersättning skall utgå i skattemål som tidigare har avfärdats i diskussionen kring en generell rätt till sådan ersättning i förvaltningsmål; dels avfärdar lagstiftaren i diskussionen kring skattemålen delvis de två traditionella argument som tidigare har framförts *mot* att kostnadsersättning bör kunna tillerkännas enskild part, och som alltjämt bär upp föreställningen att var part skall bära sina egna kostnader i övriga förvaltningsmål,¹²¹⁰ närmare bestämt: (1) samhällsmedlemskapet; och (2) officialprincipen.¹²¹¹ Begrunda exempelvis följande:

1. Om det är en *naturlig del av medlemskapet i samhället* att enskilda parter står sina kostnader i förvaltningsprocessen, hur kan det då ”saknas rimlig anledning” (eller rentav vara stötande) att den enskilda står sina egna kostnader i skatteprocessen?
2. Om *officialprincipen* medför att den enskilda inte behöver anlita biträde för att komma till sin rätt i förvaltningsmål, hur kan det då ”likväl” finnas skäl att anlita biträde i skattemål?

Befinner vi oss, likt Alice, i en spegelvänd värld där allt är omvänt? För vad som är naturligt i förvaltningsmål är tydligen onaturligt i skattemål, och vad som är obehövt i förvaltningsmål kan tydligen vara behövt i skattemål.

Skiftar vi åter perspektivet till den allmänna processen kan vi dock konstatera att kvittningsprincipen inte bara tillämpas i förvaltningsprocessen, utan också i ett stort antal civilprocessuella måltyp. Mellan processformerna föreligger dock en central skillnad. I tvistemål sker kvittning med tillämpning av särskilda kostnadsregler i den civilrättsliga lagstiftningen, och dessa regler innefattar allt som oftast ett fakultativt utrymme genom vilket domstolen kan undvika åtminstone de rent stötande konsekvenserna. I förvaltningsmål är däremot den oskrivna kvittningsregeln obligatorisk (”absolut”), eftersom det – med undantag för skattemålen – saknas lagstöd att döma ut ersättning för kostnader.¹²¹² Därtill kommer, att skälen för kvittning är diametralt annorlunda i tvistemål och förvaltningsmål, enligt vad jag skall sammanfatta i nästa avsnitt.

4.10.2 Skälen för kvittning

Som framgått ovan finns det ett stort antal från rättegångsbalken avvikande kostnadsregler, enligt vilka parternas kostnader får eller skall kvittas. En första slutsats som kan dras vid studiet av dessa regler är att kvittning sällan är obligatoriskt till en enskild parts nackdel.¹²¹³ Endast i två här studerade måltyp saknar den enskilda helt och hållet möjlighet att få sina kostnader ersatta vid en framgångsrik process, närmare

¹²¹⁰ Jfr Lundin (2009) s. 295.

¹²¹¹ Se prop. 1988/89:126 s. 13 f.

¹²¹² Till och med när det allmänna föranleder onödiga rättegångar eller för processen på ett värdslost sätt har således den enskilda att bära sina kostnader i förvaltningsprocessen, och får istället försöka utverka ersättning genom att föra en efterföljande skadeståndsprocess i allmän domstol. Detta ”skadeståndsalternativ” diskuteras i avsnitt 4.10.2.5 nedan.

¹²¹³ Däremot till den enskilda partens fördel i brottmål, åtminstone partiellt.

bestämt (1) i mål om fastställande av faderskap när barnets talan förs av socialnämnd; samt (2) i ärenden där den enskilda har en allmän motpart. Gemensamt för båda dessa situationer är som synes att det allmänna, som den enskildas ”motpart” – i formell eller faktisk mening¹²¹⁴ – har låtit bli att underkasta sig ett kostnadsansvar gentemot den enskilda som vinnande part.

Såvitt avser faderskapsmålen kan förvisso svaranden – det vill säga mannen – förpliktigas att ersätta barnets kostnader, om mannen har föranlett onödig rättegång, gjort sig skyldig till försumlig processföring eller eljest om det föreligger särskilda skäl. Om mannen vinner målet kan han dock aldrig erhålla ersättning för sina egna kostnader, trots att han har agerat lojalt i processen; i dessa fall ”skall” vardera parten, utan undantag, ”bära sin rättegångskostnad”.¹²¹⁵ Att *barnet* inte bör åläggas en ersättningskyldighet gentemot mannen när talan i själva verket har initierats av det allmänna är förstås en lämplig ordning. Att *det allmänna* inte skall ersätta mannens kostnad när det allmänna i praktiken tappar målet kan dock, åtminstone enligt mitt tycke, ifrågasättas.¹²¹⁶

Vad därefter avser sådana domstolsärenden där det allmänna är part är systemet i vart fall konsekvent; den enskilda kan inte få ersättning för sina egna kostnader vid vinst, men riskerar inte heller att behöva ersätta det allmännas kostnader vid förlust.¹²¹⁷ Det var också konsekvensargument som lagstiftaren anförde till stöd för denna ordning: Eftersom den enskilda inför förvaltningsdomstol inte kan ”få ersättning för sina rättegångskostnader av det allmänna, när han har en myndighet som motpart och vinner framgång i processen” ansågs ”mycket tala för att svaret på frågan bör vara detsamma” när det allmänna händelsevis uppträdde som den enskildas motpart i ett ärende inför allmän domstol.¹²¹⁸ Genom NJA 2015 s. 374 är dock lösningen inte längre densamma i förvaltningsmål och ärenden med allmän motpart, eftersom HD dömde ut kostnadsersättning till den enskilda parten utan stöd i lag med hänvisning till rätten till en rättvis rättegång.

Tittar vi sedan på de fall då kvittning får eller skall ske efter en fakultativ prövning, kan dessa regler schematiskt vara av två slag:¹²¹⁹

Antingen får/skall parternas kostnader kvittas, men bara *om* särskilda skäl föreligger, exempelvis att tappande part haft skälig anledning att få tvisten prövad. I dessa fall föreligger alltså en presumtion *mot* kvittning: Huvudregeln är att tappande part skall ersätta vinnande part dennas kostnader, och endast undantagsvis får/skall domstolen

¹²¹⁴ I faderskapsmålen intar socialnämnden inte formellt partsställning.

¹²¹⁵ FB 3 kap. 11 § 2 st.

¹²¹⁶ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 305, som likaså anser att svaranden borde få ersättning av allmänna medel, då käromålet ogillas.

¹²¹⁷ ÄL 32 § e contrario.

¹²¹⁸ Prop. 1995/96:115 s. 118 f.

¹²¹⁹ Här bortses från den partiella kvittningsregel som återfinns i RB 18 kap. 8 a §, som avviker från denna schematisk.

Även domstolsärendena intar en särställning; i dessa gäller ju som utgångspunkt att kostnaderna skall kvittas, eftersom ÄL saknar en egen fördelningsregel, men domstolen *får* enligt 32 § tillämpa RB 18 kap. under förutsättning att det i ärendet föreligger en intressemotsättning mellan parterna vilket föranlett en handläggning enligt civilprocessuella principer. I ärendena är det alltså något oegentligt att tala om en huvudregel och ett undantag.

förordna att vardera parten skall bära sin egen kostnad. Till denna kategori kan vi hänföra arbetstvisterna, diskrimineringstvisterna och underhållstvisterna.¹²²⁰

Eller så får/skall parternas kostnader kvittas, *om inte* särskilda skäl talar för att tappande part skall förpliktigas att ersätta vinnande part dennas kostnader. I dessa situationer föreligger det alltså en presumtion *för* kvittning: Huvudregeln är att domstolen skall förordna att vardera parten skall bära sin kostnad, och endast om det föreligger särskilda skäl får domstolen förpliktiga tappande part att ersätta vinnande parts kostnader. Till denna kategori kan vi hänföra vårdnads-, boende- och umgängestvisterna, liksom faderskapstvisterna.¹²²¹

Intressant att notera är att när särskilda kvittningsregler har införts i den civilrättsliga lagstiftningen så har lagstiftaren ansett sig noga behöva motivera dessa avsteg från rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning för vinnande part. Detta oavsett om presumptionen alltjämt är att ersättning skall utgå till vinnande part eller att kostnaderna skall kvittas oavsett tvistens utgång. Studerar man de argument som lagstiftaren har anfört härvidlag, framträder också några andra tudelningar. Likaledes schematiskt bär nämligen olikartade funktionella eller rent principiella argument upp de olika fördelningsreglerna, vilka kan sammanfattas under följande rubriker:

4.10.2.1 Kostnadsriskens processavskräckande effekt

Den processavskräckande effekten är det vanligast förekommande argumentet mot en (tvåsidig) tillämpning av förlorararen betalar-principen, både utomlands och i Sverige – i synnerhet i mål mellan obalanserade parter. För att motivera att en enskild part inte skall vara skyldig att ersätta det allmännas kostnader i förvaltningsmål anförde exempelvis Besvärssakkunniga följande, i sitt slutbetänkande *Lag om förvaltningsförfarandet* (SOU 1964:27):

”Det är till stor fördel i rättssäkerhetshänseende för enskild part att kunna väcka och fullfölja en talan *utan att behöva riskera* att, om han tappar, bli förpliktad att gälda motstående partsmyndighets kostnad. Förhållandet bidrager i sin mån till att förebygga uppkomsten av rättsförluster föranledda av att en i och för sig befogad talan ej väckes eller fullföljes på grund av kostnadsskäl.”¹²²²

Motsvarande tankegångar – som anknyter till processens funktion – ligger också till grund för kostnadshanteringen i ett antal civilrättsliga måltyper. I arbets- och diskrimineringstvisterna föreligger exempelvis, liksom i tvistemål om mindre värden,

¹²²⁰ LRA 5 kap. 2 §, DL 6 kap. 7 § och FB 7 kap. 19 §.

¹²²¹ FB 6 kap. 22 § 2 och 3 st. och FB 3 kap. 11 § 2 st.

¹²²² SOU 1964:127 s. 680. Till dessa tankegångar anslöt sig lagstiftaren beträffande sådana fastighetsbildningsmål som slits mellan en enskild part och en företrädare för ett allmänt intresse, vanligtvis LST och/eller en kommunal nämnd. För att motivera kvittning av kostnaderna (till den enskilda partens fördel) anförde således departementschefen, i förarbetena till fastighetsbildningslagen att det ”från rättssäkerhetssynpunkt är värdefullt att en enskild part kan föra talan mot det allmännas företrädare *utan att behöva riskera* att få betala rättegångskostnader”. Ställd inför en sådan kostnadsrisk, kunde man nämligen lätt tänka sig att den enskilda parten skulle lida rättsförluster genom att helt enkelt avstå från att föra talan. Se till det sagda prop. 1969:128 s. 921.

en tänkt obalans mellan processens parter.¹²²³ Rädslan att behöva stå motpartens kostnader i en sådan process har ansetts kunna verka alltför avskräckande på den typiskt sett svagare parten, och för att skydda arbetstagaren/den diskriminerade har därför en – ibland ensidig – kvittningsregel införts. Har tappande part haft ett intresse av att få tvisten prövad, *kan* domstolen således förordna att vardera parten skall bära sin kostnad.¹²²⁴ I tvistemål om mindre värden har man valt en än mer långtgående lösning. Kostnaderna fördelas visserligen enligt förloraren betalar-principen, men tappande parts kostnadsansvar är underkastat flera begränsningar. Motivet till dessa är dock detsamma som i övriga här diskuterade måltyper, det vill säga att reducera kostnadsriskens processavskräckande effekt på konsumenter, dels genom att nedbringa kostnaderna, dels genom att göra dessa överblickbara på förhand.¹²²⁵

Samma strävan – att reducera den processavskräckande effekt som ligger i rättegångsbalkens huvudregel – gör sig slutligen gällande i vårdnads-, boende- och umgängestvisterna. I dessa mål är parterna visserligen inte obalanserade, men med hänvisning till barnets bästa har man ändå velat säkerställa att föräldrar inte avhåller sig från att initiera en process mot den andra föräldern av rädsla för att behöva stå motpartens kostnader. Av detta skäl *skall* parternas kostnader kvittas, såvida det inte föreligger särskilda skäl.¹²²⁶

4.10.2.2 Avgörandet ligger i båda parter intresse/det finns ingen "vinnare" och "förlorare"

Ett andra argument för kvittning som återkommer med viss regelbundenhet är att båda parterna har ett *gemensamt intresse* av att rättsläget klargörs eller – vid konstitutiv dom – ändras i yrkad riktning genom domstolens avgörande, och/eller att det är oegentligt att tala om parterna som vinnare respektive förlorare, eftersom prövningen inte går ut på att fastställa vilken utav parterna som har "rätt". Denna argumentationslinje – som är mer principiell till sin karaktär – har motiverat de särskilda kvittningsreglerna i arbetsmål mellan organisationer¹²²⁷, men också i vårdnads mål¹²²⁸ och i mål om konstitutiv dom¹²²⁹, där det många gånger är slumpen som avgör vem som stämmer först och därmed blir kärke i målet.

4.10.2.3 Den formella partsställningen svarar inte mot den reella partsställningen

Ett tredje argument för kvittning är att den formella partsställningen inte svarar mot den reella. Eftersom det sålunda ligger bortom tappande parts kontroll att tvisten

¹²²³ Jfr SOU 1982:26 s. 227.

¹²²⁴ Prop. 1974:77 s. 124 (ang. arbetstvister) och prop. 2007/08:95 s. 461 (ang. diskrimineringstvister).

¹²²⁵ Prop. 1986/87:89 s. 71 samt SOU 1982:26 s. 224.

¹²²⁶ Prop. 1975/76:170 s. 87 och s. 156.

¹²²⁷ Prop. 1974:77 s. 124.

¹²²⁸ Prop. 1975/76:170 s. 156 f.

¹²²⁹ SOU 1938:44 s. 231. Se även Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 304, som – beträffande mål om äktenskapsskillnad – tillägger att "båda parterna [ofta är] intresserade av att äktenskapet blir upplöst.

hänskjutits till domstol överhuvudtaget, vore det oskäligt att förpliktiga förloraren att ersätta vinnarens kostnader. I underhållstvister är således den ensidiga kvittningsregeln avsedd att skydda barnet mot att ådras kostnader i en process som i egentlig mening utspelar sig mellan barnets föräldrar.¹²³⁰ Samma tankegång ligger också till grund för kvittningsregeln i faderskapstvister; i den mån socialnämnden initierar en process i barnets namn och förlorar, vore det orimligt att barnet skulle behöva ersätta mannen dennes kostnader.¹²³¹

4.10.2.4 Parten borde inte ha ådragit sig kostnader/måste tåla att åsamkas kostnader

Inför förvaltningsmål motiveras inte kvittningsprincipens tillämpning på någon utav ovanstående grunder, åtminstone inte ensamt.¹²³² Istället har fyra delvis olikartade och sinsemellan oförenliga grunder åberopats genom historien. De två ”traditionella” argumenten – som vi kan kalla (1) ”behovsargumentet” samt (2) ”sambhällsmedlemskapsargumentet” – sammanfattade lagstiftaren på följande sätt i förarbetena till ersättningslagen (det vill säga i samma proposition där lagstiftaren själv torpederade båda argumenten genom att just införa ersättningsregler i skattemål):

”Det är nu fråga om att diskutera avsteg från de rådande grundsatserna om kostnadsansvaret i på förvaltningsidan, nämligen att den enskilde själv skall stå för sina kostnader liksom att det allmänna skall stå för sina. [...] Vad gäller beskattningsförfarandet knyter som tidigare nämnts dessa grundsatser an till att det närmast kan ses som en *medborgerlig skyldighet* att medverka vid förfarandet. De har vidare ett nära samband med den *officialprincip* som gäller hos både förvaltningsmyndigheterna och förvaltningsdomstolarna och som bl.a. innebär att för ett ärendes utgång betydelsefulla sakförhållanden skall klarläggas av beslutsinstansen innan beslut fattas.”¹²³³

Dessa två argument kan i princip omformuleras i enlighet med rubriken till detta avsnitt: Den enskilda skall *inte behöva ådragit sig några kostnader* (på grund av officialprincipen), och om så ändå har skett får den enskilda *tåla att åsamkas vissa kostnader* (på grund av samhällsmedlemskapet). Låt mig kort bemöta dessa två argument.

Huruvida en enskild part saknar behov av biträde i förvaltningsmål kommer jag att diskutera i avhandlingens nästföljande del III. Detta argument låter jag därför hänga i luften tills vidare, och nöjer mig med att här hänvisa till Domstolsutredningens slutbetänkande, där utredningen – såvitt avsåg reformbehovet – anförde följande:

¹²³⁰ Prop. 1984/85:163 s. 8.

¹²³¹ Prop. 1969:124 s. 114 och prop. 1975/76:170 s. 174.

¹²³² Att den enskilda inte bör underkastas ett kostnadsansvar mot det allmänna motiveras visserligen m.h.t. den processavskräckande effekten enligt vad jag nyss har redogjort för; se vad BSK anförde i och vid fn. 1222 ovan. Idag används dock den processavskräckande effekten framförallt som ett argument för att *det allmänna inte bör underkastas ett kostnadsansvar mot den enskilda* – i förlängningen eftersom detta skulle medföra ett kostnadsansvar också för den enskilda, och därmed en processavskräckande kostnadsrisk. Detta resonemang utvecklar jag i avsnitt 4.10.2.6 nedan.

¹²³³ Prop. 1988/89:126 s. 13 f. Ett i princip identiskt resonemang återfinns i prop. 2003/04:115 s. 28 f.

”[Det kan] hävdas att förvaltningsprocessen är så utformad att det i allmänhet inte skall behöva uppstå några kostnader för enskilda parter. En hänvisning till detta förhållande besvarar emellertid inte frågan vad som skall hända när en enskild *haft* skälig anledning att lägga ner kostnader på en process mot det allmänna och vinner framgång i processen.”¹²³⁴

Obeaktat den kritik som jag har riktat mot Domstolsutredningens resonemang i det föregående, delar jag här utredningens ståndpunkt. Även om vi för tillfället accepterar lagstiftarens bild av förvaltningsprocessen som en ”enkel processform” – i vilken den enskilda oftast saknar behov av biträde – så gör inte detta särskilda ersättningsregler obehövligen. Frågan om den enskilda har behövt biträde eller ej kan nämligen *hanteras inom ramen för en sådan regel*, genom ett krav på att endast skäligen påkallade kostnader ersätts. Så ser ju ordningen ut i alla måltyper, även om tillämpningen skiljer sig åt. Har den enskilda inte behövt biträde i processen, skall ersättning inte utgå eftersom kostnaden då inte har varit skäligen påkallad.¹²³⁵ Som framgått ovan prövas också biträdesbehovet per se åtminstone i tvistemål om mindre värden (såvitt avser en näringsidkares kostnader), men också i skattemål. Motsvarande ordning skulle därmed kunna gälla i övriga förvaltningsmål. Det ligger alltså närmast i sakens natur att en rätt till ersättning *inte* skall omfatta kostnader som *inte* varit motiverade. Genom att införa en regel med denna innebörd, skulle dock domstolarna kunna pröva hur det egentligen förhåller sig i det enskilda fallet.

Vad därefter avser ”samhällsmedlemskapsargumentet” är detta också en återkommande invändning mot att införa särskilda ersättningsregler i förvaltningsmål, som kan spåras tillbaka Besvärssakkunnigas ovan nämnda slutbetänkande, där de sakkunniga anförde följande:

”Det ligger i samhällssystemets natur, att dylika prestationer i stor utsträckning fullgöras såsom *allmänna medborgerliga skyldigheter* utan rätt till ersättning för de olägenheter och kostnader, som kunna vara förknippade med fullgörandet, eller i vart fall blott mot mer eller mindre symbolisk ersättning. I fråga om den medverkan, som erfordras från enskilds sida, då han uppträder som part i förvaltningsförfarandet, saknas tillräckliga skäl till ändrat principiellt betraktelsesätt. Huvudregeln bör alltså framdeles liksom hittills vara, att sådan medverkan skall ske utan kostnad för det allmänna.”¹²³⁶

Den som tar del av hela resonemanget finner dock att de ”prestationer” som Besvärssakkunniga talar om i citatet ovan dessförinnan hade exemplifierats dels av ”värnplikten samt civil- och brandförsvarsplikterna”, dels med hänvisning till ”upplysningsplikter av olika slag”, med tillägget att det allmänna i regel inte kan fatta materiellt korrekta beslut i den enskildas ärende, om inte vederbörande bidrar

¹²³⁴ SOU 1991:106 del A s. 640.

¹²³⁵ Enligt dessa linjer argumenterade också DU; se SOU 1991:106 del A s. 650.

¹²³⁶ SOU 1964:27 s. 682.

med sin kunskap om de faktiska förhållandena.¹²³⁷ De prestationer som åsyftades var alltså *inte* att föra talan mot det allmänna i domstol, vilket bekräftas av att de sakkunniga föreslog att det skulle införas särskilda ersättningsregler för besvärsmåls del, särskilt för den situationen att den enskilda vann framgång.¹²³⁸ Detta till trots fångades resonemanget några år senare upp av departementschefen (i förarbetena till fastighetsbildningslagen), och fick därigenom spridning också till domstolsprocessen:

”De sakkunniga har ... uttalat att det åligger den enskilde parten som en allmän medborgerlig skyldighet att medverka i förvaltningsförfarandet utan rätt till ersättning för de olägenheter och kostnader som kan vara förknippade härmed eller i vart fall mot en mer eller mindre symbolisk ersättning. *Motsvarande synpunkter* gör sig enligt min uppfattning gällande i fråga om mål vid fastighetsdomstol mellan enskild part och företrädare för allmänt intresse.”¹²³⁹

Härefter förvandlades det snabbt till en ”grundläggande regel” att den enskilda skall bära sina egna kostnader – inte bara inför förvaltningsmyndighet utan också inför förvaltningsdomstol – eftersom detta följde ”redan av medlemskapet i samhället”,¹²⁴⁰ och sedermera kunde ”ses som en naturlig del av medborgarskapet”.¹²⁴¹ Logiken är alltså att den enskilda måste vara beredd att både ge och ta i sin egenskap av samhällsmedlem/-medborgare.

Sammanfattningsvis går det, med Domstolsutredningens ord, helt enkelt inte att ”betrakta den enskilde och det allmänna som två motstående parter där den tappande som huvudregel har att ersätta den vinnande dennes kostnader”. Utredningen förhöll sig dock själv något ambivalent till detta resonemang:

”Det har ... sagts att varje medborgare någon gång är part i ett förvaltningsärende och att de kostnader och olägenheter som detta kan föra med sig för den enskilde kan ses som en naturlig del av medborgarskapet. [...] Att det *med nuvarande ordning* utgör en del av medborgarskapet att medborgarna själva skall svara för sina kostnader i en eventuell förvaltningsprocess kan *givetvis inte förnekas*. Huruvida denna ordning är naturlig synes emellertid *meningslöst att diskutera*.”¹²⁴²

I sistnämnt avseende delar jag utredningens ståndpunkt – det är knappast meningsfullt att diskutera det ”naturliga” i att enskilda parter alltid måste stå sina egna kostnader i ett förvaltningsmål. Istället nöjer jag mig med att konstatera att just denna ordning har karaktäriserats som ”stötande” i en rad offentliga utredningar, samt att lagstiftaren i förarbetena till skadeståndslagen – såväl vid lagens införande

¹²³⁷ SOU 1964:27 s. 682.

¹²³⁸ Se avsnitt 4.7.1.1 ovan samt den distinktion som KamR:n i GBG gjorde i sitt ovan (i fn. 906) citerade remissyttrande, nämligen att ”praktiskt taget varje medborgare” någon gång är involverad i ett förvaltningsärende, och att de olägenheter som detta kan medföra därför bör ses som en naturlig del av medborgarskapet. Om den enskilda däremot tvingas hävda sin rätt i förvaltningsdomstol, var förhållandet, enligt KamR:n, ”ett annat”.

¹²³⁹ Prop. 1969:128 s. 621 f.

¹²⁴⁰ SOU 1971:76 s. 71 f.

¹²⁴¹ Denna formulering används i både prop. 1988/89:126 s. 7 och prop. 2003/04:115 s. 28.

¹²⁴² SOU 1991:106 del A s. 640.

år 1972 som vid avskaffandet av standardregeln år 1989 – har gett uttryck för den rakt motsatta ståndpunkten, i följande ordalag:

”Det är av *största vikt* att det allmännas verksamhet omfattas med förtroende av medborgarna. För detta förtroende har det säkerligen *mycket stor betydelse* om staten och kommunerna är beredda att kompensera skador som uppkommer på grund av fel som begås av myndigheterna. Det sagda är det kanske *viktigaste argumentet* för en utvidgning av det allmännas skadeståndsansvar.”¹²⁴³

Till detta kommer slutligen att lagstiftaren, när ersättningslagen utvidgades år 1995, gick så långt som att fränkänna sitt eget argument all rimlighet:

”Under förutsättning att den skattskyldige behövt juridiskt biträde eller ombud för att ta tillvara sin rätt och att det inte är han som vållat eller varit försumlig i skattemålet finns *ingen rimlig anledning* att han alltid skall behöva bekosta en process.”¹²⁴⁴

Vid sidan av samhällsmedlemskaps- och behovsargumentet *för* kvittningsprincipens tillämpning i förvaltningsmål har jag kunnat urskilja ytterligare två argument *mot* att tillerkänna vinnande part ersättning för sina kostnader i förvaltningsmål, som också återkommer med viss frekvens i lagstiftningsarbetet. Dessa skulle vi kunna kalla för (3) ”dubblersättningsargumentet” respektive (4) ”balansargumentet”.

4.10.2.5 Dubblering av ersättningsmöjligheterna

Betraktar man frågan om ersättning för biträdeskostnader i förvaltningsprocessen utifrån ett historiskt perspektiv, finner man att det föreligger ett nära samband mellan utvecklingen mot ett utvidgat ansvar för det allmänna inom två från varandra skilda rättsområden: dels inom processrätten; dels inom skadeståndsrätten.¹²⁴⁵ De principiella tankegångar som har legat bakom reformsträvandena mot ett utvidgat kostnadsansvar för det allmänna har i princip varit desamma inom båda dessa rättsområden, närmare bestämt reparationstanken. Det har ansetts oskäligt – och emellanåt kunnat te sig direkt stötande – att enskilda åsamkas kostnader för att komma i åtnjutande av sina demokratiskt antagna och lagfästa rättigheter, och ”den allmänna rättskänslan” har därför anförts som argument *för* att den enskilda bör kompenseras för sådana kostnader. Sålunda framhöll Besvärssakkunniga redan år 1964 att det, särskilt i besvärssärenden, var påkallat att tillerkänna enskilda ersättning för sina kostnader i processen, ty om dessa hade vunnit bifall till sin talan kunde det, ”för det allmänna rättsmedvetandet framstå som oskäligt att den enskilde parten själv [tvingades bära] de kostnader, som han ådragit sig för att få det oriktiga beslutet ur världen”.¹²⁴⁶ Och när det allmänna omkring 20 år senare – i och med nya skadeståndslagens ikraftträdande – åtog sig ett skadeståndsansvar för fel och försummelse

¹²⁴³ Prop. 1989/90:42 s. 6. Se även exv. prop. 1972:5 s. 316 ff.

¹²⁴⁴ Prop. 1993/94:151 s. 132.

¹²⁴⁵ Jfr SOU 1991:106 del A s. 639.

¹²⁴⁶ SOU 1964:27 s. 693.

vid myndighetsutövning, framfördes liknande tankegångar; kommittén angående det allmännas skadeståndsansvar anförde exempelvis, att det fanns ”goda skäl för att det allmänna bör svara för skador som dess funktionärer vålla, och rättskänslan kräver nog allmänt, att det allmänna träder in i sådana fall”.¹²⁴⁷ Att kostnadsproblematiken överlappar två skilda rättsområden – skadeståndsrätten och processrätten – står alltså klart. Det var också denna överlappning som föranledde utredningen om rättshjälp i förvaltningsmål att år 1971 *avstå* från att föreslå särskilda kostnadsregler i förvaltningsprocessen; att införa sådana regler skulle nämligen, enligt utredningen, ”till stor del innebära en dubbling av ersättningsmöjligheterna”.¹²⁴⁸

För att allmänheten skulle åtnjuta förtroende för myndigheterna har lagstiftaren ansett det vara viktigt att enskilda ”kompenseras” för skador som de har åsamkats genom myndigheternas vållande; detta var till och med, för att citera departementschefen, ”det kanske viktigaste argumentet för en utvidgning av det allmännas skadeståndsansvar”.¹²⁴⁹ Men vad döljer sig egentligen bakom dessa i och för sig – enligt min mening – lofvärda ord?

Nagelfar man motiven till skadeståndslagen är det tydligt att lagstiftaren på olika kreativa sätt – exempelvis genom att införa dubbla culpa-normer, och därefter ”skriva nya motiv till tidigare antagna föreskrifter”¹²⁵⁰ – har försökt att begränsa de ekonomiska konsekvenserna av ett utvidgat ansvar. Att den enskilda vinner framgång med sin talan och beslutet därmed per definition varit ”fel” är därför inte tillräckligt i sig, eftersom endast kvalificerade fel skall konstituera culpa och därmed föranleda skadeståndsskyldighet för stat och kommun. Med andra ord måste beslutet måste ha varit så uppenbart felaktigt att det var vårdslöst att fatta ett så pass felaktigt beslut. Detta innebär att enskilda endast i sällsynta undantagsfall kan få sina kostnader för biträde ersatta skadeståndsvägen i allmän domstol, efter en framgångsrik process mot staten i förvaltningsdomstol. Förhållandet i vår samtida förvaltningsprocess är i detta avseende snarlikt förhållandet i civilprocessen *före* nya rättegångsbalkens ikraftträdande; när skadeståndsteorin låg till grund för kostnadsregleringen i tvistemål utdömdes likaså ersättning för biträdeskostnader endast i flagranta undantagsfall.

Att en parallellitet föreligger mellan det processrättsliga och skadeståndsrättsliga systemet att hantera biträdeskostnader är förvisso inte ägnat att förvåna. Rättegångskostnader utgör ju i skadeståndsrättslig mening en ren förmögenhetskada, och ersättning för sådana kostnader kan därför, som både Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden och sedermera Domstolsutredningen noterade, betraktas som ”en form av skadestånd” respektive ”ett slags skadestånd”.¹²⁵¹ Att kostnader för biträde *kan* betraktas som en form av/ett slags skadestånd innebär dock inte nödvändigtvis, att sådan ersättning *bör* behandlas som skadestånd. Beträffande själva hanteringen av biträdeskostnaderna finns det således en valmöjlighet: Antingen

¹²⁴⁷ SOU 1958:43 s. 19.

¹²⁴⁸ SOU 1971:76 s. 73.

¹²⁴⁹ Prop. 1989/90:42 s. 6.

¹²⁵⁰ Prop. 1989/90:42 s. 14.

¹²⁵¹ SOU 1971:76 s. 73 resp. SOU 1991:106 del A s. 639.

kan ersättning för biträdeskostnader hanteras inom ramen för ett skadeståndssystem ("skadeståndsalternativet"), eller så kan dessa kostnader hanteras inom ramen för ett rättegångskostnadssystem av traditionellt snitt (det "processuella alternativet").¹²⁵² Enligt min uppfattning talar starka skäl, inte bara samhälls- och processekonomiska, för det senare alternativet, det vill säga att inte frikoppla rättegångskostnaderna från rättegången.

Det finns ett nära samband mellan rollfördelningen i rättegången och parternas kostnader däri, samt mellan parternas möjlighet att få dessa kostnader ersatta och deras möjlighet att tillvarata sina rättigheter inför domstol på ett effektivt sätt. Processkostnadsproblematiken är alltså – åtminstone i praktiken – intimt förbunden med och påverkar i hög grad grundläggande processrättsliga frågor, inte minst processens förmåga att fylla sin samhälleliga funktion.¹²⁵³ Utifrån ett AtJ-perspektiv betraktas således biträdeskostnader som ett av flera "Access Barriers", som måste tas i beaktande i diskussionen kring processens utformning.¹²⁵⁴ På motsvarande sätt har Europadomstolen närmat sig problematiken i anslutning till kravet på AtC i vid mening, och i senare praxis har kostnadsfrågan till och med betraktats som en accessorisk del av, eller som en fortsättning på, den underliggande rättegången.¹²⁵⁵ Mot denna bakgrund bör rättegångskostnaderna hanteras och diskuteras i den kontext de uppstår: i rättegången. Det cirkelresonemang som i viss mån har uppstått genom korsvisa hänvisningar mellan det processrättsliga och skadeståndsrättsliga systemet påvisar, om inte annat, riskerna med att skilja processkostnaderna från processen:

<i>Ej ersättning som rättegångskostnad</i>	<i>Ej ersättning som skadestånd</i>
"Med den skadeståndslagstiftning som sålunda är nära förestående synes det tydligt att utrymmet för en allmän regel om kostnadsersättning ... skulle bli begränsat." ¹²⁵⁶	"Eftersom den enskilde inte kan påräkna att få ersättning för rättegångskostnader i sådana mål kan staten <i>endast i begränsad utsträckning</i> på skadeståndsrättslig grund bli ersättningskyldig härför." ¹²⁵⁷

Inom den allmänna processen har fördelningen av rättegångskostnaderna länge reglerats i rättegångsbalken. Enligt den äldre balken anknöt dock denna reglering till traditionella skadeståndsrättsliga principer; parts ersättningskyldighet förutsatte culpa, vilket medförde att ersättning i praktiken inte utgick annat än i flagranta fall av vad som närmast kan karaktäriseras som processmissbruk. Med tiden kom dock de processrättsliga kostnadsreglerna att kopplas loss från skadeståndsrättsliga

¹²⁵² SOU 1991:106 del A s. 642 f.

¹²⁵³ Jfr Lindell (2012) s. 93 f.

¹²⁵⁴ Jfr Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 26.

¹²⁵⁵ I avgörandet *Robins v. The United Kingdom* (app. no. 22410/93) konstaterade exv. ED (p. 29), att "costs proceedings, even though separately decided, must be seen as a *continuation of the substantive litigation* and accordingly as part of a 'determination of ... civil rights and obligations'". En tvist kring rättegångskostnader är alltså en tvist kring civila rättigheter, om den tvist vari kostnaderna uppstod avsåg civila rättigheter. Se även *Beer v. Austria* (app. no. 30428/96) p. 12-13 och *Askon AD v. Bulgaria* (app. no. 9970/05) p. 25.

¹²⁵⁶ SOU 1971:76 s. 73.

¹²⁵⁷ JK dnr 4241-11-40.

tankegångar och istället betraktas utifrån ett renodlat processrättsligt perspektiv, ty *processens funktion riskerade att förfelas* om inte ersättningskyldigheten frikopplades från den tappande partens eventuella vårdslöshet och istället kopplades till utgången i målet. Till en motsvarande insikt – att det föreligger ett nära samband mellan kostnadernas hantering och processens förmåga att fylla sin funktion – tycks man dock ännu inte ha kommit inom förvaltningsprocessen.

4.10.2.6 Balansen i kostnadshänseende

”Balansargumentet” har i egentlig mening anförts som ett argument *mot* en övergång till principen om full kostnadstäckning i förvaltningsprocessen, snarare än som ett argument *för* kvittningsprincipens fortsatta tillämpning, och går ut på att en sådan reform med nödvändighet ”slår åt båda hållen”.¹²⁵⁸ Låt mig kort utveckla det sagda.

En övergång till förloraren betalar-principen i förvaltningsmål vore naturligtvis fördelaktigt för den enskilda parten *när denna vinner processen*, eftersom vederbörande då kan hållas skadelös för eventuella kostnader. Ett vanligt motargument är dock att en tillämpning av samma princip vore ofördelaktig för den enskilda *när denna förlorar processen*, eftersom vederbörande då skulle tvingas att bära det allmännas rättegångskostnad. Med ett latent kostnadsansvar för tappande part efter processen, följer dessutom en kostnadsrisk för båda parter inför processen, vilket skulle kunna påverka enskilda, som i och för sig har fog för sin talan, att inte överklaga en förvaltningsmyndighets beslut till domstol. I den förvaltningsprocessuella kontexten har dessa negativa effekter inte ansetts acceptabla.¹²⁵⁹ Att enskilda vid en processförlust *inte* skall behöva stå det allmännas kostnader – och därmed inte heller löpa en kostnadsrisk vid ett överklagande – har alltså anförts som ett argument *mot* att tillerkänna enskilda ersättning för sina kostnader vid en processvinst. Detta resonemang är dock behäftat med ett grundläggande tankefel, eftersom det utgår ifrån att det måste föreligga ”balans” mellan parterna i kostnadshänseende. Låt mig ge två exempel.

I ett utav sina delbetänkanden anförde Rättegångsutredningen följande, beträffande kostnadsfördelningen i förvaltningsmål:

”Att man i förvaltningsprocessen kan tillåta sig att generellt kvitta kostnaderna kan delvis förklaras av att staten eller kommun nästan alltid är motpart. En regel om full kostnadsersättning till den enskilde *skulle vara haltande* om inte den enskilde också fick betala samhällets kostnad i de fall den enskilde förlorade t.ex. i en taxeringsprocess. Detta har man inte velat acceptera ...”¹²⁶⁰

En liknande uppfattning gav Domstolsutredningen uttryck för i sitt slutbetänkande, men med omvänd utgångspunkt:

¹²⁵⁸ Jfr SOU 1982:26 s. 225: ”Kostnadsreglerna verkar i princip åt två håll. Vinner man en fördel i visst hänseende med en regel, uppkommer merendels en nackdel i något annat hänseende.”

¹²⁵⁹ Jfr i och vid fn. 1222 ovan.

¹²⁶⁰ SOU 1982:26 s. 225.

”Om man införde regler om skyldighet för enskilda parter i förvaltningsrättsliga mål att vid en för dem oförmånlig utgång av ett mål ersätta de allmännas kostnader, *skulle det vara naturligt* att ge dem en mera generell möjlighet till ersättning i händelse av att de vinner sin process. Några reformkrav i den riktningen synes emellertid – på goda grunder – inte ha framställts.”¹²⁶¹

Både Rättegångs- och Domstolsutredningen gav alltså – om än i olika ordalag – uttryck för ståndpunkten att det vore haltande/onaturligt om enskilda parter tillerkändes kostnadstäckning vid vinst utan att underkastas ett korrelerande kostnadsansvar vid förlust. Om någonting är haltande så är det dock, enligt min mening, utredningarnas resonemang.

Det är visserligen korrekt att den ena parten (A) endast kan få ersättning för sina kostnader som vinnande part om motparten (B) är underkastad ett kostnadsansvar som tappande part. En förutsättning för att A skall få kostnadstäckning av B är dock *inte* att A är underkastad ett motsvarande ansvar mot B, om utgången i målet blir den omvända, eftersom principerna om full kostnadstäckning respektive kvittning *inte är ömsesidigt uteslutande*.

Redan i det introducerande avsnittet till detta kapitel presenterade jag en grundläggande typologi – som är vedertagen i den angloamerikanska litteraturen – enligt vilken en distinktion görs mellan ”no-way rules”, ”two-way rules” och ”one-way rules”. Därefter har jag ägnat kapitlet åt att systematisera en lång rad kostnadsregler i svensk rätt, som alla kan hänföras till någon utav dessa kategorier. Härigenom har jag bland annat visat att det går det att särbehandla parterna i kostnadshänseende, på så vis att olika fördelningsprinciper äger tillämpning beroende på om A eller B står som vinnande respektive tappande part: När A vinner bifall kan principen om full kostnadstäckning tillämpas till A:s fördel/B:s nackdel, medan kvittningsprincipen kan tillämpas när utgången blir den omvända (likaså till A:s fördel/B:s nackdel). Med andra ord behöver det inte vara frågan om att tillämpa antingen den ena eller den andra principen oavsett utgången i målet, vilket man får intrycket av när man tar del av Rättegångs- och Domstolsutredningens betänkanden – tvärtom *kan båda principerna tillämpas i en och samma måltyp, i relation till olika parter/olika utfall*.

Att det redan finns ett stort antal ensidiga/skeva (”onaturliga”/”haltande”) fördelningsregler i svensk rätt, som just särbehandlar parterna i kostnadshänseende, uppmärksammades inte i någon av utredningarna när dessa diskuterade kostnadsfördelningen i förvaltningsmål. Istället hänvisade Domstolsutredningen till straffprocessens ersättningsregler för att ytterligare underbygga sin ståndpunkt – inte bara en gång, utan två gånger – trots att jämförelsen snarare talar mot utredningens resonemang:

”I och för sig borde man i fråga om kostnaderna i en del förvaltningsrättsliga mål kunna dra paralleller med vad som gäller i brottmål, men för brottmålen *handlar det mycket om att åstadkomma balans i processen*. Sedan mycket lång tid tillbaka är nämli-

¹²⁶¹ SOU 1991:106 del A s. 642.

gen en tilltalad som fällt till ansvar skyldig att ersätta staten dess till målet hänförliga kostnader, och *någon motsvarande skyldighet finns ju inte i förvaltningsdomstol.*¹²⁶²

”Även brottmålsreglerna bygger på att vinnande part kan få ersättning, men det är att märka att ersättningsreglerna *verkar även åt andra hållet*, dvs. den enskilde får betala, när han fällt till ansvar. Någon lösning av det slaget är inte aktuell när det gäller processer i förvaltningsdomstol.”¹²⁶³

Domstolsutredningens hänvisning till kostnadsreglernas ”balanserade funktion” i straffprocessen har jag redan ägnat åtskilliga sidor åt att kritisera.¹²⁶⁴ Någon sådan funktion kan inte utläsas ur förarbetena, och i praktiken föreligger det inte heller ”balans” i kostnadshänseende mellan den tilltalade och staten. Det stämmer visserligen att rättegångsbalkens 31 kapitel innehåller två ersättningsregler som ”verkar åt olika håll”, men med betydande skillnader såvitt avser parternas respektive kostnadsansvar. För det första stämmer det inte att en tilltalad alltid ”får betala” vid fällande dom, eftersom ersättningsskyldighet får efterges om det finns skäl till det.¹²⁶⁵ För det andra stämmer det inte att kostnadsansvaret omfattar statens ”till målet hänförliga kostnader”, eftersom ersättningsskyldigheten är strikt begränsad till endast vissa kostnadsposter (och ofta till ett visst maximibelopp).¹²⁶⁶ Jag skulle därför vilja karaktärisera Domstolsutredningens beskrivning som direkt missvisande. Även Rättegångsutredningen hänvisade dock till straffprocessens kostnadsregler i sitt balansresonemang, men var något mer diffus genom en svårtolkad (och inom parentes placerad) ”jfr dock-hänvisning” till rättegångsbalkens 31 kapitel:

”En regel om full kostnadsersättning till den enskilde skulle vara haltande om inte den enskilde också fick betala samhällets kostnad i de fall den enskilde förlorade t.ex. i en taxeringsprocess. Detta har man inte velat acceptera (*jfr dock kostnadsansvaret i straffprocessen enligt 31 kap. 1 och 2 §§ RB*).”¹²⁶⁷

Vad Rättegångsutredningen ville signalera med ”jfr dock” går inte att säga med säkerhet. En välvillig tolkning är att utredningen ville nyansera sitt resonemang genom att – med hänvisning till straffprocessen – upplysa läsaren om att det finns andra måltyper med ”haltande” kostnadsregler. Med tanke på parentesens placering i den andra meningen är det dock mer troligt att Rättegångsutredningen ville göra samma poäng som Domstolsutredningen, det vill säga använda straffprocessen som ett exempel på måltyp där man har ”accepterat” att enskilda är underkastade ett kostnadsansvar mot staten som tappande part, för att i gengäld få kostnadstäckning som vinnande part. Detta har man dock inte accepterat fullt ut, eftersom den tilltalade

¹²⁶² SOU 1991:106 del A s. 654.

¹²⁶³ SOU 1991:106 del A s. 642.

¹²⁶⁴ Se avsnitt 4.7.1.4 ovan.

¹²⁶⁵ RB 31 kap. 1 § 4 st.

¹²⁶⁶ RB 31 kap. 1 § 1 st.

¹²⁶⁷ SOU 1982:26 s. 225.

vid friande dom får ersättning för samtliga sina kostnader, men vid fällande dom endast betalar en bråkdel av ”samhällets kostnad”.

I princip är det endast i tvistemål som lagstiftaren överhuvudtaget har förhållit sig till ”balansen” i kostnadshänseende, vilket framstår som naturligt i en processform där två enskilda parter tvistar, och där en fördel för den ena innebär en nackdel för den andra. Även i denna processform har dock lagstiftaren, vid principkollisioner, låtit olika funktions- och skälighetsargument trumfa balansargumentet. Att parterna skall behandlas lika i kostnadshänseende (antingen genom en ”no-way rule” eller genom en ”two-way rule”) är således ingen absolut regel ens i civilprocessen. Underhållstvisterna är ett bra exempel på detta, där departementschefen uttryckligen gjorde avsteg från intresset av kostnadsbalans till förmån för en ensidig/skev kvittningsregel (en ”one-way rule”), som endast verkar till barnets fördel som tappande part (oavsett om barnet är kärkeande eller svarande), med följande motivering:

”För att kvittningsmöjlighet skall finnas oavsett utgången talar främst intresset av *balans* mellan parterna i de processer som det här gäller. Om den underhållsskyldige i vissa fall inte får full kostnadstäckning även om han eller hon vinner målet, skulle det ju kunna synas rimligt att kostnaderna kunde kvittas även för det fall att den underhållsskyldige förlorar. Å andra sidan ... föreligger ju inte på den underhållsskyldiges sida sådana speciella skäl som enligt det tidigare sagda motiverar undantag från en huvudregel om vårdnadshavarens kostnadsansvar. Enligt min mening bör därför kvittningsmöjligheten *reserveras* för fall då barnet är tappande part.”¹²⁶⁸

Intresset av balans motiverade således, å ena sidan, att kostnaderna kunde kvittas oavsett vilken part som tappade målet. De ”speciella skäl” som motiverade kvittning till förmån för barnet (som tappande part) kunde dock, å andra sidan, inte återropas till stöd för kvittning när den underhållsskyldige stod som tappande part. Därför reserverades kvittningsmöjligheten till den ena partens fördel, vilket i praktiken innebär att principen om full kostnadstäckning äger tillämpning vid motsatt utgång. I andra måltyp har andra skyddsintressen och ändamålsöverväganden motiverat motsvarande avsteg från ”balansintresset”. Allt sammantaget måste alltså skälen för full kostnadstäckning respektive kvittning särskiljas och appliceras på parterna i en viss måltyp, i deras presumtiva egenskap av vinnande/tappande part. Endast därigenom kan vi föra en nyanserad diskussion kring biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna.

4.10.3 En nyanserad diskussion kring biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna

Förvisso är det en rimlig utgångspunkt för diskussionen att två parter som tvistar i domstol skall behandlas lika i kostnadshänseende (”balansintresset”). Det vanliga är

¹²⁶⁸ Prop. 1984/85:163 s. 11 f.

därför att kostnadsersättning antingen utgår oavsett vilken part som vinner ("two-way cost shifting"), eller att kostnaderna kvittas oavsett vilken part som förlorar ("no-way cost shifting"). Utan att kostnadsbalansen rubbas kan dock en obligatorisk tillämpning av båda huvudprinciperna nyanseras, genom fakultativa undantag – syftande till att undvika oskäliga resultat – enligt följande skala:

<i>Kvittningsprincipen</i>		<i>Principen om full kostnadstäckning</i>	
Obligatorisk (absolut)	Fakultativt undantag	Fakultativt undantag	Obligatorisk (absolut)
Vardera parten <i>skall</i> bära sin rättegångskostnad.	Vardera parten <i>skall</i> bära sin rättegångskostnad. Om det finns särskilda skäl, <i>får</i> rätten besluta att tappande part <i>skall</i> ersätta vinnande parts kostnad.	Tappande part <i>skall</i> ersätta vinnande parts rättegångskostnad. Om det finns särskilda skäl, <i>får</i> rätten besluta att vardera parten <i>skall</i> bära sin kostnad.	Tappande part <i>skall</i> ersätta vinnande parts rättegångskostnad.

Enligt sin ordalydelse fördelas kostnaderna i ovanstående exempel jämt mellan parterna; reglerna innebär inget avsteg från "balansintresset", eftersom parterna behandlas lika oavsett vem som vinner/tappar målet. Vid tillämpningen av de fakultativa undantagen kan dock partsställningen påverka bedömningen av vad som utgör särskilda skäl att frångå huvudreglerna, vilket kan illustreras genom två konkreta exempel:

I *vårdnads-, boende- och umgängestvister* föreligger typiskt sett balans mellan parterna. Tredjemans- och allmänna intressen motiverar dock att *ingen av föräldrarna* avskräcks från att processa, om barnets bästa så motiverar. Barnets intresse väger också tyngre än vinnande parts intresse av att hållas skadelös efter processen, vilket motiverar att kostnaderna som huvudregel kvittas till vinnande parts nackdel/tappande parts fördel, oavsett vilken part som vinner/tappar målet. Om det föreligger särskilda skäl – tappande part har exempelvis initierat processen i trakasserande syfte – kan dock domstolen frångå huvudregeln, genom att tillerkänna vinnande part ersättning för sina kostnader.

I *arbetstvister* mellan en enskild arbetstagare och en arbetsgivare råder däremot en obalans mellan parterna. Arbetstagaren är typiskt sett mer kostnads känslig, vilket får en rad konsekvenser: Inför processen verkar, för det första, det latent kostnadsansvaret mer avskräckande på arbetstagaren än på arbetsgivaren. Som tappande part drabbas, för det andra, ett kostnadsansvar arbetstagaren hårdare än arbetsgivaren. Vid motsatt utgång har dock arbetstagaren som vinnande part ett större behov av att hållas skadeslös för sina kostnader. Dessa skäl är dock inte så starka att de motiverar en omkastad huvudregel. Utgångspunkten är därför att tappande part *skall* ersätta vinnande parts kostnader. Undantagsvis – om det föreligger särskilda skäl – kan

dock domstolen frånga huvudregeln, genom att kvitta kostnader, vilket i praktiken endast kommer ske när arbetstagaren tappar målet.

Vad tabellen, liksom de två anknytande exemplen, är avsedda att illustrera är att de skäl som motiverar principernas tillämpning kan aktualiseras med olika styrka i samma måltyp, antingen på ett ”balanserat” sätt (som i vårdnads-, boende- och umgängestvisterna) eller genom att bedömningen av vad som utgör särskilda skäl relateras till olika parter och olika potentiella utfall vid (arbetstvisterna). Om det i en viss måltyp finns särskilt starka skäl att särbehandla parterna, går det också att vinkla själva regeln, så att endast den ena parten kan erhålla ersättning vid vinst/undgå ansvar för motpartens kostnader vid förlust, vilket kan exemplifieras med hänvisning till faderskaps- och underhållstvisterna:

I *faderskapstvister* skall vardera parten som huvudregel bära sin rättegångskostnad. *Svaranden*, det vill säga mannen, kan dock förpliktas att helt eller delvis ersätta annan parts rättegångskostnad, om det föreligger särskilda skäl föreligga. Principen om full kostnadstäckning verkar således endast till förmån för barnet, som vinnande part. Vid motsatt utgång faller man tillbaka på kvittningsprincipen, vilket betyder att barnet aldrig behöver utge ersättning som tappande part.

I *underhållstvister* är förhållandet det omvända: Tappande part skall som utgångspunkt förpliktas att ersätta vinnande parts kostnader. Men om *barnet* förlorar målet, får rätten förordna vardera parten skall bära sin rättegångskostnad, om det föreligger särskilda skäl. Kvittningsprincipen verkar således endast till förmån för barnet, som tappande part. Vid motsatt utgång faller man tillbaka på principen om full kostnadstäckning, vilket betyder att barnet erhåller ersättning som vinnande part.

Med dessa exempel hoppas jag ha visat att ”balansargumentet” inte håller för närmare problematisering. Att det vore till den ena partens nackdel att behöva utge ersättning vid en processförlust är nämligen ett icke-argument mot att tillerkänna samma part ersättning vid en processvinst, eftersom det är fullt möjligt att – med avsteg från balansintresset – tillerkänna den ena parten kostnadstäckning utan att samtidigt underkasta densamma ett kostnadsansvar. Att på detta vis särbehandla parterna kan också vara motiverat, eftersom skälen för kostnadstäckning/kvittning kan aktualiseras med olika styrka i relation till olika parter.

Skälen för kostnadstäckning är, som framgått ovan, av två slag: Dels har sakliga argument framförts (som anknyter till processens funktion/ändamålsenlighet); dels har principiella argument framförts (som snarare anknyter till grundläggande skälighet/rimlighet). Dessa argument kan naturligtvis göra sig gällande med större styrka i relation till den ena parten (A) än till dennas motpart (B), vilket kan motivera att endast A får ersättning vid en processvinst. På motsvarande sätt förhåller det sig med *skälen för kvittning*, som snarare går ut på att kostnadstäckning emellanåt riskerar att dels äventyra processens funktion; dels leda till oskäliga resultat. Även dessa argument kan göra sig gällande med olika styrka i relation till A och B i deras

egenskap av tappande part, vilket skulle kunna motivera att endast A undgår ansvar för motpartskostnader vid en processförlust.

Ibland går det att anföra skäl både för och emot kvittning i en och samma måltyp. A kan ha ett befogat intresse att hållas skadelös när denna vinner processen, samtidigt som det kan finnas skäl att inte underkasta B ett kostnadsansvar. I en sådan situation måste naturligtvis en avvägning göras, varvid parternas intressen får vägas mot varandra och relateras till domstolsprocessens funktion. Även om detta inte har gjorts med någon större systematik i lagmotiven, skulle jag dock vilja påstå att kostnaderna i den allmänna processen har fördelats enligt ovanstående resonemang – åtminstone om man ser på de bakomliggande skälen som har motiverat ett flertal olika lösningar på samma problem.

I förvaltningsprocessen är däremot diskussionen påfallande platt. Enligt både Rättegångs- och Domstolsutredningen förutsatte kostnadstäckning vid vinst ett kostnadsansvar vid förlust, varvid en övergång till principen om full kostnadstäckning skulle ge upphov till större nackdelar än fördelar för den enskilda. Detta må vara fallet. Resonemanget faller dock på att det ena inte är en förutsättning för det andra: Den enskilda parten *kan* få sina kostnader ersatta vid en framgångsrik process, utan att behöva ersätta det allmännas kostnader vid motsatt utgång. Att detta är en möjlig ordning visar skattemålen, där kostnadsfördelningen – åtminstone i teorin – är extremt obalanserad, eftersom den enskilda till och med kan få ersättning för sina kostnader vid en processförlust, utan att någonsin stå ett kostnadsansvar mot det allmänna.¹²⁶⁹

Avsaknaden av djup i diskussionen har dock medfört att kostnaderna idag fördelas enligt samma oskrivna kvittningsprincip i alla 500 förvaltningsrättsliga måltyper (utom skattemålen), trots att olika måltyper rimligen innefattar olika typer av skyddsintressen av varierande styrka som skulle kunna motivera olika lösningar i mål om offentlig upphandling, socialförsäkring, bygglov etcetera. Låt oss dock – på en fortsatt generell nivå – dra resonemanget till sin spets.

De skäl som brukar åberopas för kostnadstäckning i den allmänna processen gör sig, enligt min uppfattning, starkt gällande *när den enskilda står som vinnande part* i en förvaltningsprocess. Att en enskild aldrig kan få sina kostnader ersatta vid en processvinst riskerar nämligen att (1) äventyra processens funktion, exempelvis därför att enskilda inte kan anlita biträde trots att de har behov av biträde. Att kostnadsersättning aldrig utgår riskerar också att (2) ge upphov till oskäliga/stötande resultat, exempelvis därför att endast vissa enskilda kommer att åsamkas kostnader för att utkräva sina rättigheter genom domstol (vilket leder till olikbehandling). Dessa två argument har motiverat avvikande kostnadsreglerna i skattemål, men är enligt min uppfattning applicerbara på många fler förvaltningsmål. Samma argument talar dock inte för att stat och kommun skall hållas skadelös *när det allmänna står*

¹²⁶⁹ I fastighetsbildningsmål mellan en enskild och en företrädare för ett allmänt intresse kan likaså den enskilda parten få ersättning vid synnerliga skäl, men är – med hänvisning till den processavskräckande effekten – inte underkastad något kostnadsansvar vid förlust. På samma sätt förhåller det sig i – efter HD:s avgörande i NJA 2015 s. 374 – i domstolsärenden där en enskild har en allmän motpart. Se till det sagda avsnitt 4.9.1 ovan.

som vinnande part. I skattemål tillämpas därför principen om full kostnadstäckning endast till den skattskyldiges fördel. Det sagda motiverar att ensidig tillämpning av principen om full kostnadstäckning till den enskilda partens fördel.

De skäl som brukar åberopas för kvittning i allmän domstol gör sig däremot gällande när den enskilda står som tappande part i en förvaltningsprocess. Att en enskild alltid måste ersätta det allmännas kostnader vid en processförlust skulle nämligen (1) äventyra processens funktion, exempelvis genom att ge upphov till en alltför processavskräckande effekt (såvida ersättningskyldigheten inte begränsas till vissa kostnadsposter och/eller till visst belopp). En sådan ordning riskerar förstås att gå ut över den enskilda parten, men det finns också ett allmänintresse i att felaktiga beslut korrigeras, vilket i sin tur förutsätter att enskilda vågar överklaga. Därtill kan anföras att det allmänna många gånger har ett intresse av att rättsläget klargörs genom praxis, vilket likaså förutsätter att enskilda vågar föra talan inför domstol. Att den enskilda – när rättsläget är oklart till följd av otydlig lagstiftning – får stå det allmännas kostnader för att rättsläget skall klargöras, kan också (2) betraktas som stötande. Samma argument talar dock inte för att det allmänna skall hållas skadelös när det allmänna står som tappande part. Det sagda motiverar en ensidig tillämpning av kvittningsprincipen till den enskilda partens fördel.

Applicerar vi de traditionella argumenten för/mot full kostnadstäckning respektive kvittning på förvaltningsprocessen, finns det sammanfattningsvis skäl att införa en ensidig/skev fördelningsregel, som verkar till den enskilda partens fördel. Givet de intressen som ligger till grund för principen om full kostnadstäckning/kvittning bör således det allmänna, å ena sidan, underkastas ett kostnadsansvar vid en processförlust, vilket kan villkoras till att endast omfatta skäligen påkallade kostnader. Principen om full kostnadstäckning tillämpas då till den enskilda partens fördel som vinnande part/det allmännas nackdel som tappande part. En sådan ordning förutsätter *inte* att den enskilda parten också underkastas ett motsvarande kostnadsansvar vid en processförlust – tvärtom bör kostnaderna vid en sådan utgång kunna kvittas, antingen helt (som i taxeringsprocessen) eller delvis (som i straffprocessen). Kvittningsprincipen tillämpas då till den enskildas fördel som tappande part/det allmännas nackdel som vinnande part.

Jag ser det inte som min uppgift att här formulera den nu föreslagna kostnadsregeln, utan nöjer mig med att konstatera dels att de argument som har motiverat skeva fördelningsregler i den allmänna processen också gör sig gällande i förvaltningsprocessen; dels att det allmännas ansvar kan göras olika långtgående genom olika regelkonstruktioner. Ett antal sådana förslag har också redan lagts fram genom historien: antingen kan man, liksom i skattemål, övergå till kostnadstäckning som huvudregel när den enskilda vinner framgång med sin talan, eller så kan man behålla kvittningsprincipen som huvudregel, men öppna upp för ett undantag där presumptionen mot kvittning kan vara olika stark. Det centrala är att vi kommer bort från rådande ordning, där enskilda aldrig kan få ersättning för sina kostnader alldeles oavsett hur stötande resultat detta medför. Det finns egentligen inga bärande argument mot införandet av en sådan skev fördelningsregel i förvaltningsprocessen, förutom

statsfinansiella skäl. Och det är väl gissningsvis där skon egentligen klämmer. Om så är fallet bör dock statsfinansiella prioriteringar anföras som argument, istället för skenargument (som balansargumentet).

Med detta har vi diskuterat biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna. Att en part – åtminstone i tvistemål och brottmål (samt emellanåt även i skattemål) – kan erhålla ersättning av motparten innebär att vinnande part hålls skadelös för de kostnader som rättegången givit upphov till, däribland kostnader för juridiskt biträde. Annorlunda uttryckt medför principen om full kostnadstäckning – på gott och ont – att den vinnande parten kan ”genomdriva sin rätt” på den tappande partens bekostnad. För människor som inte har några, eller endast begränsade, medel är dock en dylik rätt till kostnadsersättning *efter processen* av ringa värde, eftersom obemedlade och mindre bemedlade parter helt enkelt inte kan ådra sig några kostnader överhuvudtaget. För att sådana parter skall kunna anlita juridisk hjälp är det därför nödvändigt att biträdeskostnaden avlastas parten i samma stund som den uppstår. I Sverige har det också länge ansetts vara samhällets ”plikt” att i vissa fall utge ersättning för sådana kostnader redan *under processen*. Detta genom ett system med allmän rättshjälp i vid mening, som vi nu kommer att studera i nästföljande kapitel.

5. OFFENTLIG FINANSIERING

CADE: Be brave, then; for your captain is brave, and vows reformation. There shall be in England seven halfpenny loaves sold for a penny: the three-hooped pot; shall have ten hoops and I will make it felony to drink small beer: all the realm shall be in common; and in Cheapside shall my palfrey go to grass: and when I am king, as king I will be, there shall be no money; all shall eat and drink on my score; and I will apparel them all in one livery, that they may agree like brothers and worship me their lord.

DICK: The first thing we do, let's kill all the lawyers.

– Shakespeare, *King Henry the Sixth*

5.1 Introduktion

Med rättshjälp ("Legal Aid") avses – i vidsträckt bemärkelse – att det allmänna avlastar den enskilda parten hela eller delar av dennas rättegångskostnad, vilket kan ske på två sätt: för det första genom att staten befriar den enskilda från betalningsansvar avseende vissa avgifter som parten annars vore skyldig att betala till det allmänna;¹²⁷⁰ för det andra genom att staten betalar vissa kostnadsposter, såsom kostnaden för bevisning och utredning,¹²⁷¹ medling,¹²⁷² och sist men inte minst, kostnaden för rättsligt biträde. Den förstnämnda typen av rättshjälp har funnits under mycket lång tid och är avsedd att garantera tillträde till domstol i formell mening, genom att inte hindra fattiga människor från att exempelvis ansöka om stämning. Den sistnämnda typen av rättshjälp är av senare datum och syftar snarare till att göra domstolarna faktiskt tillgängliga för alla människor på – åtminstone någorlunda – lika villkor, men också till att säkerställa det allmänna intresset av "rättsssäkerhet"/en "rättsvis rättegång".¹²⁷³

I Sverige är rättshjälpen – förstådd i ovan angiven bemärkelse – fragmenterad på så vis, att regler av "rättshjälpskaraktär" finns spridda i en rad olika lagar, utan någon egentlig systematik. Rättshjälpslagen kan dock betraktas som stommen i det

¹²⁷⁰ Se RhjL 19 § och härtill prop. 1996/97:9 s. 154.

¹²⁷¹ Ang. kostnader för bevisning; se RhjL 16-17 §§ och vidare i prop. 1996/97:9 s. 146 ff.

¹²⁷² RhjL 18 § och RB 42 kap. 17 §.

¹²⁷³ Se exv. Breger (N.C. L. Rev. 60/1981-82) s. 288 och dir. 2013:12, i SOU 2014:82 bil. 1 s. 440, där regeringen konstaterade att "[m]öjligheten till juridiskt biträde [ytterst syftar] till att den enskilde ska få en rättsvis rättegång".

offentliga ersättningsystemet,¹²⁷⁴ och den ”förmån”¹²⁷⁵ som här tilldrar sig intresse är att staten förordnar ett så kallat *rättshjälpsbiträde* åt den enskilda, vilket innebär att parten avlastas (hela/stora delar av¹²⁷⁶) sin biträdeskostnad.¹²⁷⁷

Såvitt avser kostnaden för juridiskt biträde kan dock den enskilda erhålla offentlig finansiering också utanför rättshjälpslagens ramverk, genom att – beroende på måltyp – förordnas en *offentlig försvarare*, ett *målsägandebiträde* eller ett *offentligt biträde*.¹²⁷⁸ Som kommer att utvecklas nedan är dessa institut numera skilda från varandra och underkastade reglering i separata lagar, närmare bestämt i rättegångsbalken samt i de särskilda lagarna om målsägandebiträde respektive offentligt biträde.¹²⁷⁹ Oavsett vilken utav dessa lagar som ett visst institut är reglerat i är det dock, i grund och botten, frågan om rättshjälp i samtliga fall.¹²⁸⁰ Förvisso uppvisar de olika systemen en del skillnader – framförallt vad avser kopplingen till partens inkomstförhållanden¹²⁸¹ – men de gemensamma dragen är fler, enligt vad jag kort kommer att utveckla i detta introducerande avsnitt.

5.1.1 Budgetanslaget för rättsliga biträden m.m. – en överblick

Den minsta gemensamma nämnaren såvitt avser den typen av biträdesfinansiering som diskuteras i detta kapitel är att biträdeskostnaderna – vid ett offentligt förordnande – helt eller delvis betalas av det offentliga.¹²⁸² Oavsett vilken typ av förordnande det är frågan om belastar också dessa kostnader samma budgetanslag, närmare bestämt anslaget (1:12) *Rättsliga biträden m.m.*,¹²⁸³ inom utgiftsområde (4)

¹²⁷⁴ Jfr dock vid fn. 1288 nedan ang. hur kostnaderna för rättsliga biträden fördelar sig mellan de olika instituten.

¹²⁷⁵ Se RhjL 15-20 §§, som sammanförs under rubriken ”Förmåner som ingår vid rättshjälp”.

¹²⁷⁶ Även den som uppbär rättshjälp kommer att självfinansiera sin rättegång till viss del, genom att erlagga s.k. ”rätts-hjälpsavgifter” enligt RhjL 23 §. Storleken på dessa är avhångiga den enskildas inkomstförhållanden, och varierar mellan 2-40 procent av kostnaderna. Om den som uppbär rättshjälp är underårig kan dock avgiften efterges helt.

¹²⁷⁷ Se RhjL 15 §, som anger att staten betalar kostnaderna för rättshjälpsbiträdet. Notera dock att denna förmån, som utgångspunkt, endast omfattar ersättning för arbete i högst 100 timmar (se emellertid 34 § och härtill exv. NJA 2000 s. 390, NJA 2007 s. 752 och NJA 2007 s. 987).

¹²⁷⁸ Att staten betalar kostnaden för dessa former av biträden framgår av RB 21 kap. 10 §, LMB 5 § och LOB 4 §. Offentligt finansierat biträde förekommer också i andra former än de nu nämnda. Enligt FB 20 kap. 2 a § kan således ett s.k. *rättegångsbiträde* förordnas i ärenden om anordnande av förvaltarskap eller utvidgning av ett förvaltarskap, och i ärenden om hemliga tvångsmedel kan ett s.k. *offentligt ombud* utses enligt reglerna i RB 27 kap. 28 §. Från de senare formerna av offentligt finansierat biträde kommer jag dock att bortse i det följande.

¹²⁷⁹ Jfr prop. 1996/97:9 s. 81 där det, med åsyftan på ÅRhL, konstaterades att ”[d]agens rättshjälpsystem är komplicerat och svårtillgängligt. Som vi redovisat i det föregående finns flera lagar som reglerar rättsligt bistånd. I rättshjälpslagen finns flera olika former av rättshjälp, bl.a. allmän rättshjälp och offentligt biträde. Målsägandebiträde är en form av rättsligt bistånd men räknas inte som rättshjälp medan däremot offentlig försvarare som regleras i rättegångsbalken anses vara en form av rättshjälp.” Denna beskrivning är alltså träffande, men med den skillnaden att offentliga försvarare och offentliga biträden idag inte är reglerade i RhjL och inte heller betraktas som en form av rättshjälp.

¹²⁸⁰ Jfr prop. 1996/97:9 s. 78, där det anfördes att rättshjälp enligt ÅRhL lämnades ”i fyra olika former: allmän rättshjälp, rättshjälp åt misstänkt i brottmål, rättshjälp genom offentligt biträde samt rådgivning”, med tillägget att ”kostnader för offentlig försvarare och målsägandebiträde [också betalas] från rättshjälpsanslaget”.

¹²⁸¹ Detta sammanhänger med att det i vissa måltyper anses vara ett allmänintresse att den enskilda parten har tillgång till biträde, varför ett sådant kan förordnas även om parten själv har råd att bära kostnaden; se avsnitt 5.7 nedan.

¹²⁸² Se fn. 1277-1278 ovan.

¹²⁸³ Jfr SOU 2014:86 s. 51.

Rättsväsendet. Som en bakgrund till den intressekonflikt som förevarande kapitel i mångt och mycket kretsar kring kommer jag i detta avsnitt att ge en översiktlig bild över det aktuella anslaget, för att därefter utveckla de motstående intressen som ger upphov till konflikten: å ena sidan intresset av kostnadseffektivitet och å andra sidan de delvis överlappande intressena av jämlikhet/rättssäkerhet.

I budgetpropositionen för 2017 omfattar statens utgifter för rättsväsendet drygt 42 miljarder kronor, fördelade på totalt 18 ramanslag.¹²⁸⁴ De fem största anslagen är som följer:

<i>Anslag</i>	<i>Utgiftsområde 4. Rättsväsendet</i>	<i>År 2017 (kr)</i>
1:1	Polisorganisationen	21 922 144 000
1:3	Åklagarmyndigheten	1 473 459 000
1:5	Sveriges Domstolar	5 519 637 000
1:6	Kriminalvården	8 346 747 000
1:12	Rättsliga biträden m.m.	2 338 657 000

Av det totala anslaget till rättsväsendet går alltså omkring hälften till polisen (1:1).¹²⁸⁵ På andra plats kommer Kriminalvården (1:6) och på tredje plats Sveriges Domstolar (1:5). Anslaget till rättsliga biträden (1:12) är det fjärde största, följt av (1:3) Åklagarmyndigheten.

Ramanslaget för rättsliga biträden (märk väl: ”med mera”) disponeras i sin tur av Domstolsverket enligt regeringens regleringsbrev till Sveriges Domstolar. Genom detta regleringsbrev specificeras det i detalj, genom hänvisning till olika lagrum, vilka kostnader som får avräknas mot anslaget.¹²⁸⁶ Hit hör en lång rad kostnadsposter,¹²⁸⁷ där ersättning till offentligt finansierade biträden av olika slag är den största – men inte den enda – posten. I Sveriges Domstolars budgetunderlag för åren 2017-2019 redovisas denna kostnad, avseende föregående femårsperiod, enligt följande:¹²⁸⁸

¹²⁸⁴ Prop. 2016/17:1 bil. 7.

¹²⁸⁵ Notera att ”polisorganisationen” inte inkluderar SÄPO eller EBM. Dessa myndigheter har således egna anslag, som råkar vara de sjätte-sjunde största efter de nu nämnda. Se anslagen (1:2) Säkerhetspolisen (1 291 510 tkr) resp. (1:4) Ekobrottsmyndigheten (648 449 tkr).

¹²⁸⁶ Se regeringsbeslut 1:16, *regleringsbrev för budgetåret 2016 avseende Sveriges Domstolar*, under rubriken ”Finansiering” (s. 5 ff.). Se även SOU 2014:86 s. 63 f. för en redogörelse över hur anslaget styrs.

¹²⁸⁷ Utöver ersättning till biträden omfattar anslaget ersättningar till särskilda företrädare för barn, bodelningsförrättare, boupppteckningsförrättare, konkursförvaltare, likvidatorer, tolkar, medlare, god man, parter/målsäganden, vittnen och sakkunniga, samt kostnader för översättning och delgivning av vissa handlingar, liksom vissa utrednings- och beviskostnader. Se regleringsbrevet till Sveriges Domstolar samt därtill SOU 2014:86 s. 64 ff., för en mer pedagogisk redogörelse över anslagets användningsområde.

¹²⁸⁸ Se Domstolsverkets *budgetunderlag 2017-2019* (dnr 1820-2015) s. 29.

<i>Kostnadsutveckling för anslaget 1:12 (mnkr)</i>	<i>2011</i>	<i>2012</i>	<i>2013</i>	<i>2014</i>	<i>2015</i>
Offentlig försvarare	1 115	1 211	1 252	1 352	1 384
Målsägandebitråde	221	245	259	275	303
Rättshjälpsbiträde	214	228	247	257	274
Offentligt biträde	131	142	157	167	167
Konkursförvaltare	136	125	123	149	173
Utgifter för bevisning, tolkar och parter	129	143	144	152	167
Övriga utgifter	56	65	78	81	78
<i>Totalt:</i>	<i>2 002</i>	<i>2 157</i>	<i>2 260</i>	<i>2 432</i>	<i>2 545</i>

Av tabellen framgår att kostnaden för offentliga försvarare är den överlägset största kostnadsposten (1 384 miljoner kronor år 2015) – betydligt högre än kostnaderna för målsägandebitråde, rättshjälpsbiträde och offentligt biträde tillsammans (744 miljoner kronor år 2015). Bilden ovan är dock inte rättvisande, eftersom statens kostnader för offentligt biträde inte enbart belastar anslaget (1:12) inom utgiftsområde (4). När ett offentligt biträde förordnas enligt utlänningslagen hänförs nämligen inte kostnaden till rättsväsendet, utan till utgiftsområde (8) *Migration*, och belastar där anslagen (1:5) *Rättsliga biträden m.m. vid domstolsprövning i utlänningsmål* samt (1:6) *Offentligt biträde i utlänningsärenden*. I själva verket är därför kostnaden för offentligt biträde den näst högsta efter försvararkostnaden.¹²⁸⁹ Till följd av flyktingkrisen har också kostnaderna för offentliga biträden i utlänningsmål och -ärenden ökat mer än övriga kostnadsposter, och i 2017 års budgetproposition uppgår de tillsammans till drygt 650 miljoner, vilket således måste adderas till den totala bilden:

<i>Anslag</i>	<i>Utgiftsområde 8. Migration (mkr)</i>	<i>2017</i>
1:5	Rättsliga biträden m.m. vid domstolsprövning i utlänningsmål	256
1:6	Offentligt biträde i utlänningsärenden	396
<i>Totalt:</i>		<i>652</i>

För att få en uppfattning om hur mycket offentligt finansierade biträden kostar staten ett visst år måste vi sammanfattningsvis först subtrahera kostnaderna för allt som faller under ”med mera” från anslaget (1:12) inom utgiftsområde (4), det vill säga kostnader för tolkar, vittnen, parter, inställelse, etcetera, och därefter addera kostnaderna för offentliga biträden i utlänningsmål- och ärenden enligt anslagen (1:5-6) inom utgiftsområde (8), till den del dessa kostnader de facto avser offentliga biträden (och inte andra kostnader i restkategorin ”med mera”). Oavsett hur hög

¹²⁸⁹ SOU 2014:86 s. 70.

den exakta siffran då blir kan vi med säkerhet konstatera att kostnaderna för år 2016 kommer att bli högre än år 2015, och ännu högre år 2017.¹²⁹⁰ Framtiden förutspås bäst i ljuset av historien,¹²⁹¹ och Domstolsverkets utfallsprognos för de kommande tre åren ger följande bild (med beaktande av antagen utveckling av timkostnadsnormen):

<i>Utfallsprognos för anslaget 1:12 (mnkr)</i>	<i>2016</i>	<i>2017</i>	<i>2018</i>	<i>2019</i>
Offentlig försvarare	1 438	1 502	1 568	1 648
Målsägandebitråde	321	341	363	389
Rättshjälpsbiträde	293	320	349	378
Offentligt biträde	182	194	211	228
<i>Totalt:</i>	<i>2 234</i>	<i>2 357</i>	<i>2 491</i>	<i>2 643</i>

Adderar vi kostnaderna för offentliga biträden i utlänningsmål och -ärenden – som inte är inkluderade i ovanstående prognos – kommer vi alltså snart att nå en total samhällskostnad på över 3 miljarder kronor per år för rättsliga biträden i olika domstolsprocesser. Detta är naturligtvis mycket pengar, vilket förklarar varför *kravet på kostnadskontroll/dämpning träffar samtliga de regelverk vi skall diskutera i detta kapitel*, enligt vad jag nu skall utveckla.

5.1.2 Å ena sidan: Intresset av kostnadskontroll och kostnadsdämpning

Att kostnaderna för rättsliga biträden betalas av staten enligt ovan medför att de är föremål för samma statsfinansiella överväganden som övriga delar av statsbudgeten. Följande passage ur Zuckermans *Justice in Crisis* förtjänar härvid att återges, som en ram för den fortsatta diskussionen:

”Most people would agree that it would be absurd to say that we are entitled to the best legal procedure regardless of the expense, when we cannot reasonably claim the best possible health service or the best possible transport system. But ... it would be equally absurd to say that the state need not provide any resources in order to achieve rectitude of decision. Since neither of these extremes is sustainable, what we can reasonably claim for procedure lies somewhere between the extremes. As

¹²⁹⁰ Se även Domstolsverkets rapport (2009:5), *Utgiftsutvecklingen för rättsliga biträden*, där DV bl.a. konstaterar (s. 6), att utgifterna på anslaget 1:12 de senaste åren har ”ökat drastiskt”. Hur höga de totala kostnaderna blir ett visst år är avhängigt flera faktorer: antalet förordnanden, förordnandenas längd (antalet debiterade timmar/förordnande) samt timkostnadsnormens storlek (arvodets storlek/debiterad timme). Skall man förstå den totala ökningen måste man därmed beakta samtliga dessa faktorer. Jfr SOU 2014:86 s. 70 och DV:s *budgetunderlag 2017-2019*, s. 30.

¹²⁹¹ Jfr SOU 1958:40 s. 22: ”I 1917 års betänkande beräknades statsverkets nettokostnader för den fria rättegången komma att uppgå till omkring 75 000 kronor per år. Det visade sig emellertid, att statsverkets kostnader år för år betydligt stegrades. Under budgetåret 1927-1928 hade statsverkets nettoutgifter härför ökat till 516 000 kronor. Bruttokostnaderna samma budgetår utgjorde 565 000 kronor, varav 380 000 kronor arvoden och reseersättningar åt rättegångsbiträden.”

Dworkin has observed, we are entitled to expect procedures which strive to provide a reasonable measure of protection of rights, commensurable with the general resources that the community has and relative to other public facilities that the community needs to provide.”¹²⁹²

I en utopi, där det fanns tillräckligt med pengar i statskassan för att tillgodose alla samhällsliga behov, hade förmodligen intresset av att kontrollera/dämpa statens kostnader för rättsliga biträden inte varit fullt så framträdande. I den krassa verkligheten (”rådande statsfinansiella läge”¹²⁹³) kan dock varje skattekrona som *inte* spenderas på advokater – naturligtvis mycket förenklat – istället spenderas på andra (underfinansierade) sektorer, såsom utbildning, sjukvård, äldreomsorg, försvar, infrastruktur och så vidare.¹²⁹⁴ Följaktligen löper, av högst förklarliga skäl, intresset av kostnadskontroll och kostnadsdämpning som en röd tråd genom rättshjälpens utveckling – från det att staten tog på sig ett kostnadsansvar för enskildas biträdeskostnader genom 1919 års lag om fri rättegång, till dags dato.¹²⁹⁵ Det sagda illustreras tydligt i regeringens utredningsdirektiv till den så kallade Biträdeskostnadsutredningen:

”Utgifterna på anslaget har som konstaterats ökat kraftigt och utgör en stor kostnad för staten. Staten har en skyldighet att hushålla med de medel som finns och att se till att de används där behovet är som störst. Det gäller även de medel som belastar anslaget 1:12 *Rättsliga biträden m.m.* En samlad översyn av utgifterna inom anslaget bör därför göras.”¹²⁹⁶

Den ”samlade översyn” som aviserades i 2013 års direktiv utmynnade sedermera i betänkandet *Rättvisans pris* (SOU 2014:82), som är den senaste offentliga utredningen på området. I denna utredning förekommer ordet ”kostnadsdämpande” över 30 gånger (och ibland mer än en gång på samma sida).¹²⁹⁷ Till utredningens konkreta

¹²⁹² Zuckerman (1999) s. 8.

¹²⁹³ Se t.ex. prop. 1983/84:23 s. 11: ”I rådande statsfinansiella läge är det angeläget att försöka hejda ökningen av statens utgifter för offentliga försvarare.” Detta ”rådande läge” tycks dock vara mer eller mindre konstant. Se vidare avsnitt 5.7.1, där jag på ett mer nyanserat sätt diskuterar intresset av kostnadsdämpning.

¹²⁹⁴ Så enkelt är det naturligtvis inte, eftersom det många gånger kan vara ekonomiskt lönsamt för staten att förse enskilda parter med en advokat, exv. för att effektivisera processen och på så vis minska domstolens kostnader. Detta framhålls exv. i UN GA A/RES/67/187 (2013), *Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*, i följande ordalag (p. 3-4): ”A functioning legal aid system, as part of a functioning criminal justice system, may reduce the length of time suspects are held in police stations and detention centers, in addition to reducing the prison population, wrongful convictions, prison overcrowding and congestion in the courts, and reducing reoffending and revictimization. [...] Legal aid can be utilized to contribute to the prevention of crime by increasing awareness of the law. Legal aid plays an important role in facilitating diversion and the use of community-based sanctions and measures, including non-custodial measures; promoting greater community involvement in the criminal justice system; reducing the unnecessary use of detention and imprisonment; rationalizing criminal justice policies; and ensuring efficient use of State resources.”

¹²⁹⁵ Som kommer att framgå i det följande har i princip samtliga reformer, som på senare år har träffat budgetanslaget för rättsliga biträden, genomförts med ett antingen explicit eller implicit syfte att nedbringa statens kostnader; bland de senaste exemplen kan anföras prop. 2004/05:41. Att vissa reformer *inte* har verkställts – trots att reformbehovet är allmänt vitsordat och reformkrav har framställts under flera decennier – kan på motsvarande sätt förklaras av att de med nödvändighet skulle föranleda ökade kostnader (varvid en vanlig ”strategi” tycks vara att hänskjuta frågan till kommande utredningar; se exv. SOU 1971:76 s. 73, SOU 1991:106 del A s. 637 f., prop. 1971:30 s. 267 och prop. 1993/94:151 s. 133).

¹²⁹⁶ Dir. 2013:12, i SOU 2014:82 bil. 1 s. 442 f.

¹²⁹⁷ Se SOU 2014:86 s. 3, 13, 19, 53, 121, 152, 160, 180, 281, 293, 319, 331, 333, 337, 384, 385, 386, 389, 390, 395, 410, 439, 442, 443 och 445 (ibland omskrivet som en ambition att ”dämpa kostnaderna”/”dämpa kostnadsökningarna”).

förslag får vi anledning att återkomma i den fortsatta diskussionen. Här är det tillräckligt att notera departementschefens allmänna ambition i direktiven – *att spara pengar över (i princip) hela anslaget*.¹²⁹⁸

5.1.3 Å andra sidan: Intresset av ”rättssäkerhet” (och jämlikhet m.m.)

Direktiven till Biträdeskostnadsutredningen försågs dock med en viktig reservation: ”Utgångspunkten” för utredarens arbete skulle nämligen vara, att rättssäkerheten garanterades.¹²⁹⁹ Detta uttalande illustrerar tämligen väl statens ingång i det ämne som detta kapitel handlar om: Ambitionen från lagstiftarens sida har under många år varit att betala *så lite som möjligt* för rättsliga biträden, vilket har resulterat i just kontinuerliga åtstramningar inom de olika regelverken. *Hur lite* det är möjligt att betala måste dock bestämmas med hänsyn tagen till en rad motstående intressen. Att staten tillhandahåller (eller åtminstone subventionerar) rättsliga biträden är nämligen inget självändamål, utan utgör snarare ett medel varigenom lagstiftaren kan säkerställa en rad andra (ultimära¹³⁰⁰) mål. Vissa av dessa har skiftat med tiden (”jämlikhet”), medan andra framstår som mer stabila (”rättssäkerhet”). Till dessa intressen, som således har åberopats som argument *för* offentlig finansiering, får jag anledning att återkomma avslutningsvis i detta kapitel.

5.1.4 Biträdesbehovet – i brytpunkten mellan motstående intressen

Att samma avvägning genomsyrar alla de regelverk som sorterar under budgetanslaget för rättsliga biträden har avslutningsvis medfört att dessa har givits en mer eller mindre enhetlig utformning – åtminstone regeltekniskt. Rätten till offentligt finansierat biträde har nämligen, över hela linjen, anknutits till partens *biträdesbehov*, vilket är den sista gemensamma nämnaren som jag här vill uppmärksamma mellan de olika regelverken. Det sagda kan illustreras genom följande uppställning:

Rättshjälpsbiträde: Enligt rättshjälpslagen får rättshjälp beviljas om den rättssökande *behöver* juridiskt biträde och detta *behov* inte kan tillgodoses på annat sätt.¹³⁰¹

¹²⁹⁸ Se dir. 2013:12, i SOU 2014:82 bil. 1 s. 439: ”I uppdraget ingår särskilt att se över om det är befogat att i någon mån begränsa tillgången till offentlig försvarare och målsägandebiträde för vissa fall, överväga en skärpning av reglerna kring återbetalningsskyldighet för dömda, föreslå begränsningar av möjligheten till byte av offentlig försvarare, överväga att justera inkomstgränsen och avgifterna vid rättshjälp [osv., etc., m.m.]”

¹²⁹⁹ Dir. 2013:12, i SOU 2014:82 bil. 1 s. 440. Samma förbehåll känner vi – nästintill ordagrant – igen från tidigare utredningsdirektiv. Se exv. dir. 1981:75, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 246: ”Kommittén bör undersöka om förutsättningar för att förordna offentlig försvarare kan stramas åt *utan att berättigade rättssäkerhetsknäv åsidosätts*.”

¹³⁰⁰ Se Hellners distinktion mellan primära och ultimära mål i Hellner, Jan, *Värderingar inom skadeståndsrätten*, i Hessler, Henrik (red.), *Festskrift till Per-Olof Ekelöf* (1972) s. 299-335. Med ultimära mål avser Hellner (a.a. s. 304) ”de högsta målen, de som vi eftersträvar på lång sikt”. Samma distinktion används av Schultz, Märten, *Skadeståndsrätt och skatterätt* (JT 3/2003-04) s. 653-659 (s. 657).

¹³⁰¹ RhjL 7 §.

Offentlig försvarare: Enligt rättegångsbalken skall en offentlig försvarare förordnas (1) om den misstänkta är i *behov* av försvarare med hänsyn till utredningen av brottet; (2) om försvarare *behövs* med hänsyn till att det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas; samt (3) om det i övrigt föreligger *särskilda skäl*.¹³⁰² För unga lagöverträdare gäller istället, att en offentlig försvarare skall förordnas om den unga *inte uppenbart saknar behov* av försvarare.¹³⁰³

Målsägandebitråde: Enligt lagen om målsägandebitråde kan ett sådant biträde förordnas åt målsäganden (1) vid alla sexualbrott, om inte målsäganden *uppenbart saknar behov* av biträde; (2) vid brott mot målsägandens liv och hälsa, frid och frihet samt vid rån, om det kan antas att målsäganden *har behov* av biträde; samt (3) vid alla andra brott på vilka fängelse kan följa om det kan antas att målsäganden har ett *särskilt starkt behov* av biträde.¹³⁰⁴

Offentligt biträde: Enligt lagen om offentligt biträde skall ett sådant biträde förordnas i ett mål eller ärende enligt särskilda föreskrifter i lag.¹³⁰⁵ Dessa särskilda föreskrifter hittar vi framförallt i (1) tvångsvårdslagarna och (2) i utlänningslagen.¹³⁰⁶ Enligt dessa lagar skall ett offentligt biträde förordnas åt den som åtgärden avser, om den enskilda *har behov* av biträde eller åtminstone *inte saknar behov* av biträde.¹³⁰⁷

Genom användandet av behovsrekvisit har lagstiftaren således försökt att skapa den eftersträlvade balansen mellan å ena sidan kostnadseffektivitet (i bemärkelsen ”god hushållning med samhällets resurser”) och å andra sidan de motstående intressen som i en viss situation motiverar att offentlig finansiering kan utgå. Tanken är helt enkelt att domstolen i varje enskilt fall skall tillse att biträden endast förordnas för allmänna medel *när det verkligen behövs*.¹³⁰⁸

I teorin avviker inte ovanstående ordning från vad som gäller när den ena parten istället erhåller ersättning av motparten, eftersom domstolen – med tillämpning av de fördelningsprinciper som jag har redogjort för i föregående kapitel – skall pröva huruvida kostnaden skäligen har varit påkallad i det enskilda fallet. Vissa skillnader framträder dock: I praktiken måste det nämligen vara betydligt mycket svårare att göra denna prövning *innan* processen (vid förordnande av offentligt finansierade

¹³⁰² RB 21 kap. 3 a § 2 st. Enligt 1 st. är rätten till försvarare ovillkorlig i vissa situationer, eftersom lagstiftaren i dessa har ansett att den enskilda alltid har behov av försvarare; jfr vid fn. 117 ovan.

¹³⁰³ LUL 24 §.

¹³⁰⁴ LMB 1 §.

¹³⁰⁵ LOB 1 §.

¹³⁰⁶ Offentliga biträden kan även förordnas vid förverkande av villkorligt medgiven frihet enligt brottsbalken (1962:700) (”BrB”) 37 kap. 9 § samt enligt lagen (1944:133) om kastrering 9 §, enligt lagen (1993:388) om införande av lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade 7 §, enligt lagen (1988:688) om besöksförbud 7 a §, enligt lagen (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff med mera 36 § och enligt lagen (1972:260) om internationellt samarbete rörande verkställighet av brottmålsdom 27 §. Den fortsatta framställningen kommer dock att fokusera på utlännings- och tvångsvårdslagarna. Se, beträffande kategorin ”övriga mål/ärenden”, Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 217 ff.

¹³⁰⁷ Se LUV 39 §, LVM 42 §, LPT 38 a §, LRV 22 a och UtL 18 kap. 1 § 1 st. Liksom vid förordnande av offentlig försvarare enligt RB 21 kap. 3 a § 1 st., är rätten till offentligt biträde i vissa undantagsfall ovillkorlig enligt utlänningslagen 18 kap. 1 § 2-3 st. samt 1 a §.

¹³⁰⁸ Som framgått ovan är rätten till biträde endast i ett fåtal fall ovillkorlig, dvs. undandragen domstolens behovsprövning; se RB 21 kap. 3 a § 1 st. samt UtL 18 kap. 1 § 2-3 st. och 1 a §.

biträden), än *efter* processen (vid fördelningen av biträdeskostnaderna mellan parterna). Av allt att döma skiljer sig också behovsbedömningarna åt beroende på vilket ”ersättningssystem” vi diskuterar. Detta yttrar sig på så vis, att en part som exempelvis har nekats rättshjälp/offentlig försvarare på den grunden att parten anses *sakna behov* av biträde (före processen), alltså kan beviljas ersättning av motparten för sina *skäligen påkallade* biträdeskostnader (efter processen). Det sagda kan ställas upp enligt följande:

<i>Ersättning av staten (före processen)?</i>	<i>Ersättning av motparten (efter processen)?</i>
<p>”Offentlig försvarare skall ... förordnas om den misstänkte <i>är i behov</i> av försvarare med hänsyn till utredningen om brottet [eller] om försvarare <i>behövs</i> med hänsyn till att det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas ...”¹³⁰⁹</p>	<p>”Om den tilltalade frikänns i ett mål ... kan rätten besluta att den tilltalade ska få ersättning av allmänna medel för sina kostnader för försvarare ... under förutsättning att kostnaderna <i>skäligen varit motiverade</i> för att den tilltalade skulle kunna ta tillvara sin rätt.”¹³¹⁰</p>
<p>”Rättshjälp får beviljas om den rättssökande <i>behöver</i> juridiskt biträde utöver rådgivning och detta <i>behov</i> inte kan tillgodoses på annat sätt.”¹³¹¹</p>	<p>”Ersättning för rättegångskostnad skall fullt motsvara kostnaden för ... ombud eller biträde, såvitt kostnaden <i>skäligen varit påkallad</i> för tillvaratagande av partens rätt.”¹³¹²</p>

Det tycks med andra ord inte finnas någon koppling mellan den behovsbedömning som sker före respektive efter processen: En kostnad för (privat) försvarare kan vara *skäligen motiverad* trots att den misstänkta tidigare har ansetts *sakna behov* av (offentlig) försvarare. Och i tvistemål kan kostnad för biträde betraktas som *skäligen påkallad* trots att parten tidigare har ansetts *sakna behov* av (rättshjälp) biträde, och därför nekats rättshjälp. De två systemen följer såtillvida olika logiker, förutom i förvaltningsprocessen där behovsbedömningen tycks falla ut på samma sätt. Eftersom parten saknar behov av biträde kan ett rättshjälpsbiträde som huvudregel inte förordnas, och samma argument har som bekant motiverat kvittningsprincipens tillämpning mellan parterna. Detta förklarar dock inte varför ett biträdesbehov presumeras i de fåtalet förvaltningsrättsliga mål- och ärendetyper som omfattas av systemet med offentliga biträden (eller, för den delen, varför kostnadsersättning kan utgå efter processen i skattemål).

Mot denna bakgrund kommer jag i återstoden av detta kapitel att diskutera under vilka närmare förutsättningar ett offentligt finansierat biträde kan förordnas, varvid mitt huvudsakliga fokus ligger på just behovsrekvisiten. Min ambition är dock att också identifiera och diskutera de ändamålsskal som ligger till grund för regelverket.¹³¹³ Att staten måste prioritera mellan olika var för sig angelägna utgiftsområden

¹³⁰⁹ RB 21 kap. 3 a § 2 st.

¹³¹⁰ RB 31 kap. 2 §.

¹³¹¹ RhjL 7 §.

¹³¹² RB 18 kap. 8 §.

¹³¹³ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280, citerad i fn. 482 ovan.

framstår som tämligen naturligt¹³¹⁴ – den intressanta frågan är dock *hur avvägningen görs*.¹³¹⁵ Varför har likartade problem fått olikartade lösningar i olika måltyper? Vilka intresseavvägningar har motiverat att offentlig finansiering kan utgå i vissa måltyper, men inte i andra?

Kapitlet är i princip disponerat i linje med ovanstående förteckning över de offentliga finansieringsformerna. Jag kommer således att ta avstamp i rättshjälpslagen, genom att diskutera förordnande av rättshjälpsbiträde (5.2). Därefter tar jag mig i tur och ordning an de övriga – delvis överlappande, delvis fristående – systemen med offentlig försvarare, målsägandebiträde och offentligt biträde (5.3-5). På så vis blir framställningen de facto också indelad efter måltyper. Något förenklat kan nämligen rättshjälpsbiträden – åtminstone i praktiken – endast förordnas i tvistemål medan offentliga försvarare/målsägandebiträden i princip endast förekommer i brottmål. Offentliga biträden, till sist, kan endast förordnas i (ett fåtal) förvaltningsmål. Fullt så enkelt är det dock inte, eftersom rättshjälpens fragmentisering i olika institut har medfört en viss överlappning mellan de olika regelverken i relation till respektive processform. Av detta skäl skall jag inleda nästa avsnitt med en översiktlig kronologi över rättshjälpens utveckling – från dess införande genom lagen (1919:367) om fri rättegång,¹³¹⁶ till dags dato. Härigenom hoppas jag kunna måla helhetsbilden, innan vi detaljstuderar enskildheterna.

5.2 Rättshjälpsbiträde

Den allmänna rättshjälpens utveckling i Sverige kan, i modern tid, delas in i tre perioder:

Lagen om fri rättegång (1920-1973): Den första perioden inleddes år 1920, då lagen om fri rättegång trädde i kraft. Genom denna lag infördes institutet ”fri rättegång” i den svenska rättsordningen, och därigenom lades grunden för vad som sedermera skulle utvecklas till ett system med allmän rättshjälp. Lagen var dock förhållandevis restriktiv, genom att utesluta både stora samhällsgrupper och åtskilliga måltyper. Med tiden kom lagen också – av besparingskäl – att utvecklas i en än mer restriktiv riktning (varvid 1929 års reform särskilt bör framhållas).

Äldre rättshjälpslagen (1973-1997): I takt med samhällsutvecklingen vände sedan trenden och lagen om fri rättegång kom att kritiseras för att vara för restriktiv – i synnerhet efter nya rättegångsbalkens ikraftträdande. År 1973 inrättades därför ett nytt rättshjälpsystem av modernt snitt genom den äldre rättshjälpslagen. Detta medförde en avsevärd utvidgning av den allmänna rättshjälpens, som kom att omfatta både fler personer och fler måltyper än tidigare. Med tiden svängde dock åter pendeln; precis som sin föregångare visade sig rättshjälpslagen kosta mer än vad lagstiftaren

¹³¹⁴ Jfr Zuckerman (1999) s. 8, citerad vid fn. 1292 ovan.

¹³¹⁵ Jfr Martinsson (2002) s. 68.

¹³¹⁶ Hädanefter ”LFR”.

förutsett, vilket föranledde en successiv urholkning av den allmänna rättshjälpen under åren som följde.

Nya rättshjälpslagen (1997-idag): Vid 1990-talets ingång var tidsandan en annan än under det ”glada 70-talet”. Den äldre rättshjälpslagen ansågs vara för generös – i bemärkelse kostsam – och detta trots omfattande inskränkningar under 80-talet. För att spara pengar infördes därför den nu gällande rättshjälpslagen, varigenom den allmänna rättshjälpen ”privatiserades”.¹³¹⁷ Lagen gjordes nämligen generellt subsidiär till det privata rättsskydd som vanligtvis finns i hemförsäkringen, och blev därtill föremål för ett flertal ytterligare begränsningar.

Med Lindbloms systematik kan man säga att rättshjälpens utveckling – från uppbyggnad till successiv nedmontering – har följt ett dialektiskt mönster: från ”aldrig” under tiden för den fria rättegången (åtminstone efter 1929 års reform), till ”nästan alltid” vid införandet av den äldre rättshjälpslagen, och nu ”kanske ibland”.¹³¹⁸ Denna beskrivning fångar, enligt min uppfattning, väl utvecklingen inom civilprocessen, men måste nyanseras om vi istället anlägger en helhetssyn. Som kommer att framgå i det följande har nämligen offentligt finansierat biträde i straffprocessen huvudsakligen reglerats vid sidan av rättshjälpslagen – i rättegångsbalken, som sedermera kompletterades av den särskilda lagen om målsägandebiträde. För förvaltningsprocessens vidkommande infördes en rätt till offentligt biträde initialt i utlänningslagstiftningen, varefter systemet utvidgades och blev föremål för enhetlig reglering genom antagandet av den äldre rättshjälpslagen. När den nu gällande rättshjälpslagen antogs bröts dock systemet med offentliga biträden ut ur rättshjälpsystem, för att åter bli föremål för sektorsvis reglering i respektive specialförfattning. Dessa olika regelverk har också följt delvis olika utvecklingsmönster, i praktiken genom att i högre eller lägre grad påverkas av det statsfinansiella intresset av besparingar, vilket i sin tur kan kopplas ihop med de motstående intressen som bär upp respektive system. Låt oss därför vidga perspektivet genom att ta avstamp i 1919 års lag om fri rättegång.¹³¹⁹

5.2.1 Tillbakablick

År 1919 antogs lagen om fri rättegång,¹³²⁰ som bland annat innefattade en *rätt till rättegångsbiträde på det allmännas bekostnad*.¹³²¹ Med åsyftan på tvistemålsprocessen konstaterade Kallenberg, att den nya lagen hade ”sin grund i principen om allas likhet inför lagen”, emedan dess syfte var att göra det möjligt för ”obemedlade och mindre bemedlade personer att genom process häfda sin rätt eller att sätta dem i stånd därtill, utan att de därigenom bringas i oskäligt ekonomiskt trångmål”.¹³²² Av

¹³¹⁷ Se Lindblom (2008a) s. 152 och Lindblom (SvJT 10/2008b) s. 843.

¹³¹⁸ Lindblom (1993c) s. 51.

¹³¹⁹ En utförlig historik över den lagstiftningsprocess som utmynnade i lagen om fri rättegång finns i SOU 1958:40 s. 15 ff.

¹³²⁰ Se härtill prop. 1919:118.

¹³²¹ LRF 2 och 5 §§.

¹³²² Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1594.

samma uppfattning var Ekelöf, som förklarade att även ”den fattige bör åtnjuta rätts-säkerhet”, men att detta ”ej till fullo [blir] fallet, om han ej har möjlighet att hävda sina intressen i processen”.¹³²³ Rätten till biträde var därför ”den viktigaste förmånen som part [kunde] erhålla vid fri rättegång”.¹³²⁴ Det sagda finner stöd i propositionen, där det rent av karaktäriserades som en av ”statens förnämsta uppgifter”, att

”... genom domstolarna bereda varje medborgare tillfälle att erhålla den reglering av sina rättsförhållanden, som står i överensstämmelse med lag och rätt. Att härvid staten föreskriver vissa mindre avgifter ... kan icke i regel innebära någon oegentlighet, lika litet som det kan vara något att invända emot att rättssökande i allmänhet hava skyldighet att själva bekosta det juridiska biträde, varav de må vilja begagna sig. Med det är ett *socialt missförhållande av allvarligaste slag*, om mindre bemedlade eller obemedlade medborgare på grund av sin bristande förmåga att betala av staten fastställa avgifter, av erforderliga biträden betingade arvoden eller andra nödiga kostnader för rättegången skulle avskäras från möjligheten att göra sin rätt gällande.”¹³²⁵

Det konstaterades vidare, att de flesta moderna rättssystem hade undanröjt de ifrågasättande missförhållandena genom lagstiftning, men att vår egen rättsordning ”härutinnan intagit en efterbliven ståndpunkt”.¹³²⁶ I syfte att råda bot på rådande ”missförhållanden”, och bringa vår rättsordning i takt med den mer utvecklade omvärlden, infördes genom 1919 års lag ett helt nytt rättsinstitut i svensk rätt: ”fri rättegång”. Genom att beviljas denna förmån befriades obemedlade och mindre bemedlade parter från samtliga avgifter som var förenade med en domstolsprocess, och fick därjämte ett ”gratis” biträde i rättegången, bekostat av allmänna medel.¹³²⁷

5.2.1.1 ”Fri rättegång” enligt 1919 års lag om fri rättegång

Lagen om fri rättegång omfattade processen vid ”allmän underrätt”, det vill säga tvistemål och brottmål.¹³²⁸ För straffprocessens vidkommande medförde detta att rätten till offentligt finansierat biträde blev föremål för reglering i två skilda och delvis överlappande lagar. Redan genom 1906 års lag angående förordnande af rättegångsbiträde åt häktad hade nämligen en sådan rätt tillerkänts misstänkta som var berövade friheten. Denna lag ersattes sedermera av 1919 års lag angående rättegångsbiträde åt

¹³²³ Ekelöf (1966) s. 1.

¹³²⁴ Ekelöf (1966) s. 3. Se även exv. SOU 1942:50 s. 95.

¹³²⁵ Prop. 1919:118 s. 18. Se även prop. 1918:331 s. 10.

¹³²⁶ Prop. 1919:118 s. 18.

¹³²⁷ LFR 2 och 5 §§. Ett biträdesförordnande fordrade att domstolen ansåg att ett sådant var erforderligt för ”behörigt anhängiggörande och utförande av partens talan”. Se till det sagda exv. Lindman, Arnold, *Den fria rättegången* (SvJT 1/1920) s. 149-156 (s. 149) samt SOU 1958:40 s. 18 för en utförlig redogörelse över lagens innehåll.

¹³²⁸ Därtill ägde lagen tillämpning i vissa särskilt uppräknade specialdomstolar, närmare bestämt krigsrätt, ägodelningsrätt, vattendomstol, expropriationsdomstol och i AD.

häktad, som infördes genom samma reform – och trädde ikraft samma dag – som lagen om fri rättegång.¹³²⁹

Sammanfattningsvis skapades genom 1919 år lag om fri rättegång för första gången ett system med offentligt finansierat biträde i tvistemål. För brottmålen del medförde samma lag att även på fri fot varande personer kunde förordnas ett biträde för allmänna medel.¹³³⁰ För förvaltningsmålen var det dock sämre ställt. Dessa omfattades nämligen inte av 1919 års lagar och var därmed undantagna från den rättshjälp som började se dagens ljus.¹³³¹ Under åren som sedan följde kom dock samhällets kostnader för den fria rättegången att bli högre än vad lagstiftaren förutsett.¹³³² En starkt bidragande orsak till kostnadsutvecklingen var att rättegångsbiträden förordnades i ”långt större utsträckning än som under förarbetena till lagen var tänkt”.¹³³³ Lagen om fri rättegång blev därför föremål för upprepade utredningar,¹³³⁴ och genom ett antal reformer skärptes villkoren på olika sätt.¹³³⁵ Det gemensamma syftet med dessa reformer var i princip att begränsa det allmännas kostnader. Vad 1942 års utredning om fri rättegång konstaterade i sitt betänkande *Fri rättegång* (SOU 1942:50) är illustrativt för den utveckling som då påbörjades (och alltjämt fortsätter):

”Den revision av lagen om fri rättegång, som företogs år 1929, hade väsentligen till syfte att såvitt möjligt nedbringa statsverkets kostnader för den fria rättegången. *Också i fortsättningen har det väsentligen varit sparsambetskravet* som givit sin färg åt det allmännas åtgärder på området.”¹³³⁶

5.2.1.2 Rättshjälpsbiträde enligt 1972 års rättshjälpslag

År 1948 genomfördes, efter flera decenniers utredning, den stora processreform som bland annat utmynnade i vår nu gällande rättegångsbalk. Införandet av den nya balken förändrade processens grundläggande arkitektur – och därmed biträdesbehovet

¹³²⁹ Om förhållandet mellan dessa lagar; se PK i SOU 1926:32 s. 52, som konstaterade att ”[g]rundsatsen om det allmänns skyldighet att medverka till anskaffande av biträde i vissa fall åt tilltalad ... på senare tid [har] vunnit erkännande även i vår lag”. Se även PLB i SOU 1938:44 s. 273 f., som förklarade att om den misstänkta/tilltalade inte själv anlätade biträde så ankom det, ”med hänsyn till det allmänns intresse av straffrättskipningens säkerhet ... på offentlig myndighet att tillse, att han, om så finnes erforderligt, erhåller biträde av försvarare”. Denna ”grundsats” var enligt lagberedningen ”allmänt erkänd i främmande lagstiftningar och har i svensk rätt kommit till uttryck i lagen den 19 juni 1919 angående förordnande av rättegångsbiträde åt häktad och lagen samma dag om fri rättegång”.

¹³³⁰ Detta enligt LFR. Frihetsberövade hade dock även fortsättningsvis en ”starkare” rätt till biträde genom den samma år antagna lagen angående rättegångsbiträde åt häktad.

¹³³¹ Se t.ex. SOU 1971:76 s. 44. Detta är en sanning med modifikation. Förvaltningsmålen var utestängda från den *processuella* rättshjälpen. *Utomprocessuell* rättshjälp (numera rådgivning) kunde dock erhållas genom systemet med s.k. rättshjälpsanstalter som infördes samma år som den fria rättegången, genom 1919 års författning om statsunderstödda rättshjälpsanstalter. Syftet med dessa anstalter var att ”bereda mindre bemedlade personer i samhället den fria rättshjälp genom advokat, som erfordras för att de skola i förhållande till bättre situerade erhålla verklig likställighet inför lagen i alla de fall, då rättegång icke kan eller bör tillgripas”. Se till det sagda exv. SOU 1940:11 s. 62.

¹³³² Se t.ex. SOU 1942:50 s. 19 ff.

¹³³³ Prop. 1929:191 s. 23.

¹³³⁴ Se t.ex. SOU 1942:50, SOU 1958:40 och SOU 1965:13.

¹³³⁵ Bland de större reformerna kan nämnas SFS 1929:158 (prop. 1929:191) som exv. kommenteras av Matz, S., *Ändringar i lagen om fri rättegång* (SvJT 1/1929) s. 451-454.

¹³³⁶ SOU 1942:50 s. 24.

– i allmän domstol. Av detta skäl kommer vi att få anledning att återkomma till reformen i avhandlingens nästa del.

För brottmålets vidkommande innebar processreformen en utvidgning av rätten till offentligt finansierat biträde, men även en betydelsefull principiell omställning. Genom reformen upphävdes nämligen 1919 års lag angående rättegångsbiträde åt häktad,¹³³⁷ och i rättegångsbalken lades istället grunden för dagens system med offentliga försvarare. I sin ursprungliga lydelse stadgades följande, i balkens 21 kapitel 3 § fjärde stycket:

”Har den misstänkte ej utsett försvarare eller avvisas av honom utsedd försvarare, finnes på grund av sakens beskaffenhet eller eljest hans rätt icke kunna utan biträde tillvaratagas, skall offentlig försvarare förordnas för honom. Är den misstänkte anhållen eller häktad, skall även eljest, om han begär det, offentlig försvarare förordnas.”

Även fortsättningsvis gjordes således en distinktion mellan frihetsberövade och icke-frihetsberövade personer. Enligt Processkommissionen borde nämligen rätten till offentlig försvarare ”i främsta rummet” tillkomma den som var anhållen eller häktad och därigenom satt ur stånd att själv sörja för sitt försvar. För denna kategori uppställdes därför inga ytterligare krav än att den misstänkta begärde en offentlig försvarare. Såvitt avsåg på fri fot varande personer förordnade dock kommissionen att en ”särskild prövning” skulle göras av den misstänkta försvararbehov i varje enskilt fall.¹³³⁸ Till skillnad från äldre rätt skulle dock den enskildas inkomstförhållanden inte längre tillmätas någon betydelse. I sitt förslag till rättegångsbalk gick Processlagberedning sedermera på kommissionens linje:

”Då förordnande av försvarare åt den misstänkte alltid påkallas av ett offentligt intresse, synes riktigast, att frågan härom regleras efter enhetliga grunder. Huruvida den misstänkte genom det allmännas försorg skall erhålla försvarare (offentlig försvarare), bör icke vara beroende av hans ekonomiska ställning utan bedömas *uteslutande från processuella synpunkter*.”¹³³⁹

För civilprocessen del upptogs inga motsvarande bestämmelser om offentligt finansierat biträde i rättegångsbalken, och processreformen föranledde heller inga ändringar i lagen om fri rättegång. Det förändrade behovet av biträde som reformen i praktiken medförde – med åtföljande stegring av biträdeskostnaderna – kom dock med tiden att betraktas som ett allt större rättssäkerhetsproblem i det folkhem som började ta form vid 1970-talets ingång. Exempelvis anförde Ekelöf följande, beträffande sambandet mellan den moderna rättegången, välfärdsstaten och den restriktiva rättshjälpen enligt lagen om fri rättegång:

¹³³⁷ Se lagen (1946:804) om införande av nya rättegångsbalken 2 §.

¹³³⁸ SOU 1926:32 s. 53.

¹³³⁹ SOU 1938:44 s. 273 f. och NJA II 1943 nr 1 s. 282 f.

”Med hänsyn till den omfattande socialvård, som det allmänna nu bekostar, framstå anslagen till den fria rättegången och rättshjälpen som föga betydande. Man skulle kunna säga att inom rättsväsendet det allmännas överväganden kommit att präglas av en manchester-liberal åskådning, som övergivits inom andra samhällsområden. Att missförhållandena under sådana förhållanden ej blivit mer uppenbara kan synas överraskande. [...] [S]om vi berört i inledningen bör domaren enligt det rådande processsystemet helst ej vara verksam för sakens utredning. Man får därför hoppas att i framtiden fri rättegång kommer att meddelas efter mer generösa principer än hitintills. Som jag tidigare har påpekat har processreformen medfört en ökning av processkostnaderna. Man kan därför ifrågasätta om ej parter som tillhöra arbetarklassen eller motsvarande inkomstskikt *alltid borde beredas fri rättegång i mera komplicerade mål*. Men vidare får man inte glömma att även hantverkare, bönder, lägre tjänstemän och dylikt kunna hårt belastas av de kostnader som en process medför. Denna fråga har egendomligt nog inte debatterats under förarbetena till RB. Enligt min mening utgör den emellertid *ett av processreformens allvarligaste problem*. Skulle reformen ha medfört minskade möjligheter för småfolket att tillvarata sina intressen genom process, så torde man få anse densamma vara *i ett väsentligt avseende förfelad*, hur perfekt den nya rättegångsordningen än i och för sig må vara.”¹³⁴⁰

Ekelöf gjorde således gällande att hela processreformen riskerade att *väsentligen förfelas* om inte ett generösare rättshjälppssystem infördes,¹³⁴¹ och tyckte vidare att det var underligt att en ”manchester-liberal” åskådning alltjämt präglade processordning, trots att rättsordningen som helhet – i det nya välfärdssamhället – började anta en annan riktning.

Utifrån likartade principiella utgångspunkter blev den allmänna rättshjälpen föremål för ett flertal offentliga utredningar under 1950- och 60-talet, varav Rättegångskommittés betänkande *Rättegångshjälp* (SOU 1958:40) samt det *reviderade förslaget till lag om rättegångshjälp med mera* (SOU 1965:13) särskilt bör framhållas. I direktiven till 1951 års kommitté anförde departementschefen följande – som nära knyter an till Ekelöfs resonemang:

”Rättegångskostnaderna kan i våra dagar lätt springa upp till avsevärda belopp. Den nya rättegångsordningen har ... medfört en betydande kostnadsfördyring. För att icke den medellöse skall vara ur stånd att tillvarata sin rätt inför domstol, bereder lagen honom hjälp i form av fri rättegång. Möjligheterna att få denna förmån är dock relativt snävt begränsade. Stora kategorier av medborgare är utestängda från förmånen. För många av dem ter sig rättegångskostnaderna oskäligt betungande eller rent av som ett oöverkomligt hinder mot att bringa en sak under rättens prövning. Detta måste betecknas som ett *allvarligt missförhållande*. Ur *rättssäkerhetsynpunkt är det lika angeläget att rättegångsordningen står öppen för envar som att den fungerar säkert*.”¹³⁴²

¹³⁴⁰ Ekelöf (1966) s. 6 f.

¹³⁴¹ Se även Ekelöf (SvJT 1/1956a) s. 65, där Ekelöf likaså anför att ”större generositet vid beviljande av fri rättegång skulle vara högst välkommet”.

¹³⁴² SOU 1958:40 s. 7.

Enligt departementschefen var det dock ”knappast möjligt” – eller ens önskvärt – att försöka dämpa kostnadsutvecklingen genom att ändra de processuella reglerna, eftersom den nya balken hade

”... inneburit en så väsentlig vinning för vårt rättsliv, att det icke kan bli tal om att nu rubba dess grundprinciper. Ej heller på annat sätt lär det vara möjligt att vinna en avgörande minskning i kostnaderna. För att komma till rätta med missförhållandet att rättegångskostnadernas storlek mången gång gör det svårt eller omöjligt för den enskilde att hävda sin rätt inför domstol, torde därför *annan utväg icke stå öppen än att vidga möjligheterna att få fri rättegång*. En reform i sådan riktning ter sig *starkt påkallad*, och jag vill förorda att en utredning i ämnet nu igångsättes.¹³⁴³

I sitt betänkande föreslog Rättegångskommittén ett helt nytt rättshjälpsystem. Förslaget mötte dock kritik på detaljnivå, och därför tillsattes ännu en utredning för att arbeta fram ett reviderat förslag till lag om ”rättegångshjälp” – dock utifrån samma principiella utgångspunkter.¹³⁴⁴ Dessa utredningar lades därefter till grund för den inom Justitiedepartementet utarbetade promemorian *med förslag till rättshjälpslag* (Ju 1970:14), i vilken ett nytt och väsentligen utvidgat rättshjälpsystem föreslogs.¹³⁴⁵ I denna promemoria hade arbetsgruppen inom departementet – genom underhandskontakter – också beaktat den vid tidpunkten pågående utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden, som året därpå lade fram sitt betänkande *Offentligt biträde och kostnadsersättning i förvaltningsärenden* (SOU 1971:76).

Vid 1970-talets ingång fanns det således två konkreta lagförslag; dels departementspromemorians förslag avseende en ny rättshjälpslag; dels den offentliga utredningens förslag avseende en ny lag om offentligt biträde. Dessa lagförslag landade också i ett samhällsklimat där den moderna välfärdsstaten höll på att nå sin kulmen. Lagstiftningsklimatet präglades, enligt Ekeberg, av en ”allmän reformvänlighet, som inte hejdades av ekonomiska invändningar och resursknapphet”.¹³⁴⁶ I detta klimat betraktades lagen om fri rättegång som otillräcklig, framförallt av två skäl:

För det första utestängde ”fattigdomskravet” flertalet vanliga inkomsttagare från lagens tillämpningsområde.¹³⁴⁷ Visserligen var rätten till offentlig försvarare i brottmål inte längre relaterad till den misstänkta inkomst, men för tvistemålen del kunde fri rättegång endast beviljas antingen den som inte hade ”tillgång till gäldande av de med rättegången förenade kostnaderna”, eller den som ”efter deras utgivande skulle sakna medel, som skäligen må anses erforderliga för hans eget uppehälle och för fullgörande av honom åliggande underhållsplikt”.¹³⁴⁸ I praktiken uteslöt detta krav ”den lägre

¹³⁴³ SOU 1958:40 s. 7.

¹³⁴⁴ Se direktiven såsom de återges i SOU 1965:13.

¹³⁴⁵ Se här till exv. Holstad, Sigvard, *Förslag till reform av samhällets rättshjälp* (SvJT 1/1970) s. 678-680 och Gottfarb, Ragnar, *Några tankar om en utredning* (SvJT 1/1970) s. 681-685.

¹³⁴⁶ Se Ekeberg (NJ 3/1997) s. 42, som fortsätter: ”I själva verket genomfördes vid denna tid omfattande och i många fall kostnadsdrivande reformer inom rättsväsendet. Om man så vill kan man se rättshjälpslagstiftningen som ett jämlikhetsprojekt, som ett av samhällets svar på 1950-talets rättsrodebatt, som ett led i konsumentskyddet eller som ett sätt att leva upp till tanken på ’access to justice.’”

¹³⁴⁷ Se t.ex. SOU 1958:40 s. 63 samt Holstad (SvJT 1/1970) s. 678 och Gottfarb (SvJT 1/1970) s. 681.

¹³⁴⁸ LRF 1 §. Se här till prop. 1919:118 s. 11 och prop. 1918:331 s. 19.

medelklassen” från lagens tillämpningsområde vilket, med Ekelöfs ord, gav upphov till ”klassorättvisa”.¹³⁴⁹ I princip hade endast de riktigt fattiga (som kunde erhålla fri rättegång) och de riktigt rika (som kunde betala sina egna rättegångskostnader) råd att kära och svara i tvistemål, medan den ”stora mellangruppen” saknade denna möjlighet.¹³⁵⁰ I direktiven till 1965 års utredning anförde departementschefen följande:

”Möjligheterna att erhålla fri rättegång är starkt begränsade; det är i flertalet mål endast obemedlade eller mindre bemedlade parter, som kan beviljas denna förmån. Detta har medfört olägenheter, som under den tid vår nya rättegångsordning varit i tillämpning, blivit alltmer framträdande. Obestridligen förhåller det sig så, att personer, som icke i egentlig mening kan betraktas som mindre bemedlade, likväl kan ha svårt att bära rättegångskostnader av någon betydelse och därigenom kan ställas i den situationen att de av ekonomiska skäl saknar möjlighet att inför domstol tillvarata sina intressen.”¹³⁵¹

Lagen om fri rättegång kom dock, för det andra, att också kritiseras på den grunden att lagen endast omfattade rättegången i allmän domstol. Utanför lagens tillämpningsområde föll således förvaltningsprocessen i dess helhet – inte bara förvaltningsmyndigheternas ärendehandläggning utan också förvaltningsdomstolarnas besvärprövning.¹³⁵² Någon möjlighet att i förvaltningsmål förordna ett offentligt biträde – motsvarande brottmålets offentliga försvarare – stod ej heller att finna. Detta betraktades som synnerligen problematiskt, särskilt eftersom kontaktytorna (och därmed konfliktytorna) mellan samhället och dess medborgare blev fler till följd av välfärdsstatens regleringsiver – ett resonemang som vi känner igen från förarbetena till skadeståndslagen. I direktiven till utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden konstaterade således departementschefen, att samhället ”ingrep reglerande” i en

”... mycket större utsträckning än tidigare. På grund av denna samhällsutveckling har förvaltningsärendena starkt ökat i antal och betydelse. Den enskilde kommer i mycket högre grad i kontakt med förvaltningsmyndigheterna än med de allmänna domstolarna. Förvaltningsärendena avser ofta frågor som är av stor betydelse för den enskilde. En del förvaltningsbeslut kan innebära djupgående ingrepp i de enskildas personliga förhållanden. Andra förvaltningsavgöranden kan ha vittgående ekonomiska konsekvenser för de berörda. Med hänsyn härtill är det av vikt att *rättssäkerheten* inom förvaltningen garanteras på bästa möjliga sätt. Rättsskyddssynpunkterna tillgodoses på flera olika vägar. I detta sammanhang vill jag ta upp frågan om behovet av reformer beträffande dels kostnadsersättningsreglerna inom förvaltningen dels de mindre bemedlades möjligheter att erhålla rättshjälp i förvaltningsärenden och dels förordnande i vissa fall av offentligt biträde åt enskild part i förvaltningsärende.”¹³⁵³

¹³⁴⁹ Ekelöf (1966) s. 1.

¹³⁵⁰ SOU 1958:40 s. 63, där dock detta påstående beskrivs som ”överdrivet” men ”ej alldeles utan grund”.

¹³⁵¹ SOU 1965:13 s. 7.

¹³⁵² Se härtill exv. Holstad (SvJT 1/1970) s. 678.

¹³⁵³ SOU 1971:76 s. 44.

Sammanfattningsvis var det inte ”tillfredsställande” att den enskilda, bortsett från visa undantagsfall, ”under alla omständigheter själv måste stå för sina kostnader i förvaltningsförfarandet”.

För att komma tillrätta med rådande missförhållanden infördes år 1973 ett helt nytt rättshjälpsystem i Sverige, genom den äldre rättshjälpslagen (1972:429).¹³⁵⁴ I förarbetena till den nya lagen förklarade departementschefen att en förbättrad rättshjälp utgjorde ”ett viktigt led inte bara i strävandena att bereda den enskilde ett tillfredsställande *rättsskydd* utan också i arbetet på att skapa *ökad jämlikhet* mellan medborgarna”.¹³⁵⁵ Reformen kom därför att betecknas som en ”social reform”,¹³⁵⁶ och kan betraktas som ett direkt utflöde av välfärdsstaten.¹³⁵⁷ Vid en internationell jämförelse avvek Sverige inte från det globala mönstret i detta avseende,¹³⁵⁸ men ambitionsnivån här var högre än i många andra länder.¹³⁵⁹

Som svar på den tudelade kritik som hade riktats mot lagen om fri rättegång vilade den äldre rättshjälpslagen på två grundtankar: för det första att principen om allas likhet inför lagen fordrade att *ingen* av ekonomiska skäl skulle hindras från att ta tillvara sin rätt;¹³⁶⁰ för det andra att rättshjälp skulle kunna medges i *alla* rättsliga angelägenheter vari sådan hjälp behövdes – således även i förvaltningsmål.¹³⁶¹ I detta låg en avsevärd utvidgning av den allmänna rättshjälpen,¹³⁶² som framöver skulle omfatta både en *större personkrets* och *fler måltyp*er än tidigare. I förarbetena uttalades således, att reformen skulle

”... leda till en *betydande utvidgning* av rättshjälpen i förhållande till vad som nu gäller. Den kommer att omfatta alla rättsliga angelägenheter som berör den enskildes privata förhållanden. Den täcker både judiciella och administrativa frågor och detta oavsett om saken anhängiggjorts vid domstol eller annan myndighet eller behandlas utan dess medverkan. Den föreslagna reformen innefattar alltså en *betydande satsning* från det allmännas sida i syfte att öka rättsskyddet och tryggheten i rättsliga angelägenheter.”¹³⁶³

Under åren som sedan följde utvidgades den allmänna rättshjälpen ytterligare, men utanför rättshjälpslagens ram. Detta genom införandet av två helt nya institut i den svenska processordningen: för det första systemet med offentliga biträden (som kunde förordnas i vissa särskilt ingripande förvaltningsmål och -ärenden);¹³⁶⁴ för det andra systemet med målsägandebiträden (som kunde förordnas åt målsäganden

¹³⁵⁴ Detta genom prop. 1972:4.

¹³⁵⁵ Prop. 1972:4 s. 222.

¹³⁵⁶ Se t.ex. Ardhe (TSA 1984) s. 337 och Advokatsamfundets remisskritik över SOU 1984:66, i TSA 1984 s. 84 ff.

¹³⁵⁷ Ekeberg (NJ 3/1997) s. 40 och 42.

¹³⁵⁸ Sackville (NZJPIL 2/2004) s. 97.

¹³⁵⁹ Sverige framställdes också som ett föregångsland i den internationella diskussionen kring ”Access to Justice”. Se t.ex. Cappelletti & Garth (1978) s. 23, som talar om Sveriges ”innovative new program”. Se även a.a. s. 30 ff.

¹³⁶⁰ Prop. 1972:4 s. 229. Se även a. prop. s. 56 samt Sterzel i Rättsfonden (1972) s. 21.

¹³⁶¹ Prop. 1972:4 s. 241. Se vidare Ardhe (TSA 1984) s. 337.

¹³⁶² Jfr prop. 1972:4 s. 246 f.

¹³⁶³ Prop. 1972:4 s. 92.

¹³⁶⁴ Genom SFS 1973:118, som innebar vissa tillägg till ÄRhjL. Dessförinnan hade offentligt biträde i princip bara kunnat förordnas enligt reglerna i UtdL; se vidare avsnitt 5.5.1.1 nedan.

i vissa allvarligare brottmål).¹³⁶⁵ Båda dessa biträdesformer påminner mer om det genom rättegångsbalken etablerade systemet med offentliga försvarare än om rätts-hjälpsbiträden, eftersom målsägande-/offentligt biträde förordnas ”uteslutande från processuella synpunkter”,¹³⁶⁶ det vill säga utan hänsyn till den enskildas inkomst.¹³⁶⁷

5.2.1.3 Rättshjälpsbiträde enligt 1996 års rättshjälpslag

Den äldre rättshjälpslagen utgjorde en av de sista lagar som tillkom under det ”expansiva klimat” som kännetecknade 1970-talets lagstiftningsarbete,¹³⁶⁸ och tids nog kom klyftan mellan statens intäkter och kostnader återigen att växa. Historien har en tendens att upprepa sig, och i likhet med lagen om fri rättegång visade sig rättshjälpslagen kosta mer än vad lagstiftaren förutsett.¹³⁶⁹ Liksom sin föregångare blev därför den nya lagen föremål för kontinuerliga utredningar och ändringar, som alla syftade till att reducera statens utgifter.¹³⁷⁰ Nådastöten utdelades av 1993 års Rättshjälpsutredning,¹³⁷¹ som i sitt betänkande *Ny Rättshjälpslag och andra bestämmelser om rättsligt bistånd* (SOU 1995:81) föreslog att den äldre rättshjälpslagen skulle ersättas av en helt ny lag. Vid denna tidpunkt var den äldre lagen redan ”urgropt som social reform”,¹³⁷² och tidsandan var nu en annan än när lagen tillkom.

Rättshjälpsutredningens förslag låg till grund för 1996 års genomgripande reform, som utmynnade i den nu gällande rättshjälpslagen. Härigenom kom ambitionsnivån med den statliga rättshjälpen att sänkas avsevärt – rättshjälpen skulle framöver endast tjäna som ett ”yttersta skyddsnät”.¹³⁷³ Införandet av denna lag innebar en lång rad förändringar, som enligt lagstiftaren hade två övergripande syften: (1) att förenkla regelverket och (2) att spara pengar:

”Det nya systemet innebär *förenklingar* och en ökad överskådlighet. Det medför också *stora besparingar* ... samtidigt som rättshjälpens grundläggande syfte bibehålls, dvs. att rättshjälpen skall utgöra ett *yttersta skyddsnät* för dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt.”¹³⁷⁴

¹³⁶⁵ Detta genom lagen (1988:609) om målsägandebiträde.

¹³⁶⁶ Jfr ang. offentliga försvarare i SOU 1938:44 s. 274 samt prop. 1983/84:23 s. 13.

¹³⁶⁷ Se exv. SOU 1971:76 s. 112, 132, 139 och 159.

¹³⁶⁸ Jfr i och vid fn. 385 ovan.

¹³⁶⁹ Ekeberg (NJ 3/1997) s. 40.

¹³⁷⁰ De återkommande inskränkningarna av den statliga rättshjälpen kritiserades från flera håll, inte minst från Advokatsamfundet och dess medlemmar, men också från domare. Se exv. Laurin, Lars, *Rättshjälpsystemet i upplösning* (TSA 1983) s. 76-78, Larsson, Sven, *Rättshjälpen i vanrykte* (TSA 1983b) s. 79-81 (som karaktäriserade lagen som ”lagstiftarens lekstuga”), Falkenstam, Curt, *Vart är rättshjälpen på väg?* (TSA 1984) s. 428-434, Hedenstierna, Carl, *Urholken av rättshjälpen närmast en understatement* (TSA 1985) s. 92-93, Gustafson, Leif, *Rättshjälpen i gungning – rättskyddet tar över* (TSA 6/1995) s. 4-6, Ranch, Christer, *Vi kommer att få se hur människor lider rättsförlust på löpande band* (TSA 1/1996) s. 8-9, Hellberg, Hans, *Alla som behöver får inte hjälp* (TSA 8/2001) s. 8-11 och Jonsson, Ove, *Sjuka behöver advokat* (TSA 9/2001) s. 21. Se även Advokatsamfundets remissyttranden över SOU 1984:66 i TSA 1985 s. 84-91, över SOU 1985:4 i TSA 1985 s. 437-438 och över SOU 1995:81 i TSA 1/1996 s. 12-17.

¹³⁷¹ Fortsättningsvis förkortad ”RHU” i fotnoter och packad text.

¹³⁷² Ekeberg (NJ 3/1997) s. 40.

¹³⁷³ Prop. 1996/97:9 s. 1. Se härtil Lindblom (SvJT 10/2008b) s. 843, som rentav förklarar att rättshjälpen de facto ”avskaffades genom privatisering”.

¹³⁷⁴ Prop. 1996/97:9 s. 1.

Egentligen syftade dock förenklingarna också till att spara pengar, vilket innebär att reformen endast hade ett syfte.¹³⁷⁵

De ”viktigaste nyheterna” i den nya lagen sammanfattade lagstiftaren i en lång punktlista, varav följande ändringar är av särskilt intresse i det följande:

- Den rättssökande *behov av biträde* blev avgörande för om rättshjälp skall beviljas.
- Inkomstgränsen för att beviljas rättshjälp *sänktes* till 210 000 kr per år.
- En ny regel infördes som innebär att en prövning alltid skall göras av om det är *rimligt* att staten bidrar till kostnaderna i det enskilda fallet.
- I ett flertal måltyper uppställdes krav på *särskilda skäl* för att rättshjälp skall beviljas.
- Rättshjälpen blev *generellt subsidiär* till rättsskyddet.
- Rätten till offentligt biträde *frikopplades* från rättshjälpen.¹³⁷⁶

Till dess punkter kommer jag att återkomma löpande i kommande avsnitt. Vi har nämligen nu fått tillräckligt med bakgrundskunskap för att kunna fördjupa diskussionen kring de olika offentligt finansierade biträdesformerna. I mångt och mycket har dessa utvecklats enligt de linjer som jag nu har skisserat, det vill säga genom att förhållandevis generösa regler införs för att sedan reformeras i en allt restriktivare riktning. De olika instituten uppvisar dock inte bara likheter utan också olikheter, exempelvis vad avser tolkningen av det avgörande behovsrekvisitet. Jag kommer därför att behandla rättshjälpen enligt den nu gällande lagen i detta avsnitt, och därefter övriga biträdesformer under skilda rubriker, enligt följande: offentlig försvarare (5.3), målsägandebiträde (5.4) och offentligt biträde (5.5).

5.2.2 Allmänna förutsättningar för rättshjälp

I relation till den allmänna rättshjälpen går det – något förenklat – att dela in alla måltyper i tre kategorier. I retrospektiv går det också att konstatera att alltfler måltyper har flyttats från den första kategorin, till någon av de två senare:

1. För att rättshjälp skall beviljas fordras alltid att vissa *allmänna krav* är uppfylla. Sådana måltyper som endast behöver uppfylla dessa krav bildar en första kategori. Till denna kategori kan vi hänföra de flesta ordinära tvistemål, i vilka rättshjälp idag utgår efter en behovs-, inkomst- och rimlighetsprövning enligt vad jag strax skall utveckla.

¹³⁷⁵ Se resonemanget i prop. 1996/97:9 s. 82: ”Mot bakgrund av de besparingskrav som redogjorts för ovan måste det övervägas vilka besparingar som kan göras även på rättshjälpens område. Rättshjälpen måste inte bara bli effektivare utan också billigare. Statlig hjälp bör bara ges när det verkligen behövs. [...] Dagens detaljerade och svärgenomträngliga regler skapar tillämpningsproblem. Detta gör i sin tur att kostnaderna för att hantera systemet blir onödigt höga.”

¹³⁷⁶ Prop. 1996/97:9 s. 1.

2. I vissa måltyper fordras det, utöver de allmänna kraven, att det föreligger *särskilda skäl* för att rättshjälp skall beviljas. Kravet på särskilda skäl kan många gånger betraktas som en konkretisering av behovs- respektive rimlighetsrekvisiten. För somliga måltyper uppställs detta krav direkt i rättshjälpslagen, men också i förarbetena och i rättspraxis har sådana krav formulerats – utan att dessa avspeglas i lagtexten. Till denna kategori kan vi bland annat hänföra småmålen, vissa familjerättsliga mål samt de flesta förvaltningsmål, som närmast kan beskrivas som inte formellt men de facto undantagna från rättshjälpssystemet.
3. Slutligen finns det vissa måltyper som är *formellt undantagna* från den allmänna rättshjälpen. Hit hör framförallt sådana mål i vilka ett offentligt finansierat biträde kan förordnas enligt andra lagar än rättshjälpslagen. Följaktligen är brottmålen alltid undantagna, eftersom systemet med offentliga försvarare fyller samma funktion som den allmänna rättshjälpen. Såvitt avser förvaltningsmålen gäller motsvarande begränsning, men bara i de måltyper där ett offentligt biträde kan förordnas (övriga förvaltningsmål placerar jag i kategori 2). För tvistemålen är ingen måltyp formellt undtagen, men istället tillkommer en egendomlig regel ("pilotmålsregeln"), som tillfälligtvis hindrar att rättshjälp beviljas.

I detta avsnitt skall jag ta utgångspunkt i de allmänna förutsättningarna, som alltid måste vara uppfyllda för att rättshjälp skall utgå, närmare bestämt (1) att det finnas ett *behov* av biträde; (2) att parten ha så *låg inkomst* att vederbörande inte själv kan bekosta ett biträde; samt (3) att det anses *rimligt* att staten bekostar biträdet.¹³⁷⁷ Med andra ord skall det alltid genomföras en behovs-, inkomst- och rimlighetsprövning, enligt vad jag nu kommer att utveckla.

5.2.2.1 Behovsprövningen

En grundläggande förutsättning för att rättshjälp skall utgå är enligt den nu gällande rättshjälpslagen att den rättssökandes har behov av juridiskt biträde;¹³⁷⁸ rättshjälp får beviljas endast om den rättssökande *behöver* juridiskt biträde (utöver rådgivning) och detta *behov* inte kan tillgodoses på annat sätt.¹³⁷⁹ Som framgår av nedanstående citat inskärpte också regeringen att det måste vara frågan om ett "verkligt" behov, i samband med 1996 års rättshjälpsreform:

"Statlig hjälp bör bara ges när det *verkligen behövs*. Den som har möjlighet att *själv klara sig* bör inte ges rättshjälp."¹³⁸⁰

I förarbetena utvecklade dock inte lagstiftaren vad som egentligen konstituerar ett verkligt – i kontrast till ett överkligt – biträdesbehov. Hur detta begrepp kan/skall förstås kommer jag därför att få anledning att problematisera i del III, eftersom behovsrekvisitetet genomsyrar samtliga de regelverk som studeras i detta kapitel. Här

¹³⁷⁷ RhjL 6-8 §§.

¹³⁷⁸ Ekeberg (NJ 3/1997) s. 47.

¹³⁷⁹ RhjL 7 §. Se härtill prop. 1996/97:9 s. 114 och Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 48 ff.

¹³⁸⁰ Prop. 1996/97:9 s. 82.

är det tillräckligt att konstatera att det i praxis avseende allmän rättshjälp finns en tydlig tendens att falla tillbaka på ett antal generella riktlinjer som lagstiftaren har formulerat i förarbetena och i lagtexten, där det helt enkelt slås fast i vilka måltyper parterna *skall anses* ha/sakna behov av biträde. Denna ordning medför i förlängningen att det praktiska utfallet av behovsbedömningen skiljer sig åt högst betydligt beroende på vilken måltyp det är frågan om. I kommande avsnitt skall jag därför diskutera förutsättningarna att beviljas rättshjälp i tvistemål, brottmål och förvaltningsmål – med därtill hörande underkategorier av mål – var för sig. Dessförinnan skall jag dock beröra de två kvarvarande ”allmänna förutsättningar” för att beviljas rättshjälp: inkomst- respektive rimlighetsprövningen.

5.2.2.2 Inkomstprövningen (och rättshjälpens transformering till ett ”yttersta skydds nät”)

En andra grundförutsättning för att rättshjälp skall beviljas är att den enskildas så kallade *ekonomiska underlag* inte överstiger 260 000 kronor.¹³⁸¹ Inkomstgränsen är av stor praktisk betydelse, eftersom den avgör rättshjälpens täckningsgrad, det vill säga antalet medborgare som till följd av egen inkomst faller innanför respektive utanför systemet. Sätillvida är inkomstgränsen också av principiellt intresse, eftersom den avslöjar statens ambitionsnivå med den allmänna rättshjälp; ju lägre gränsen är desto färre människor omfattas av rättshjälp och vice versa. Jag tillåter mig av dessa skäl att ägna en förhållandevis omfattande diskussion åt detta rekvisit.

Ursprungligen fanns ingen angiven inkomstgräns stipulerad i lagen om fri rättegång. Huruvida fri rättegång kunde beviljas prövades istället enligt *relativitetsprincipen*, enligt vilken partens inkomstförhållanden skulle relateras till de förväntade rättegångskostnaderna i varje enskilt fall. Om parten, vid en sådan prognosticerande bedömning, ansågs sakna tillräckliga medel för att bekosta rättegången, kunde fri rättegång beviljas – således, åtminstone i teorin, även om parten hade höga inkomster. I Rättegångskommitténs betänkande, som sedermera låg till grund för den äldre rättshjälpslagen, kritiserades den dåvarande ordningen på två grunder: Domstolarnas praxis hade, enligt kommitténs mening, utvecklats till en både restriktiv och spretande riktning.¹³⁸²

Enligt kommittén var det svårt att utforma en regel som garanterar en någorlunda enhetlig praxis med bibehållande av den dåvarande relativitetsprincipen, varför kommittén istället föreslog att villkoren för att erhålla fri rättegång skulle ”anknytas till mera fasta normer”.¹³⁸³ Närmare bestämt ansåg kommittén att prövningen kunde

¹³⁸¹ RhjL 7 § 1 st. och 38 §. Med ekonomiskt underlag avses den beräknade årsinkomsten, sedan hänsyn tagits till underhållsskyldighet, förmögenhetsförhållanden och skuldsättning. Om den rättssökande bidrar till underhållet av barn skall den beräknade årsinkomsten minska med 15 000 kr för varje barn, dock högst med 75 000 kr. Om den rättssökandes betalningsförmåga är väsentligen ökad eller nedsatt på grund av förmögenhetsinnehav eller skuldsättning eller annan särskild omständighet, skall den beräknade årsinkomsten jämkas genom att skäligt belopp läggs till eller dras ifrån. Se om beräkningen i RhjL 38 § 2 st.

¹³⁸² Se SOU 1958:40 s. 72.

¹³⁸³ SOU 1958:40 s. 72 f.

”schabloniseras” genom ett i lagen angivet gränsbelopp,¹³⁸⁴ som fastställdes med hänsyn till partens inkomstförhållanden (och eventuella underhållsskyldighet). Detta gränsbelopp fixerades, enligt kommitténs förslag, till ett i lagen angivet belopp (15 000 kronor). Relativitetsprincipen behölls dock som en säkerhetsventil för enskilda med inkomster överstigande gränsbeloppet; om partens kostnader för rättegången kunde antas bli ”så betydande att han saknar möjlighet att utan rättegångshjälp behörigen tillvarata sina intressen däri”, så skulle rättshjälp kunna beviljas även åt den med inkomster överstigande gränsbeloppet.¹³⁸⁵

Som framgått av introduktionen fick Rättegångskommitténs lagförslag blandat mottagande – bland annat riktade ett flertal remissinstanser kritik mot kommitténs förslag att använda schabloniserade gränsbelopp för att avgöra om en enskild kunde beviljas rättegångshjälp. Departementschefen beslutade därför att tillsätta ännu en offentlig utredning, 1965 års Utredning om rättegångshjälp, och i direktiven noterades remisskritiken, ”särskilt [avseende] grunderna för beviljande av rättegångshjälp”, med tillägget att ”en lösning av frågan måste sökas efter delvis andra linjer än dem som kommittén anvisat”.¹³⁸⁶

I sitt betänkande föreslog 1965 års utredning, i likhet med sin föregångare, att de allmänna förutsättningarna för att beviljas rättegångshjälp skulle bestämmas enligt schabloner. Istället för att gränsbeloppet specificerades som ett i lagen fixerat belopp ville dock utredningen åstadkomma en indexering, genom att anknyta rättshjälpens tillämpningsområde till det så kallade ”prisbasbelopp” som nyligen hade införts genom lagen (1962:381) om allmän försäkring.¹³⁸⁷ I jämförelse med kommitténs kritiserade förslag innebar utredningens förslag, enligt vilket den med en inkomst överstigande fyra och ett halvt basbelopp inte skulle beviljas rättshjälp,¹³⁸⁸ två skillnader: Genom kopplingen till basbeloppet skapades, för det första, en inbyggd rörlighet i systemet (vilket skulle göra kontinuerliga lagändringar onödiga). För det andra innebar förslaget en utvidgning av personkretsen (eftersom den faktiska inkomstgränsen blev högre än 15 000 kronor/år). Samfällt gav dessa två förändringar ett positivt remissutfall.¹³⁸⁹ Att fastställa gränsbeloppet med hänvisning till basbeloppet mötte också departementschefens gillande. Om gränserna angavs med i lag fixerade belopp skulle nämligen förändringar av penningvärdet medföra ”behov av återkommande lagändringar”. Att, såsom föreslagits i utredningen, bestämma

¹³⁸⁴ Den största nyheten med kommitténs förslag var dock att den som uppbar rättshjälp efter egen förmåga skulle *bidra till sina rättegångskostnader* (genom ett så kallat ”kostnadsbidrag”), där betalningsförmågan också bestämdes i relation till gränsbeloppet, som således fick dubbel betydelse; se 3 § i utredningens förslag till lag om rättegångshjälp, i SOU 1958:40 bil. A s. 150. Se även den allmänna motiveringen (s. 66 ff. och 73 ff.) samt specialmotiveringen (s. 100) i a. SOU. Det skulle alltså inte längre vara frågan om att samhället tillhandahöll *fri rättegång*, utan kommittén talade istället om *rättegångshjälp* (s. 67), vilket med tiden blev *rättshjälp*. Och med detta förslag lades grunden för dagens system med rättshjälpavgifter; se RhJL 23-25 §§.

¹³⁸⁵ Se 3-4 §§ i utredningens förslag till lag om rättegångshjälp, i SOU 1958:40 bil. A s. 150 samt specialmotiveringen på s. 104.

¹³⁸⁶ SOU 1965:13 s. 8.

¹³⁸⁷ Hädanefter ”AFL”. Se 3-5 §§ i utredningens förslag till lag om rättegångshjälp, i SOU 1965:13 s. 12 f. samt motiveringen på s. 58. Bestämmelserna i AFL 1 kap. 6 § har numera överförs till SFB 2 kap. 6-10 §§.

¹³⁸⁸ SOU 1965:13 s. 13.

¹³⁸⁹ Se prop. 1972:4 s. 119.

gränserna med hänvisning till basbeloppet erbjöd däremot ”en tillfredsställande lösning”.¹³⁹⁰

Departementschefen var dock inte helt nöjd med utredningens förslag – tvärtom ville regeringen utvidga personkretsen ytterligare, utifrån följande principiella utgångspunkter:

”För att den enskildes rättsskyddsbehov skall vara tillgodosett krävs ... att han har ekonomiska förutsättningar att utnyttja [det rättsliga förfarandet]. Det stora flertalet medborgare är inte i en sådan ekonomisk situation att dessa förutsättningar föreligger för dem. Samhällelig rättshjälp är därför ett viktigt inslag i rättssamhället. Den nuvarande rättshjälpen *utesluter emellertid stora medborgargrupper* från denna förmån. En förbättrad rättshjälp är därför ett viktigt led inte bara i strävandena att bereda den enskilde ett *tillfredsställande rättsskydd* utan också i arbetet på att skapa *ökad jämlikhet mellan medborgarna*.”¹³⁹¹

Enligt departementschefen var det ett ”grundkrav” vid den förestående reformen, att rättshjälp framöver skulle ”medges i sådan utsträckning att *ingen* av ekonomiska skäl hindras från att ta tillvara sina intressen i rättsligt hänseende”.¹³⁹² In extenso anfördes följande i propositionen:

”Kostnader i rättsliga angelägenheter kan otvivelaktigt i många fall uppgå till sådana belopp att det medför kännbara ekonomiska uppoffringar *även för personer i andra än de lägsta inkomstlägena*. Ifall principen om allas likhet inför lagen skall kunna upprätthållas, är det därför nödvändigt att rättshjälpen omfattar *även andra medborgare än dem som är ekonomiskt sämst ställda*.”¹³⁹³

Enligt den äldre rättshjälpslagen, i dess ursprungliga lydelse, fick därför rättshjälp beviljas om den rättssökandes årsinkomst inte översteg ett gränobelopp som motsvarade åtta gånger basbeloppet (vilket kan jämföras med utredningens förslag på fyra och ett halvt basbelopp).¹³⁹⁴ Genom denna förhållandevis höga inkomstgräns var ambitionen att endast exkludera ”den ekonomiskt bäst ställda gruppen” från den allmänna rättshjälpen,¹³⁹⁵ eftersom samhällets mest välbärgade i regel hade möjlighet att självfinansiera sin rättegång.

Efter sitt ikraftträdande blev den äldre rättshjälpslagen föremål för kontinuerliga reformer, som – med endast ett undantag – syftade till att reducera statens kostnader för rättshjälpen.¹³⁹⁶ För detta ändamål användes olika metoder, däribland upprepade

¹³⁹⁰ Prop. 1972:4 s. 252.

¹³⁹¹ Prop. 1972:4 s. 225.

¹³⁹² Prop. 1972:4 s. 228, där DepC tillade att ”denna målsättning för en reform av samhällets rättshjälp allmänt godtagits [under remissbehandlingen]”.

¹³⁹³ Prop. 1972:4 s. 229.

¹³⁹⁴ Se 6 § ÅRHjL och härtill prop. 1972:4 s. 242 samt specialmotiveringen på s. 311 f.

¹³⁹⁵ Prop. 1972:4 s. 251. Se även a. prop. s. 254, där det talas om den ”den övre gränsen för mellangruppen”.

¹³⁹⁶ Jfr prop. 1987/88:73 s. 21: ”Under första hälften av 1980-talet har ... vidtagits en serie lagändringar som har det gemensamt att de har syftat till att minska statens kostnader för rättshjälpen.” Se även a. prop. s. 25: ”De ändringar i RHL som har gjorts under 1980-talet har så gott som genomgående syftat till att uppnå besparingar på rättshjälpsanslaget.”

justeringar av inkomstgränsen.¹³⁹⁷ När den äldre rättshjälpslagen sedan ersattes av den nu gällande lagen, övergavs också indexregleringen till förmån för en fixerad inkomstgräns, som fick sin nuvarande nivå genom 1999 års (!) reform. Det sagda kan illustreras genom följande kronologi:

<i>Tidsperiod</i>	1973-1983	1983-1988	1988-1997	1997-1999	1999-idag
<i>Inkomstgräns</i>	8 PBB ¹³⁹⁸	110 000 kr ¹³⁹⁹	7 PBB ¹⁴⁰⁰	210 000 kr ¹⁴⁰¹	260 000 kr ¹⁴⁰²

Att lagstiftaren under femårsperioden 1983-1988 valde att ”slopa” anknytningen till basbeloppet,¹⁴⁰³ för och istället tillämpa en i lagen fixerad inkomstgräns på 110 000 kronor, kan närmast beskrivas som en ren panikåtgärd. Hela propositionen andas desperation över kostnadsutvecklingen, som inte hade kunnat dämpas genom tidigare reformer – så till den grad att regeringen år 1982 föreslog långtgående förändringar utan att ens avvakta den parlamentariska översyn av rättshjälpslagen, som vid tidpunkten redan hade initierats. Med lagstiftarens ord:

”Sedan RHL trädde i kraft år 1973 har kostnaderna för rättshjälp ökat oavbrutet. [...] Det har mot bakgrund av kostnadsutvecklingen och det ekonomiska läge som landet befinner sig i ansetts nödvändigt att på olika sätt söka begränsa samhällets åtaganden på rättshjälpsområdet. [...] I samband med ändringarna av RHL har det framstått som alltmer angeläget att göra en mer omfattande översyn av lagen. Inte minst den ekonomiska utvecklingen har gjort en grundlig översyn nödvändig. [...] Av dessa skäl har en parlamentarisk kommitté, rättshjälpskommittén, tillkallats för att se över rättshjälpsystemet. Kommittén har enligt direktiven frihet att inom vissa ramar överväga en total revidering av RHL. Kommittén skall bedriva sitt arbete skyndsamt. [...] Det statsfinansiella läget är emellertid sådant att man *så snart som möjligt, således utan avvaktan på resultatet av kommittéarbetet, bör gå vidare* och se i vad mån utgifterna kan begränsas ytterligare.”¹⁴⁰⁴

Med anledning av det statsfinansiella läget utarbetades internt inom Justitiedepartementet promemorian *Rättshjälpskostnaderna* (DsJu 1982:2), parallellt med att precis samma frågor utreddes av Rättshjälpskommittén. I promemorian presenterades också ett antal konkreta lagförslag som uteslutande syftade till att nedbringa kostnaderna för rättshjälp. Den principiella utgångspunkten för dessa förslag var att reformerna *inte fick drabba de allra fattigaste*:

¹³⁹⁷ Utöver att sänka inkomstgränsen ökade man graden av självfinansiering (genom höjda rättshjälpsavgifter; tidigare kostnadsbidrag) och inskränkte lagens tillämpningsområde till att omfatta färre måltyper.

¹³⁹⁸ ÄRhjL 6 §, ursprungligen införd genom SFS 1972:429 (prop. 1972:4).

¹³⁹⁹ RhjL 6 §, ändrad genom SFS 1983:153 (prop. 1982/83:61).

¹⁴⁰⁰ ÄRhjL 6 §, ändrad genom SFS 1988:213 (prop. 1987/88:73).

¹⁴⁰¹ RhjL 6 §, ursprungligen införd genom SFS 1996:1619 (prop. 1996/97:9).

¹⁴⁰² RhjL 6 §, ändrad genom SFS 1999:63 (prop. 1998/99:10).

¹⁴⁰³ Jfr prop. 1982/83:61 s. 1.

¹⁴⁰⁴ Prop. 1982/83:61 s. 15 f.

”Inriktningen måste vara att rättshjälpsförmånerna inte ytterligare försämras för dem som har *störst svårigheter* att ta tillvara sin rätt.”¹⁴⁰⁵

”I övrigt” ville dock departementschefen ”åstadkomma utgiftsminskningar på varje område där det är möjligt. Och ett sådant område – som per definition inte drabbade dem med *lägst inkomster/störst svårigheter* – var förstås den övre inkomstgränsen, vars syfte är att exkludera dem med *högst inkomster/minst svårigheter*.

I departementspromemorian föreslogs att den övre inkomstgränsen skulle fastställas vid 110 000 kronor. Denna gräns ansåg departementschefen var ”lämplig”, efter att ha jämfört rättshjälpen med andra former av ”ekonomiskt stöd”. I denna del illustrerar resonemanget ett principiellt skifte såvitt avser den grundläggande synen på rättshjälpens karaktär som samhällelig stödform. På bara tio år förvandlades nämligen den allmänna rättshjälpslagen från ett brett jämlikhetsprojekt, som skulle inkludera alla utom dem med riktigt höga inkomster, till en ekonomisk stödform jämförbar med exempelvis bostadsbidrag, förbehållen dem med riktigt låga inkomster:

<i>Prop. 1972:4</i>	<i>Prop. 1982/83:61</i>
”Kostnader i rättsliga angelägenheter kan otvivelaktigt i många fall uppgå till sådana belopp att det medför kännbara ekonomiska uppoffringar <i>även för personer i andra än de lägsta inkomstlägena</i> . Ifall principen om allas likhet inför lagen skall kunna upprätthållas, är det därför nödvändigt att rättshjälpen omfattar <i>även andra medborgare än dem som är ekonomiskt sämst ställda</i> .” ¹⁴⁰⁶	”Gränsbeloppet för rätt till rättshjälp ligger ... betydligt högre än de gränsbelopp som gäller för <i>andra former av samhällets ekonomiska stöd</i> till enskilda (t.ex. bostadsbidrag). Det är enligt min mening rimligt att gränsbeloppet nu läggs på en nivå som bättre överensstämmer med nivån för <i>andra stödformer</i> .” ¹⁴⁰⁷

Med den valda konstruktionen förutsattes det dock att det emellanåt skulle bli ”nödvändigt” att ompröva inkomstgränsen, bland annat med hänsyn till förändringar i penningvärdet.¹⁴⁰⁸ Som framgår av kronologin ovan skedde dock ingen sådan omprövning förrän vid 1988 års rättshjälpsreform, som tog avstamp i Rättshjälpskommitténs nu färdigställda betänkande.¹⁴⁰⁹

Enligt utredningsdirektiven motiverades Rättshjälpskommitténs utredning främst av besparingsskäl.¹⁴¹⁰ Departementschefen ville dock inskräpa, att

¹⁴⁰⁵ Prop. 1982/83:61 s. 16.

¹⁴⁰⁶ Prop. 1972:4 s. 229.

¹⁴⁰⁷ Prop. 1982/83:61 s. 27.

¹⁴⁰⁸ Prop. 1982/83:61 s. 24.

¹⁴⁰⁹ Rättshjälpskommittén (”RHK”) avlämnade under åren 1983-1985 tre betänkanden: Huvudbetänkandet *Den allmänna rättshjälpen* (SOU 1984:66), som innefattade ett förslag till en helt ny rättshjälpslag, samt därutöver två delbetänkanden, varav det ena avsåg *offentliga försvarare* (DsJu 1983:2) och det andra *offentliga biträden* (SOU 1985:4). Härutöver lade kommittén fram ett fjärde betänkandet år 1986 avseende *målsägandebitråde* (SOU 1986:49), efter att regeringen hade utfärdat tilläggsdirektiv till kommittén. Till dessa betänkanden – som medförde (1) att rätten till offentlig försvarare inskränktes; (2) att rätten till offentligt biträde utvidgades och frikopplades från den allmänna rättshjälpen; samt (3) att det inrättades ett helt nytt system med målsägandebiträden – återkommer jag i följande avsnitt.

¹⁴¹⁰ Dir. 1981:75 s. 1 ff., i SOU 1984:66 bil. 1 s. 239 ff.

”... den grundläggande målsättningen för rättshjälpsystemet inte [fick] förloras ur sikte, nämligen att den enskilde skall ha möjlighet att tillvarata sina rättsliga intressen *oberoende av sin ekonomiska situation*. Rättshjälpen bidrar på det sättet till att främja principen om allas likhet inför lagen. Det finns emellertid anledning att undersöka vilka förändringar i rättshjälpslagstiftningen som kan göras för att öka effektiviteten och åstadkomma besparingar.”¹⁴¹¹

Mot denna principiella bakgrund fick kommittén i uppdrag att överväga en total revidering av rättshjälpslagen, med den enda begränsning som låg i ”kravet på att åstadkomma besparingar”.¹⁴¹² Detta krav ställde dock kommittén i direkt motsatsförhållande till målet med rättshjälpsystemet, såsom detta mål hade formulerats av departementschefen (jämför kursiveringen ovan), närmare bestämt

”... att var och en skall beredas möjlighet att i rimlig utsträckning ta sin rätt till vara och att se till att *olika personers varierande ekonomiska förutsättningar inte leder till olika möjligheter för dem att tillvarata sina rättsliga intressen*. Det är uppenbart att detta mål inte sällan kommer att stå i ett motsatsförhållande till strävandena att minska kostnaderna för rättshjälpen.”¹⁴¹³

Mot denna bakgrund diskuterade kommittén ett antal alternativa ”besparingsmöjligheter”, närmare bestämt: (1) att förenkla administrationen och minska byråkratin; (2) att förbättra kostnadskontrollen; (3) att flytta ansvaret för allmänhetens rättsskydd till privata aktörer; (4) att minska behovet av rättshjälp genom förenklingar i de materiella och processuella regelverken; samt (5) att öka graden av självfinansiering genom avgifter (och därigenom också undvika ”onödigt processande”). Till dessa ”möjligheter” får vi anledning att återknyta nedan. Kommitténs förslag antyder nämligen början till slutet på den allmänna rättshjälpen i dess dåvarande form. Visserligen fanns det redan en tendens att exkludera enskilda måltyper från rättshjälpslagens tillämpningsområde – särskilt sådana som omfattades av privata försäkringar – men idén att göra den allmänna rättshjälpen *generellt subsidiär* till det privata rättsskyddet hade inte tidigare framförts, och skulle några år senare medföra ett paradigmskifte.

Såvitt avser inkomstgränsen valde dock kommittén att gå emot det uttryckliga besparingskravet i utredningsdirektiven, genom att föreslå att någon sådan gräns överhuvudtaget inte skulle uppställas. Enligt utredningens mening fanns det nämligen inga bärande skäl för en inkomstgräns.¹⁴¹⁴ Istället förordades en återgång till den ordning som gällde enligt lagen om fri rättegång – där rättshjälp i teorin kunde beviljas oavsett den enskildas inkomstförhållanden – med bland annat följande motivering:

¹⁴¹¹ Dir. 1981:75 s. 3, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 241.

¹⁴¹² Dir. 1981:75 s. 3, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 241.

¹⁴¹³ SOU 1984:66 s. 39.

¹⁴¹⁴ Se SOU 1984:66 s. 98 f: ”Anledningen till att man har en inkomstgräns är att man vill spara på statens resurser. Enligt vår mening finns det anledning att ifrågasätta bärkraften i detta argument.”

”Det är *uppenbarligen* så att behovet av ekonomiskt bistånd inte plötsligt upphör vid en viss inkomst utan också har samband med omfattningen av den process e.d. som är aktuell. För den som t.ex. tvingas föra talan mot ett läkemedelsbolag på grund av en läkemedelsskada är det *uppenbart* att en årsinkomst om 110 000 kr är otillräcklig. Men det är inte bara i omfattande mål av denna karaktär som problem uppstår. Så kan vara fallet också i mål om äktenskapsskillnad och därmed sammanhängande frågor, eftersom rättsskyddsförsäkringens villkor är sådana att den typen av angelägenheter inte täcks av försäkringen. Även t.ex. en vårdnadstvist kan därför för den som tjänar mer än 110 000 kr innebära stora ekonomiska påfrestningar. Detta talar för att den övre inkomstgränsen för rätten till rättshjälp bör slopas.”¹⁴¹⁵

År 1988 lades Rättshjälpskommitténs förslag till grund för lagstiftning genom en proposition som – betecknande nog – bar namnet *förbättringar inom rättshjälpsystemet*, och som innebar en temporär återgång till de generösare tongångar som präglat de ursprungliga förarbetena.¹⁴¹⁶ Departementschefen ställde, liksom kommittén, målet med rättshjälp i rakt motsatsförhållande till besparingskraven, och konstaterade – på ett rättsframfart sätt – att det helt enkelt inte gick att spara mer pengar:

”Jag vill ... slå fast att det enligt min mening inte är möjligt att nu ytterligare skära ner kostnaderna för den allmänna rättshjälp utan att den grundläggande målsättningen med rättshjälp sätts i fara. Den allmänna rättshjälp har varit utsatt för *utomordentligt hårdföra besparingsåtgärder och den har härigenom urholkats på ett olyckligt sätt*. Som jag inledningsvis antydde var ju rättshjälpsreformen en jämlikhetsreform, som syftade till att förverkliga principen om allas likhet inför lagen, och den allmänna rättshjälp var en hörnsten i reformen.”¹⁴¹⁷

Enligt departementschefen vore det ”önskvärt” att helt återställa rättshjälp till 1970-talets nivå, men detta lät sig för tillfället inte göras. Det var dock ”hög tid att ta åtminstone några steg i den riktningen”, vilket fick ske inom den givna kostnadsramen.¹⁴¹⁸

Mycket förenklat ville lagstiftaren, å ena sidan, ge *fler människor* rätt till rättshjälp, det vill säga utvidga personkretsen genom en höjning av inkomstgränsen (och en sänkning av rättshjälpsavgifterna). Kostnadsökningarna i den delen parerades, å andra sidan, genom att *färre måltyper* omfattades av rättshjälpslagen, vilket låg i linje med Rättshjälpskommitténs förslag att i högre utsträckning skjuta över ansvaret på privata aktörer.

¹⁴¹⁵ SOU 1984:66 s. 98.

¹⁴¹⁶ Som en allmän utgångspunkt för reformen citerades i princip de ursprungliga förarbetena ordagrant: ”För att säkerställa behovet av rättsskydd krävs ... att den enskilde inte av ekonomiska skäl tvingas avstå från att göra sin rätt gällande eller få sin sak prövad. De flesta har inte råd att med egna medel bära de ofta stora kostnader som kan vara förenade med rättegångar eller andra rättsliga förfaranden. För att tillgodose de enskildas behov av ekonomiskt bistånd i rättsliga angelägenheter tillkom rättshjälpslagen ...” DepC erinrade också om att lagens syfte var att ”skapa ökad jämlikhet mellan medborgarna”, liksom att ett grundläggande krav härför var att rättshjälp gavs i en ”sådan utsträckning att *ingen* av ekonomiska skäl skulle vara förhindrad att ta till vara sina rättsliga intressen”. Se prop. 1987/88:73 s. 20 samt s. 24, där detta ”krav” upprepas.

¹⁴¹⁷ Prop. 1987/88:73 s. 25.

¹⁴¹⁸ Se prop. 1987/88:73 s. 26: ”Jag har därför, när jag har utformat mina förslag, utgått ifrån att den allmänna rättshjälp totalt sett skall få kosta i stort sett lika mycket som idag.”

Såvitt avsåg inkomstgränsen var departementschefen inte beredd att gå så långt som att helt slopa denna. Istället genomfördes två ändringar: för det första kopplades gränsen återigen till basbeloppet, eftersom det ansågs ”rimligt att rättshjälpens värde som social förmån skall kunna bevaras utan återkommande ändringar” av lagen,¹⁴¹⁹ för det andra höjdes gränsen högst betydligt, till 7 basbelopp (då motsvarande 167 700 kronor) med ambitionen att ”omfatta alla i normala inkomslägen”.¹⁴²⁰ Ordningen var därmed återställd, åtminstone i detta avseende; endast den med onormalt höga inkomster skulle falla utanför lagens tillämpningsområde. Denna ordning skulle sedan bestå i nästan 10 år, intill dess den nu gällande rättshjälpslagen infördes, vilket som bekant ställde det mesta upp-och-ned.

Under 1990-talet hade tonläget återigen förändrats. Den allmänna rättshjälpen fortsatte att kosta mer än vad lagstiftaren förutsett (och nu var villig att betala), vilket föranledde regeringen tillkalla 1993 års Rättshjälpsutredning för att göra ännu en översyn av den äldre rättshjälpslagen.¹⁴²¹ I utredningsdirektiven klargjordes också att ”reformbehovet” i princip var synonymt med ett sparbehov. Enligt departementschefen innebar nämligen

”[d]et statsfinansiella läget och det besparingskrav som ställts på rättshjälpsområdet ... naturligtvis att det är nödvändigt att överväga olika ändringar för att rättshjälpen skall kunna hålla en så hög kvalitet som möjligt till en försvarbar kostnad.”¹⁴²²

Närmare bestämt ville departementschefen ”renodla” rättshjälpslagens karaktär som en social skyddslagstiftning,¹⁴²³ utifrån följande utgångspunkter:

”[D]e begränsade resurser som i den samhällsekonomiska situationen står till buds skall sättas in på de områden där de bäst behövs och komma *de människor till del som är i störst behov av rättsligt bistånd*. De åtgärder som föreslås skall vara sådana att de kan leda till ökad effektivitet och kostnadsbesparingar men får inte medföra att rättshjälpens grundläggande syfte går förlorat. Rättshjälpen måste fungera som ett slags *yttersta skyddsnet* som fångar upp dem som inte kan få rättsligt bistånd annat sätt.”¹⁴²⁴

I jämförelse med tidigare lagstiftningsärendet hade således departementschefen bytt fot: Nu gick det återigen att ställa upp ett krav på ”kostnadsbesparingar” utan att ”rättshjälpens grundläggande syfte” gick förlorat, vilket kan jämföras med vad som uttalades i 1989 års proposition, närmare bestämt att det ”inte [var] möjligt att nu ytterligare skära ner kostnaderna” utan att ”den grundläggande målsättningen

¹⁴¹⁹ Prop. 1987/88:73 s. 43.

¹⁴²⁰ Prop. 1987/88:73 s. 42.

¹⁴²¹ Dir. 1993:77 s. 1 ff., i SOU 1995:81 bil. 1 s. 283 ff.

¹⁴²² Dir. 1993:77 s. 6, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 288.

¹⁴²³ Se vidare dir. 1993:77 s. 12, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 294: ”Rättshjälpens karaktär av social skyddslagstiftning bör renodlas. Det bör utredas om rättshjälpslagstiftningen kan ändras så att bistånd i större utsträckning än vad som för närvarande är fallet *inriktas de fall där det bäst behövs*. Det finns anledning att misstänka att allmän rättshjälp i dag i en inte obetydlig omfattning utgår i fall där det inte kan anses befogat att det allmänna helt eller delvis skall bekosta tvisten.”

¹⁴²⁴ Dir. 1993:77 s. 6 f., i SOU 1995:81 bil. 1 s. 288 f.

med rättshjälpen sätts i fara”.¹⁴²⁵ Dessa uttalanden går inte att förena med varandra, med mindre än att det grundläggande syftet/målsättningen med rättshjälpen ges olika innebörd.

År 1995 lade Rättshjälpsutredningen fram betänkandet *Ny rättshjälpslag och andra bestämmelser om rättsligt bistånd* (SOU 1995:81). Liksom Rättshjälpskommittén presenterade utredningen ett stort antal förslag som alla syftade till att spara pengar, varav det – på principiella grunder – mest omvälvande var att den allmänna rättshjälpen gjordes generellt subsidiär i relation till det privata rättsskyddet. Som bekant beslutade riksdagen i enlighet med förslaget, vilket medförde en ”privatisering” av rättshjälpen. Till detta, och övriga, förslag får vi dock anledning att återkomma nedan.¹⁴²⁶

Såvitt avser inkomstgränsen hade regeringen redan år 1991 försökt att i det närmaste halvera denna – genom en sänkning från sju basbelopp (då motsvarande 225 400 kronor) till fyra basbelopp (motsvarande 128 800 kronor) – inom ramen för en blott 10 sidor lång proposition. Som skäl härför anfördes dels att ”inkomstgränsen måste sänkas som ett led i strävandena att begränsa statens utgifter”, dels att en sådan sänkning vore ”en lagtekniskt jämförelsevis okomplicerad åtgärd”, som således kunde genomföras snabbt.¹⁴²⁷ En halvering av inkomstgränsen skulle inte heller medföra att man gjorde ”avkall” på syftet bakom rättshjälpslagstiftningen, utan endast att de begränsade rättshjälpsresurserna koncentrerades till de ”lägre inkomstskikten”.¹⁴²⁸ Justitiekommittén godtog emellertid inte regeringens förslag – tvärtom menade utskottet att det kunde ifrågasättas om inte det ”grundläggande syftet med rättshjälpsreformen” just skulle falla, om förslaget genomfördes:

”Enligt utskottets synsätt kan ett genomförande av förslaget komma att medföra en återgång till den ordning som gällde på den fria rättegångens tid, nämligen att enbart de allra sämst ställda och de har god ekonomi kan ta tillvara sina rättsliga intressen. Flertalet vanliga inkomsttagare för vilka ett rättsligt förfarande innebär avsevärda ekonomiska påfrestningar kan komma att helt utestängas från allmän rättshjälp.”¹⁴²⁹

Riksdagen anslöt sig till utskottets förslag, och röstade ner propositionen. Detta till trots följde Rättshjälpsutredningen regeringens linje; en sänkning av inkomstgränsen låg nämligen ”väl i linje med synsättet att den som reder sig själv inte skall belasta statskassan”.¹⁴³⁰ En mer blygsam sänkning till 200 000 kronor skulle inte heller få de effekter som Justitiekommittén befarade, eftersom 90 procent av befolkningen alltså skulle omfattas av rättshjälpslagen. Däri låg, enligt utredningens mening, en rimlig avvägning:

¹⁴²⁵ Prop. 1987/88:73 s. 25.

¹⁴²⁶ Se avsnitt 5.2.5 nedan.

¹⁴²⁷ Prop. 1991/92:159 s. 6 f.

¹⁴²⁸ Prop. 1991/92:159 s. 8.

¹⁴²⁹ JuU 1991/92:26 s. 8 f.

¹⁴³⁰ SOU 1995:81 s. 167.

”Mot bakgrund av de besparingskrav som förs fram i direktiven anser jag att det är rimligt att de som har sådana inkomster att de själva kan betala för rättslig hjälp också skall göra detta. Samtidigt måste det poängteras att gränsen inte får sättas så lågt att rättshjälpen bara kommer att beröra de allra sämst ställda. Någon återgång till den fria rättegången eller en övergång till vad som vid något tillfälle kallats soppköksmodellen är alltså inte aktuell.”¹⁴³¹

Ovanstående procentangivelse – som avser rättshjälpens täckningsgrad – är väl värd att lägga på minnet för den fortsatta diskussionen.

Avslutningsvis förordade utredningen att inkomstgränsen fixerades i rättshjälpslagen, framförallt eftersom den tidigare anknytningen till basbeloppet gjorde lagen ”komplicerad och svårhanterlig”. Till detta fogades dock den viktiga reservationen, att lagstiftaren i så fall ”måste ... bevaka att beloppen justeras om penningvärdets förändringar eller andra faktorer ger skäl till detta”. En dylik granskning kunde lämpligen ske vart femte år.¹⁴³²

Med utredningens betänkande i ryggen gjorde regeringen år 1996 ett nytt försök att sänka inkomstgränsen, med följande motivering:

”Som vi framhållit tidigare bör målet för rättshjälpen vara att ge bistånd till den som inte annars skulle ha möjlighet att ta till vara sina rättsliga intressen. Staten bör däremot inte bidra till kostnader som en rättssökande själv har ekonomisk förmåga att stå för. Regeringen delar den uppfattning Justitieutskottet redovisade i 1992 års lagstiftningsärenden, att inkomstgränsen inte får sättas så lågt att de flesta utestängs från möjligheterna till rättshjälp. En *mindre sänkning* av gränsen kan dock göras utan att det får sådana allvarliga konsekvenser. Samtidigt måste det poängteras att gränsen inte får sättas så lågt att rättshjälpen bara kommer att beröra de allra sämst ställda. *Någon återgång till vad som gällde på den fria rättegångens tid är inte aktuell.*”¹⁴³³

Enligt regeringen mening var det ”rimligt” att anknyta inkomstgränsen till den så kallade skiktgränsen/brytpunkten för statlig inkomstskatt, eftersom

”[d]e som har inkomster som överstiger brytpunkten ... också [bör] ha förmåga att stå för sina egna rättsliga kostnader utan bidrag från staten. För att undvika att lagen skulle komma att *behöva justeras alltför snart* bör gränsen sättas strax över brytpunkten. Om gränsen sätts strax över brytpunkten eller vid 210 000 kr skulle, med de beräkningsmetoder som redovisats ovan, fortfarande över 80 % av befolkningen ha möjlighet att erhålla rättshjälp.”¹⁴³⁴

Vad gäller valet mellan ”basbelopp eller siffror” återgav propositionen i princip ordagrant vad som anförts i Rättshjälpsutredningens betänkande. Bestämmelsen skulle bli mer ”lättillgänglig” om inkomstgränsen uttrycktes i siffror, vilket ”självfallet”

¹⁴³¹ SOU 1995:81 s. 166.

¹⁴³² SOU 1995:81 s. 177.

¹⁴³³ Prop 1996/97:9 s. 110.

¹⁴³⁴ Prop 1996/97:9 s. 110.

förutsatte att beloppet justerades över tid.¹⁴³⁵ Och denna gång ställde sig riksdagen bakom regeringens förslag, vilket utmynnade i den nu gällande rättshjälpslagen.

Redan två år efter nya rättshjälpslagens ikraftträdande gjordes den första – och hittills enda! – justeringen inkomstgränsen, som höjdes till 260 000 kronor.¹⁴³⁶ Eftersom någon ändring inte har gjorts sedan dess, trots att den nuvarande gränsen fastställdes för 18 år sedan, är motiven till 1999 års reform av stort intresse. Dessa kan sammanfattas i fyra punkter, enligt följande:

Beträffande *behovet av en översyn* anförde regeringen att det fanns skäl att se över inkomstgränsen helt enkelt därför att det hade gått två år sedan gränsen fastställdes.¹⁴³⁷ Den remisskritik som hade framförts – att det var ”för tidigt att nu se över gränsen” – avfärdades. Förvisso borde en justering av inkomstgränsen inte göras för ofta, men ett ”lämpligt riktmärke” var enligt regeringens mening ett treårsintervall (vilket kan jämföras med Rättshjälpsutredningens förslag på femårsintervall).

Som skäl *för att höja inkomstgränsen* till 260 000 kronor anförde regeringen, liksom i tidigare förarbeten, att det var en ”rimlig utgångspunkt” att gränsen anknöts till skiktgränsen för statlig inkomstskatt, liksom att den inkomstökning som skett under de två gångna åren hade medfört att färre människor kunde beviljas rättshjälp 1999 jämfört med 1997. Samfällt motiverade dessa två faktorer en höjning av gränsen med 50 000 kronor, vilket skulle innefatta en ”viss marginal” för kommande treårsperiod.

Som skäl *mot att höja inkomstgränsen ännu mer* – vilket vissa remissinstanser hade föreslagit – förklarade regeringen att en gräns på 260 000 omfattade över 90 procent av befolkningen, vilket var ”unikt i internationella sammanhang”. Och beträffande de resterande 10 procenten menade regeringen att samhällets ”mest välbeställda” lämpligen kunde stå för sina egna rättegångskostnader.

Slutligen diskuterades återigen *valet mellan basbelopp eller siffror*. I denna del anslöt sig regeringen till vad som hade anförts i den ursprungliga propositionen: Bestämelseerna skulle bli ”mer lättillgängliga” med en fixerad inkomstgräns. Och med detta fick rättshjälpslagens 6 § sin nuvarande utformning.¹⁴³⁸

I retrospektiv är förändringarna av inkomstgränsen av principiellt intresse, eftersom täckningsgraden på ett konkret sätt avslöjar vad som egentligen avses med ”rättshjälpens grundläggande syfte”. Är rättshjälp ett bredare jämlikhetsprojekt, som skall garantera att *ingen* av ekonomiska skäl hindras från att ta tillvara sin rätt i domstol? Eller är rättshjälp snarare ett yttersta skyddsnät, avsett att *endast* fånga upp samhällets mest utsatta? För att besvara denna fråga kan man skilja mellan tre inkomstsegment: de ”riktigt fattiga”, de ”riktigt rika”, samt ”mellangruppen” (bestående av den breda arbetar- och medelklassen). Att rättshjälp skall inkludera

¹⁴³⁵ Prop. 1996/97:9 s. 111.

¹⁴³⁶ RhjL 6 §, ändrad genom SFS 1999:63 (prop. 1998/99:10).

¹⁴³⁷ Prop. 1998/99:10 s. 9: ”Rättshjälpslagen beslutades år 1996 och trädde i kraft den 1 december 1997. Det har alltså gått cirka två år sedan gränsvärdet för rätt till rättshjälp fastställdes. Det finns *därför* skäl att nu se över om gränsen behöver justeras.”

¹⁴³⁸ Prop. 1998/99:10 s. 9 f.

samhällets sämst ställda, men exkludera samhällets bäst ställda, har aldrig ifrågasatts. Istället är det den stora ”mellangruppen” – människor som varken är fattiga eller rika – som genom åren har kastats in och ut ur systemet. Låt mig kort utveckla detta.

Lagen om fri rättegång innehöll visserligen ingen formell inkomstgräns, men relativitetsprincipen innebar i praktiken ett ”fattigdomskrav”, innebärande att mellangruppen utestängdes från lagens tillämpningsområde. Som vi konstaterat ovan gav detta, med Ekelöfs ord, upphov till en ”utpräglad klassorättvisa”.¹⁴³⁹ Ekelöf förordade därför en väsentlig utvidgning av personkretsen.¹⁴⁴⁰ Att åstadkomma en sådan utvidgning var också en tydlig ambition bakom den äldre rättshjälpslagen, vilket två exempel ur förarbetena kan få illustrera:

SOU 1965:13: ”Obestridligen förhåller det sig så, att personer, som *icke i egentlig mening kan betraktas som mindre bemedlade*, likväl kan ha svårt att bära rättegångskostnader av någon betydelse och därigenom kan ställas i den situationen att de av ekonomiska skäl saknar möjlighet att inför domstol tillvarata sina intressen.”¹⁴⁴¹

Prop. 1972:4: ”Kostnader i rättsliga angelägenheter kan otvivelaktigt i många fall uppgå till sådana belopp att det medför kännbara ekonomiska uppoffringar *även för personer i andra än de lägsta inkomstlägena*. Ifall principen om allas likhet inför lagen skall kunna upprätthållas, är det därför nödvändigt att rättshjälpen omfattar *även andra medborgare än dem som är ekonomiskt sämst ställda*.”¹⁴⁴²

I förarbetena formulerades det rentav som ett ”grundkrav” att ingen av ekonomiska skäl skulle hindras från att ta tillvara sina intressen i Sverige.¹⁴⁴³ Inkomstgränsen fastställdes därför till åtta basbelopp, vilket syftade till att endast exkludera ”den ekonomiskt bäst ställda gruppen” från den allmänna rättshjälpen.¹⁴⁴⁴ Omräknat till dagens (pris)basbelopp, skulle detta ge en inkomstgräns på närmare 360 000 kronor.¹⁴⁴⁵

Sedan den äldre rättshjälpslagen infördes har dock den principiella tongången förändrats. Givet det statsfinansiella läget blev det med tiden nödvändigt att prioritera, vilket medförde att ambitionsnivån sänktes. Idén om rättshjälpen som ett ”yttersta skyddsnät” formulerades ursprungligen av departementschefen i en utav de många propositioner varigenom den äldre rättshjälpslagen successivt urholkades. Närmare bestämt anfördes följande:

”*Min utgångspunkt i detta arbete är att de begränsade resurser som i dagens samhällsekonomiska situation står till buds skall sättas in på de områden där de bäst behövs och komma de människor till del som bäst behöver rättsligt bistånd.* [...] Jag

¹⁴³⁹ Ekelöf (1966) s. 1.

¹⁴⁴⁰ Ekelöf (1966) s. 6 f.

¹⁴⁴¹ SOU 1965:13 s. 8.

¹⁴⁴² Prop. 1972:4 s. 229.

¹⁴⁴³ Prop. 1972:4 s. 228 f.

¹⁴⁴⁴ Prop. 1972:4 s. 251.

¹⁴⁴⁵ PBB:et för år 2017 är 44 800 (x 8 = 358 400).

är medveten om att den närmare innebörden av begreppet rättshjälp har varierat och förändrats över tid. De besparingar som nu krävs på rättshjälsområdet kräver ytterligare anpassningar. Det finns dock en gräns för hur långt man kan gå. Det gäller att vidmakthålla rättshjälpens grundläggande syfte, att fungera som *ett slags skyddsnät; ett skyddsnät som skall fånga upp dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt.*¹⁴⁴⁶

När samma departementschef några år senare skulle formulera direktiven till 1993 års Rättshjälsutredning, hänvisade hon till vad hon själv hade anfört i propositionen, och gjorde därmed sin egen utgångspunkt – mer eller mindre ordagrant – till utredningens utgångspunkt:

*”Utgångspunkten för utredningsarbetet bör vara att de begränsade resurser som i den samhällsekonomiska situationen står till buds skall sättas de områden där de bäst behövs och komma de människor till del som är i störst behov av rättsligt bistånd. De åtgärder som föreslås skall vara sådana att de kan leda till ökad effektivitet och kostnadsbesparingar men får inte medföra att rättshjälpens grundläggande syfte går förlorat. Rättshjälpens måste fungera som ett slags yttersta skyddsnät som fångar upp dem som inte kan rättsligt bistånd annat sätt (se prop. 1992/93:109 s. 19).*¹⁴⁴⁷

I direktiven anförde departementschefen vidare, att rättshjälpslagens ”karaktär av en social skyddslagstiftning” borde renodlas på så vis, ”att bistånd i större utsträckning än vad som för närvarande är fallet inriktas på de fall där det bäst behövs”.¹⁴⁴⁸ Rättshjälsutredning tog fasta på detta i sitt år 1995 framlagda betänkande med förslag till ny rättshjälpslag, bland annat genom att föreslå en sänkt inkomstgräns. När regeringen påföljande år lade fram sin proposition – i mångt och mycket i enlighet med utredningens förslag – hade rättshjälpens syfte omdefinierats i linje med den år 1992 lanserade idén om det ”yttersta skyddsnätet”:

*SOU 1995:81: ”Enligt direktiven skall rättshjälpens fungera som ett slags yttersta skyddsnät som fångar upp dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt. [...] En ... väg kan vara att begränsa möjligheterna till rättshjälp för dem som själva kan betala för rättslig hjälp, dvs. att sänka inkomstgränsen.”*¹⁴⁴⁹

*Prop. 1996/97:9: ”I propositionen föreslås en ny rättshjälpslag. Det nya systemet innebär ... stora besparingar samtidigt som rättshjälpens grundläggande syfte bibehålls, dvs. att rättshjälpens skall utgöra ett yttersta skyddsnät för dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt.”*¹⁴⁵⁰

Från att ha varit ett brett jämlikhetsprojekt – som delvis motiverades med hänvisning till principen om allas likhet inför lagen – blev rättshjälpslagen därmed en renodlat

¹⁴⁴⁶ Prop. 1992/93:109 s. 19.

¹⁴⁴⁷ Dir. 1993:77 s. 6 f., i SOU 1995:81 s. 288 f.

¹⁴⁴⁸ Se vidare dir. 1993:77 s. 12, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 294.

¹⁴⁴⁹ SOU 1995:81 s. 165. Se även a. SOU s. 69, där det likaså – m.h.t. direktiven – anförs att ”[r]ättshjälpens måste ... fungera som ett slags yttersta skyddsnät som fångar upp dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt”.

¹⁴⁵⁰ Prop. 1996/97:9 s. 1.

social skyddslag, vilket låg helt i linje med tidigare reformer där rättshjälpen likställdes med exempelvis bostadsbidrag och andra ”ekonomiska stödformer”.¹⁴⁵¹ Jämför man exempelvis förarbetena till den nu gällande rättshjälpslagen med vad som anfördes förarbetena till socialtjänstlagen (2001:453) (”SoL”) angående försörjningsstödet – det tidigare socialbidraget – blir detta förhållande uppenbart:

<i>Rättshjälp:</i>	<i>Försörjningsstöd:</i>
<p>”Reglerna på rättshjälpsområdet bör således reformeras så att de uppfyller kraven på kostnadsbesparingar samtidigt som detta inte får leda till att rättshjälpens grundläggande syfte går förlorat. Rättshjälpen måste även i fortsättningen fungera som ett <i>yttersta skydds nät</i> som fångar upp dem som inte kan få rättsligt bistånd på <i>annat sätt</i>.”²⁸</p>	<p>”Försörjningsstödet karaktär av ett <i>yttersta skydds nät</i> för den som inte själv kan tillgodose sina behov kvarstår. I uttrycket ’inte själv kan tillgodose sina behov eller få dem tillgodosedda på <i>annat sätt</i>’ ligger bl.a. att den enskilde måste utnyttja alla de möjligheter som normalt står honom eller henne till buds. Den som kan arbeta är skyldig att söka arbete.”²⁹</p>

Rättshjälpen av idag kan alltså betraktas som en processrättslig motsvarighet till försörjningsstödet, vars funktion är att vara ett yttersta skydds nät – ingenting mer. Denna transformering av rättshjälpen åstadkom lagstiftaren genom flera samverkande förändringar: för det första genom att göra behovsprövningen betydligt mycket striktare, vilket jag kommer att återkomma till löpande i det följande; för det andra genom att kontinuerligt öka graden av självfinansiering genom höjda avgifter, samtidigt som inkomstgränsen, för det tredje, kontinuerligt sänktes. De två sistnämnda förändringarna innebar samfällt att färre och färre människor omfattades av rättshjälpen, samtidigt som det blev dyrare och dyrare för dessa att uppbära rättshjälp, vilket medförde att många inte hade råd att ta den i anspråk.¹⁴⁵⁴ De ökade avgifterna kommer jag att diskutera kort i anslutning till rättsskyddets självrisiker nedan.¹⁴⁵⁵ Vad gäller inkomstgränsen sätter jag punkt i detta avsnitt, genom en sista anmärkning.

Den gräns som antogs genom 1999 års reform var till en början så pass hög, att även stora delar av ”mellangruppen” omfattades. Vi kan dock konstatera att regeringen har haft svårt att efterleva sitt eget riktmärke – att en i lagen fixerad inkomstgräns lämpligen skall ses över vart tredje år. Den senaste gången en sådan översyn gjordes var nämligen när detta riktmärke formulerades år 1999. I kombination med att lagstiftaren – i samma reform – valde att formulera inkomstgränsen i

¹⁴⁵¹ Jfr prop. 1982/83:61 s. 27.

¹⁴⁵² Prop. 1996/97:9 s. 82.

¹⁴⁵³ Prop. 2000/01:80 s. 93 f. och jfr prop. 2015/16:136 s. 23, där det likaså konstateras att "[b]istånd enligt 4 kap. 1 § SoL ska fungera som samhällets yttersta skydds nät för hjälpsökande."

¹⁴⁵⁴ Vad Advokatsamfundet anförde i sitt remissyttrande över SOU 1984:66 sammanfattar utvecklingen väl: "Samfundet anser att det grundläggande målet för rättshjälpslagstiftningen – att den enskilde skall ha möjlighet att tillvarata sina intressen oberoende av sin ekonomiska situation – inte längre uppnås. Detta beror på de senare årens lagstiftning som medfört försämrade ekonomiska villkor för den enskilde. Sälunda har riksdagen beslutat om höjning av den enskildes fasta rättshjälpsavgift den 1 april 1981, höjning av den enskildes fast rättshjälpsavgift den 1 januari 1982, höjning av den enskildes fast rättshjälpsavgift den 1 maj 1983, införande av tilläggsavgift den 1 maj 1983. Den enskildes avgifter för rättshjälpen har därmed höjts drastiskt [och] är nu så höga att de hindrar den enskilde att söka advokathjälp i ett stort antal fall där sådan hjälp är befogad."

¹⁴⁵⁵ Se avsnitt 5.2.5 nedan.

”lättillgängliga siffror” har detta medfört gränsen nu har varit oförändrad i nästan två decennier. Under dessa årtionden har naturligtvis mycket hänt. Exempelvis uppgår skiktgränserna för statlig inkomstskatt – som inkomstgränsen tidigare sattes i paritet med – numera till 438 900 kronor, samt för värnskatt till 638 500 kronor (för inkomståret 2017).¹⁴⁵⁶

Att inkomsterna i samhället har ökat, utan att inkomstgränsen i rättshjälpslagen har justerats alls, har medfört att rättshjälpslagens täckningsgrad har sjunkit dramatiskt – från 90 procent, till cirka 40 procent idag.¹⁴⁵⁷ Med andra ord har vi kommit mycket långt ifrån den tidigare ambitionen – att rättshjälpen skall omfatta alla utom de mest välbärgade – och rör oss i snabb takt mot ”soppköksmodellen”. Konsekvensen av en sådan ordning är väl känd sedan lagen om fri rättegång: Endast de med riktigt låga eller riktigt höga inkomster kan processa i domstol, antingen på samhällets bekostnad eller för egna medel. Den stora mellangruppen, som varken har råd att självfinansiera en rättegång eller har tillgång till offentlig finansiering, kommer däremot inte att kunna hävda sina intressen i domstol.¹⁴⁵⁸ Likheten inför lagen blir därmed en chimär.¹⁴⁵⁹

I sitt slutbetänkande konstaterade Biträdeskostnadsutredningen, som är den senaste offentliga utredningen som har behandlat inkomstgränsen, att det nu är ”hög tid att nu se över *om* [denna gräns] behöver justeras”.¹⁴⁶⁰ Att gränsen behöver justeras framstår dock som självklart, redan utifrån lagstiftarens eget resonemang i tidigare förarbeten (eftersom det har gått betydligt längre tid än tre år sedan den nuvarande gränsen fastställdes). Frågan är snarare till vilken nivå. I denna del föreslog Biträdeskostnadsutredningen att inkomstgränsen skulle höjas till 400 000 kronor, vilket skulle ge en täckningsgrad på 80 procent och ”säkerställa ... att de som har behov av rättshjälp verkligen får den”.¹⁴⁶¹ Läst motsatsvis finns det inte några sådana garantier idag. I denna del är förslaget, enligt min uppfattning, både välbalanserat och välmotiverat.¹⁴⁶²

Enligt utredningens uppfattning skall vi dock behålla den nuvarande konstruktionen med en i lagen angiven inkomstgräns. Erfarenheterna från de senaste 20 åren

¹⁴⁵⁶ SKV, *Skiktgränser, brytpunkter, prisbasbelopp m.m.*

¹⁴⁵⁷ SOU 2014:86 s. 226.

¹⁴⁵⁸ Jfr SOU 2014:86 s. 226: ”En av våra utgångspunkter är att den som har sådana inkomster att de själva kan betala för rättslig hjälp också ska göra detta. Det bör dock poängteras ... att inkomstgränsen inte får sättas så lågt att rättshjälpen endast kommer att beröra de allra sämst ställda. Ett sådant förslag skulle kunna innebära att bara de sämst ställda och de som har god ekonomi kan tillvarata sina rättsliga intressen. En sådan ordning kan inte vara önskvärd eftersom det kan innebära att flertalet vanliga inkomsttagare, för vilka ett rättsligt förfarande kan innebära avsevärda ekonomiska påfrestningar, kan komma att helt utestängas från rättshjälp.”

¹⁴⁵⁹ Här bortses från rättskyddsförsäkringarna, som inte innehåller någon inkomstgräns och därmed delvis kompenserar den låga inkomstgränsen i sådana tvister som enskilda kan försäkra sig mot. Dessa försäkringar har dock en betydande självrisk, vilket innebär att den enskildas egen betalningsförmåga är av stor betydelse *även inom ramen för detta system*. Till dessa försäkringar återkommer jag i avsnitt 5.2.5 nedan.

¹⁴⁶⁰ SOU 2014:86 s. 224.

¹⁴⁶¹ SOU 2014:86 s. 226 ff., särskilt s. 230.

¹⁴⁶² Jfr även Domstolsverkets rapport (2004:5), *Inkomstgränsen och avgifterna*, i vilken DV föreslog en höjning av inkomstgränsen till 315 000. En sådan ökning skulle år 2004, enligt DV:s uppfattning (s. 7), medföra att en ”ungefär lika stor andel av befolkningen som år 1999, då den nu gällande inkomstgränsen fastställdes, uppfyller de ekonomiska förutsättningarna för att få rättshjälp”.

taler, enligt min mening, med styrka mot en sådan ordning. Riktmärken formulerade i förarbetena betyder uppenbarligen ingenting, och hur ”självklart” det än ter sig att löpande justera i lag fixerade inkomstgränser i takt med att inkomsterna ökar, tenderar sådana justeringen att skjutas upp – särskilt när varje höjning medför ökade kostnader för staten. Att genom ren passivitet kunna exkludera fler och fler människor från rättshjälpen har, annorlunda uttryckt, visat sig vara ett effektivt sätt att åstadkomma en synnerligen restriktiv reglering. På det stora hela innebär dock Biträdeskostnadsutredningens förslag – såvitt avser inkomstgränsen – en betydande utvidgning av personkretsen. Sedan betänkandet presenterades har emellertid inga vidare lagstiftningsåtgärder vidtagits, eller ens aviserats, i den delen.

5.2.2.3 Rimlighetsprövningen

Att en person har behov av rättshjälp samt tjänar mindre än 260 000 kronor per år är dock inte tillräckligt för att rättshjälp skall utgå. Som en tredje allmän förutsättning gäller nämligen att rättshjälp endast får beviljas om det är *rimligt* att staten bidrar till kostnaderna.¹⁴⁶³ Det sagda innebär att domstolen – utöver en behovs- och inkomstprövning enligt ovan – måste företa en rimlighetsprövning innan rättshjälp beviljas. I många avseenden flyter dock bedömningarna av behov och rimlighet ihop, vilket kommer framgå av det följande.

Enligt äldre rättshjälpslagen fick rättshjälp inte beviljas åt den som saknade ett *befogat intresse* av att få sin sak behandlad.¹⁴⁶⁴ Denna regel måste förstås mot bakgrund av att 1973 års reform innebar en betydande utvidgning av den allmänna rättshjälpen, och eftersom dammluckorna i princip öppnades på vid gavel ansågs det viktigt att förhindra missbruk. Det låg helt enkelt inte i någons intresse – varken statens, partens eller dennas motpart – att obefogade, oöverlagda eller eljest onödiga processer kunde föras på skattebetalarnas bekostnad.¹⁴⁶⁵ Det ansågs dock inte möjligt att ge en uttömmande beskrivning av de ”områden där behovet av rättsskydd är störst”. Istället diskuterades några typfall, då rättshjälp kunde vägras därför att den enskilda parten saknade befogat intresse av att få sin sak prövad, närmare bestämt när den enskildas talan framstod som (1) mer eller mindre utsiktslös, (2) avsåg ett obetydligt värde, eller (3) inte skulle gå att realisera ens vid bifall.¹⁴⁶⁶

När den äldre rättshjälpslagen ersattes av den nu gällande lagen fick regeln om ”befogat intresse” en skärpt formulering. Hela syftet med 1997 års reform var ju att rättshjälpen skulle fungera som ett ”yttersta skyddsnät” enligt vad jag beskrivit ovan, och den tidigare regeln ansågs inte i tillräcklig grad fylla detta syfte. Numera gäller därför att rättshjälp endast får beviljas om det med hänsyn till angelägenhetens art

¹⁴⁶³ RhjL 8 §.

¹⁴⁶⁴ ÄRhjL 8 § 1 st. 6 p. och härtill Westberg, Peter, *Befogat intresse och behov av rättshjälp* (JT 2/1995-96) s. 602-609.

¹⁴⁶⁵ Prop. 1972:4 s. 92 f.

¹⁴⁶⁶ Prop. 1972:4 s. 93 och härtill DepC:s inställning i a. prop. s. 248. Notera dock att det i propositionen (a. st.) talas om sådana fall, då ”anspråket grundas på en *klar felbedömning* av gällande rättsregler och en eventuell talan sålunda är *helt utsiktslös*”, alternativt att bevisläget är sådant att det ”framstår som *utsiktslöst eller mycket osannolikt* att anspråket kan drivas med framgång”. DepC inskräpte också att intresseprövningen framförallt syftade till att förhindra missbruk, och därför skulle ske tämligen summariskt (innefatta ”betydande marginaler”).

och betydelse, tvisteföremålets värde och omständigheterna i övrigt är rimligt att staten bidrar till kostnaderna.¹⁴⁶⁷ Att denna lagändring var avsedd att utestänga fler mål från den allmänna rättshjälpen framgår uttryckligen i förarbetena:

”Rättshjälp kan i dag beviljas i fall där det inte är befogat att det allmänna helt eller delvis skall bekosta tvisten. Enligt regeringens mening finns det här ett klart reformbehov. Den nuvarande bestämmelsen är för snävt formulerad och den används heller inte i den utsträckning som förutsattes vid rättshjälpslagens tillkomst. [...] Det är naturligtvis svårt att uttömmande redovisa alla de situationer där rättshjälp bör vägras. En självklar utgångspunkt är givetvis de typfall som redovisades i 1972 års lagstiftningsärende och den praxis som utvecklats under årens lopp; vi *äsyftar ju ingen utvidgning* av rätten till rättshjälp. *Syftet är istället att den nya rimlighetsprövningen skall leda till att ytterligare typer av fall utestängs* från rättshjälp.”¹⁴⁶⁸

Syftet (i singular) med den nya rimlighetsbedömningen var alltså att fler typfall skulle ”utestängas” från den allmänna rättshjälpen,¹⁴⁶⁹ och för att uppnå den äsyftade förändringen specificerades i lagtexten de omständigheter som skall beaktas vid rimlighetsprövningen, närmare bestämt: (1) angelägenhetens art; (2) angelägenhetens betydelse för den enskilda/det omtvistade värdet; och (3) omständigheterna i övrigt. Eftersom dessa faktorer i mångt och mycket knyter an till vilken måltyp det är frågan om, kommer de att behandlas närmare under skilda rubriker i kommande avsnitt. Några allmänna – och för samtliga måltyper gemensamma – ord kan dock sägas redan här.

Vad först avser den rättsliga angelägenhetens art kan denna punkt delas in i tre undergrupper: (1.a) utsikterna till framgång; (1.b) möjligheterna att realisera anspråket; och (1.c) vad tvisten rör.¹⁴⁷⁰

- a. Att vikt skall fästas vid *utsikter till framgång* följde redan av den äldre rättshjälpslagen,¹⁴⁷¹ och någon förändring av rättsläget var här inte avsedd.¹⁴⁷² Följaktligen gäller också enligt den nu gällande lagen, att en ansökan om rättshjälp kan avslås om det är uppenbart att talan är utsiktslös, därför att parten har missuppfattat eller felbedömt rätts- eller bevisläget. Liksom tidigare skall det dock föreligga ”betydande marginaler” vid denna bedömning,¹⁴⁷³ vilket skall förstås som att domstolen inte

¹⁴⁶⁷ RhJL 8 §.

¹⁴⁶⁸ I andra ordalag ville regeringen (prop. 1996/97:9 s. 121) göra ”utrymmet att avslå en rättshjälpsansökan ... väsentligt större”.

¹⁴⁶⁹ Prop. 1996/97:9 s. 124.

¹⁴⁷⁰ Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 61 ff.

¹⁴⁷¹ Prop. 1972:4 s. 93 och 248.

¹⁴⁷² Prop. 1996/97:9 s. 120. Se dock Westberg (JT 2/1995-96) s. 605 f., med en skarp kritik av RHU:s förslag (i SOU 1995:81 s. 121) om att en ansökan om rättshjälp skulle kunna avslås också om det framstod som osannolikt (istället för uppenbart) att käromålet inte skulle vinna framgång. Enligt Westberg gav detta förslag uttryck för ”en principiell inställning till domarjäv som nog måste sägas vara smått revolutionerande för svensk rätt”. Westberg talar rent av om att domstolarna, med RHU:s förslag, ”i än högre grad än tidigare [skulle sälja] sin oväld” i syfte att åstadkomma besparingar åt staten, och ifrågasatte om detta vore förenligt med kravet på opartiskhet enligt EKMR art. 6.

¹⁴⁷³ Se Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s 61: ”Det är inte fråga om att rättshjälp endast ska lämnas om den rättssökandes anspråk framstår som välgrundat och kan väntas vinna bifall. Möjligheten att avslå rättshjälpsansökan ska i stället användas i de fall då talan, utan en närmare granskning av omständigheterna i målet, framstår som klart utsiktslös.”

skall göra någon ”mer ingående prövning” av det förväntade utfallet i processen; endast om partens talan framstår som klart utsiktslöst ”utan att omständigheterna i målet behöver granskas närmare” kan ansökan om rättshjälp avslås.¹⁴⁷⁴ Så torde främst kunna bli fallet när det står klart att sökanden har felbedömt *rättsläget*. Därremot kan det knappast bli aktuellt att avslå en ansökan därför att den sökande inte förväntas kunna uppfylla sin *bevisbörda*, vilket HD slog fast i NJA 1982 s. 175 I.¹⁴⁷⁵

I det aktuella avgörandet konstaterade HD att det hör till de ”grundläggande principerna för rättegången” att en domstol inte skall fatta beslut i sakfrågan förrän hela processmaterialet förebragts i målet, och att det vore oförenligt med denna princip att göra en förberedande sakprövning för att kunna avgöra om rättshjälp skall beviljas.¹⁴⁷⁶ Med hänsyn härtill anförde HD, beträffande rättsfrågorna, att en ansökan om rättshjälp kunde avslås endast om parten ”uppenbart felbedömt eller missuppfattat rättsläget, utan att omständigheterna i målet behöver granskas närmare”.¹⁴⁷⁷ Vad sedan gäller sakfrågorna kunde det, enligt HD, ”endast i undantagsfall ... komma i fråga att lägga ett för parten ogynnsamt bevisläge till grund för en motsvarande bedömning, eftersom detta regelmässigt skulle förutsätta just en sådan förberedande sakprövning som domstolarna ... måste avhålla sig från”.¹⁴⁷⁸

Någon förberedande sakprövning behövs dock inte, om det står klart att *samma sak redan har prövats*.¹⁴⁷⁹ I förarbetena uttalade också regeringen att det ”normalt [bör] vara uteslutet att rättshjälp beviljas för en angelägenhet som redan varit föremål för rättslig prövning”, eftersom det vi upprepade prövningar av samma sak ”knappast [kunde] anses rimligt att staten åter går in med rättshjälp”, såvida nya omständigheter av betydelse inte tillkommit.¹⁴⁸⁰ Att bedömningen är tämligen restriktiv framgår också av NJA 2009 not. N 68. Omständigheterna var följande:

Sex månader efter att TR:n genom lagakraftvunnen dom förordnat om vårdnaden och umgänget till ett barn ansökte A på nytt om stämning på B med yrkande om ändring i den tidigare domen. Sedan den första domen hade barnet genom social-

¹⁴⁷⁴ Westberg jämför kravet på befogat intresse enligt ÄRHJL med den s.k. ”tokmåls- eller rättshaveristparagrafen” i RB, vilket signalerar att bedömningen är avsedd att vara generös mot den sökande; se Westberg (JT 2/1995-96) s. 605 och jfr RB 42 kap. 5 § 1 st.

¹⁴⁷⁵ Målet avsåg förvisso tillämpningen av regeln om befogat intresse i ÄRHJL, men dessa uttalanden bekräftades av regeringen i förarbetena till den nya rättshjälpslagen och avgörandet får därför alltiämt anses prejudicerande; se prop. 1996/97:9 s. 120 ff. och härtill Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 61.

¹⁴⁷⁶ Jfr Westbergs kritik i fn. 1472 ovan.

¹⁴⁷⁷ Jfr Westberg (JT 2/1995-96) s. 604, som förtydligar att HD:s hänvisning till ”rättsläget” sannolikt har åsyftat sökandens bedömning av den underliggande civilrätten – inte felbedömningar av processuella regler, exv. om processhinder. Se även a.a. s. 605 om uppenbarhetsbedömningen, som enligt Westberg består av två moment: ”För det första krävs det att sökandens missuppfattning eller felbedömning av rättsläget omedelbart och tveklöst kan konstateras på det föreliggande materialet. [...] För det andra krävs det att domstolen omedelbart och tveklöst kan fastslå att ytterligare granskning av det föreliggande materialet inte kommer att förändra domstolens prima facie bedömning och att inhämtandet av nytt material ... inte heller kommer att förändra domstolens att ändra ståndpunkt.”

¹⁴⁷⁸ Bevisbörderegler hänförs dock, som Westberg noterar, vanligtvis till den materiella rätten. M.h.t. att sådana regler är tätt kopplade till bedömningen av bevisläget i målet, menar dock Westberg att de får hänföras till ”bevisläget”. Se till det sagda Westberg (JT 2/1995-96) s. 604.

¹⁴⁷⁹ Somliga hänför denna grund till ”omständigheterna i övrigt” men sakligt sett torde den, enligt min uppfattning, snarare hänföras till bedömningen av om parten har några utsikter att vinna framgång med sin talan.

¹⁴⁸⁰ Prop. 1996/97:9 s. 123.

nämndens försorg placerats utom hemmet och B satt häktad såsom på sannolika skäl misstänkt för försök till mord på A. Eftersom TR:n tidigare fäst avseende vid att barnet bodde hos B menade A att omständigheterna väsentligen hade förändrats. Både TR:n och HovR:n avslag dock A:s begäran om rättshjälp. Efter att ha återgivit motiven till den aktuella bestämmelsen beslutade HD att bevilja A rättshjälp. HD konstaterade visserligen att A på nytt väckt talan inom kort tid från den tidigare domen, vilket ”starkt” ansågs tala mot att rättshjälp beviljades. De nya omständigheter som framkommit var dock sådana, att A ändå skulle beviljas rättshjälp.¹⁴⁸¹

Om några nya omständigheter *inte* har inträffat är det således i princip uteslutet att rättshjälp beviljas i en angelägenhet som redan varit föremål för rättslig prövning. Denna ordning omfattar dock i första hand kändens rätt till rättshjälp. För svaranden är bedömningen något mer generös, vilket i praxis har motiverats med hänvisning till att det är kändens som ”kan förfoga över talan i den meningen att talan väcks och vidmakthålls om inte TR:n väljer att ogilla käromålet såsom uppenbart ogrundat”. Svaranden har däremot att ”utgå från att målet kommer att prövas i hela dess vidd” och att talan därvid ”måste förberedas och utföras med samma omsorg som om de i målet aktuella frågorna inte tidigare hade prövats”, vilket kan motivera att rättshjälp beviljas åt svaranden trots att saken redan har prövats.¹⁴⁸²

- b. Vad sedan avser den sökandes *möjligheter att realisera anspråket* är det mycket ovanligt att en ansökan om rättshjälp kan avslås på denna grund, eftersom verkligheten sällan är statisk och situationen följaktligen kan förändras; ett anspråk som inte kan realiseras vid tidpunkten för domstolens avgörande – därför att motparten då saknar utmättningsbar egendom – kan ju med tiden gå att verkställa. För att avslag skall kunna ske på denna grund fordras därför att det med ett visst mått av säkerhet går att förutspå vad som kommer att hända i framtiden, och att anspråket ”inte ens på längre sikt kan realiseras”.¹⁴⁸³
- c. Vad slutligen avser vad *tvisten rör* finns den tämligen utvecklade riktlinjer för vilka typer av tvister det anses orimligt att samhället finansierar genom rättshjälp. Dessa kommer att diskuteras nedan under respektive måltyp.

¹⁴⁸¹ Ett ytterligare, och (kanske mer vanligt förekommande), exempel på nya omständigheter avser – om inte enstaka så åtminstone ett utbrett – s.k. ”umgängessabotage” i vårdnadsmål. Jfr NJA 2006 s. 569 II, där HD uttalade: ”Att det inte förekommit någon kontakt mellan [A] och dottern sedan umgängesfrågan senast prövades skulle däremot *i och för sig* kunna utgöra en sådan ny omständighet som, särskilt med hänsyn till betydelsen för [B] av att under för henne betryggande former kunna återknyta kontakten med sin far, motiverar att umgängesfrågan på nytt prövas av domstol.”

¹⁴⁸² Se NJA 2004 s. 276, där HovR:n – i sitt av HD fastställda beslut – beviljade A rättshjälp. HovR:n noterade att det ”normalt inte [bör] komma i fråga att bevilja rättshjälp i en angelägenhet som tidigare varit föremål för rättslig prövning”, under förutsättning att det inte framkommit ”nya väsentliga omständigheter [som] helt har förändrat förutsättningarna för det tidigare avgörandet”. Den ”nu angivna principen” avsåg dock i första hand kändens. Vad gäller svaranden menade HovR:n att ”särskild restriktivitet” i och för sig kunde iaktas även i relation till svaranden, exv. eftersom en ny prövning av samma sak ofta är ”mindre komplicerad än den prövning som skett vid det första tillfället”. Enligt HovR:n fanns det dock skäl till större generositet, om motparten företrädades av biträde. I det aktuella målet konstaterade HovR:n att den sökande var svarandepart i målet, samt att kändens företrädades av ett ombud. Även om de nytillkomna omständigheterna var av begränsad omfattning ansåg därför HovR:n att A skulle beviljas rättshjälp i målet. Se även NJA 2006 s. 569 II, där HD – med hänvisning till 2004 års fall – obiter dicitum anförde att ”en mera generös bedömning bör kunna göras när den som söker rättshjälp är svarande i rättegången”.

¹⁴⁸³ Prop. 1996/97:9 s. 119.

Om vi sedan övergår till den andra punkten – *angelägenhetens betydelse för parten* – är bedömningen avsedd att vara objektiv. Det spelar således ingen roll att den sökande rent subjektivt anser att angelägenheten är av stor betydelse för honom eller henne. I förarbetena anfördes tvister om placeringen av en brevlåda eller ett staket som exempel på fall där rättshjälp kunde nekas med hänsyn till angelägenhetens ringa betydelse.¹⁴⁸⁴ Vad lagstiftaren har haft i åtanke är således tvister som – objektivt sett – avser rena trivialiteter (utan samband med den ”rättssökandes vardagliga välfärd”¹⁴⁸⁵). Till detta kommer, att rättshjälp också kan nekas om det omtvistades värde är ”mycket lågt”, såväl i absoluta tal som i relation till de förväntade processkostnaderna.¹⁴⁸⁶ I NJA 1982 s. 175 II beviljades sålunda inte rättshjälp i ett mål där parten yrkade 500 kronor i ersättning för sveda och värk.¹⁴⁸⁷

Den tredje punkten – *omständigheterna i övrigt* – avser avslutningsvis partens eget agerande. I specialmotiveringen anfördes sålunda att rättshjälp kan nekas om den rättssökande vägrar att diskutera de aktuella sakförhållandena eller på något annat sätt försvårar utredningen.¹⁴⁸⁸ De nu nämnda omständigheterna kommenteras dock inte närmare i propositionen, men som Renfors och Sverne Arvill konstaterar torde bestämmelsen ta sikte på sådana situationer då den rättssökande avsiktligt obstruerar eller har för avsikt att obstruera handläggningen av sitt eget mål.¹⁴⁸⁹

Sammanfattningsvis konstaterade Lagrådet i förarbetena till rättshjälpslagen att den rimlighetsprövning som domstolarna förutsätts göra kan bli mycket grannlaga och därför bör ske med försiktighet.¹⁴⁹⁰ Denna ståndpunkt delades av regeringen,¹⁴⁹¹ och samma åsikt har Högsta domstolen gett uttryck för i sin praxis, med hänvisning till ”grundläggande principer för rättegången”. I vissa situationer är bedömningen förhållandevis enkel, exempelvis när partens talan är helt utsiktslös, antingen eftersom vederbörande har missbedömt rättsläget eller därför att samma sak redan har varit föremål för rättslig prövning (utan att några nya omständigheter har tillkommit). I

¹⁴⁸⁴ Prop. 1996/97:9 s. 208.

¹⁴⁸⁵ Prop. 1996/97:9 s. 121.

¹⁴⁸⁶ Prop. 1996/97:9 s. 208.

¹⁴⁸⁷ I avgörandet – som avsåg skadestånd för sveda och verk – anförde HD att den som ”anser sig ha blivit utsatt för ett uppsåtligt angrepp på den kroppsliga integriteten får allmänt sett anses ha ett berättigat intresse av att få sitt anspråk på gottgörelse för lidna skador rättsligt prövat såvida inte anspråket är så obetydligt att det måste antagas sakna nämnvärd ekonomisk betydelse för parten”. I det aktuella målet konstaterade HD dels att den sökandes skadeståndskrav var av ringa ekonomisk betydelse för den sökande (eftersom yrkandet avsåg ett ”jämförelsevis ringa belopp” som i sin helhet hänförde sig till ideell skada), dels att anspråket ”på grundval av ett jämförelsevis omfattande bevismaterial prövats men ... ogillats av TR:n”. Till detta kom att kostnaderna för en prövning i HovR:n ”uppenbarligen [skulle] komma att uppgå till belopp som i betraktande av tvisteföremålets ringa värde måste anses betydande”. Under dessa förhållanden HD att den sökande saknade ett befogat intresse av att få sitt anspråk prövat även i HovR:n.

¹⁴⁸⁸ Prop. 1996/97:9 s. 208.

¹⁴⁸⁹ Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 67, med följande tillägg: ”Möjligheten att avslå en begäran om rättshjälp ... med hänsyn till den rättssökandes agerande torde enligt vår uppfattning få användas med försiktighet, exv. när det är fråga om vårdnadstvister där det finns misstankar om incest eller en risk för att barnen förs bort av den ena föräldern. I sådana fall förekommer att den andra föräldern av en genuin rädsla för barnens välfärd vägrar efterkomma de beslut som domstol fattar. Detta är naturligtvis svårhanterliga och olyckliga situationer, men bör inte automatiskt leda till en negativ bedömning av rättshjälpsfrågan. Bestämmelsen bör komma till användning endast när det står klart att den rättssökande obstruerar och har som primär avsikt med sitt agerande att försvåra det rättsliga förfarandet.” Vikt bör således fästas vid *varför* parten obstruera – för att exv. skydda barnet eller för att sabotera processen?

¹⁴⁹⁰ Prop. 1996/97:9 s. 359.

¹⁴⁹¹ Prop. 1996/97:9 s. 124: ”Regeringen delar bedömningen att prövningen är grannlaga och bör ske med försiktighet.”

dessa fall är bedömningen restriktiv. I andra situationer är frågan mer komplicerad, varvid rimlighetsbedömningen skall vara påfallande generös. Till denna kategori räknar jag främst sådana mål där det är oklart om bevisningen är tillräcklig eller om anspråket kommer att kunna realiseras. Mellan dessa ytterligheter kan vi placera att parten obstruerar, eller att saken är bagatellartad/avser ett mindre värde.

I sistnämnt avseende bör dock noteras att det numera krävs särskilda skäl för att erhålla rättshjälp i en angelägenhet som handläggs som ett småmål, det vill säga rör ett värde som understigande ett halvt basbelopp.¹⁴⁹² Många av de omständigheter som påverkar rimlighetsprövningen enligt rättshjälpslagens 8 § är också – på motsvarande sätt – knutna till vad målet rör. Detsamma gäller behovsprövningen enligt lagens 7 §, som likaså påverkas av måltypens beskaffenhet. Till detta kommer ett antal särskilda begränsningsregler inom respektive måltyp i rättshjälpslagens 10-12 §§, som snarast kan betraktas som en specificering av de allmänna rimlighets- och behovsprövningarna. Mot bakgrund av att tvistemålen, brottmålen och förvaltningsmålen därmed aktualiserar olika bedömningar, kommer den fördjupade diskussionen att ske under skilda rubriker i det följande.

5.2.3 Måltyper i vilka rättshjälp förutsätter särskilda skäl

Som framgått ovan tillkom den äldre rättshjälpslagen som en reaktion mot lagen om fri rättegång, som ansågs behäftad med två grundläggande brister: Lagen omfattade för få människor (till följd av fattigdomskravet), men också för få mål- och ärendetyper. Som ett svar på denna tudelade kritik ställde departementschefen upp två ”grundkrav” på 1973 års rättshjälpslag.¹⁴⁹³ För det första att *ingen* av ekonomiska skäl skulle hindras från att ta tillvara sin rätt, och för det andra att rättshjälp skulle kunna medges i *alla* rättsliga angelägenheter vari sådan hjälp behövdes. Det första utav dessa krav angår inkomstgränsen och har diskuterats i tidigare avsnitt.¹⁴⁹⁴ Som vi konstaterade där omfattas idag endast 40 procent av befolkningen av den allmänna rättshjälpen, vilket bara kan förstås som att det inte längre är statens ambition att låta rättshjälpen omfatta ”alla” (utom de riktigt rika). I detta avsnitt skall vi behandla det andra kravet – att rättshjälpslagen skall vara i princip generellt tillämplig i alla måltyper.¹⁴⁹⁵ Inte heller detta grundkrav kan nämligen anses uppfyllt idag, eftersom det inte dröjde länge innan allt fler måltyper helt undantogs från lagens omfattning, eller underkastades särskilda begränsningsregler – exempelvis krav på ”särskilda skäl”. Det sagda kan illustreras genom följande kronologi,¹⁴⁹⁶ som är avsedd att vara exemplifierande:

¹⁴⁹² RhjL 11 §.

¹⁴⁹³ Prop. 1972:4 s. 228 f. Se även a. prop. s. 56 och 62, där dessa ”grundkrav” också diskuteras.

¹⁴⁹⁴ Se avsnitt 5.2.2.2 ovan.

¹⁴⁹⁵ Närmare bestämt anfördes det (prop. 1972:4 s. 92) att rättshjälpen skulle omfatta ”alla rättsliga angelägenheter som berör den enskildes privata förhållanden. Den täcker både judiciella och administrativa frågor och detta oavsett om saken anhängiggjorts vid domstol eller annan myndighet eller behandlas utan dess medverkan.”

¹⁴⁹⁶ Jfr prop. 1996/97:9 s. 80 f.

År 1974: Möjligheten att erhålla rättshjälp genom biträdesförordnande begränsades i tvistemål om mindre värden.¹⁴⁹⁷

År 1982: Möjligheterna att erhålla rättshjälp i mål om boskillnad samt i vissa typer av ärenden, bl.a. för upprättande av äktenskapsförord och testamente, togs bort. Dessutom begränsades möjligheterna att erhålla rättshjälp i mål av likartad beskaffenhet till att endast gälla ett eller flera s.k. ”pilotfall”.¹⁴⁹⁸

År 1983: Möjligheten att erhålla rättshjälp i bodelningsärenden begränsades. Dessutom gjordes rättshjälpen i vissa fastighetstvister subsidiär till rättsskyddsförsäkringar.¹⁴⁹⁹

År 1988: Möjligheten att erhålla rättshjälp begränsades i ett antal ytterligare måltyper, däribland vissa skadeståndstvister samt tvister kring fastigheter, byggnader, fordon, husvagnar och båtar, där den rättssökande kunde få ersättning genom ansvars- eller rättsskyddsförsäkringar av olika slag. Dessutom begränsades rättshjälpen ytterligare vid bodelning.¹⁵⁰⁰

Samtliga dessa reformer, som träffade den äldre rättshjälpslagen, motiverades av rena besparingsskäl, och det finns inte anledning att gå igenom var och en för sig. Jag konstaterar istället att den äldre lagen vid 1990-talets ingång – till följd av kontinuerliga inskränkningar – redan var på god väg att slås i spillror.¹⁵⁰¹ I följande avsnitt kommer jag istället att förhålla mig till de begränsningar som träffar den nu gällande lagen.

5.2.3.1 Tvistemål som inte avser den enskildas ”vardagliga välfärd”

Av förarbetena till både den äldre och nya rättshjälpslagen framgår att rättshjälpen utgör en ”social skyddslagstiftning” och därmed är avsedd för tvister kring den rättssökandes ”vardagliga välfärd”.¹⁵⁰² Av denna anledning utgår som utgångspunkt inte rättshjälp till näringsidkare,¹⁵⁰³ och det anses i normalfallet inte heller rimligt att samhället bekostar tvister kring större ekonomiska transaktioner (som inte har något

¹⁴⁹⁷ Prop. 1973:87 s. 2, där dessa begränsningar beskrivs som ”följdändringar” till småmålslagen; se vidare avsnitt 5.2.3.2 strax nedan.

¹⁴⁹⁸ Prop. 1981/82:28 s. 1 och 18 ff. samt s. 22 ang. ”pilotfallen”.

¹⁴⁹⁹ Prop. 1982/83:61 s. 1 samt s. 27 ff. (ang. bodelning) och 32 ff. (ang. fastighetstvister). Se även DsJu 1982:2, som låg till grund för propositionen.

¹⁵⁰⁰ Prop. 1987/88:73 s. 1 samt 27 ff. (ang. skadeståndstvister), s. 30 ff. (ang. tvister som rör fastigheter, byggnader, fordon, husvagnar och båtar) och s. 34 ff. (ang. bodelning). Vissa av dessa ändringar lindrades sedermera genom prop. 1988/89:117.

¹⁵⁰¹ Jfr Ekeberg (NJ 3/1997) s. 40, som talar om att ÅRhjL var ”urgröpt” som en social reform redan innan antagandet av RhjL.

¹⁵⁰² Se t.ex. prop. 1972:4 s. 242 och prop. 1996/97:9 s. 121 och 208. För några exempel i gränslandet, se exv. NJA 1999 s. 465, NJA 2007 s. 479 och NJA 2006 s. 569 I-II.

¹⁵⁰³ Se RhjL 13 § och härtill exv. NJA 2001 s. 274.

med den grundläggande välfärden att göra), såsom vid dyrbar hobbyverksamhet,¹⁵⁰⁴ lyxkonsumtion,¹⁵⁰⁵ spekulatoin och så vidare.¹⁵⁰⁶ Kring denna begränsning kommer jag inte att uppehålla mig ytterligare.¹⁵⁰⁷

Utöver denna kategori av mål gäller särskilda regler i några frekvent förekommande måltyper, närmare bestämt småmål och vårdnads mål. Gemensamt för båda dessa måltyper är att rättshjälp vanligtvis inte utgår, antingen därför att det vore orimligt eller obehövt att utge sådan hjälp.

5.2.3.2 *Twistemål om mindre värden*

Som jag har diskuterat i tidigare kapitel infördes genom småmålslagen särskilda kostnadsregler i tvistemål om mindre värden, som sedermera överfördes till rättegångsbalkens 18 kapitel 8 a §.¹⁵⁰⁸ Enligt detta stadgande betraktas biträdeskostnader i princip inte som en rättegångskostnad med den lagtekniska konsekvensen att sådana kostnader inte är ersättningsgilla. Syftet med denna partiella kvittningsregel har varit att nedbringa kostnadsrisken i processen och för att, såvitt möjligt, ”kompensera” avsaknaden av biträde infördes ett förenklat förfarande där domstolen ålades en mera aktiv roll.

Småmålslagen trädde i kraft år 1974, det vill säga ett år *efter* den äldre rättshjälpslagen. Redan i förarbetena till rättshjälpslagen antydde dock departementschefen att införandet av ett förenklat tvistemålsförfarande skulle komma att påverka den enskilda partens behov av biträde och därmed, i förlängningen, dennas rätt till rättshjälp.¹⁵⁰⁹ I dess ursprungliga lydelse innehöll dock 1972 års rättshjälpslag inte några särregler avseende tvistemål om mindre värden. Huruvida rättshjälp skulle beviljas i sådana mål fick istället bedömas mot bakgrund av den allmänna regeln om befogat intresse. Sålunda anfördes i förarbetena, att mål som avsåg ”obetydliga ekonomiska värden” – jämfört med rättegångskostnaderna – ”i regel” inte skulle få drivas med stöd av allmänna medel.¹⁵¹⁰ Till detta anslöt sig departementschefen, men med följande tillägg:

¹⁵⁰⁴ Hobbyverksamhet är inte formellt undantagen från lagens tillämpningsområde, men enligt förarbetena (prop. 1996/97:9 s. 208) skall det inte anses rimligt att rättshjälp beviljas i tvister som rör sådan hobbyverksamhet som påminner om näringsverksamhet. Denna kategori utesluts således genom den ovan berörda rimlighetsprövningen. Som exempel på sådan hobbyverksamhet som inte omfattas av rättshjälpen anförde regeringen (a. prop. s. 123 och 208) ”hållande av travhäst” och ”avancerad fotografering”. Vad som avses är således dyrbar hobbyverksamhet med professionella inslag. Se här till Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 63, som menar därför att rättshjälp inte heller torde utgå vid exv. motorsport eller segling, såsom vid tvist kring en tävlingsbil eller en större segelbåt.

¹⁵⁰⁵ Frågan om innehavet ett viss föremål – såsom en större segelbåt – utgör en dyrbar hobbyverksamhet eller endast ett innehav kan naturligtvis ge upphov till gränsdragningsproblem. Någon sådan gränsdragnin är emellertid inte nödvändig emedan det inte heller anses rimligt att rättshjälp utgår vid tvister kring förvärv eller innehav av lyxbetonade föremål, såsom dyrbara bilar, båtar eller smycken; se prop. 1996/97:9 s. 122 och 208. Renfors och Sverne Arvill förespråkar dock en helhetsbedömning av samtliga omständigheter vid tvister kring lyxbetonade föremål; se Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 63.

¹⁵⁰⁶ Såvitt avser tvister kring större ekonomiska transaktioner finns ingen särskild reglering, utan det är istället den rimlighetsprövningen enligt RhjL 8 § – jämte uttalandena i förarbetena – som ställer upp ett krav på särskilda skäl.

¹⁵⁰⁷ Se om AtJ-perspektivet i avsnitt 1.4.2 ovan.

¹⁵⁰⁸ Se avsnitt 4.3.1 ovan.

¹⁵⁰⁹ Se prop. 1972:4 s. 228: ”Jag räknar med att en departementspromemoria med förslag om förenklat rättegångsförfarande i vissa mål skall kunna läggas fram inom kort. En sådan reform *kommer att bidra till att minska behovet av rättshjälp i dessa mål.*”

¹⁵¹⁰ Prop. 1972:4 s. 93.

”Jag kan i princip ansluta mig till vad som anförts i promemorian i denna del men jag vill särskilt understryka att det här är fråga om typfall och att frågan om det finns ett befogat intresse måste bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Beträffande tvister eller anspråk som avser obetydliga värden vill jag tillägga att *en eventuell reform beträffande förfarandet i sådana tvister kan komma att leda till ytterligare begränsningar* i rättshjälpens tillämpningsområde.”¹⁵¹¹

Sagt och gjort – redan året därpå infördes sådana begränsningar i samma lagstiftningsärendet varigenom småmålslagen antogs. Där betecknades dock begränsningarna i rättshjälpslagen som ”följdändringar” till den nya lagen om rättegången i tvistemål om mindre värden, och tonades på så vis ned.¹⁵¹²

Det uttalade syftet med småmålslagen var som bekant att nedbringa *parternas* rättegångskostnader, inte *statens* rättshjälpskostnader. Mellan raderna framgår det dock att statsfinansiella skäl också, eller kanske huvudsakligen, motiverade småmålsreformen. I förarbetena anfördes nämligen att den nya rättshjälpslagen i princip skulle ”lösa” samma problem som småmålslagen syftade till att lösa. Det kunde därför ifrågasättas om det förelåg ett behov av att införa förenklat rättegångsförfarande i småmål, särskilt mot bakgrund av den omfattande remisskritik som hade riktats mot den föreslagna småmålsprocessen. Lagstiftaren ansåg dock att det alltjämt var motiverat att anta småmålslagen vid sidan av den nyligen antagna rättshjälpslagen, med följande motivering:

”Den omständigheten att kostnadsansvaret för den enskilde i viss utsträckning övertas av staten genom rättshjälpsreformen innebär ... inte att behovet av en reform beträffande rättegången i mål om mindre värden minskar. En ordning som innebär att rättegångskostnaderna uppgår till eller överstiger tvisteföremålets värde är otillfredsställande *även om kostnaderna skulle drabba det allmänna.*”¹⁵¹³

När parternas intresse av att garanteras en rättssäker process även i småmål ställdes mot det allmänna intresset av besparingar, tillmätte lagstiftaren således statsfinanserna störst vikt, vilket på olika sätt framgår i propositionen. Under lagstiftningsprocessen hade det exempelvis diskuterats huruvida det förenklade småmålsförfarandet skulle utformas som ett frivilligt alternativ till det ordinära tvistemålsförfarandet, vilket bland annat förordades av Advokatsamfundet. Enligt detta förslag skulle parterna således kunna välja mellan ett dyrt/rättssäkert förfarande, eller ett billigt/mindre rättssäkert sådant. Departementschefen motsatte sig dock en sådan valmöjlighet, med hänvisning till just statens kostnader för rättshjälpen:

”Enligt min mening ger en [frivillig] ordning anledning till betänkligheter. Rättsskipningen i dess mest kvalificerade former bör tas i anspråk när det är påkallat av målets betydelse. Härtill kommer att biträdesbehovet *och därmed behovet av rättshjälp* är

¹⁵¹¹ Prop. 1972:4 s. 248.

¹⁵¹² Se prop. 1973:87 s. 2: ”I samband med den nya lagen föreslås vissa följdändringar i utsökningslagen, lagen om skiljemän och rättshjälpslagen.”

¹⁵¹³ Prop. 1973:87 s. 43.

betydligt mindre i det förenklade förfarandet än i det ordinära. En valfrihet skulle därför få *stora återverkningar på samhällets rättshjälpskostnader*.¹⁵¹⁴

Innan förslaget till ny småmålslag ens hade passerat riksdagen kunde alltså departementschefen göra tvärsäkra uttalanden om biträdesbehovet och dess påverkan på rättshjälpsbehovet i det ”förenklade förfarande” som ännu inte existerade annat än på pappret. Det är därför lätt att instämma i Rättegångsutredningens slutsats – att det ”inte bara [var] omtanken om de enskilda som departementschefen ansåg motivera införandet av en enklare processordning”.¹⁵¹⁵

Mot denna bakgrund infördes den särskilda lagen om rättegången i tvistemål om mindre värden, som parterna inte kunde välja bort till förmån för en prövning enligt rättegångsbalkens regler. Och redan i samma lagstiftningsärende som småmålslagen antogs passade lagstiftaren på att förse rättshjälpslagen med en helt ny begränsningsregel, enligt följande:

”I angelägenhet, som kan antas bli prövad *enligt lagen om rättegången i tvistemål om mindre värden* (1974:8), får biträde förordnas endast om särskilda skäl föreligger med hänsyn till den sökandes personliga förhållanden eller sakens beskaffenhet.”¹⁵¹⁶

Som framgått ovan ådrog sig dock småmålslagens kostnadsregler kraftig kritik – så till den grad att Rättegångsutredningen föreslog att dessa inte skulle överflyttas till rättegångsbalken inom ramen för 1987 års rättegångsreform. Istället föreslog utredningen en skev kvittningsregel, som verkade till konsumentens fördel som tappande part. Denna fördelningsregel ville utredningen också kombinera med *vidgade möjligheter att beviljas rättshjälp i småmål*.¹⁵¹⁷ Departementschefen valde dock att behålla såväl den särskilda kostnadsregeln i småmål som den anknytande begränsningsregeln i rättshjälpslagen,¹⁵¹⁸ återigen med hänvisning till statsfinanserna:

”Småmålsförfarandet syftar främst till att hålla parternas *och samhällets kostnader* för rättegången i tvister om små värden på en rimlig nivå. Själva förfarandet är förhållandevis smidigt och informellt. [...] Det biträdesbehov som kan finnas kompenseras delvis genom att domstolen åläggs en mer aktiv processledning än i mål som handläggs enligt RB. Genom att förfarandet är utformat så att biträdesbehov i princip inte skall föreligga, kan samhället också ställa upp *betydligt strängare* förutsättningar för

¹⁵¹⁴ Prop. 1973:87 s. 143.

¹⁵¹⁵ SOU 1982:26 s. 43.

¹⁵¹⁶ ÄRhjL 19 § 3 st., infört genom SFS 1974:11 (prop. 1973:87). Genom SFS 1979:240 (prop. 1978/79:90) flyttades den aktuella begränsningsregeln från 19 § 3 st. till 20 § 2 st.

¹⁵¹⁷ SOU 1982:26 s. 338: ”Enligt vad vi uttalat skulle det ... kunna medföra åtskilliga fördelar att låta möjligheterna till rättshjälp med biträdesförordnande bli något vidare än i dag när det gäller mål om mindre värden. Detta kan innebära något ökade kostnader för rättshjälpen men dessa kostnader skall ställas mot besparingar för domstolsväsendet.” RU menade t.o.m. att en sådan vidgning skulle kunna bli statsfinansiellt lönsam; se s. 62 och 219.

¹⁵¹⁸ När småmålslagen upphävdes, för att istället inkorporeras i RB, justerades enbart hänvisningen i RhjL: ”I sådan angelägenhet *där tingsrätten skall bestå av en lagfaren domare enligt 1 kap. 3 a rättegångsbalken* får biträde förordnas endast om särskilda skäl föreligger med hänsyn till sökandens personliga förhållanden eller sakens beskaffenhet.” Se ÄRhjL 20 § 3 st., ändrad genom SFS 1987:749 (prop. 1986/87:89).

att en part skall få rättshjälp med biträdesförordnande. Härigenom har man *avsevärt* kunnat begränsa samhällets kostnader för rättshjälp i tvister om småbelopp.¹⁵¹⁹

Samma statsfinansiella skäl som hade motiverat att särskilda kostnadsregler infördes genom småmålslagen återopades således till stöd för att dessa regler också skulle behållas – genom att föras över till rättegångsbalken – trots massiv kritik från flera håll. Även den senare reformen hade därmed ett tudelat syfte: dels att begränsa den enskilda partens kostnadsrisk (genom att ställa upp betydligt restriktivare ersättningsregler för motpartskostnader); dels att ”avsevärt begränsa” statens kostnader för rättshjälp (genom att ställa upp ”betydligt strängare” förutsättningar för att en part skall få rättshjälp med biträdesförordnande). När den äldre rättshjälpslagen sedermera ersattes av den nu gällande lagen behöll lagstiftaren den särskilda begränsningsregeln för småmål,¹⁵²⁰ men utvidgade den till att avse rättshjälp generellt. Således gäller numera, att rättshjälp beviljas endast när det finns särskilda skäl i förenklade tvistemål.¹⁵²¹

Sammanfattningsvis kunde kravet särskilda skäl i tvistemål om mindre värden ursprungligen ses som en konkretisering av kravet på befogat intresse/rimlighet.¹⁵²² Sedan småmålslagen antogs kan dock den strikta begränsningsregel snarare betraktas som ett utflöde av den allmänna behovsprövningen.¹⁵²³ Tack vare domstolens nya och ”kraftfullare” materiella processledning i småmål kan nämligen den enskilda parten ”i regel på ett tillfredsställande sätt [föra] sin talan utan biträdeshjälp”, och därmed föreligger inte längre förutsättningar att beviljas rättshjälp. Trots att detta är ett tämligen tveksamt påstående, intog regeringen samma hållning, i förarbetena till den nya rättshjälpslagen:

”Om ett mål i allmän domstol handläggs enligt reglerna om tvistemål av mindre värden finns *sällan något biträdesbehov*. Enligt den nuvarande lagen krävs särskilda skäl för att biträde skall förordnas i sådana mål. Som en konsekvens av att *biträdesbehovet skall vara avgörande för om rättshjälp skall beviljas eller inte* föreslår vi att det i fortsättningen skall krävas särskilda skäl för att rättshjälp skall beviljas i dessa mål.”¹⁵²⁴

Vi kan konstatera att detta uttalande gjordes efter Rättegångsutredningens kritiska utvärdering av lagen, som regeringens således inte fäste någon vikt vid. Detta illustrerar om inte annat hur enkelt det är att eliminera rätten till biträde – här rättshjälpsbiträde – genom att helt enkelt förklara att parten saknar behov av biträde. För småmålsens vidkommande medför detta att enskilda parter i princip aldrig kommer att kunna

¹⁵¹⁹ Prop. 1986/87:89 s. 69.

¹⁵²⁰ Jfr prop. 1996/97:9 s. 118: ”Enligt den nuvarande lagen krävs särskilda skäl för att biträde skall förordnas i [små] mål. Som en konsekvens av att biträdesbehovet skall vara avgörande för om rättshjälp skall beviljas eller inte föreslår vi att det i fortsättningen skall krävas särskilda skäl för att rättshjälp skall beviljas i dessa mål.”

¹⁵²¹ RhjL 11 § 4 p., som talar om angelägenheter som i TR skall avgöras av en lagfaren domare enligt RB 1 kap. 3 d §.

¹⁵²² Jfr prop. 1996/97:9 s. 120: ”Eftersom möjligheterna till biträde i s.k. småmål begränsades år 1974 har jämförelsen av de ekonomiska värden som angelägenheten rör och kostnaderna för att driva saken fått mindre betydelse.”

¹⁵²³ Jfr SOU 1982:26 s. 219.

¹⁵²⁴ Prop. 1996/97:9 s. 118.

anlita biträde, eftersom kostnaderna inte heller ersätts vid processens slut (enligt rättegångsbalkens fördelningsregler).¹⁵²⁵ Som framgått ovan anlitar dock näringsidkare biträde även i tvistemål om mindre värden, vilket har förskjutit balanserna ytterligare i en redan obalanserad process.¹⁵²⁶ Följande citat – från Rättegångsutredningens slutbetänkande – får sammanfatta det sagda:

”Den möjlighet att överblicka kostnadsansvaret som småmålslagens kostnadslösningar medgett har varit värdefull för många parter och säkert också kunnat te sig naturlig för dem. Vinsten i det avseendet måste emellertid vägas mot en för många parter minskad möjlighet – genom avsaknaden av ombud – att förutse processens utgång och mot andra nackdelar som småmålslagens kostnadslösningar drar med sig. [...] Till nackdelarna hör också att man i vissa småmål kan få en bristande balans mellan parterna genom att bara den ene har möjlighet skaffa sig ett juridiskt biträde. En del personer kommer inte till sin rätt när de på grund av kostnadsregeln och rätts-hjälpsystemets utformning inte kan ha juridiskt biträde.”¹⁵²⁷

5.2.3.3 Vissa familjerättsliga mål

Utöver småmålen ställer rättshjälpslagen upp ett krav på särskilda skäl i vissa familjerättsliga mål, närmare bestämt mål som rör dels äktenskapsskillnad och därmed sammanhängande frågor, dels underhåll till barn.¹⁵²⁸

De ifrågasvarande begränsningsreglerna tillkom på förslag från Rättshjälpsutredningen i samband med att nya rättshjälpslagen antogs. I sitt betänkande noterade utredningen att rättshjälp, enligt den äldre lagen, beviljades med betydande generositet i vissa familjemål – exempelvis även vid gemensam ansökan om äktenskapsskillnad. Eftersom familjemålen är en vanligt förekommande måltyp inför allmän domstol, innebar denna frikostighet en betydande belastning på rättshjälpsanslaget.¹⁵²⁹ Här fanns det således mycket pengar att spara.¹⁵³⁰

För att motivera restriktivare regler fäste både Rättshjälpsutredningen och sedermera regeringen vikt vid de alternativ till allmän rättshjälp som samhället

¹⁵²⁵ Jfr SOU 1982:26 s. 45: ”Såvitt gäller privatpersoner har småmålslagens kostnadsregler och de begränsade möjligheterna att få rättshjälp i sådana mål otvivelaktigt lett till en minskning av antalet ombud.”

¹⁵²⁶ Se exv. SOU 1982:26 s. 53: ”När man studerar förekomsten av ombud i småmål kan man iaktta att det är mycket vanligt att det råder en obalans mellan parterna såtillvida som den ena men inte båda har juridiskt biträde.” Se även RU i och vid nästa fn.

¹⁵²⁷ SOU 1982:26 s. 60 f. Se även a. SOU s. 54 f., där RU förklarade att ett av ”småmålslagens syften var att neutralisera det övertag en näringsidkare ... har i en process” men att lagen ”närmast ha[de] förstärkt den obalans, som kan råda i en process mellan en näringsidkare och en privatperson”. Detta då det ”generellt [måste] sägas vara en fördel att till sin hjälp ha ett eget professionellt ombud i en process”.

¹⁵²⁸ RhjL 11 § 1-2 p. och härtill Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 84 ff.

¹⁵²⁹ SOU 1995:81 s. 13, 17, 123 ff. samt 277.

¹⁵³⁰ Det förekommer en del olika siffror i SOU 1995:81 beroende på vilka måltyper som omfattas av beräkningen, men inkluderas utöver ”renodlade” mål om äktenskapsskillnad även mål avseende vårdnad, boende, umgänge och underhåll, uppgick den sammanlagda kostnaden för dessa mål till ungefär hälften av de totala kostnaderna för den allmänna rättshjälpen; se exv. a SOU s. 123 och 125. Se även SOU 1995:81 s. 90, där det anförts att familjemålen stod för 70 % för av kostnaderna.

tillhandahöll och, märk väl, eventuellt kunde komma att tillhandahålla någon gång i framtiden,¹⁵³¹ enligt följande:

Beträffande äktenskapsskillnadsmålen – och de därmed anknyttande frågorna om vårdnad, boende och umgänge – uppmärksammade regeringen dels den befintliga möjligheten till samarbetsamtal genom kommunens försorg, dels Vårdnadstvistutredningens betänkande *Vårdnad, boende, umgänge* (SOU 1995:79) som nyligen hade remissbehandlats. Detta lagförslag innebar – om det genomfördes¹⁵³² – en ökad befogenhet och skyldighet för kommunerna att bistå föräldrar med att reglera frågorna om vårdnad, boende och umgänge genom verkställbara avtal, dvs. utanför domstol. Genom denna ordning tog regeringen för givet att det framöver endast skulle finnas behov av rättshjälp i ett mindre antal (tvistiga) mål.¹⁵³³

Vad sedan avser underhållsmålen fäste regeringen, på motsvarande sätt, vikt vid ännu ej genomförda reformer, närmare bestämt vid propositionen 1995/96:208 i vilken regeringen hade föreslagit att det skulle inrättas ett system med så kallat underhållsstöd, som skulle administreras av FK. Genom detta system skulle ensamstående föräldrar, närmast med automatik, få ett visst ekonomiskt stöd av staten (som staten sedan kunde återkräva av det andra föräldern). I denna del förutsatte regeringen att det framöver endast skulle finnas behov av rättshjälp i sådana mål där barnets behov antingen inte täcktes av underhållsstödet eller där barnet inte var berättigat till sådant stöd.¹⁵³⁴

Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera att kravet på särskilda skäl i vissa familjerättsliga mål uppställdes med hänvisning till *tilltänkta reformer* av den materiellrättsliga lagstiftningen, som i sin tur förväntades minska behovet av biträde, enligt följande:

Mål om äktenskapsskillnad m.m.: ”Om bestämmelserna ändras på det sätt som Vårdnadstvistutredningen föreslår kommer detta att underlätta för föräldrarna att enas utan att domstol behöver blandas in i vårdnadsfrågan.”¹⁵³⁵

Mål om underhållsbidrag: ”Om det nu redovisade förslaget genomförs innebär det att i stort sett alla barn som är bosatta i Sverige och vars föräldrar inte bor tillsammans kommer att kunna få underhållsstöd.”¹⁵³⁶

Att på detta sätt införa en begränsningsregel i rättshjälpslagen med hänvisning till reformer som ännu inte var genomförda, eller ens beslutade, kan vid första anblick

¹⁵³¹ Detta enligt den logik som genomsyrar den mer restriktiva behovsprövningen enligt RhjL 7 §, dvs. att rättshjälp kan vägras antingen om den rättssökande inte behöver biträde eller om detta behov *kan tillgodoses på annat sätt än genom rättshjälp*.

¹⁵³² Vid tidpunkten hade regeringen inte hunnit ta ställning till förslaget – det fanns inte ens en proposition.

¹⁵³³ Prop. 1996/97:9 s. 138. Se även SOU 1995:81 s. 124, där RHU likaså hänvisar till Vårdnadstvistutredningens arbete, men istället till utredningsdirektiven (dir. 1993:120).

¹⁵³⁴ Prop. 1996/97:9 s. 136 Se även SOU 1995:81 s. 125, som istället hänvisar till Underhållsbidrags- och bidragsförskottsutredningen betänkande *Underhållsbidrag och bidragsförskott* (SOU 1995:26) som föregick prop. 1995/96:208.

¹⁵³⁵ Prop. 1996/97:9 s. 138.

¹⁵³⁶ Prop. 1996/97:9 s. 136.

framstå som något anmärkningsvärt, även om vi – med facit i hand – kan konstatera att båda de aktuella lagförslagen utmynnade i lagstiftning.¹⁵³⁷ Den som följer upp de aktuella reformerna inser dock att dessa var synkroniserade.¹⁵³⁸ På samma sätt som småmålslagens särskilda kostnadsregler till stor del infördes för att begränsa samhällets kostnaderna för rättshjälpen, motiverades nämligen de två ovanstående reformerna – åtminstone delvis – av samma bakomliggande statsfinansiella intresse.

Redan år 1989 fick Socialstyrelsen i uppdrag att utvärdera om det gick att spara pengar genom att i högre utsträckning hantera vårdnadstvister genom samarbetsamtal istället för i domstol.¹⁵³⁹ Utvärderingen visade, föga förvånande, att sådana samtal var statsfinansiellt mycket lönsamma, genom att nedbringa både domstolarnas kostnader och samhällets kostnader för rättshjälpen. Av samhällsekonomiska skäl förordades det därför att fler föräldrar skulle erbjudas samarbetsamtal för att därigenom kunna lösa sina tvister utom rätta.¹⁵⁴⁰ Syftet med att ”flytta” vårdnadstvisterna från domstolarna till kommunernas socialnämnder var alltså inte enbart att bespara barnet en process i domstol, utan också – och kanske huvudsakligen – att bespara samhället en domstolsprocess (och därmed spara pengar, framförallt på rättshjälpen). Med Vårdnadstvistutredningens ord:

”Ett annat skäl för en ökad hantering av dessa frågor utanför domstolen är att familjemålen tar i anspråk en hel del av domstolarnas resurser och att det därför skulle vara fördelaktigt om domstolarna avlastades sådana mål. Vidare skulle en sådan hantering *minska samhällets kostnader för den allmänna rättshjälpen* vilka kostnader är betydande.”¹⁵⁴¹

Enligt ungefär samma mönster resonerade Underhållsbidrags- och bidragsförskottsutredningen, vars betänkande låg till grund för regeringens förslag om att inrätta systemet med underhållsstöd:

”Ges kassorna skyldighet att lämna enskilda bistånd på sätt utredningen här föreslagit kan man tänka sig en lösning där möjligheterna till rättshjälp i frågor om under-

¹⁵³⁷ Se numera FB 6 kap. 17 a och 18 § (m.h.t. SoL 5 kap. 3 §) samt SFB 18 kap. (som ersatte lagen (1996:1030) om underhållsstöd; ”USL”) och härtill exv. prop. 2014/15:145 genom vilken FK:s uppdrag utvidgades ytterligare.

¹⁵³⁸ I SOU 1995:26 s. 41 framgår således att Underhållsbidrags- och bidragsförskottsutredningen i sina överväganden hade samrätt både med RHU och Vårdnadstvistutredningen, och på motsvarande sätt framgår i SOU 1995:79 s. 46 att Vårdnadstvistutredningen i sina överväganden hade samrätt med RHU och Underhållsbidrags- och bidragsförskottsutredningen.

¹⁵³⁹ Se Socialstyrelsens rapport (1989:11), *Lönar sig samarbetsamtal – en samhällsekonomisk studie*, s. 3 och härtill Ryrstedt, Eva, *Barns rätt att komma till tals i frågor om vårdnad, boende eller umgänge* (JT 2/2005-06) s. 303-348, som behandlar rapporten på s. 347.

¹⁵⁴⁰ SoS-rapport (1989:11) s. 7 och 26. I rapporten framhölls även (s. 17) att samarbetsamtalen var gynnsamma för de berörda familjerna, dels eftersom samförståndslösningar är att föredra framför en dom, dels eftersom sådana samtal innebar en mindre påfrestning än en domstolsprocess.

¹⁵⁴¹ SOU 1995:79 s. 110. Att reformen skulle medföra besparingar för staten genom minskade kostnader för rättshjälp påtalades vid upprepade tillfällen i utredningen; se exv. s. 12 och s. 140. Se även Schiratzki, Johanna, *Ny lagstiftning om vårdnad* (JT 4/1997-98) s. 1101-1118 (s. 1109), som förklarar att två ”huvudskäl” låg bakom statens strävan att hålla frågor om vårdnad, boende och umgänge borta från domstolarna: ”Det första är statens finanser. Det är billigare att socialnämnd godkänner föräldrars avtal om vårdnad m.m. än att domstol avgör frågan.” Samma uppfattning hos Ryrstedt (JT 2/2005-06) s. 347: ”Syftet bakom samarbetsamtalen [var] att få föräldrarna att samarbeta för barnens bästa. Samhällets syfte torde därutöver också vara besparingar.” Jfr dock prop. 1997/98:7 s. 102, där det förutspås att reformen skulle leda till ”marginella” besparingar inom just rättshjälpen. Besparingarna blev dock allt annat än marginella; se i och vid fn. 1545.

hållsbidrag visserligen inte helt tas bort men begränsas. För att ... allmän rättshjälps skall lämnas i angelägenheter om underhållsbidrag föreslås därför att *det i framtiden bör krävas särskilda skäl*.¹⁵⁴²

Liksom i fråga om småmålen kan man alltså fråga sig vad som egentligen var orsak och vad som var verkan: Kunde rättshjälpen begränsas till följd av reformer inom familjerätten som var motiverade med hänsyn till barnets bästa? Eller genomfördes snarare reformer inom familjerätten för att kunna begränsa rättshjälpen,¹⁵⁴³ och detta utan hänsyn till barnets bästa?¹⁵⁴⁴ Förmodligen är svaret både och, det vill säga att det förelåg en växelverkan mellan dessa intressen. Oavsett vilket kan vi konstatera att införandet av kravet på särskilda skäl i de aktuella måltyperna, i linje med vad samtliga utredningar hade förutspått, minska samhällets kostnader för den allmänna rättshjälpen högst betydligt. Exempelvis visade den översyn av rättshjälpslagen som Domstolsverkets genomförde år 2009 att antalet beviljade rättshjälpsansökningar i de aktuella måltyperna hade minskade dramatiskt efter att den nya lagen infördes,¹⁵⁴⁵ vilket kan illustreras enligt följande:

	År 1997		År 2008	
	RM	DOM	RM	DOM
<i>Beviljande ansökningar om rättshjälps i mål om:</i>				
Äktenskapsskillnad (gemensam ansökan)	175	3 958	0	1
Äktenskapsskillnad (stämning)	457	3 888	14	481
Vårdnad m.m.	2 183	5 801	207	2 280
Underhåll	2 187	591	10	43

I sin utvärdering konstaterade också Domstolsverket att det förelåg ”ett starkt tidsmässigt samband” mellan å ena sidan införandet av den nya rättshjälpslagen (och därmed kravet på särskilda skäl för att rättshjälps skulle utgå i ovanstående måltyper) och å andra sidan den kraftiga nedgången av antalet beviljade rättshjälpsansökningar. Av detta drog verket slutsatsen att ”det med största sannolikhet är rättshjälpsreformen som utgör grunden för minskningen”.¹⁵⁴⁶

Att rättshjälps (i praktiken) inte längre beviljas vid gemensam ansökan om äktenskapsskillnad, och knappt heller i stämningssmål, reser kanske inte några

¹⁵⁴² SOU 1995:26 s. 202, där det även talas om ”vinster för det allmänna i form av ... minskade kostnader för rättshjälps”. Att reformen skulle leda till minskade kostnader genom begränsningar i rättshjälpen påtalades vid upprepade tillfällen även i denna utredning; se exv. s. 26, 204 och 205. Det går dock att spåra denna tankegång ännu längre tillbaka; redan på 1980-talet hade Ensamförelärderns kommittén i sitt slutbetänkande *Ensamförelärderna och deras barn* (SOU 1983:51) kommit fram till att det gick att åstadkomma stora besparingar på rättshjälpen genom att förenkla hanteringen av underhållsbidragen.

¹⁵⁴³ Jfr Schiratzki (JT 4/1997-98) s. 1107, som betraktar möjlighet att hos socialnämnden upprätta verkställbara avtal om vårdnad, boende och umgänge som ”något av en ersättning” för den beskurna rättshjälpen i dessa måltyper.

¹⁵⁴⁴ Se exv. Schiratzki (JT 2/2004-05) s. 438 (citerad vid fn. 1564 nedan) samt Domstolsverkets rapport (2009:2), *Översyn av rättshjälpslagen*, s. 76 (citerad vid fn. 1566 nedan), som båda ifrågasätter reformen m.h.t. barnets bästa.

¹⁵⁴⁵ Dv-rapport (2009:2) s. 72 f. Tabellen nedan bygger på bil. 8 i Dv-rapport 2009:2 s. 158 f. (med ”RM” avses beslut av Rättshjälpsmyndigheten och med ”DOM” avses beslut av domstol).

¹⁵⁴⁶ Dv-rapport (2009:2) s. 73.

större betänkligheter.¹⁵⁴⁷ Däremot kan kravet på särskilda skäl, enligt min mening, diskuteras i de (tvistiga) vårdnads- och underhållsmålen. Som tabellen visar beviljas dock alltså rättshjälp i viss omfattning i vårdnadstvister,¹⁵⁴⁸ låt vara att det skedde en dryg halvering av antalet beviljande ansökningar till följd av rättshjälpsreformen. Beträffande underhållsmålen utmynnade dock reformen – som siffrorna ovan antyder – i en ännu restriktivare praxis, vilket kan illustreras genom Högsta domstolens avgörande NJA 2003 s. 226.¹⁵⁴⁹ Omständigheterna var i korthet som följer:

Ett tvåårigt barn (A) väckte talan mot sin ena förälder med yrkade om att det utgående underhållsbidraget skulle justeras uppåt med anledning av ändrade förhållanden. A ansökte också om rättshjälp, varvid TR:n avslag ansökan med motiveringen att det inte förelåg några särskilda skäl. Efter överklagan biföll HovR:n A:s ansökan, bl.a. med hänvisning till att det yrkade underhållsbidraget – som innefattande både grundbehov och standardtillägg – klart översteg underhållsstödet. HD avslag dock A:s ansökan om rättshjälp, med följande motivering:

”Det förhållandet att rättshjälp kan beviljas i fall då barnet har ett behov av underhållsbidrag som överstiger underhållsstödet kan, mot bakgrund av den *restriktivitet som ligger i rekvisitetet särskilda skäl*, inte uppfattas så att rättshjälp alltid skall beviljas i sådana fall. Härutöver bör i det enskilda fallet krävas att förhållandena är mer komplicerade än normalt för att rättshjälp skall medges. Så kan vara fallet exempelvis om barnet har speciella behov eller föräldrarnas ekonomiska förhållanden är svårutredda och svårbedömda. Med hänsyn till rättshjälpslagens karaktär av social skyddslagstiftning bör vidare *särskild restriktivitet iakttagas med att bevilja rättshjälp när underhållsbidraget inte är avsett att täcka ett barns grundbehov*, utan avser s.k. standardtillägg.”

Detta uttalande – särskilt hänvisningen till rättshjälpslagens ”karaktär av social skyddslagstiftning” – är intressant eftersom det flätar samman några av de trådar som jag har dryftat i det föregående. I diskussionen kring inkomstprövningen visade jag nämligen hur det grundläggande syftet med rättshjälpen omdefinierades under åren som förflöt mellan antagandet av den äldre och nya rättshjälpslagen, vilket yttrade sig på en rad olika sätt. I likhet med socialtjänstlagens regler om försörjningsstöd diskuterades exempelvis rättshjälpen i termer av ”ett yttersta skyddsnät”, och i andra sammanhang likställdes rättshjälpen uttryckligen med andra ”ekonomiska stödformer” såsom bostadsbidrag. Härigenom förlorade rättshjälpslagen successivt sin karaktär av ett bredare jämlikhetsprojekt – sprunget ur idealet om allas likhet inför lagen – och blev istället en renodlat ”social skyddslag”.¹⁵⁵⁰ I NJA 2003 s. 226 ser vi hur detta resonemang istället slår igenom vid behovsprövningen: eftersom

¹⁵⁴⁷ Jfr Dv-rapport (2009:2) s. 76.

¹⁵⁴⁸ I förarbetena anförde också regeringen att det faktum att målet är tvistigt ”som regel” är tillräckligt för att kravet på särskilda skäl skall vara uppfyllt; se prop. 1996/97:9 s. 140.

¹⁵⁴⁹ Denna dom har visserligen några år på nacken men torde alltså anses normerande; exv. hänvisar FK till domen i sin vägledning (2016:1), *Underhållsbidrag till barn*, s. 33.

¹⁵⁵⁰ Mot den bakgrunden är det föga förvånande att den stora ”mellangruppen” (som varken är riktigt rika eller riktigt fattiga) har kastats ut ur systemet – de flesta vanliga löntagare kan ju varken beviljas försörjningsstöd eller bostadsbidrag.

rättshjälpslagens är en social skyddslag skall särskild restriktivitet iakttas när yrkat underhållsbidrag *inte är avsett att täcka ett barnets grundbehov*. Låt mig kort utveckla detta.

Genom 2003 års fall har Högsta domstolen formulerat tre begränsningar i rätten till rättshjälp: För det första måste det yrkade underhållsbidraget överstiga underhållsstödet (vilket i praktiken innebär en beloppsspärr).¹⁵⁵¹ Att så är fallet är dock inte tillräckligt – tvärtom krävs det, för det andra, att målet är mer komplicerat än normalt, vilket enligt Högsta domstolen följer av den restriktivitet som ligger i rekvisitet ”särskilda skäl”.¹⁵⁵² Slutligen begränsas rätten till rättshjälp, för det tredje, av rättshjälpslagens karaktär av social skyddslag, som innebär att bedömningen skall vara särskilt restriktiv när underhållsyrkandet innefattar ett yrkande om standardtillägg.¹⁵⁵³ Mot dessa begränsningar går det att anföra följande invändningar:

Underhållsstödet uppgår sedan år 2015 till 1 573 kronor per månad, och är i princip varken behovs- eller inkomstprövat.¹⁵⁵⁴ Att fastställa underhållsbidrag är betydligt mer komplicerat, eftersom hänsyn skall tas till barnets behov och föräldrarnas samlade ekonomiska förmåga med beaktande av en rad faktorer.¹⁵⁵⁵ I praktiken är det därför inte ovanligt att barnets behov schabloniseras utifrån de riktlinjer som Socialstyrelsen arbetade fram i samband med att föräldrabalken reformerades år 1979.¹⁵⁵⁶ Enligt dessa riktlinjer kan barnets årsbehov bestämmas som en viss procentsats av prisbasbeloppet enligt socialförsäkringsbalken (som år 2017 uppgår till 44 800 kronor) i relation till barnets ålder (indelad i tre åldersintervall), enligt följande:

Barnets ålder:	0-6 år	7-12 år	13-18 år
Procent av pbb/lår	65 %	80 %	95 %
Underhållsskyldighet/månad	1 214 kr	1 494 kr	1 774 kr

Vad tabellen visar är att ett schabloniserat underhållsbidrag marginellt understiger underhållsstödet till dess barnet fyller 12 år. Används denna beräkningsmodell för barnets grundbehov måste således standardtillägg yrkas för att det ens skall vara ekonomiskt lönsamt att föra talan om underhållsbidrag.¹⁵⁵⁷ Att det yrkade underhållsbidraget överstiger underhållsstödet är också, enligt NJA 2003 s. 226, en grundförutsättning för att rättshjälp skall kunna beviljas i underhållsmålet. Om

¹⁵⁵¹ Detta krav har klart stöd i förarbetena; jfr i och vid fn. 1534 ovan.

¹⁵⁵² Att målet dessutom skall vara komplicerat när ett barn yrkar underhållsbidrag som överstiger underhållsstödet har dock inte stöd i förarbetena; se prop. 1996/97:9 s. 136, där regeringen skilde mellan två olika kategorier: Rättshjälp skulle kunna beviljas (1) ”om barnet har behov av underhållsbidrag som överstiger underhållsstödet” samt (2) åt ”den som inte är berättigad till underhållsstöd ... i mer komplicerade fall”. Kravet på ”mer komplicerade fall” träffade alltså inte den första kategorin.

¹⁵⁵³ Schiratzki (JT 2/2004-05) s. 436.

¹⁵⁵⁴ SFB 18 kap. 20 §.

¹⁵⁵⁵ Se FB 7 kap. 1 §.

¹⁵⁵⁶ Se prop. 1978/79:12 s. 103 ff. och härtill SOSFS 1999:15 samt SOU 1995:26 s. 275. Riktlinjerna är numera upphävda men anses alljämt ge uttryck för gällande rätt. De finns dock alternativa schabloner, exv. KSV:s årligen publicerade rapport *Koll på pengarna*. Se även beräkningarna i SOU 2003:42 s. 113 ff. samt FK:s vägledning (2016:1) s. 15 ff.

¹⁵⁵⁷ Schiratzki (JT 2/2004-05) s. 437.

barnets behov fastställs enligt schablon måste således ett yrkande om underhållsbidrag många gånger innefatta ett yrkande om standardtillägg för att barnet, å ena sidan, skall passera den första tröskeln.¹⁵⁵⁸ Att standardtillägg yrkas medför dock, å andra sidan, att rättshjälp enligt samma avgörande skall beviljas med särskild restriktivitet, vilket Högsta domstolen motiverade med hänvisning till rättshjälpens karaktär av social skyddslag. Låt oss därför dra resonemanget till sin spets, och istället jämföra det schabloniserade behovet med den av regeringen fastställda riksnormen för försörjningsstöd (tidigare socialbidrag),¹⁵⁵⁹ som år 2017 ser ut som följer:

Barnets ålder	0 år	1-2 år	3 år	4-6 år	7-10 år	11-14 år	15-18 år
Riksnormen, 2017	1 860 kr	2 100 kr	1 850 kr	2 100 kr	2 690 kr	3 540 kr	3 570 kr
Fördelat på två föräldrar	930 kr	1 050 kr	925 kr	1 050 kr	1 350 kr	1 770 kr	1 785 kr

Om vi alltjämt beräknar barnets behov enligt schablon visar tabellen att ett yrkande om standardtillägg inte bara är en förutsättning för att underhållsbidraget skall överstiga underhållsstödet, utan också, med Shiratzkis ord, ”en förutsättning för att barnets behov av underhållsbidrag ska kunna fastställas på en nivå som med någon marginal överstiger socialbidraget”.¹⁵⁶⁰

Att Högsta domstolen har anbefallt en särskilt restriktiv bedömning i sådana mål där ett barn yrkar standardtillägg – för att därigenom eventuellt kunna erhålla ett underhållsbidrag som överstiger underhållsstödet/försörjningsstödet – är i och för sig helt förenligt med hur regeringen i åtskilliga förarbeten har talat om rättshjälpens karaktär som ett yttersta skyddsnät, vilket är samma terminologi som används för att beskriva olika insatser enligt socialtjänstlagen, däribland försörjningsstöd. Till samma kategori av ”skyddslag” kan vi även hänföra reglerna kring just underhållsstödet, vilket sluter cirkeln:

Rättshjälp som ”social skyddslag”	Underhållsstöd som ”social skyddslag”
”Med hänsyn till rättshjälpens karaktär av social skyddslagstiftning bör vidare särskild restriktivitet iakttas med att bevilja rättshjälp när underhållsbidraget inte är avsett att täcka ett barns grundbehov ...” ¹⁵⁶¹	”Den offentligrättsliga lagstiftningen om underhållsstöd har formen av en skyddslagstiftning och är avsedd att garantera barnet en rimlig försörjning om underhållsbidrag inte lämnas.” ¹⁵⁶²

¹⁵⁵⁸ Shiratzki (JT 2/2004-05) s. 436.

¹⁵⁵⁹ Se SoL 4 kap. 3 §. Riksnormen framgår av socialtjänstförordningen (2001:937) 2 kap. 1 §. I tabellen nedan har jag inte beaktat de gemensamma hushållskostnaderna.

¹⁵⁶⁰ Shiratzki (JT 2/2004-05) s. 439.

Däremot går det att ifrågasätta om avgörandet är förenligt med principen om barnets bästa, och därmed våra internationella åtaganden, exempelvis enligt Barnkonventionen. Som Schiratzki konstaterar i sin kritik av NJA 2003 s. 226 är nämligen standardtillägg att betrakta som en rättighet för barnet, genom vilket detta skall tillförsäkras en lika god ekonomi som sina föräldrar.¹⁵⁶³ Mot den bakgrunden menar Schiratzki att den särskilt restriktiva bedömningen är ”svårförenlig med de internationella åtaganden den svenska staten har gjort att ... främja barnets bästa och barnets rättigheter”, med tillägget:

”Barn har enligt grunder för 7 kap. FB rätt till en levnadsstandard motsvarande föräldrarnas. Frågor om underhållsbidrag hör till de fåtal rättsområden där omyndiga barn har partsställning. Ur ett barnperspektiv är det olyckligt om barnets möjligheter att driva en process väl mycket motverkas av begränsade ekonomiska resurser.”¹⁵⁶⁴

I Domstolsverkets utvärdering av rättshjälpslagen uttrycktes liknande farhågor, närmare bestämt att det har ”uppstått [en risk] för att ett barn inte får det underhållsbidrag och därmed den levnadsstandard som det är berättigat till”,¹⁵⁶⁵ vilket skulle kunna ”strida mot FN:s konvention om barnets rättigheter”.¹⁵⁶⁶ Mot den bakgrunden föreslog verket att kravet på särskilda skäl skulle tas bort i mål om underhåll, eftersom den omständigheten att försörjningsstöd numera finns att tillgå lika gärna kan beaktas inom ramen för den vanliga behovsprövningen enligt rättshjälpslagens 7 §.¹⁵⁶⁷ Detta förslag framställde verket för nästan tio år sedan, men än så länge har ingenting hänt.

5.2.3.4 Förvaltningsmål

Som framgick av det introducerande avsnittet omfattades inte förvaltningsmålen av lagen om fri rättegång. Detta förhållande föranledde, alltsedan 1940-talet, upprepade motioner från enskilda riksdagsledamöter som alla gick ut på att rättshjälp borde beviljas också i mål inför förvaltningsdomstol. Samtliga dessa motioner mottogs på ungefär samma sätt under en 20-årsperiod, nämligen genom att Lagutskottet i och för sig vitsordade behovet av reformer, men avstyrkte motionerna med hänvisning till pågående eller stundande utredningar på området. Därefter beslutade riksdagen i

¹⁵⁶¹ Prop. 1996/97:9 s. 82.

¹⁵⁶² Prop. 2015/15:145 s. 21. Se även exv. FK:s vägledning (2016:1) s. 8: ”Underhållsstödet är och har alltid varit tänkt som en skyddsåtgärd, som är till för att garantera barnet en rimlig försörjning när barnet inte får underhållsbidrag från den förälder som är underhållsskyldig.”

¹⁵⁶³ Schiratzki (JT 2/2004-05) s. 437, m.h.t. till prop. 1978/79:12 s. 83 och 400.

¹⁵⁶⁴ Schiratzki (JT 2/2004-05) s. 438

¹⁵⁶⁵ Jfr prop. 2014/15:145 s. 21, där det m.h.t. SOU 2011:51 och Ds 2014:27 konstateras att 43 procent av de barn som idag uppbär fullt underhållsstöd skulle få mer pengar genom underhållsbidrag. Inom de lägre inkomstgrupperna skulle hela 90 procent av barnen få mer i underhållsbidrag än vad de idag får genom underhållsstöd.

¹⁵⁶⁶ Dv-rapport (2009:2) s. 76.

¹⁵⁶⁷ Dv-rapport (2009:2) s. 78 f. Jfr även fn. 1531 ovan ang. behovsprövningen enligt RhlJL 7 §.

enlighet med Lagutskottets förslag, varigenom frågan hela tiden sköts på framtiden.¹⁵⁶⁸ Två konkreta exempel kan ges, för att illustrera hur diskussionen fördes i riksdagen:

I sitt yttrande över två motioner vid 1964 års riksdag konstaterade första Lagutskottet, att det var ”tydligt att nuvarande ordning på området inte kunde anses tillfredsställande”, samt att det var ”påfallande hur mycket sämre den enskildes ställning kunde vara i det administrativa förfarandet än i det judiciella”. Mot denna bakgrund ansåg utskottet att ”de av motionärerna upptagna spörsmålen förtjänade uppmärksamhet från statsmakternas sida och instämde sålunda i det syfte som uppbar motionerna”. Utskottet ansåg dock att det var ”synnerligen vanskligt” att initiera en utredning, eftersom ”utredningar av intresse” vid tidpunkten genomfördes av BSK, Förvaltningsdomstolskommittén och Utredningen om rättegångshjälp. Utskottet avstyrkte därför motionerna, och riksdagen beslutade i enlighet med utskottets förslag.¹⁵⁶⁹

Vid 1965 års riksdag framställdes nya motioner med samma innebörd. I dessa framhölls att det i ”områden av för den enskilde växande betydelse, t.ex. den allmänna försäkringen, ingen möjlighet fanns till kostnadsfri process”. I motionerna hemställdes därför om en ”skyndsamt utredning av möjligheterna att utöka den enskildes rätt till kostnadsfri process”. Även denna gång instämde Lagutskottet ”i de önskemål som framfördes i motionerna om förbättrade möjligheter för den enskilde till kostnadsersättning i förvaltningsärenden och till rättshjälp överhuvudtaget”, men avstyrkte ändå motionerna med hänvisning till att frågorna behandlades av pågående utredningar.¹⁵⁷⁰

Enligt detta mönster hanterades frågan under flera decennier, utan att några lagstiftningsåtgärder någonsin vidtogs,¹⁵⁷¹ ända till dess departementschefen år 1968 till slut bemyndigades att tillkalla sakkunniga för att ta ett samlat grepp om kostnadsproblematiken i förvaltningsmål. På denna utredning – som sedermera antog namnet Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden – ankom att ta ställning till en rad frågor, däribland om rättshjälp (liknande den fria rättegången) borde beviljas i förvaltningsprocessen generellt, men också om ett system med offentliga biträden (liknande straffprocessens offentliga försvarare) borde införas för vissa särskilt ingripande förvaltningsmål.¹⁵⁷² I utredningsdirektiven manade dock departementschefen

¹⁵⁶⁸ I prop. 1972:4 sammanfattas detta mönster i följande ordalag (s. 43): ”Frågan om rättshjälp i förvaltningsärenden har på senare tid vid flera tillfällen prövats av riksdagen med anledning av väckta motioner. Den har också övervägts i en del kommittébetänkanden och i yttranden över dessa. Besvärssakkunniga har sålunda i sitt betänkande med förslag till lag om förvaltningsförfarandet (SOU 1964:27) berört frågan om fri rättegång i förvaltningsförfarandet men något förslag i ämnet har inte lagts fram. Vid remissbehandlingen av betänkandet har från flera håll framhållits att det på skilda områden föreligger ett behov att inom förvaltningen införa en motsvarighet till den fria rättegången. Liknande uttalanden har också gjorts i åtskilliga yttranden över 1958 och 1965 års betänkanden om rättegångshjälp.”

¹⁵⁶⁹ Återgivet i SOU 1971:76 s. 60.

¹⁵⁷⁰ Återgivet i SOU 1971:76 s. 60.

¹⁵⁷¹ Jfr vad DepC anförde i direktiven (återgivna i SOU 1971:76 s. 45): ”Frågor om rättshjälp i förvaltningsärenden har i flera sammanhang prövats av riksdagen. [...] Dessa motioner har, under hänvisning till pågående eller nyligen avslutade utredningar, inte föranlett någon riksdagens åtgärd.”

¹⁵⁷² Den senare frågan behandlas i avsnitt 5.5 nedan.

till försiktighet i båda dessa avseenden; det handlade om att identifiera områden med *ett starkt framträdande behov* av offentligt finansierat biträde.¹⁵⁷³

Innan utredningen hann lägga fram sitt betänkande infördes dock den äldre rättshjälpslagen, vilket kom att påverka utredningens fortsatta inriktning. I propositionen förklarade nämligen departementschefen, att många av de frågor som utredningen hade ålagts att överväga i sina ursprungliga direktiv nu fick sin lösning – i princip kvarstod endast frågan om offentligt biträde.¹⁵⁷⁴ Detta system kommer jag att diskutera i senare avsnitt, och vi får därför anledning att återkomma till utredningens överväganden.¹⁵⁷⁵

Sammanfattningsvis dryftades frågan om rättshjälp i förvaltningsmål i flera årti-onden, innan den ”i huvudsak [fick] sin lösning” genom antagandet av den äldre rättshjälpslagen. Enligt denna lag kunde rättshjälp beviljas i förvaltningsprocessen efter precis samma premisser som i den allmänna processen; till skillnad från lagen om fri rättegång skulle frågan framöver ”bedömas oberoende av kompetensfördelningen mellan olika domstolar”.¹⁵⁷⁶ I detta avseende innebar nya rättshjälpslagens ikraftträdande ingen skillnad – åtminstone inte beträffande lagens formella tillämpningsområde. I teorin står således möjligheten att bevilja rättshjälp alltjämt öppen oavsett vilken myndighet eller domstol som handlägger ett mål eller ärende.¹⁵⁷⁷ I praktiken har dock behovsbedömningens utformning medfört att rättshjälp så gott som aldrig beviljas i förvaltningsprocessen, vare sig vid myndighetens handläggning eller vid domstolens besvärspövning.¹⁵⁷⁸ I förarbetena till den nu gällande rättshjälpslagen förklarade nämligen regeringen att det ”sällan [kunde anses] föreligga behov av rättshjälp” i förvaltningsmål, med hänsyn till förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet.¹⁵⁷⁹ Resonemanget känner vi igen från de förenklade tvistemålen.

Med hänvisning till officialprincipens tillämpning i förvaltningsprocessen har således lagstiftaren dragit en gräns – formellt osynlig, men praktiskt påtaglig – mellan processformerna. Till skillnad från vad som gäller i allmän domstol anses behovet av biträde i förvaltningsdomstol bli ”tillgodosett genom domstolen själv på grund av reglerna om domstolens utredningsskyldighet”.¹⁵⁸⁰ Kontrasterar man förarbetena till den äldre rättshjälpslagen mot förarbetena till den nya rättshjälpslagen, är dessa dock tämligen motsägelsefulla i detta avseende:

¹⁵⁷³ SOU 1971:76 s. 47. Ett i princip identiskt krav på ett ”starkt framträdande behov” uppställdes beträffande offentliga biträden; se a. st.

¹⁵⁷⁴ Se prop. 1972:4 s. 229, där det anförs att utredningens uppdrag därför kunde ”begränsas till vissa andra i direktiven angivna frågor, främst frågan om offentligt biträde inom förvaltningsrätten”. Detta uttalande avspeglas väl i utredningens betänkande; se SOU 1971:76 s. 69.

¹⁵⁷⁵ Se särskilt avsnitt 5.5.1.2 nedan.

¹⁵⁷⁶ Prop. 1972:4 s. 241.

¹⁵⁷⁷ Prop. 1996/97:9 s. 89.

¹⁵⁷⁸ Jfr Stendahl, Sara, *Arbetsförmåga i rättstillämpningen* (2/2008) s. 84.

¹⁵⁷⁹ Prop. 1996/97:9 s. 89.

¹⁵⁸⁰ Lundin (2009) s. 291. Se även Lavin, Rune, *Gäst hos Försäkringsöverdomstolen – en professor möter verkligheten* (1991) s. 67.

<i>Äldre rättshjälpslagen</i>	<i>Nya rättshjälpslagen</i>
<p>”Rättsskyddsbehovet kan ofta vara <i>lika starkt</i> i ett ärende vid förvaltningsdomstol som i ett mål eller ärende vid allmän domstol. [...] Frågan om rättshjälp skall utgå i ett visst ärende bör därför bedömas <i>oberoende</i> av kompetensfördelningen mellan olika domstolar och andra myndigheter och oberoende av om ärendet är föremål för behandling vid myndighet över huvud taget.”¹⁵⁸¹</p>	<p>”Behovet av biträde är <i>i hög grad beroende</i> av vilken domstol – allmän domstol eller allmän förvaltningsdomstol – som skall handlägga ärendet. Förvaltningsdomstolarnas materiella processledning och utredningsansvar enligt förvaltningsprocesslagen gör att biträdesbehovet i dessa domstolar <i>inte är detsamma</i> som i mål vid allmän domstol.”¹⁵⁸²</p>

Från att frågan skulle bedömas *oberoende* av kompetensfördelningen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol, blev alltså samma bedömning *i hög grad beroende* av vilken domstol som handlägger ärendet. Att regeringen på detta sätt ”trollade bort” biträdesbehovet i förvaltningsmål tilldrog sig kritik från Lagrådet, som menade att behovet av biträde snarare hade ökat under den aktuella tidsperioden, och att regeringen ”inte tillfredsställande” hade beaktat utvecklingen på området.¹⁵⁸³ I relevanta delar anförde Lagrådet följande:

För det första erinrade Lagrådet om ”den sedan en längre tid pågående utvecklingen mot att olika frågor med större eller mindre rättslig anknytning inom förvaltningsområdet förs över till avgörande av förvaltningsdomstol”, vilket ytterligare hade ”utökat förvaltningsdomstolarnas rika flora av måltyper”. Genom nedflyttningen av åtskilliga måltyper från KamR till LR hade också alla tre instanser ”numera ett synnerligen brett målområde, inom vilket de mest skiftande frågeställningar kan komma upp till bedömning”.

För det andra påpekade Lagrådet att Sverige blivit medlem i EU, vilket hade medfört att unionens ”omfattande och komplexa regelverk blivit att beakta inte minst i förvaltningsrättskipningen”, vilket i sin tur föranledde ett behov av ”ingående diskussioner och överväganden utifrån aspekter som tidigare inte krävt uppmärksamhet”.

En ytterligare konsekvens av att ”europarättsliga principer” fått genomslag i svensk rätt var, för det tredje, att ”handläggningen i förvaltningsmål allt oftare torde få inslag av muntlighet med partsnärvaro”.

För det fjärde framhöll Lagrådet att det etappvis hade införts krav på prövningstillstånd i KamR för flertalet måltyper. För att uppnå en ”kvalitativt högtstående rättskipning i de mål som tas upp till fullständig sakprövning” vore en förbättrad biträdes hjälp – åtminstone i de mer komplicerade målen – ”en positiv faktor”.

För det femte noterade Lagrådet att införandet av tvåpartsprocess visserligen inte hade medfört förändring i domstolarnas lagreglerade utredningsskyldighet, men enligt

¹⁵⁸¹ Prop. 1972:4 s. 241.

¹⁵⁸² Prop. 1996/97:9 s. 115.

¹⁵⁸³ Prop. 1996/97:9 s. 116.

Lagrådet stod det ”ändå rätt klart” att införandet av en förhandling medförde att domstolarnas handläggning mer än tidigare blev präglad av förhandlingsprincipen och mindre av officialprincipen.¹⁵⁸⁴

Mot bakgrund av dessa utvecklingstendenser förklarade Lagrådet sammanfattningsvis, att det låg ”närmast till hands att utgå ifrån att behoven av rättsligt biträde i förvaltningsmål kommer att bli i vart fall något större än som återspeglas i hittillsvarande starkt återhållsamma praxis”.¹⁵⁸⁵ Lagrådets slutsats mötte emellertid ”kompakt motstånd” från regeringen,¹⁵⁸⁶ som förklarade att de

”... förändringar som under senare år skett på förvaltningsprocessens område [inte har] minskat förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet. Enligt regeringens mening kan det därför inte sägas att biträdesbehovet generellt sett skulle ha ökat i mål vid förvaltningsdomstol.”¹⁵⁸⁷

De stora förändringar som hade omformat förvaltningsprocessen från grunden, och som Lagrådet menade hade *ökat den enskildas behov av juridiskt biträde*, påverkade alltså inte behovet av rättshjälp. På punkt efter punkt tillbakavisades Lagrådets uppfattning helt enkelt såsom felaktig.¹⁵⁸⁸

Sammanfattningsvis är det idag så gott som omöjligt att beviljas rättshjälp i ett vanligt förvaltningsmål, men möjligt att beviljas rättshjälp i ett dispositivt tvistemål vilket som helst,¹⁵⁸⁹ vilket anses utgöra ”en återspeglning av att i en förvaltningsprocess den enskilde i allmänhet kan klara sig utan hjälp, medan han behöver hjälp vid en process i allmän domstol”.¹⁵⁹⁰ Det sagda bekräftas med all önskvärd tydlighet i Domstolsverkets ovan nämnda utvärdering av rättshjälpslagen, där verket bland annat sammanställde statistik över antalet beviljade rättshjälpsansökningar i ett antal måltyper. Ur denna statistik kan vi lyfta ut sedvanliga kravmål i allmän domstol (angående fordran), och jämföra med de två största måltyperna inför förvaltningsdomstol: skattemål och socialförsäkringsmål.¹⁵⁹¹ Under de första tio åren efter nya

¹⁵⁸⁴ Prop. 1996/97:9 s. 116 f.

¹⁵⁸⁵ Prop. 1996/97:9 s. 116 f.

¹⁵⁸⁶ Vahlne Westerhäll (2002) s. 196.

¹⁵⁸⁷ Prop. 1996/97:9 s. 117 f.

¹⁵⁸⁸ Se prop. 1996/97:9 s. 118: ”Att vi som medlemmar i Europeiska unionen numera måste beakta det EG-rättsliga regelverket innebär dock *inte i sig* att behovet av biträde ökar. Det faktum att allt fler ärendetyper skall hanteras av förvaltningsdomstolar och att många måltyper flyttats ned från kammarrätt till länsrätt medför enligt regeringens mening *inte* att behovet av biträdes hjälp kan sägas ha ökat generellt. *Inte* heller det faktum att handläggningen får ett ökat inslag av muntlighet med partsnärvaro medför i sig att behovet av biträde ökar. [...] Att processen numera är en tvåpartsprocess innebär enligt regeringens mening *inte* att förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet minskar och att behovet av rättshjälp därmed generellt sett skulle öka.”

¹⁵⁸⁹ Jfr Jonsson, citerad i Hellberg, Hans, *Sjuka och arbetsförmögna förlorar miljonbelopp – advokat efterlyser rättshjälp i socialförsäkringsmål* (TSA 6/2002b) s. 22.

¹⁵⁹⁰ SOU 1991:106 del A s. 633.

¹⁵⁹¹ Dv-rapport (2009:2) bil. 8 s. 158 f. För överskådlighetens skull har jag sorterat bort av RM beviljade ansökningar ur tabellen. Dessa följer dock samma mönster. I mål om krav/fordran beviljade RM rättshjälp i ca 100-200 mål årligen under perioden 1998-2007. Motsvarande siffra socialförsäkring/skatt är i genomsnitt ca 5 beviljade ansökningar/år avseende socialförsäkring och 0 beviljade ansökningar avseende skatt under hela tioårsperioden.

rättshjälpslagens ikraftträdande beviljade domstol rättshjälp i dessa tre måltyper i följande utsträckning:

<i>Beviljande ansökningar om rättshjälp:</i>	År 1998	År 1999	År 2000	År 2001	År 2002	År 2003	År 2004	År 2005	År 2006	År 2007
Krav/fordran	298	340	334	297	234	258	254	283	251	224
Socialförsäkring	4	0	0	0	0	0	0	0	1	0
Skatt	0	0	5	1	0	1	5	1	1	0

Beträffande socialförsäkringsmålen kan ovanstående siffror – fem beviljade ansökningar på 10 år – kontrasteras mot följande uttalanden ur två offentliga utredningar, beträffande behovet av rättshjälp i den aktuella måltypen:

Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden: ”Emellertid kan ej förbises att behovet av rättshjälp på socialförsäkringsområdet är *avsevärt*. Rättsreglerna är ingalunda lättillgängliga. De enskilda parterna utgörs i stor utsträckning av sjuka eller gamla, som har ringa förmåga att själva tillvarata sin rätt.”¹⁵⁹²

Handikapputredningen: ”I socialförsäkringsfrågor ... beviljas allmän rättshjälp sällan trots att det kan röra sig om för den enskilde mycket betydelsefulla avgöranden och trots att rättsområdet är svåröverskådligt. Det finns sålunda vissa svagheter i den allmänna rättshjälpen utifrån den enskilde funktionshindrades perspektiv. Den allmänna rättshjälpen i sin nuvarande utformning kan därför inte anses ge tillfredsställande möjligheter för människor med funktionsnedsättning att hävda sin rätt till samhällsstöd.”¹⁵⁹³

I sitt betänkande föreslog Handikapputredningen att rättshjälpslagen skulle ändras, så att det – åtminstone för människor med funktionshinder – blev lättare att få rättshjälp hos förvaltningsdomstol i angelägenhet som rörde socialförsäkringsförmåner, bistånd enligt socialtjänstlagen och stöd och service enligt den då föreslagna lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade (dagens LSS).¹⁵⁹⁴ Några sådana ändringar genomfördes dock inte – istället har utvecklingen gått i motsatt riktning.

Den restriktiva tillämpningen kan avslutningsvis illustreras genom två senare avgöranden där rättshjälp faktiskt beviljades, men först efter klagan till kammarrätten. I det första målet hade Försäkringskassan beslutat att återkräva nästan en halv miljon kronor avseende felaktigt utbetald assistansersättning. Den enskilda (A) överklagade beslutet och begärde att hon skulle beviljas rättshjälp. Förvaltningsrätten avlog dock A:s begäran, genom en motivering som i princip endast återgav vad som

¹⁵⁹² SOU 1971:76 s. 185, där det också talas om ett ”påtagligt behov av rättshjälp i egentlig mening, alltså biträde i form av en utomstående expertis”.

¹⁵⁹³ SOU 1991:46 s. 441.

¹⁵⁹⁴ SOU 1991:46 s. 43 och 443.

uttalats i förarbetena angående behovet av rättshjälp i förvaltningsmål. Beslutsskälens är tämligen typiska, och återges därför i sin helhet:

”Enligt 7 § rättshjälplagen får rättshjälp beviljas om den rättssökande behöver juridiskt biträde utöver rådgivning och detta behov inte kan tillgodoses på annat sätt. Av 8 § samma lag anges att rättshjälp endast får beviljas om det med hänsyn till angelägenhetens art och betydelse, tvisteföremålets värde och omständigheterna i övrigt är rimligt att staten bidrar till kostnaderna. Av *förfarandena till rättshjälplagen (prop. 1996/97:9 s. 115)* framgår att behov av biträde inte kan anses föreligga om den rättssökande själv kan tillvarata sina intressen. Härvid ska ärendets svårighetsgrad ställas mot den rättssökandes personliga kvalifikationer. *Vidare framgår* att förvaltningsdomstolarnas materiella processledning och utredningsansvar enligt 8 § förvaltningsprocesslagen gör att biträdesbehovet i dessa domstolar inte är detsamma som i mål vid allmän domstol. Frågan i målet rör rätten till återbetalning av utgiven assistansersättning. Med hänsyn till de frågor som kan aktualiseras i målet och mot bakgrund av länsrättens utredningsansvar enligt 8 § förvaltningsprocesslagen kan något behov av rättshjälp inte anses föreligga. Ansökan om rättshjälp avslås därför.”¹⁵⁹⁵

A anförde besvär över förvaltningsrättens beslut, varvid kammarrätten i Stockholm beslutade att bifalla överklagandet med följande motivering:

”Målet gäller rätten till rättshjälp i ett mål där den rättsliga angelägenheten inte är okomplicerad och där sakförhållanden som kan ha betydelse för utgången är oklara. Återkravet har väsentlig betydelse för sökanden, som till följd av sitt funktionshinder har svårt att föra sin talan själv. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att [A] har rätt till juridiskt biträde.”¹⁵⁹⁶

Till skillnad från förvaltningsrätten (som i princip enbart citerade förarbetena) gjorde således kammarrätten en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet, och fann därvid (1) att både rättsfrågan i målet inte var okomplicerad och att sakomständigheterna var oklara. Till detta kom (2) att målet – som avsåg ett betydande återkrav – var av väsentlig betydelse för klaganden. Att den enskilda (3) tillhörde en särskilt utsatt grupp, som enligt förarbetena undantagsvis kunde komma ifråga för rättshjälp, torde också ha bidragit till utgången; kammarrätten anförde ju att den sökande hade ”till följd av sitt funktionshinder” hade svårt att föra sin egen talan själv.¹⁵⁹⁷

Samma tre omständigheter fäste kammarrätten i Göteborg avseende vid i det andra avgörandet som jag kort vill omnämna. I detta mål hade den enskilda (A) hos

¹⁵⁹⁵ FR:n i Sthlm, mål nr 25800-08.

¹⁵⁹⁶ KamR:n i Sthlm, mål nr 1825-10.

¹⁵⁹⁷ M.h.t. prop. 1996/97:9 s. 117 f. anförde KamR:n i denna del: ”Förändringarna under senare år på förvaltningsprocessens område har inte minskat förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet. Enligt regeringens mening kan det därför inte sägas att biträdesbehovet generellt sett skulle ha ökat i mål vid förvaltningsdomstol. Däremot kan vissa förändringar i de materiella reglerna på förvaltningsrättens område i undantagsfall medföra att behovet av biträde på sikt kan tänkas bli något större än hitintills. Mål där den rättssökande på grund av ett funktionshinder har svårigheter att föra sin talan i mål som avser frågor som har sin grund i funktionshindret, t.ex. beviljande av assistansersättning, kan enligt regeringens mening tjäna som ett exempel.”

stadsdelsnämnden ansökt om en viss insats enligt socialtjänstlagen men fått avslag på sin ansökan. I samband med överklagandet av grundbeslutet begärde A rättshjälp, men förvaltningsrätten avlog ansökan. Efter att ha återgivit relevant lagtext anförde domstolen följande:

”Förvaltningsrätten gör bedömningen att målet inte är av ovanlig eller särskilt komplicerad beskaffenhet. Med hänsyn härtill samt med beaktande av domstolens utredningsskyldighet finner förvaltningsrätten att [A] inte kan anses vara i behov av rättshjälp i målet. Hans yrkande om rättshjälp ska därmed avslås.”¹⁵⁹⁸

A anförde besvär över förvaltningsrättens beslut, varvid kammarrätten konstaterade att rättshjälp endast kan utgå om den rättssökande har behov av juridiskt biträde. Och således:

”Utrymmet för att bevilja rättshjälp i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna är normalt begränsat. Anledningen till detta är det utredningsansvar som dessa domstolar har enligt 8 § förvaltningsprocesslagen, vilket anses medföra att behov av biträdeshjälp normalt inte föreligger.”

I det aktuella målet beslutade dock kammarrätten att bevilja A:s ansökan, med hänvisning till (1) att den rättsliga angelägenheten inte var okomplicerad; (2) att frågan i målet var av mycket stor betydelse för A; samt (3) att det med hänsyn till att A på grund av sitt funktionshinder hade svårt att föra sin egen talan – A var nämligen blind.¹⁵⁹⁹

Praxis bekräftar således att rättshjälp ”i normalfallet” inte kan beviljas i förvaltningsprocessen, vilket under årens lopp har tilldragit sig skarp kritik från både framstående rättsvetare och från Advokatsamfundet. Tre exempel kan ges:

Vahlne Westerhäll: ”[Tvåpartsprocessen] medförde en försvagning av officialprincipen. Den enskilde måste nu som part vara mer aktiv själv. I och med att några förbättringar

¹⁵⁹⁸ FR:n i GBG, mål nr 12518-11 E.

¹⁵⁹⁹ KamR:n i GBG, mål nr 7834-11. Se även mål nr 208-10 (KamR i Sthlm) och mål nr 412-11 (KamR i Sundsvall), där rättshjälp också beviljades. Praxis från RegR/HFD bekräftar den restriktivitet som anvisades i förarbetena; se exv. RÅ 1980 2:45 (återkallelse av körkort), RÅ 1982 1:49 (skönstaxering) och RÅ 2003 ref. 56 (skattetillägg), där rättshjälp inte beviljades. I de fåtal avgöranden där rättshjälp har beviljats har domstolen alltid hänvisat till särskilda skäl av något slag; se:

RÅ 1980 2:38 (återkallelse av körkort): ”Regeringsrätten finner i målet föreliggande speciella förhållanden ...”

RÅ 1980 2:50 (återkallelse av körkort): ”Särskilda skäl har därför förelagat för att bevilja allmän rättshjälp ...”

RÅ 1985 2:20 (socialt bistånd): ”[A] befinner sig i en ytterst otrygg och påfrestande situation medan hans ansökan om asyl och arbetstillstånd prövas, att det svenska samhället och dess institutioner är främmande för honom och att möjligheterna för honom att bevaka sin rätt och tillvarata sina intressen begränsas av att han inte behärskar svenska språket. Den rättsliga angelägenheten, vari frågan om allmän rättshjälp nu är aktuell, hänför sig vidare till regelsystem inom så svåröverskådliga områden som svensk invandrings- och flyktingpolitik och kostnadsfördelningen mellan staten och kommunerna samt till tillämpningen av den relativt nya socialtjänstlagen, där det i åtskilliga hänseenden saknas fast praxis. Vad som fordras av [A] för att han skall kunna tillvarata sin rätt i biståndsmålet är, såsom torde framgå av det sagda, avsevärt mer än enbart en redovisning av hans ekonomiska förhållanden. Det kan inte antas att den utredningsplikt som gäller för förvaltningsdomstolarna leder till en så allsidig belysning av [A:s] förhållanden och relevanta föreskrifter av olika rättslig valör som saken kräver.”

RÅ 1986 ref. 34 (skatt): ”Utredning bör komma till stånd för att ersättningsgarnas skatterättsliga natur skall bli tillförlitligt belysta. Den rättsliga angelägenhet varom är fråga får därför anses vara så invecklad att [A], med beaktande även av hennes personliga förhållanden, är i behov av bistånd för att utföra sin talan.”

inte skett när det gällde möjligheten att erhålla rättshjälp vid förvaltningsrättskipning, hade den enskilde *en många gånger utsatt position*.¹⁶⁰⁰

Warnling-Nerep: ”Om det fanns pengar över så är detta ett område som borde prioriteras. Det behövs definitivt någon form av rättshjälp. Det råder idag en *stor skillnad* mellan dem som har råd att tillvarata sin rätt i förvaltningsrättsliga mål – och dem som inte har det.”¹⁶⁰¹

Advokatsamfundet: ”I många typer av ärenden föreligger ett behov av rättshjälp som med nu gällande lagstiftning och praxis ej tillgodoses i godtagbar utsträckning. Detta gäller särskilt ärenden som avser den enskildes rätt gentemot staten (bortsett från brottmålen). I förvaltningsärenden har praxis varit alltför restriktiv och det finns *talrika exempel* på att enskilda på grund härav inte kunnat tillvarata sin rätt.”¹⁶⁰²

Om denna kritik har fog för sig, vilket jag menar att den har, kan vi konstatera två saker: dels att verkligheten ligger långt från det ideal som tecknades vid den äldre rättshjälpslagens tillkomst, det vill säga att *ingen av ekonomiska skäl* skulle hindras från att ta tillvara sin rätt; dels att den ”lösning” på problemet som den äldre rättshjälpslagen innebar förvandlades till en icke-lösning genom antagandet av den nu gällande rättshjälpslagen, eftersom förvaltningsmålen närmast kan betecknas som de facto undantagna från rättshjälpen.¹⁶⁰³ Följaktligen befinner vi oss återigen i samma situation som på 1960-talet, då rättshjälp enligt lagen om fri rättegång inte kunde beviljas i förvaltningsmål.¹⁶⁰⁴

5.2.4 Mål (och ärenden) i vilka rättshjälp aldrig kan utgå

Som framgick inledningsvis var ambitionen med den äldre rättshjälpslagen att rättshjälp skulle kunna utgå i *alla rättsliga angelägenheter* – inte bara i domstolsprocess utan också inför förvaltningsmyndighet. Denna ambitionsnivå får idag betraktas som övergiven. För det första eftersom kravet på särskilda skäl kraftigt begränsar möjligheterna att få rättshjälp i några av de vanligaste måltyperna – småmål, familjemål och förvaltningsmål – enligt vad jag har redogjort för i föregående avsnitt; för det andra eftersom en del mål- och ärendetyper är formellt undantagna, enligt vad jag skall utveckla i detta avsnitt.

¹⁶⁰⁰ Vahlne Westerhäll, Lotta, *Legitimitetsfrågor inom den offentliga försäkringen*, i Vahlne Westerhäll, Lotta (red.), *Legitimitetsfrågor inom socialrätten* (2007) s. 187-229 (s. 198). Se även Vahlne Westerhäll (2002) s. 196.

¹⁶⁰¹ Warnling-Nerep, citerad i Hellberg, Hans, *Professorn som vill se fler advokater kunniga i offentlig rätt* (TSA 6/2002a) s. 20-21 (s. 21).

¹⁶⁰² Advokatsamfundet, remissyttrande över SOU 1984:66.

¹⁶⁰³ I DV:s ovan citerade översyn av rättshjälpslagen blev beklagligt nog förvaltningsprocessen inte föremål för utredning. DV valde istället att stanna vid den försiktiga slutsatsen, att en granskning av rättshjälpsbehovet på det förvaltningsrättsliga området framstod som ”angelägen”; se DV-rapport (2009:2) s. 51.

¹⁶⁰⁴ Vi kan därför dra oss till minnes vad LU uttalade (återgivet i SOU 1971:76 s. 45), nämligen att ”det är påfallande hur mycket sämre den enskildes ställning kan vara i det administrativa förfarandet än i det judiciella”, liksom att en sådan ordning ”inte kan anses tillfredsställande” Jag delar helt denna ståndpunkt, och kommer att utveckla mina egna resonemang avslutningsvis i denna del.

5.2.4.1 Tillfällig spärr i vissa tvistemål, m.m.

Genom rättshjälpslagens 10 § undantas ett antal rättsvårdande och/eller ”enkla” ärende- och måltyper helt från rättshjälpslagens omfattning.¹⁶⁰⁵ Enligt detta lagrum får rättshjälp inte beviljas:

(1) för upprättande av inkomstdeklaration, äktenskapsförord, testamente eller gåvohandling; (2) för förrättande av bouppteckning enligt 20 kap. ärvdabalken; (3) i en angelägenhet som rör skuldsanering eller F-skuldsanering; (4) i inskrivningsärenden enligt jordabalken; (5) i ärenden om fastighetsdeklaration; (6) i mål eller ärenden angående fastighetstaxering; (7) i registerärenden enligt sjölagen (1994:1009) eller lagen (1979:377) om registrering av båtar för yrkesmässig sjöfart m.m.; (8) i en angelägenhet som rör bodelning i annat fall än vid klander av bodelning; (9) om frågan om rättshjälp kan vänta till dess en annan rättslig angelägenhet där anspråket stöder sig på väsentligen likartad grund har avgjorts; samt (10) i en angelägenhet som rör trafikskadeersättning enligt trafikskadelagen (1975:1410) eller som rör skadestånd som skall betalas från en ansvarsförsäkring, såvida ett mål eller ärende inte har inletts vid domstol.

Vad som kännetecknar dessa typer av ärenden och mål är att rättshjälp inte får beviljas, punkt slut. Den uppräkningslista som återfinns i 10 § upptar dock – i princip – inga tvistemål i egentlig mening,¹⁶⁰⁶ vilket innebär att ingen civilprocessuell måltyp är generellt undantagen från den allmänna rättshjälpens omfattning. Åtminstone inte permanent.

Den uppmärksamme läsaren noterade dock punkten 9, som innehåller en något säregen regel som provisoriskt kan blockera alla typer av tvistemål från rättshjälp, närmare bestämt när det finns möjlighet att driva ett mål som ett så kallat ”pilotmål”. Den ifrågasatt spärregeln – vanligen benämnd ”pilotmålsregeln” – äger tillämpning när talan väcks samtidigt i ett stort antal likartade mål vars utgång är avhängig domstolens inställning i en viss sak- eller rättsfråga, som är mer eller mindre gemensam för alla målen.¹⁶⁰⁷ Kan i en dylik situation ett eller ett antal pilotmål väljas ut, får rättshjälp tills vidare inte beviljas i de övriga målen. Denna begränsningsregel

¹⁶⁰⁵ Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 78 ff.

¹⁶⁰⁶ Se. exv. p. 8, enligt vilken rättshjälp inte får beviljas i en angelägenhet som rör bodelning i annat fall än vid klander av bodelning, samt p. 10, enligt vilken rättshjälp inte heller får beviljas i en angelägenhet rör trafikskadeersättning enligt trafikskadelagen (1975:1410) eller som rör skadestånd som skall betalas från en ansvarsförsäkring, men däremot i en sådan angelägenhet om ett mål eller ärende har inletts vid domstol.

¹⁶⁰⁷ Pilotmålsregeln tillkom år 1983, genom lagen (1982:299) om ändring i ÄRHjL; se prop. 1981/82:28 och JuU 1981/82:52. Den aktuella reformen var lagstiftarens reaktion mot att ett stort antal käranden hade väckt talan mot ett antal läkemedelstillverkare, landsting (olika sjukhus) samt staten (Socialstyrelsen) om skada orsakat av läkemedel, och i dessa processer uppburit rättshjälp till en omfattande kostnad för det allmänna. En sådan ordning – där rättshjälp kunde utgå i ett stort antal likartade processer som handlades samtidigt men av olika TR:er – ansågs helt enkelt vara för dyr. Av detta skäl infördes en särskild spärregel i ÄRHjL (8 § 1 st. 8 p.) enligt vilken rättshjälp inte fick beviljas om frågan kunde anstå till dess en annan rättslig angelägenhet, där anspråket stöder sig på väsentligen likartad grund, hade avgjorts slutligt. Huruvida frågan kunde anstå var i sin tur avhängigt om den enskilda riskerade att lida rättsförluster genom att avvakta pilotmätets avgörande. Med endast smärre språkliga justeringar – och utan att någon ändring av rättsläget var avsedd – överfördes den aktuella regeln sedermera till den nu gällande RHjL (10 § 1 st. 9 p.) som likaså föreskriver att rättshjälp inte får beviljas, om frågan kan vänta. Se till det sagda Heuman (1982) s. 9, Ekelöf & Boman (1996) s. 179 samt prop. 1981/82:28 s. 22 och prop. 1996/97:9 s. 210.

ger visserligen upphov till flera frågor som både är principiellt intressanta,¹⁶⁰⁸ och juridisk-tekniskt intrikata.¹⁶⁰⁹ Regeln är dock av (jämförelsevis) begränsad praktisk betydelse, och kommer därför inte att fördjupas närmare här.¹⁶¹⁰

5.2.4.2 Brottmål och förvaltningsmål i vilka annan offentlig finansiering är tillgänglig

Pilotmålsregeln kan betraktas som det undantag som bekräftar regeln vad gäller tvistemålen; regeln spärrar endast tillfälligtvis – i avvaktan på pilotmålets avgörande – vissa mål från rättshjälpens omfattning, men det finns inte någon kategori av tvistemål som är permanent undantagna från rättshjälpens omfattning. Sådana undantag finns dock vad gäller brottmålen och förvaltningsmålen, enligt vad jag nu skall utveckla.

Av rättshjälplagen 7 § andra stycket framgår att rättshjälp inte får beviljas i sådana angelägenheter där offentlig försvarare eller offentligt biträde *kan komma i fråga*. De kursiverade orden skall förstås som att en offentlig försvarare eller ett offentligt biträde inte behöver ha förordnats i det enskilda fallet – för att rättshjälp skall vägras är det tillräckligt att det finns en sådan möjlighet enligt gällande rätt.

För straffprocessens vidkommande innebär ovanstående stadgade att ett rättshjälpsbiträde *aldrig* kan förordnas åt någon som är misstänkt för ett brott, eftersom en offentlig försvarare *alltid* kan förordnas åt den misstänkta. Att brottmålen – i relation till den misstänkta – undantas på detta sätt kan ses som en konkretisering av den allmänna behovsbedömningen. I förarbetena konstaterade nämligen regeringen, att ”[b]ehovet av juridiskt biträde för den som är tilltalad eller i övrigt misstänkt i brottmål *tillgodoses helt* genom reglerna om offentliga försvarare”.¹⁶¹¹ I praktiken innebär detta ingen skillnad i jämförelse med den äldre rättshjälplagen, förutom att terminologin har förändrats på så vis att systemet med offentliga försvarare – i formell

¹⁶⁰⁸ Pilotmålsregeln gav exv. upphov till viss diskussion i Lagrådet, vars majoritet ansåg att regeln utgjorde ett diskutabelt avsteg från principen om allas likhet inför lagen. Eftersom olikheten endast var temporär godtogs emellertid förslaget. Se prop. 1981/82:28 s. 26 ff.

¹⁶⁰⁹ Exv. vällar det vissa problem att avgöra vad som konstituerar ett pilotmål. Hur likartade måste ett antal mål vara, för att ett utav dessa skall kunna drivas som ett pilotmål för – och därmed blockera rättshjälp i – övriga? Och hur många likartade mål måste föreligga för att det skall vara ”värt” att driva ett av dem som ett pilotmål? Till detta kommer att bedömningen av om den enskilda riskerar att lida rättsförlust genom att avvakta pilotmålets avgörande måste bedömas med hänsyn till ett flertal olika och sinsemellan överlappande regelverk i RB, däribland reglerna om vilandeförklaring och kumulation; se RB 32 kap. 5 § resp. 14 kap. 2 och 6 §§ samt även 7-7 a §§. Den sistnämnda paragrafen RB tillkom några år efter pilotmålsregeln i RhjL och kan betraktas som ett alternativ till att utvälja ett mål till pilotmål och vilandeförklara de övriga; se Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 207 f. samt prop. 1986/87:89 s. 118 f. och 159 f. Även reglerna om interventionsrätt bör nämnas i sammanhanget; se RB 14 kap. 9 §.

¹⁶¹⁰ Regeln har redan behandlats utförligt av Heuman (1982).

¹⁶¹¹ Prop. 1996/97:9 s. 119. I a. prop. (s. 207) betecknades offentliga försvarare som en ”exklusiv” form av hjälp i brottmål.

mening – inte längre är en form av rättshjälp.¹⁶¹² En besynnerlighet i sammanhanget är dock att målsäganden i ett brottmål kan förordnas ett rättshjälpsbiträde, trots att det i många fall finns annan offentlig finansiering tillgänglig genom lagen om målsägandebiträde.¹⁶¹³ Denna inkonsekvens konstaterades, men motiverades inte, i förarbetena:

”Däremot kan det i vissa fall finnas anledning att bevilja rättshjälp i sådana angelägenheter där målsägandebiträde *i och för sig skulle kunna förordnas* men omständigheterna i det enskilda fallet medför att biträde inte förordnas.”¹⁶¹⁴

Vad slutligen avser förvaltningsmålen föreligger en betydelsefull skillnad i relation till brottmålen; lagen om offentligt biträde är nämligen tillämplig endast när offentligt biträde kan förordnas enligt *särskild föreskrift i lag*.¹⁶¹⁵ Till skillnad från systemet med offentliga försvarare – som omfattar alla brottmål – är således systemet med offentliga biträde endast tillämpligt i vissa förvaltningsmål. Det sagda innebär att ett rättshjälpsbiträde kan förordnas i alla förvaltningsrättsliga måltyper förutom i sådana mål där ett biträde kan förordnas enligt särskilda föreskrifter i den materiella lagstiftningen. I praktiken medför detta, något förenklat, att endast mål och ärenden enligt tvångsvårdslagarna respektive utlänningslagen är formellt undantagna från rättshjälpslagens omfattning. Med tanke på att rättshjälp sällan beviljas i någon förvaltningsrättslig måltyp, blir dock skillnaderna i praktiken inte så stora.

Innan vi lämnar rättshjälpslagen, för att istället studera de från rättshjälpen fristående systemen med offentliga försvarare, målsägandebiträden och offentliga biträden, skall några avslutande ord sägas om rättshjälpens förhållande till det privata rättsskydd, som bland annat tillhandahålls inom ramen för hemförsäkringen.

5.2.5 Rättshjälpens ”privatisering”

Mot bakgrund av att den allmänna rättshjälpen genom 1996 års rättshjälpsreform gjordes generellt subsidiär till det rättsskydd som återfinns i privata försäkringar

¹⁶¹² Av ÄRhjL 1 § framgick att rättshjälp utgick i fyra former: (1) som allmän rättshjälp; (2) som rättshjälp åt misstänkt i brottmål; (3) som rättshjälp genom offentligt biträde; samt (4) som och rådgivning. Rättshjälp åt misstänkta i brottmål lämnades i sin tur i två former: dels genom allmän rättshjälp (vilket i praktiken avsåg bevis- och resekostnader), dels genom offentlig försvarare enligt RB. I ÄRhL 35 § fanns också en påminnelse om att reglerna om offentliga försvarare stod att finna i annan lagstiftning. Kontentan av det sagda är att offentlig försvarare betraktades *som en form av rättshjälp*. Så är inte längre fallet. Samtidigt som RhjL trädde i kraft ersattes nämligen reglerna om ersättning för bevis- och inställelsekostnader av nya regler med samma innebörd i RB. Som en konsekvens av detta blev institutet rättshjälp åt misstänkt i brottmål ”överflödigt”. Idag är således systemet med offentlig försvarare i formell mening helt frikopplat från rättshjälpen. Skillnaden är dock terminologisk; som framgått ovan belastar kostnaderna alljämt samma budgetanslag, och den regeltekniska konstruktionen är intakt.

¹⁶¹³ Till skillnad från offentliga försvarare kan dock målsägandebiträden inte förordnas vid alla brott; se LMB 1 §.

¹⁶¹⁴ Prop. 1996/97:9 s. 207. Med hänsyn till åklagarens skyldighet att bistå målsäganden skulle det dock, enligt regeringens mening, ”mera sällan finnas behov av biträde i dessa fall”.

¹⁶¹⁵ LOB 1 §.

och liknande,¹⁶¹⁶ är den restriktivitet som präglar rättshjälpslagen numera av mindre betydelse. För även om rättshjälp skulle ha beviljats med större generositet, kommer rättshjälpen likafullt endast ett fåtal människor till del.¹⁶¹⁷ Av stor praktisk betydelse är således vad som omfattas – och inte omfattas – av försäkringsskyddet i de privata rättsskyddsförsäkringarna, som mer eller mindre har ersatt den statliga rättshjälpen.¹⁶¹⁸ Detta skall jag strax diskutera, men dessförinnan en kort bakgrund.

5.2.5.1 Från rättshjälp till rättsskydd

Systemet med rättsskyddsförsäkringar växte fram i Sverige under 1960-talet, i mångt och mycket som marknadens svar på den restriktivitet som präglade lagen om fri rättegång. När det nya rättshjälpsystemet infördes under 70-talet kom det privata försäkringsskyddet att huvudsakligen betraktas och fungera som ett komplement.¹⁶¹⁹ Med andra ord existerade det, under några år, två parallella ersättningsystem: ett privaträttsligt och ett offentligt, av vilka rättsskyddet var subsidiärt till rättshjälpen.¹⁶²⁰ Idag är förhållandet det omvända. När Rättshjälpskommittén tillkallades under början på 80-talet, med den huvudsakliga uppgiften att åstadkomma besparingar, tilldrog sig nämligen rättsskyddsförsäkringarna departementschefens intresse. Enskilda måltyper hade vid tidpunkten redan fasats över från rättshjälpen till rättsskyddet, bland annat genom det så kallade ”fastighetsundantaget”.¹⁶²¹ Nu skulle kommittén ”gå vidare på den linjen och undersöka i vad mån rättsskyddsbehovet [kunde] tillgodoses i någon annan form än genom allmän rättshjälp”.¹⁶²² Det sagda försågs dock med en viktig reservation:

”Vid översynen får den *grundläggande målsättningen för rättshjälpsystemet* inte förloaras ur sikte, nämligen att den enskilde skall ha möjlighet att tillvarata sina rättsliga intressen oberoende av sin ekonomiska situation. Rättshjälpen bidrar på det sättet till att främja principen om allas likhet inför lagen.”¹⁶²³

¹⁶¹⁶ RhjL 9 §. Med ”och liknande” avses rättslig hjälp från exv. fackliga organisationer och andra intresseorganisationer tillhandahåller. Sådana alternativ till hemförsäkringarnas rättsskydd kommer jag inte att fördjupa i denna avhandling. Notera även den s.k. ”borde-regeln” i andra stycket, som innebär att rättshjälp skall vägra även om den enskilda inte har en försäkring men *borde ha haft* en försäkring.

¹⁶¹⁷ Lundin (2009) s. 291. Omkring 95 procent av befolkningen en hemförsäkring som där rättsskydd ingår; se Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 68.

¹⁶¹⁸ Om rättshjälpens förhållande till rättsskyddsförsäkringar; se Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 68 ff.

¹⁶¹⁹ Prop. 1972:4 s. 240.

¹⁶²⁰ Enligt försäkringsvillkoren ersatte rättsskyddet endast sådana kostnader som inte ersattes genom rättshjälpen. Av dessa kostnader var naturligtvis tappande parts ansvar för motparts kostnader den praktiskt mest betydelsefulla. Rättsskyddet kunde dock även tas i anspråk för att täcka partens rättshjälpsavgift, vilket blev allt viktigare i takt med att avgifterna höjdes. Till detta kom slutligen att höginkomsttagare var exkluderade från rättshjälpen även enligt ÅRhjL, och för dessa var rättsskyddet det enda alternativet. Se till det sagda SOU 1984:66 s. 46 f. och 49 f., SOU 1995:81 s. 81 f. och prop. 1996/97:9 s. 91. Se även Jonsson, Lindmark & Roos (1982) s. 24 och Ekeberg (NJ 3/1997) s. 42.

¹⁶²¹ Enligt detta undantag utgick inte rättshjälp i fastighetstvister; se prop. 1982/83:61 och DsJu 1982:2. Skälet härför var rent statsfinansiellt; se a. prop. s. 1 och 32 ff.

¹⁶²² Dir. 1981:75 s. 5, i SOU 1984:66 s. bil. 1 s. 243.

¹⁶²³ Dir. 1981:75 s. 3, i SOU 1984:66 s. bil. 1 s. 241.

Under rubriken ”Direktivens krav på besparingar” diskuterade kommittén en lång rad ”besparingsalternativ”, däribland att göra rättshjälpen generellt subsidiär till rättsskyddet. Trots att en sådan total omställning tveklöst skulle leda till störst besparingar för det allmänna, motsatte sig kommittén – efter noggrant övervägande – detta alternativ. Enligt kommitténs mening skulle det nämligen inte gå att vidmakthålla den grundläggande målsättningen med rättshjälpen, om ansvaret för medborgarnas rättskydd helt överlämnades åt marknadskrafterna.¹⁶²⁴

Närmare bestämt bröt Rättshjälpskommittén ned den grundläggande målsättningen i två grundkrav, som vi känner igen från de ursprungliga förarbetena till den äldre rättshjälpslagen: systemet skulle (1) omfatta alla människor som hade behov av ekonomiskt stöd för att kunna tillvarata sin rätt; och (2) alla angelägenheten där det kunde anses motiverat att staten utgav sådant stöd. Enligt kommitténs mening kunde försäkringsbolagen svårligen uppfylla båda dessa krav, helt enkelt eftersom det var företagsekonomiskt omöjligt att både ha tillräckligt låga premier/självrisker (för att uppfylla det första kravet) och samtidigt tillhandahålla ett tillräckligt omfattande försäkringsskydd (för att uppfylla det andra kravet). Därför föreslog kommittén en fortsatt kombination av allmän rättshjälp och privat rättsskydd för olika typer av tvister.¹⁶²⁵

Det skulle dock inte dröja länge innan rättshjälpen gjordes generellt subsidiär till rättsskyddet. I direktiven till 1993 års Rättshjälpsutredning skärpte nämligen regeringen tongångarna; utredaren skulle nu ”överväga frågan om att göra den allmänna rättshjälpen generellt subsidiär till rättsskyddsförsäkringar och lämna förslag till lagändringar”.¹⁶²⁶ Att *inte* föreslå en sådan reform var alltså inte ens ett alternativ.¹⁶²⁷

Liksom tidigare försågs dock utredningsdirektiven med en reservation, som dock inte längre innehöll någon hänvisning till principen om alls likhet inför lagen:

”De åtgärder som föreslås skall vara sådana att de kan leda till ökad effektivitet och kostnadsbesparingar men får inte medföra att *rättshjälpens grundläggande syfte* går förlorat. Rättshjälpen måste fungera som ett slags yttersta skyddsnät som fångar upp dem som inte kan få rättsligt bistånd annat sätt.”¹⁶²⁸

Istället för att säkerställa allas likhet inför lagen var rättshjälpens syfte vid 1990-talets ingång att fungera som ett yttersta skyddsnät, enligt vad jag har visat ovan. Till skillnad från Rättshjälpskommittén, som valde att konkretisera den grundläggande målsättningen med hänvisning till de två grundkrav som ställdes upp i förarbetena till den äldre rättshjälpslagen, läste också Rättshjälpsutredningen sina direktiv med 90-talsögon:

¹⁶²⁴ Jfr SOU 1984:66 s. 39 f. Samma tanke – att ersätta rättshjälpen med rättsskydd – hade dessförinnan avfärdats av Utredningen om rättegångshjälp (SOU 1965:13) och av arbetsgruppen för rättshjälpsreformen (Ju 1970:14).

¹⁶²⁵ SOU 1984:66 s. 10, 40, 49, 57 ff. Närmare bestämt ville kommittén undanta tvister kring fastigheter, bilar, båtar och resor från rättshjälpen; se vidare a. SOU s. 64 ff. och 77 ff.

¹⁶²⁶ Dir. 1993:77 s. 10, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 292.

¹⁶²⁷ Att rättshjälpen skulle göras subsidiär till rättsskyddet hade regeringen i princip redan ”bestämt” något år tidigare; se prop. 1992/93:109 s. 19 ff. Vad som återstod att utreda var *hur* detta skulle göras.

¹⁶²⁸ Dir. 1993:77 s. 7, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 289.

”Enligt min mening kan [det grundläggande syftet] uttryckas som att endast den som verkligen behöver samhällets stöd bör ges sådant. [...] Krasst uttryckt skulle man kunna säga att den som kan klara sig själv – med egna medel eller genom en försäkring – inte skall få några bidrag från staten. Med 90-talsögon ligger det något grundläggande fel i ett system, där staten träder in och hjälper den som har eller borde kunna skaffa en rättsskydds försäkring. Min utgångspunkt är därför att rättsskyddet bör ta över en stor del av den allmänna rättshjälpen.”¹⁶²⁹

Sagt och gjort, i enlighet med Rättshjälpsutredningens förslag – som i sin tur låg helt i linje med regeringens direktiv – föreslog regeringen att rättshjälpen skulle göras generellt subsidiär till rättsskyddet, vilket också blev fallet genom antagandet av den nu gällande rättshjälpslagen.¹⁶³⁰ Det bakomliggande motivet till denna reform var rent statsfinansiellt. Följande ståndpunkter – uttryckta på samma sida i propositionen – kan därmed te sig något svårförenliga:

Å ena sidan: ”Besparingsskålen har ... vuxit sig än starkare. Under innevarande mandatperiod skall rättsväsendet spara sammanlagt en miljard kronor varav 600 miljoner kronor skall läggas ut under budgetåren 1997 och 1998. [...] Om rättshjälpen görs subsidiär till rättsskyddet *kan stora kostnadsbesparingar göras.*”

Å andra sidan: ”En regel som innebär att rättsskyddet skall utnyttjas i första hand medför enligt regeringens mening *inte att finansieringen av rättshjälpen överläts*, utan att statens ansvar kommer in först när en försäkringslösning inte står den rättssökande till buds.”¹⁶³¹

5.2.5.2 Tvister som omfattas av rättsskyddet – självrisker och maxbelopp

Rättsskydds försäkringarna – som vanligtvis ingår som en obligatorisk del i hemförsäkringen¹⁶³² – är konstruerade som en kostnadsförsäkring som avser att täcka de kostnader som kan uppkomma vid en tvist.¹⁶³³ Varje försäkringsgivare är mer eller mindre fri att utforma sina egna försäkringsvillkor,¹⁶³⁴ men i praktiken uppställer alla

¹⁶²⁹ SOU 1995:81 s. 95.

¹⁶³⁰ Detta trots att hård remisskritik hade riktats mot förslaget på såväl principiella grunder (att det var ett statligt ansvar att tillhandahålla rättshjälpen), som på sakliga grunder (att ett stort antal rättssökande riskerade att ställas utan rättsligt stöd). Se till det sagda prop. 1996/97:9 s. 83 ff., särskilt s. 90 ff.

¹⁶³¹ Prop. 1996/97:9 s. 93.

¹⁶³² Härmed avses att ingen särskild premie utgår för denna del av försäkringen, och den går inte heller att välja bort.

¹⁶³³ Jonsson, Lindmark & Roos (1982) s. 13.

¹⁶³⁴ SOU 1995:81 s. 84. Viss begränsad rättslig reglering finns i lagen (1993:1303) om vissa avtalsvillkor för rättsskydds försäkring, där den viktigaste bestämmelsen torde vara 3 §, som skall säkerställa den försäkrades rätt att fritt välja biträde. Se härtill NJA 2005 s. 745 samt Ds 2006:12 och prop. 2006/07:50 samt prop. 2008/09:232.

bolag överensstämmande – för att inte säga likalydande – villkor.¹⁶³⁵ I detta avsnitt skall jag först antyda några gemensamma drag, för att sedan – i nästa avsnitt – diskutera vilka biträdeskostnader som en enskild kan/inte kan att försäkra sig mot.¹⁶³⁶

Rättsskyddet ersätter en rad kostnader som kan uppkomma med anledning av en tvist, däribland partens egna biträdeskostnader samt dennas eventuella ansvar för motpartskostnader. När rättsskyddet tas i anspråk utgår dock en förhöjd självrisk motsvarande 20 procent av kostnaderna, vilket – i ett förenklat exempel – innebär att försäkringsbolaget står för 80 procent av advokatkostnaderna medan den försäkrade själv får stå för 20 procent, i samband med att advokaten slutredovisar uppdraget. I praktiken brukar dock den faktiska ”självrisk” bli väsentligt högre, eftersom det timarvode som försäkringsbolagen ersätter har anknutits till timkostnadsnormen enligt rättshjälpslagen. De flesta advokater debiterar dock ett högre timarvode, och mellanskillnaden får den enskilda själv betala.¹⁶³⁷ Låt mig illustrera det sagda med två enkla räkneexempel:

Om allmän rättshjälp beviljas är biträdet lagligen förhindrat att förbehålla sig eller ta emot ersättning av sin huvudman utöver vad som betalas ut av allmänna medel.¹⁶³⁸ Graden av självfinansiering begränsas därmed till de rättshjälpsavgifter som skall betalas enligt RhjL. Så är inte fallet vid rättsskydd, där det istället råder avtalsfrihet mellan advokaten och klienten. Det normala timarvode för en advokat ligger också högre än rättshjälpslagens timkostnadsnorm, vilket i praktiken medför att den enskilda dels måste betala självrisk på 20 procent, dels 100 procent av mellanskillnaden mellan timkostnadsnormen och biträdets verkliga timarvode. Beroende på vad advokaten debiterar, kan den faktiska självrisken därmed stanna vid 20 procent (om advokaten debiterar ett timarvode som motsvarar timkostnadsnormen) men också väl överstiga 50 procent (om advokaten debiterar ett timarvode som överstiger timkostnadsnormen), enligt följande räkneexempel:

Låt oss för enkelhetens skull anta att timkostnadsnormen enligt RhjL är 1 000 kr och att advokaten bara har arbetat en timma.¹⁶³⁹ Med denna utgångspunkt kan räkna på två alternativa scenarier: (a) att advokaten debiterar 1 000 kr/timma i enlighet med timkostnadsnormen och (b) att advokaten debiterar 2 000 kr/timma. Utfallet blir då följande:

¹⁶³⁵ Prop. 1996/97:9 s. 84 och SOU 1995:81 s. 85 samt Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 68. Under 70- och 80-talet uppmånades nämligen försäkringsgivarna av både myndigheter och konsumentföreträdare att utarbeta gemensamma villkor, i syfte att bereda konsumenten trygghet. Villkoren har därför i huvudsak samma utformning hos alla försäkringsgivare, och är inte sällan likalydande. I redogörelsen nedan har jag utgått ifrån Folksam försäkringsvillkor (2017-01-01) *Hem och villa*, IF:s försäkringsvillkor (2017-01-01) *Hem*, samt Trygg-Hansas försäkringsvillkor (2016-01-01) *Boendeförsäkring*. Samtliga villkor finns tillgängliga på bolagens hemsidor. Dessa bör dock endast betraktas som exemplifieringar. För den som vill studera likheter och skillnader mellan bolagen finns det jämförelser att tillgå; se exv. Domstolsverkets handböcker, *Rättshjälp*, avsnitt 23.

¹⁶³⁶ Jag kommer således inte att beakta företagsförsäkringar, som kan ha delvis annorlunda utformning. Vanligtvis erbjuder försäkringsbolagen en särskild rättsskyddsförsäkring åt företag, som – till skillnad från hemförsäkringens rättsskydd – exv. kan inkludera skattemål. Juridiska personer kan således försäkra sig mot fler typer av tvister än fysiska personer.

¹⁶³⁷ Naturligtvis under förutsättning att biträdet och den enskilde har avtalat om ett högre arvode, vilket torde vara det normala; jfr Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 71 f.

¹⁶³⁸ RhjL 29 §.

¹⁶³⁹ I exemplen bortser jag också från mervärdesskatt.

- a. Eftersom advokatens timarvode motsvarar RhjL:s timkostnadsnorm betalar försäkringsbolaget 800 kr och den enskilda 200 kr. Självrisken stannar således på 20 procent.
- b. Eftersom advokatens timarvode överstiger RhjL:s timkostnadsnorm med 1 000 kr, betalar försäkringsbolaget 800 kr och den enskilda 1 200 kr. Den faktiska ”självrisken” blir således 60 procent.

Rättsskyddsförsäkringarnas självrisk kan ställas i relation till de rättshjälpsavgifter som den enskilda skall betala vid allmän rättshjälp. I likhet med självriskerna beräknas dessa avgifter som en kvotdel av kostnaderna, men med en betydelsefull skillnad: procentsatserna har anknutits till den enskildas ekonomiska underlag,¹⁶⁴⁰ enligt följande tabell:

<i>Ekonomiskt underlag</i>	<50 000	>50 000 <100 000	>100 000 <120 000	>120 000 <150 000	>150 000 <200 000	>200 000
<i>Rättshjälpsavgift</i>	2 procent	5 procent	10 procent	20 procent	30 procent	40 procent

Vad tabellen visar är att rättshjälpsavgiften kommer att vara högre än rättsskyddets självrisk när den enskilda tjänar 150 000 kronor per år eller mer. Givet att kvotdelen vid rättshjälp beräknas på timkostnadsnormen, och att advokaten inte får betinga sig ett högre arvode av den enskilda, kommer dock graden av självfinansiering vanligtvis att bli högre vid rättsskydd än rättshjälp även i de övre inkomstskikten.

Den totala ersättningen som kan betalas ut enligt försäkringen brukar vara föremål för två ytterligare begränsningar, utöver den ovan nämnda kopplingen till timkostnadsnormen. För det första finns det alltid ett fixerat maxbelopp som varierar mellan 200 000 och 300 000 kronor (inklusive mervärdesskatt), och för det andra en maximal tidsåtgång som biträdet får arbeta (normalt 100 timmar).¹⁶⁴¹ I praktiken innebär det sagda att rättsskyddet ofta täcker prövningen i första instans, medan den enskilda – vid en överklagan – får bekosta sin process i överrätt, helt enkelt eftersom försäkringen då brukar vara uttömd. Av Högsta domstolens praxis följer också att rättshjälp som huvudregel inte får beviljas efter att den maximala ersättningen enligt försäkringen har betalats ut.¹⁶⁴² Det åligger alltså den försäkrade att ”hushålla” med sina timmar, så att försäkringen omfattar hela tvisten (inklusive ett eventuellt överklagande). Hur detta skall ske är dock oklart.

¹⁶⁴⁰ RhjL 23 §.

¹⁶⁴¹ Detta överensstämmer med vad som gäller vid RhjL 15 §, som dock har en ”säkerhetsventil” i 34 §.

¹⁶⁴² NJA 2000 s. 400. Se även RH 1999:94. I NJA 2007 s. 382 beviljade dock HD rättshjälp i ett mål som meddelats prövningstillstånd i HD. Enligt domstolen var det nämligen ”inte rimligt att den som har rättsskyddsförsäkring skall behöva planera så att det återstår ett utrymme på försäkringen för eventualiteten att HD meddelar prövningstillstånd”. Med hänsyn till detta, samt till HD:s betydelse som prejudikatinstans, beviljades rättshjälp i HD.

5.2.5.3 Tvister som det inte går att försäkra sig mot

Den kanske mest betydelsefulla begränsningen följer dock inte av höga självrisker och låga maxbelopp, utan av att många vanliga måltyper helt faller utanför rättskyddet. Och det är i dessa fall som rättshjälpen hade kunnat få betydelse, eftersom rättshjälp endast får vägras om den enskilda har (eller borde ha haft) en försäkring som ”omfattar angelägenheten”.¹⁶⁴³ Trots att rättshjälpen är subsidiär är den därmed inte utan betydelse, eftersom den hade kunnat fungera som just ett subsidiärt skydd mot sådana kostnader som det inte går att försäkra sig mot. I praktiken fungerar det dock inte så, eftersom samma måltyper som har undantagits från rättsskyddet i praktiken också har undantagits från rättshjälpen.

Vanligtvis gäller att försäkringen endast omfattar tvister som kan slitas som ett tvistemål (T-mål) i allmän domstol.¹⁶⁴⁴ Motsatsvis innebär detta, att försäkringen inte omfattar förenklade tvistemål (FT-mål/småmål), men inte heller brottmål, förvaltningsmål eller domstolsärenden. Även inom ramen för de ordinära tvistemålen finns det dock betydelsefulla undantag, där särskilt familjemålen bör nämnas. För familjemålen del kan villkoren illustreras genom tre exempel:

*Folksam*s försäkring gäller, enligt försäkringsvillkoren, inte för tvister ”med någon som du är eller har varit gift, registrerad partner eller sammanboende med”. Försäkringen gäller dock för ”tvist om vårdnad, umgänge och barns boende om tvisten uppkommer tidigast ett år efter det att äktenskapet, partnerskapet eller sammanboendet upphörde”.¹⁶⁴⁵

Trygg-Hansas försäkring gäller, enligt försäkringsvillkoren, inte för tvister ”som har samband med äktenskapsskillnad, oavsett vad tvisten gäller och när den uppkommer, eller andra frågor som i anledning av äktenskapsskillnaden aktualiseras mellan makarna och avser uppbyggnad av ekonomisk gemenskap i olika former eller fördelning av ansvar för gemensamma barn. Undantaget gäller tvist mellan makarna vid äktenskapsskillnad samt tvist om underhåll då barnet är part. Undantaget gäller på motsvarande sätt upplösning av partnerskap och samboförhållande oberoende av om rättsförhållandet ska prövas enligt sambolagen eller annan lag.” Försäkringen gäller inte heller för tvister ”som gäller ändring eller jämkning av underhållsbidrag, umgängesrätt, vårdnad eller barns boende inom ett år efter den tidpunkt då beslut i sådan fråga meddelades eller överenskommelse träffades inför eller efter dom på äktenskapsskillnad eller upplösning av samboförhållande”.¹⁶⁴⁶

IF:s försäkrings gäller, enligt försäkringsvillkoren, inte för tvister ”med någon som du är eller har varit gift, registrerad partner eller sambo med”. Försäkringen gäller dock för ”tvist om vårdnad, umgänge, underhåll till barn och barns boende om de

¹⁶⁴³ RhjL 9 §.

¹⁶⁴⁴ Jfr prop. 1996/97:9 s. 84 och Jonsson, Lindmark & Roos (1982) s. 28 och 50.

¹⁶⁴⁵ Försäkringsvillkor (2017-01-01) p. C.12.

¹⁶⁴⁶ Försäkringsvillkor (2016-01-01) p. D.2.2

händelser och omständigheter som ligger till grund för tvisten inträffat senare än ett år efter det att äktenskapet, partnerskapet eller samboförhållandet upphörde”.¹⁶⁴⁷

Vi kan därmed konstatera att både småmålen och familjemålen är undantagna, bortsett från vårdnads-, boende och umgängestvister som uppstår ett år eller senare *efter en separation*. Intressant att notera är att detta är samma måltypen som dels omfattas av särskilda kvittningsregler, dels av kravet på särskilda skäl i rättshjälpslagen.

Vad därefter avser brottmålen framstår det som förhållandevis naturligt att försäkringen har exkluderat dessa, eftersom brottmålen omfattas av det statliga systemet med offentliga försvarare/målsägandebiträden. Kring dessa finns det därför inte så mycket att säga.

Vad slutligen gäller förvaltningsmålen analyserades likheterna och skillnaderna mellan de två ersättningssystemen i det lagstiftningsärende varigenom rättshjälpen gjordes subsidiär till rättsskyddet. Beträffande förvaltningsprocessen beskrevs förhållandet mellan rättshjälpen och rättsskyddet enligt följande:

”Rättshjälpen är inte begränsad till angelägenheter vid viss myndighet eller domstol. Med hänsyn till förvaltningsmyndigheters och förvaltningsdomstolars service- och utredningsskyldighet gentemot den enskilde anses det dock sällan föreligga behov av rättshjälp i dessa angelägenheter. [...] Rättsskydds försäkringen gäller däremot aldrig för tvister som enbart kan prövas av förvaltningsmyndigheter eller förvaltningsdomstolar. Mot bakgrund av den behovsprövning som görs vid rättshjälp blir dock skillnaden i praktiken inte så stor. *Varken rättshjälp eller rättsskydd kan alltså normalt erhållas i dessa instanser.*”¹⁶⁴⁸

Mot denna bakgrund kan vi konstatera att det i vissa måltypen uppstår vad jag framöver kommer att tala om i termer av ”kostnadsrättsligt vakuum”, det vill säga en situation där ersättning för biträdeskostnader inte utgår inom ramen för något ersättningssystem. Till denna kategori kan vi – åtminstone preliminärt – hänföra småmålen, familjemålen och förvaltningsmål. I dessa måltypen (1) kvittas kostnaderna ofta mellan parterna; (2) rättshjälp kan i praktiken inte beviljas (antingen genom krav på särskilda skäl eller genom uttalanden i förarbetena om att behov av biträde inte föreligger); och de har (3) undantagits från rättsskyddets omfattning. Till detta vakuum får jag anledning att återkomma avslutningsvis i detta kapitel.¹⁶⁴⁹ Jag kan dock redan här tillåta mig att göra en försiktig gissning: Om en ”vanlig” människa någon gång hamnar i domstol, så är sannolikheten hög att det blir som klagande i ett förvaltningsmål, som part i ett vårdnadsfall som uppstått i direkt anslutning till en separation, eller som svarande i ett småmål. Att just dessa tre måltypen är undantagna från samtliga ersättningssystem får därför betraktas som anmärkningsvärt från ett AtJ-perspektiv, men är däremot rationellt ur ett samhälls-/företagsekonomiskt perspektiv.

¹⁶⁴⁷ Försäkringsvillkor (2017-01-01) p. 8.2

¹⁶⁴⁸ Prop. 1996/97:9 s. 89 och härtill Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 70.

¹⁶⁴⁹ Se avsnitt 8.2.1 nedan.

5.3 Offentlig försvarare

Som framgått ovan lades grunden för dagens system med offentliga försvarare genom 1906 års lag angående förordnande af rättegångsbiträde åt häktad.¹⁶⁵⁰ Vid denna tidpunkt fanns redan motsvarande eller mer långtgående system i åtskilliga europeiska länder – däribland i Norge, vars så kallade jurylag från år 1889 hade etablerat ett av staten bekostat system med rättegångsbiträden i straffprocessen.¹⁶⁵¹

Att ett system med offentliga försvarare – vid en europeisk jämförelse – infördes relativt sent i Sverige är att förstå mot bakgrund av att man här i landet hyste en förhållandevis avog inställning till försvararen som aktör i rättsprocessen. Det fanns en misstro bland allmänheten mot dem som åtog sig att företräda andra inför domstol – så kallade ”brännvinsadvokater” – i allmänhet, och i synnerhet mot sådana som försvarade misstänka brottslingar. Även inom advokatkåren betraktades detta göromål som en i någon mån ohederlig syssla, och företrädare för statsmakten delade denna missaktning.¹⁶⁵²

Det avgörande skälet till att lagstiftaren under åtskillig tid motsatte sig införandet av en rätt till offentlig försvarare var dock inte att sakförarna betraktades som tvetydiga personer, utan att den misstänkta helt enkelt ansågs *sakna behov av biträde i rättegången*. I den inkvisitoriska straffprocessen ankom det på domaren att uppleta sanningen, och en försvarare riskerade att snarare stjälpa än hjälpa den tilltalade. Med Blomkvists ord:

”Enligt 1974 års lag hade tilltalad rätt till biträde efter domstolens prövning. År 1890 blev rätten ovillkorlig. Frågan om obligatorisk försvarare på statens bekostnad väcktes därefter vid olika tillfällen, men avfärdades med motiveringen, att det inte fanns behov därav. Rättsväsendet var, menade man, så funtat att ingen oskyldig dömdes till straff. En offentlig försvarare skulle närmast försvåra domstolens uppgift att få fram sanningen.”¹⁶⁵³

Det fanns dock en handfull progressiva advokater för vilka rätten till försvarare utgjorde en grundläggande rättssäkerhetsgaranti och som därför politiskt drev frågan om införandet av ett system med offentliga försvarare. I en artikel från år 1881 argumenterade exempelvis Staaff – då verksam som brottmålsadvokat, och sedermera statsminister – för att det i Sverige borde införas ett försvararsystem efter norsk

¹⁶⁵⁰ Blomkvist (2003) s. 1. Frågan om försvararens processuella ställning är i viss mån omdiskuterad; intar denna ställning som rättegångsbiträde eller rättegångsombud? I nya RB stadgas att den misstänkta vid talans förberedande och utförande må *biträdas* av en försvarare (21 kap 3 §). I sin kommentar till RB framhåller sålunda Gärde et al. (1994) s. 271, att försvararens processuella ställning är ”väsentligen densamma som ett rättegångsbiträdes i tvistemål; se RB 12:22”. Enligt Ekelöf utgör dock försvararens processuella ställning ”ett mellanting” mellan ett rättegångsbiträdes och ett rättegångsombud; se Ekelöf & Boman (1996) s. 95 f. Ekelöf vill därför (a. st.) beteckna försvararen som en ”*partsrepresentant av speciellt slag*”. Inget hindrar dock att den misstänkta utfärdar en rättegångsfullmakt åt försvararen, som därigenom intar ställning som dennas rättegångsombud och – med Ekelöfs ord – ”åtminstone i princip” erhåller den behörighet som framgår av RB 12 kap. 14 §.

¹⁶⁵¹ Modéer, Kjell-Åke, *Se människan – inte gärningen utan gärningsmannen* (TSA 9/2006) s. 24-26 (s. 25).

¹⁶⁵² Se inledningen till denna avhandling, särskilt i och vid fn. 7-9 ovan.

¹⁶⁵³ Blomkvist (2003) s. 1. Se även i och vid fn 10-12 ovan. Att domarkåren alltjämt – men idag förhoppningsvis med en skämtsam underton – betecknar de offentliga försvararna som ”offantliga försvarare” har således sina historiska förklaringar.

förebild. I denna artikel gjorde Staaff gällande, att en utav ”den svenska brottmålsprocessens allra betänkligaste brister” var just frånvaron av försvarare – särskilt i grövre brottmål. Enligt Staaff var det nämligen ”högeligen betänkligt att åt domaren ensam överlämna uppletandet av alla de synpunkter, ur vilka den tilltalades förhållanden bör betraktas för att hänföras till den riktiga juridiska kategorin”.¹⁶⁵⁴ Detta kan betraktas som startskottet på en utveckling mot en modernare syn på den offentliga försvararen, enligt vad jag skall utveckla i nästa avsnitt.

5.3.1 Tillbakablick

Under åren som följde efter sekelskiftet kom Staaff – och flera med honom – att driva frågan om införandet av offentliga försvarare fram till dess frågan delvis löstes genom antagandet av 1906 års lag angående förordnande af rättegångsbiträde åt häktad, som sedermera ersattes av 1919 års lag med samma namn.¹⁶⁵⁵ Inom ramen för denna reform infördes även lagen om fri rättegång, enligt vilken ett offentligt finansierat rättegångsbiträde kunde förordnas också åt den som inte var frihetsberövad, under förutsättning att den misstänkta uppfyllde ”fattigdomskravet”. Något förenklat innebar således 1919 års reform att den som misstänktes för brott kunde hävda en rätt till offentligt finansierat biträde på grundval av två skilda lagar, beroende på om vederbörande var frihetsberövad eller inte. Genom processreformen skapades därefter dagens sammanhållna system med offentliga försvarare, ursprungligen reglerade i rättegångsbalken 21 kapitlet 3 § fjärde stycket. Under början på 80-talet bröts dock reglerna om offentlig försvarare ut till en ”egen” paragraf – betecknad 3 a § – varigenom lagregeln fick sin nuvarande lydelse. I de avsnitt som följer skall jag kort utveckla denna kronologi i tre steg.

5.3.1.1. Offentlig försvarare enligt 1906 och 1919 års lagar om rättegångsbiträde åt häktad

I motiven till 1906 års lag kan man skönja en första antydning till attitydförändring från statsmaktens sida beträffande den misstänkta behov av försvarare. Där framhölls det, att oavsett hur ”samvetsgrann och skicklig domaren än kunde vara” så förelåg det alltid, på grund av den tilltalades okunnighet om de processuella reglerna och den materiella rättens innehåll, en risk för att ”omständigheter blefve obeaktade, hvilka för målets utgång kunnat vara af betydelse”.¹⁶⁵⁶ Mot denna bakgrund ansågs det vara ”samhällets plikt” att tillhandahålla en försvarare också åt mindre bemedlade. Den ovillkorliga – i bemärkelsen av domarens skön oberoende – rätten att själv anlita (privat) försvarare, som hade införts några år tidigare, riskerade annars att bli

¹⁶⁵⁴ Staaff, citerad i Modéer (TSA 9/2006) s. 25 f.

¹⁶⁵⁵ Modéer (TSA 9/2006) s. 26.

¹⁶⁵⁶ NJA II 1906 nr 8:39 s. 61 f.

illusorisk för alla dem som saknade ekonomiska möjligheter att bära kostnaden.¹⁶⁵⁷ I förarbetena uttalades sålunda, att reformen avsåg

”... en utveckling af den princip som redan finnes i gällande lag uttalad, nämligen att enhvar, som är för brott tilltalad, må för tillvaratagande och bevakande af sina intressen begagna sig af rättegångsbiträde. Då emellertid detta faktiskt gestaltat sig så, att i regel endast den tilltalade, som äger medel att bekosta sådan hjälp, kommer i åtnjutande av denna förmån, under det att *den medellöse oftast är utestängd därifrån*, uppställer ifrågavarande lagförslag fordran på statens mellankomst för att bereda *äfven de medellösa tilltalade*, om de så önska, tillfälle till dylik rättshjälp. [...] Att den tanke, som sålunda ligger till grund för förslaget, och att förslaget härutinnan är ett uttryck för en riktig princip, torde inte kunna förnekas.”¹⁶⁵⁸

Trots att de tankegångar som fördes fram i förarbetena till 1906 års lag i viss mån var före sin tid, kom den nya ”rätten” till offentlig försvarare att bli tämligen begränsad. En offentlig försvarare, som utsågs av länsstyrelsen, kunde förordnas endast åt den som var häktad för ett brott med minst två års straffarbete i straffskalan – i praktiken endast vid särskilt allvarlig brottslighet. I detta avseende kom den år 1919 antagna lagen angående rättegångsbiträde åt häktad att innebära ett kraftigare genomslag för rätten till försvarare, genom att kravet på ett visst minimistraff i straffskalan togs bort. Det skulle dock dröja ända fram till den nya rättegångsbalkens ikraftträdande år 1942, och den därigenom genomgripande reformeringen av straffprocessens utformning, innan rätten till offentlig försvarare fick fullt genomslag i lagstiftningen.¹⁶⁵⁹

5.3.1.2 Offentlig försvarare enligt rättegångsbalken 21 kapitlet 3 § fjärde stycket

Genom nya rättegångsbalken inrättades som bekant straffprocessen efter ackusatoriskt mönster, varigenom förhandlingsprincipen kom att läggas till grund processens utformning. Därmed kom den tilltalades ställning som ett självständigt verksamt subjekt att förstärkas avsevärt i jämförelse med den tidigare inkvisitoriskt präglade processen, där den tilltalade snarare hade betraktats som ett objekt för domarens utredning.¹⁶⁶⁰ Denna principiella omställning påverkade också synen på den tilltalades behov av försvarare, som successivt vann allmänt erkännande.¹⁶⁶¹ Ekelöf beskriver denna utveckling i följande ordalag:

”Sedermera har rätten till försvarare väsentligen vidgats. Att så blivit fallet sammanhänger med att brottmålsförfarandet i allt högre grad kommit att präglas av förhandlingsprincipen. Man menar att även i brottmål den bästa garantin för en god utredning är att denna i stort sett ankommer på parterna samt att var och en

¹⁶⁵⁷ Jfr Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 95.

¹⁶⁵⁸ NJA II 1906 nr 8:39 s. 67 f.

¹⁶⁵⁹ Blomkvist (2003) s. 1. Se även Thomasson, Erik, *Ett och annat om försvararens skyldigheter i den nya rättegångsordningen* (SvJT 7-8/1950) s. 774-783 (s. 774).

¹⁶⁶⁰ Se t.ex. SOU 1926:32 s. 48 ff. och Blomkvist (2003) s. 2.

¹⁶⁶¹ Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 217 vid fn 2.

av dessa är verksam till stöd för sin talan. Ett sådant system kan emellertid medföra ökad risk för oriktiga straffdomar, såvida den misstänkte i komplicerade mål inte biträds av en rättsakkunnig försvarare.¹⁶⁶²

Genom processreformen kom rätten till försvarare att regleras i rättegångsbalkens 21 kapitel 3 §, som innehöll två skilda rättigheter: dels en ovillkorlig rätt för den misstänkta att anlita (privat) försvarare för egna medel; dels en villkorlig rätt att få en (offentlig) försvarare förordnad för allmänna medel. I motiven till detta lagrum förklarade Processkommissionen, att varken åklagarens skyldighet att vara objektiv i processen eller domstolens skyldighet att allsidigt utreda målet utgjorde en tillfredsställande garanti för att den misstänkta intressen till fullo skulle tillvaratas.¹⁶⁶³ För att kunna utnyttja sina partsrättigheter i den ackusatoriska straffprocessen fordrades det, enligt kommissionens mening, att den tilltalade hade tillgång till juridiskt skolad biträde i processen:

”Den ackusatoriska processen *kräver*, att möjlighet bereds den misstänkte att skaffa sig biträde av någon, som bättre än han själv kan tillvarata hans intressen och som utrustas med vissa i lagen reglerade befogenheter. Mången gång blir han *endast härigenom i stånd att utnyttja de rättigheter*, som tillkomma honom såsom part. Särskilt i den mån genom organisatoriska åtgärder ett förstärkande av åtalväsendet genomföres, är det av vikt att sörja för att den misstänkte ej kommer att intaga en alltför underlägsen ställning i processen.”¹⁶⁶⁴

När kommissionen tog sig för att diskutera under vilka omständigheter en försvarare skulle förordnas åt den enskilda *på det allmännas bekostnad* var dock tongången delvis annorlunda. Kommissionen medgav förvisso, att ”staten ej kan undgå att bispringa den misstänkte i detta hänseende”, liksom att statens skyldigheter härvidlag var av stor praktisk betydelse, ty de som åtalades för brott befann sig ”mestadels [i] den ekonomiska ställning, att det för dem skulle möta stora svårigheter att själv skaffa sig erforderligt biträde”.¹⁶⁶⁵ Från att tidigare ha förklarat att den ackusatoriska processen *krävde* att den enskilda hade tillgång till en försvarare gjorde dock kommissionen en kovändning, under anförande av att

”... det stora flertalet brottmål är av den enkla beskaffenheten och avser så obetydliga intressen, att det *ej rimligtvis kan begäras*, att staten skall ikläda sig kostnaden för en försvarare åt den tilltalade. Domarens processledande verksamhet är i dessa fall tillräcklig för att tillgodose en allsidig utredning.”¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶² Ekelöf & Boman (1996) s. 90 (jfr numera Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 93).

¹⁶⁶³ SOU 1926:32 s. 48 f. Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 78, som menar att tillgången till försvarare har ”långt större betydelse för den misstänkta trygghet än att objektivitetsprincipen gäller för åklagaren/förundersökningsledaren och officialprincipen för rätten”. Se här till Lindell et al. (2005) s. 178 f.

¹⁶⁶⁴ SOU 1926:32 s. 49.

¹⁶⁶⁵ SOU 1926:32 s. 51.

¹⁶⁶⁶ SOU 1926:32 s. 51.

Mot denna bakgrund anslöt sig kommissionen till distinktionen mellan frihetsberövade och icke-frihetsberövade personer, som präglad äldre rätt; en offentlig försvarare borde ”i främsta rummet” utses åt misstänkta som var anhållna eller häktade. Såvitt avsåg på fri fot varande personer menade kommissionen att en ”särskild prövning” skulle ske; endast om det var erforderligt för att den tilltalade skulle kunna föra sin talan på ett ändamålsenligt vis, skulle en sådan förordnas. I ”mindre betydande mål” menade dock kommissionen, att domarens processledande verksamhet oftast gjorde en ”försvarare obehövlig”.¹⁶⁶⁷ Till dessa tankegångar anslöt sig i huvudsak Processlagberedningen i sitt förslag till rättegångsbalk, men med följande viktiga tillägg:

”[M]ed hänsyn till det allmännas *intresse av straffrättskipningens säkerhet* [bör det] ankomma på offentlig myndighet att tillse, att han, om så finnes erforderligt, erhåller biträde av en försvarare. [...] Då förordnande av försvarare åt den misstänkte *alltid påkallas av ett offentligt intresse*, synes riktigast, att frågan härom regleras efter enhetliga grunder. Huruvida den misstänkte genom det allmännas försorg skall erhålla försvarare (offentlig försvarare), bör icke vara beroende av hans ekonomiska ställning utan bedömas uteslutande från processuella synpunkter.”¹⁶⁶⁸

Till skillnad från 1919 års lagar skulle alltså inte längre den misstänkta inkomstförhållanden påverka bedömningen, vilket innebar en principiell omställning. Frågan är dock vilka ”processuella synpunkter” som kunde motivera att en offentlig försvarare förordnades. I denna del uttalade lagberedningen följande:

”Att medgiva den misstänkte rätt att alltid erhålla offentlig försvarare bör icke ifrågakomma. I många fall, särskilt i mål om *lindrigare brott*, torde den misstänkte själv kunna iakttaga sina intressen. Offentlig försvarare bör därför förordnas, endast om det på grund av sakens beskaffenhet eller eljest den misstänktes rätt finnes *icke kunna utan biträde tillvaratagas*. [...] I fråga om misstänkt, som är anhållen eller häktad, synes en vidsträcktare rätt att erhålla offentlig försvarare påkallad. Då han genom frihetsberövandet är urståndsatt att själv verka för sitt försvar, bör under alla förhållanden försvarare förordnas, om han begär det.”¹⁶⁶⁹

Dessa överväganden mynnade sammantaget ut i rättegångsbalkens 21 kap 3 § fjärde stycket, som i enlighet med Processlagberedningens förslag gavs följande lydelse:

”Har den misstänkte ej utsett försvarare eller avvisas av honom utsedd försvarare, finnes på grund av sakens beskaffenhet eller eljest hans rätt icke kunna utan biträde tillvaratagas, skall offentlig försvarare förordnas för honom. Är den misstänkte anhållen eller häktad, skall även eljest, om han begär det, offentlig försvarare förordnas.”

¹⁶⁶⁷ SOU 1926:32 s. 53.

¹⁶⁶⁸ SOU 1938:44 s. 273 f. och NJA II 1943 nr 1 s. 282 f.

¹⁶⁶⁹ SOU 1938:44 s. 274 och NJA II 1943 nr 1 s. 283.

Avgörande för om en offentlig försvarare skulle förordnas var alltså – med bortseende från sådana fall då den misstänkta var frihetsberövad – om den enskildas rätt på grund av sakens beskaffenhet eller någon annan orsak inte kunde tas tillvara utan ett biträde. I praxis kom dessa rekvisit inledningsvis att tolkas som så, att en offentlig försvarare skulle förordnas i följande fem situationer:

1. Om målen innehöll komplicerade *rättsfrågor* eller *bevisfrågor*.
2. Om målet avsåg omfattande eller komplicerade *sakfrågor*.
3. Om den misstänkta riskerade en *frihetsberövande påföljd*, som inte var helt kortvarig.
4. Om påföljdsvalet ansågs *tveksamt*.
5. Om det kunde komma ifråga att besluta om *rättspsykiatrisk undersökning*.¹⁶⁷⁰

Med tiden kom dock domstolarnas praxis att utvecklas i en alltmer (och, enligt statsmaktens tycke, alltför¹⁶⁷¹) generös riktning.¹⁶⁷² Lagstiftaren noterade att den relativa andelen tilltalade för vilka offentlig försvarare förordnades successivt hade ökat med åren, och därmed statens kostnader.¹⁶⁷³ Mot denna bakgrund fick Rättshjälpskommittén i uppgift att söka bromsa utvecklingen i allmänhet, och kostnadsutvecklingen i synnerhet. Utredningens arbete utmynnade sedermera i en helt ny paragraf i rättegångsbalken: 21 kapitlet 3 a §, där rätten till offentlig försvarare alljämt regleras.

5.3.1.3 Offentlig försvarare enligt rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a §

I direktiven till Rättshjälpskommittén anförde departementschefen följande, såvitt avsåg frågan om offentlig försvarare:

”När det gäller förordnande av offentliga försvarare har tillämpningen med åren blivit alltmer generös. Det är också i många fall angeläget att den tilltalade får den hjälp som en offentlig försvarare utgör. Det finns emellertid skäl att överväga om inte *en mer restriktiv reglering av rätten till offentlig försvarare i en del fall bör införas*. Det kan

¹⁶⁷⁰ Prop. 1983/84:23 s. 13 och DsJu 1983:2 s. 30.

¹⁶⁷¹ I prop. 1983/84:23 s. 13 lämnar DepC en redogörelse dels för vad som var bestämmande för förordnande av offentlig försvarare enligt det numera upphävida fjärde stycket i RB 21 kap. 3 §, dels för viss praxis som utbildats kring detta lagrum. Som Fitger et al. (Zeteo 2017) konstaterar i kommentaren till RB 21 kap 3 a § är det dock ”svårt att av redogörelsen utläsa i vilken utsträckning departementschefen tog avstånd från den praxis som utvecklats efter RB:s tillkomst”. DepC:s redogörelse mynnade i vart fall ut i ett konstaterande (a. prop. s. 14), att föreliggande praxis tydde på att domstolarna med tiden blivit alltmer frikostiga, och att försvarare därför kommit att förordnas i betydligt fler fall än vad som ursprungligen – dvs. vid RB:s tillkomst – torde ha varit avsikten. Se även Ebervall (2002) s. 168, som anför att reformen ”syftade till stävja en praxis som utformats där domstolarna blivit alltmer frikostiga med att förordna offentlig försvarare. [...] Syftet med lagändringen var tydligen främst processekonomisk.” Se även Ebervall, Lena, *Advokatetik i brottmål* (2008) s. 126: ”Vid en lagändring 1983 skärptes dittillsvarande praxis avseende försvararförordnande, som ansågs ha varit för generös.”

¹⁶⁷² Se t.ex. prop. 1983/84:23 s. 1 och 11, samt härtill DsJu 1983:2 s. 37. Sälunda beslutade exv. HD att i ett antal mål förordna offentlig försvarare trots att någon annan påföljd än böter inte var aktuell; se t.ex. NJA 1977 s. 741 och NJA 1978 s. 449.

¹⁶⁷³ Prop. 1983/84:23 s. 11, NJA II 1983 nr 12 s. 479 f. och DsJu 1983:2 s. 7, 32 och 37.

sålunda ifrågasättas, om det finns anledning att rutinmässigt förordna en offentlig försvarare vid vissa typer av brott eller, bortsett från fall när någon är anhållen eller häktad, så snart en begäran om det framställs. Kommittén bör undersöka om förutsättningar för att förordna offentlig försvarare *kan stramas åt utan att berättigade rättssäkerhetskrav åsidosätts*.¹⁶⁷⁴

Rättshjälpskommittén uppfattade i denna del sitt uppdrag såsom uttryckligen syftande till att avvägbringa ”besparingar för det allmänna”,¹⁶⁷⁵ detta dock utan att ”berättigade rättssäkerhetskrav” åsidosattes. En första fråga, som naturligt nog tilldrog sig kommitténs intresse, var följaktligen vad som konstituerar ett *berättigat* – i kontrast till ett *icke-berättigat* – rättssäkerhetskrav. I det år 1983 presenterade delbetänkandet *Rätten till offentlig försvarare* (DsJu 1983:2) utvecklade kommittén sin egen syn på detta – naturligtvis i sig helt intetsägande – begrepp enligt följande:

”I begreppet berättigade kan enkelt uttryckt sägas ligga att den som är misstänkt för brott skall få juridiskt bistånd om han är i behov av det för att kunna ta tillvara sin rätt. Självfallet kan det *inte komma ifråga att överge denna princip*. Vid bedömningen av om ett biträde behövs måste man dock beakta att den misstänkte i många fall kan föra sin talan utan biträdeshjälp.”¹⁶⁷⁶

Kommittén önskade således knyta an rätten till offentlig försvarare till ”principen” att den som har behov av biträde skall få tillgång till biträde. Av detta kan man möjligen dra slutsatsen, att den som har ett behov av biträde för att kunna tillvarata sina intressen också har ett berättigat (rättssäkerhets)krav på att staten tillhandahåller ett biträde gratis, åtminstone om vederbörande saknar egna medel att bekosta ett sådant. Ett icke-berättigat rättssäkerhetskrav skulle, med denna logik, motsvaras av en rätt till offentligt finansierat biträde i situationer *när ett sådant inte behövs*. Så långt, så gott.

Rättshjälpskommitténs definition av ett ”berättigat rättssäkerhetskrav” är dock i sig likaledes intetsägande, eftersom den lämnar den avgörande frågan obesvarad: När har den enskilda ett behov av biträde för att komma till sin rätt? I denna del gjorde kommittén följande – enligt min mening synnerligen intressanta – uttalande, som återges in extenso:

”När det gäller att bedöma frågan om den misstänktes rätt kan tas tillvara utan ett biträde eller ej, måste man hålla i minnet bl.a. reglerna i 23 kap. 4 § första stycket RB. Åklagaren har alltså skyldighet att bedriva utredningen på ett så opartiskt sätt att den misstänktes rätt tas tillvara. [Åklagaren är] vidare skyldig att även under huvudförhandlingen agera på ett objektivt sätt. Enligt 46 kap. 4 § RB skall vidare rätten vid

¹⁶⁷⁴ Dir. 1981:75 s. 8, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 246. Jfr DsJu 1983:2 s. 25 f.

¹⁶⁷⁵ Jfr DsJu 1983:2 s. 45. För att uppnå de eftersträlvade besparingarna övervägde kommittén tre ”teoretiska” alternativ: (1) att sänka ersättningen för offentliga försvarare; (2) att lägga den tilltalade att vid fällande dom återbetala en större del av de allmännas kostnader för offentlig försvarare; och (3) att helt enkelt minska antalet offentliga försvarare, genom en ”åtstramning” av regelverket. Av dessa tre alternativ valde kommittén, i enlighet med direktiven, att fullfölja det sistnämnda; se DsJu 1983:2 s. 45 f.

¹⁶⁷⁶ DsJu 1983:2 s. 7.

huvudförhandlingen se till att målet blir uttömmande behandlat. Domstolens uppgift är alltså inte bara att objektivt bedöma de omständigheter som åberopas i målet. Man skall också verka för att den utredning, som behövs för att ge ett tillräckligt bra underlag för bedömningen av såväl ansvars- som påföljdsfrågan, presenteras i målet. Det är också i praktiken så att domstolen utövar en mer aktiv materiell processledning när den tilltalade inte biträds av en försvarare. Om man av *statsfinansiella skäl vill försöka begränsa kostnaden för offentlig försvarare bör man ta fasta på domstolens roll vid förhandlingen*. När domstolen skall bedöma om den tilltalade har behov av offentlig försvarare bör domstolens möjligheter och skyldigheter att utöva materiell processledning beaktas. *Om domstolarna är tillräckligt aktiva kan antalet förordnanden av offentliga försvarare minska utan att rättssäkerhetsintressena åsidosätts.*¹⁶⁷⁷

Annorlunda uttryckt: Om domstolen bara är tillräckligt aktiv i sin materiella processledning kan den tilltalade förhålla sig passiv i processen. Och kan den tilltalade förhålla sig passiv saknar vederbörande inte bara behov av försvarare, utan också behov av offentligt finansierad försvarare. Genom denna argumentation kunde kommittén åstadkomma besparingar utan att åsidosätta den tilltalades ”berättigade rättssäkerhetskrav”, såsom detta krav hade definierats av kommittén själv. I den efterföljande propositionen kom sedan Rättshjälskommitténs ord att eka, men nu tillskrivna departementschefen:

”Det finns i detta sammanhang anledning att påpeka att den misstänkte *inte står utan hjälp med sitt försvar även om han inte har försvarare*. Sålunda åligger det åklagaren att bedriva utredningen på ett objektivt sätt och försöka ta fram även sådant som talar till den misstänktes förmån (jfr 23 kap. 4 § RB). Domstolen skall verka för att målet blir uttömmande behandlat och har alltså att se till att utredningen är tillräcklig i såväl ansvars- som påföljdsfrågan (jfr 46 kap. 4 § RB). [...] Om försvarare inte medverkar *kan detta kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.*”¹⁶⁷⁸

Argumentationsmönstret – att låta ett ökat utredningsansvar för domstolen ”kompensera” frånvaron av ett juridiskt biträde – känner vi igen. Logiken är densamma som inom den förenklade tvistemålsprocessen och förvaltningsprocessen, men med den noterbara skillnaden att de bakomliggande ekonomiska motiven redovisas öppet i Rättshjälskommitténs betänkande.¹⁶⁷⁹ Utifrån ett renodlat straffprocessuellt perspektiv rör vi oss emellertid bakåt i utvecklingen, vilket kan illustreras genom en jämförelse mellan vad Lagutskottet uttalade år 1890, och vad kommittén uttalade år 1983:

Lagutskottet: ”[D]en nuvarande bestämmelsen, som lägger i domarens hand att afgöra, huruvida den tilltalade i gröfre brottmål må begagna sig af rättegångsbiträde eller ej,

¹⁶⁷⁷ DsJu 1983:2 s. 7.

¹⁶⁷⁸ Prop. 1983/84:23 s. 15 f.

¹⁶⁷⁹ DsJu 1983:2 s. 7: ”Om man av *statsfinansiella skäl* vill försöka begränsa kostnaden för offentlig försvarare bör man ...”
Se härtill Ekelöf & Boman (1996) s. 92, som med åsyftan på 1984 års reform anför: ”Nyligen har man emellertid av kostnadsskäl inskränkt rätten att få en offentlig försvarare.”

[har icke] medfört några för *rättssäkerheten menliga följder*. Enligt grunderna för vår nu gällande rättegångsordning i brottmål har nämligen domaren både rätt och pligt att under rannsakingen söka bringa i dagen icke blott hvad som kan lända till den anklagades fällande, utan ock hvad som talar till hans fördel ...”¹⁶⁸⁰

Rättshjälpskommittén: ”Domstolen har ett ansvar för att utredningen i målet blir fullständig och skall därför verka för att målet blir uttömmande behandlat. En aktiv materiell processledning från domstolens sida innebär att behovet av juridiskt biträde minskar. Bl.a. kan antalet förordnanden av offentliga försvarare reduceras *utan att rättssäkerhetsintressena åsidosätts*.”¹⁶⁸¹

Historien har dock en tendens att upprepa sig.¹⁶⁸² Mellan Lagutskottets och Rättshjälpskommitténs uttalanden, som i princip ger uttryck samma tankegångar, har det som synes förflutit drygt 100 år. Under detta sekel förvandlades straffprocessen från en förhållandevis inkvisitorisk till en fullt ut ackusatorisk tvåpartsprocess, vilket exempelvis förklarar Processlagberedningens inställning – att den tilltalades intressen *inte* kunde anses vara fullt ut tillgodosedda genom domstolens processledning och utredningsansvar.¹⁶⁸³

Enligt sina utredningsdirektiv skulle Rättshjälpskommittén ”undersöka om förut-sättningar för att förordna offentlig försvarare [kunde] *stramas åt* utan att berättigade rättssäkerhetskrav åsidosätts”.¹⁶⁸⁴ Och i enlighet med regeringens beställning föreslog kommittén att rätten till offentlig försvarare skulle underkastas en mer detaljerad reglering, vilket var ägnat att medföra just ”en *åtstramning* jämfört med den praxis för förordnanden som har utbildats under senare år”.¹⁶⁸⁵ Istället för att en försvarare skulle förordnas dels åt anhållna/häktade, dels ”om det på grund av sakens beskaffenhet eller eljest [finnes att] hans rätt icke kunna utan biträde tillvaratagas” föreslogs en regeln följande lydelse:

”Är den misstänkte anhållen eller häktad skall en offentlig försvarare förordnas åt honom och han begär det. Detsamma gäller om han är misstänkt för ett brott, för vilket inte är stadgat lindrigare straff än fängelse i ett år.

En offentlig försvarare skall också förordnas (1) om den misstänkte är i behov av försvarare med hänsyn till utredningen i sakfrågan, (2) om en försvarare behövs med hänsyn till att frågan om val av påföljd är tveksam och anledning förekomma att döma till en annan påföljd än böter eller villkorlig dom, eller (3) om det i övrigt

¹⁶⁸⁰ NJA II 1890 nr 6:45 s. 60.

¹⁶⁸¹ DsJu 1983:2 s. 7.

¹⁶⁸² Vilket Blomkvist (2003) noterar (s. 3): ”[D]et offentliga sparsamhetsnitet [har] kommit att medföra vissa begränsningar av möjligheten till offentlig försvarare. I det sammanhanget har tyvärr åter framkommit de gamla tankegångarna från seklets början. Nedvärderingen av försvararrollen har ökat i samma takt som vikten av domarens materiella processledning understrukits – och det för övrigt på ett sätt som inte sällan leder tanken till det forna inkvisitoriska förfarandet. Är vi kanske rent av på väg tillbaka till den tidigare ordningen, men nu under namn av materiell processledning. Skall då också myten om domarens allvisa förmåga att ... i målet finna det 'materiellt riktiga' eller 'utforska sanningen' få slå igenom även i brottmålen.”

¹⁶⁸³ SOU 1926:32 s. 48 f.

¹⁶⁸⁴ Dir. 1981:75 s. 8, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 246.

¹⁶⁸⁵ DsJu 1983:2 s. 8.

föreligger särskilda skäl med hänsyn till den misstänktes personliga förhållanden eller till målets art eller omfattning.”¹⁶⁸⁶

Vid remissbehandlingen avstyrktes Rättshjälpkommitténs förslag helt och hållet av Advokatsamfundet, som förklarade att en ”offentlig försvarare behövs i betydligt fler fall än enligt kommitténs förslag”.¹⁶⁸⁷ En ny lagstiftning, grundad på kommitténs betänkande, skulle därför ”leda till att ett stort antal misstänkta som är i behov av biträde av offentlig försvarare kan bli ställda utan sådan hjälp”.¹⁶⁸⁸ I det rådande statsfinansiella läget ansåg dock departementschefen att det var ”angeläget att försöka hejda ökningen av statens utgifter” för offentliga försvarare.¹⁶⁸⁹ Denne anslöt sig därför – remisskritiken till trots – i huvudsak till kommitténs förslag, förutom i två avseenden: För det första ansåg departementschefen att straffgränsen för den i övrigt förutsättningslösa rätten till offentlig försvarare skulle sättas vid fängelse i sex månader (istället för i ett år); för det andra att såsom särskilda skäl för offentlig försvarare skulle beaktas vad målet rörde (istället för dess art eller omfattning).¹⁶⁹⁰ Propositionen behandlades därefter av Justitieutskottet, som i sitt betänkande hemställde att riksdagen skulle anta förslaget.¹⁶⁹¹ Med de av departementschefen förordade sakliga förändringarna – samt härutöver några smärre redaktionella förändringar – upphävdes år 1984 det fjärde stycket i rättegångsbalkens 21 kapitel 3 §, och ersattes genom den nuvarande 3 a §,¹⁶⁹² med följande lydelse:

”Är den misstänkte anhållen eller häktad skall offentlig försvarare förordnas för honom, om han begär det. Offentlig försvarare skall också på begäran förordnas för den som är misstänkt för ett brott, för vilket inte är stadgat lindrigare straff än fängelse i sex månader.

Offentlig försvarare skall därutöver förordnas (1) om den misstänkte är i behov av försvarare med hänsyn till utredningen om brottet, (2) om försvarare behövs med hänsyn till att det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas och det finns anledning att döma till annan påföljd än böter eller villkorlig dom eller sådana påföljder i förening, eller (3) om det i övrigt föreligger särskilda skäl med hänsyn till den misstänktes personliga förhållanden eller till vad målet rör.”¹⁶⁹³

Liksom enligt 1919 års lagar om rättegångsbiträde åt häktad respektive fri rättegång, uppställer således rättegångsbalken olika regler beroende på om den enskilda är frihetsberövad eller inte. En central skillnad är dock att den ovillkorliga rätten till

¹⁶⁸⁶ DsJu 1983:2 s. 15 f.

¹⁶⁸⁷ Prop. 1983/84:23 s. 13.

¹⁶⁸⁸ Prop. 1983/84:23 s. 10.

¹⁶⁸⁹ Prop. 1983/84:23 s. 11 f. Enligt DepC gjorde ”kostnadsutvecklingen och nuvarande generösa praxis när det gäller att förordna offentliga försvarare ... det angeläget att förutsättningarna för att förordna sådana försvarare nu skärps något”.

¹⁶⁹⁰ Prop. 1983/84:23 s. 15 och 18.

¹⁶⁹¹ JuU 1983/84:7.

¹⁶⁹² SFS 1983:920.

¹⁶⁹³ Lagrummet finns kommenterat exv. hos Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 282 ff. och hos Fitger et al. (Zetco 2017).

offentlig försvarare enligt första stycket numera har utsträckts till att också omfatta den som är misstänkt för ett brott, för vilket det inte är stadgat lindrigare straff än fängelse i sex månader. För den som varken är frihetsberövad eller misstänkt för ett brott med ett föreskrivet straffminimum på sex månaders fängelse, är rätten till offentlig försvarare att bedöma enligt andra stycket, som förutsätter att den misstänkta behov av försvarare prövas i varje enskilt fall. I det följande skall jag fördjupa diskussionen kring dessa två stycken var för sig.

5.3.2 Ovillkorlig rätt till offentlig försvarare

Enligt det numera upphävda fjärde stycket i rättegångsbalkens 21 kap 3 § gällde som utgångspunkt, att en offentlig försvarare skulle förordnas endast om den misstänkta ”rätt icke kunna utan biträde tillvaratagas”.¹⁶⁹⁴ Avgörande för om en offentlig försvarare skulle förordnas var således den enskildas *behov* av en försvarare. Som framgått av det föregående var Rättshjälpskommitténs avsikt att inte frångå denna ”princip”.¹⁶⁹⁵ Till kommitténs synsätt anslöt sig departementschefen, som uttalade följande i förarbetena till 1984 års reform:

”Utgångspunkten för rättens bedömning av om offentlig försvarare skall förordnas *skall alltid vara om försvarare över huvud taget behövs* med hänsyn till målets beskaffenhet o.d. Någon prövning skall inte ske av den misstänktes ekonomiska förhållanden. Endast processuella synpunkter skall vara bestämmande.”¹⁶⁹⁶

I överensstämmelse härmed uttalade också Justitiekonferensen i sitt yttrande, att regelverkets syfte jämväl efter reformen ”självfallet måste vara att den som har ett *verkligt behov* av en offentlig försvarare också skall få denna förmån”.¹⁶⁹⁷

Utgångspunkten enligt ”gällande rätt” är således alltjämt, att endast den som har ett verkligt behov av försvarare skall få en sådan förordnad. I vissa situationer – när den enskilda är frihetsberövad och/eller misstänkt/tilltalad för särskilt allvarlig brottslighet med högt minimistraff – skall dock ingen behovsbedömning företas i det enskilda fallet; i dessa situationer föreskriver rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a § första stycket en ovillkorlig – eller, om man så vill, absolut – rätt till försvarare.¹⁶⁹⁸ Som framgår av lagtextens ordalydelse, är båda stadgandena obligatoriska för domstolen och dispositiva till förmån för den enskilda parten; en försvarare *skall* förordnas åt den misstänkta, *om* denna så begär.¹⁶⁹⁹ Låt mig i det följande kort utveckla de två

¹⁶⁹⁴ Se härtill SOU 1938:44 s. 274.

¹⁶⁹⁵ DsJu 1983:2 s. 7.

¹⁶⁹⁶ Prop. 1983/84:23 s. 13.

¹⁶⁹⁷ JuU 1983/84:7 s. 9.

¹⁶⁹⁸ Jfr prop. 1983/84:23 s. 15: ”I dessa båda fall bör liksom hittills offentlig försvarare alltid tillhandahållas en misstänkt som begär det, oavsett om han har erkänt eller förnekat brottet.” Se härtill Ebervall (2002) s. 160, som dock anför att rätten till försvarare enligt första stycket inte är ovillkorlig utan villkorlig, eftersom den förutsätter en begäran från den enskilda. Enligt min mening är detta inte en adekvat beskrivning; den misstänkta har ju – från sitt perspektiv – en ovillkorlig rätt till försvarare om vederbörande vill ha en sådan.

¹⁶⁹⁹ Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 96 och Ebervall (2002) s. 160 f.

grunder varpå en offentlig försvarare skall förordnas enligt första stycket, innan vi i nästa avsnitt återkommer till behovsbedömningen enligt andra stycket.

5.3.2.1 Frihetsberövade misstänkta

Vad först avser frihetsberövade misstänkta förespråkade både Processkommissionen och Processlagberedningen att dessa borde åtnjuta en ovillkorlig rätt till offentlig försvarare. Det främsta motivet härför är förstås att personen ifråga ”genom frihetsberövandet är urständssatt att själv verka för sitt försvar”.¹⁷⁰⁰ Av detta skäl föreskrev rättegångsbalken 21 kapitel 3 § fjärde stycket – i dess lydelse före 1984 års reform – en rätt till försvarare för anhållna och häktade ”även eljest”, det vill säga även om den enskildas rätt i det enskilda fallet eventuellt kunde tillvaratas utan en försvarare.

Enligt Rättshjälskommitténs förmenande var de argument som framförts i de ursprungliga förarbetena ”alltjämt bärkraftiga”, och kommittén föreslog därför inga inskränkningar i rätten till försvarare för frihetsberövade personer.¹⁷⁰¹ Till Rättshjälskommitténs ståndpunkt anslöt sig även departementschefen.¹⁷⁰² Därmed kom den ovillkorliga rätten för anhållna och häktade att förordnas en offentlig försvarare att lämnas intakt genom 1984 års reform. För dessa personkategorier är det alltså själva *frihetsberövandet som sådant* som presumeras skapa ett behov av försvarare, alldenstund det rent fysiskt begränsar den enskildas möjligheter att sörja för sitt försvar. Om ett biträdesbehov de facto föreligger i det enskilda fallet saknar däremot betydelse, under förutsättning att den misstänkta begär en försvarare.

5.3.2.2 Misstänkta för brott av allvarlig art

Vid fall av särskilt allvarlig brottslighet är den misstänkta vanligtvis anhållen eller häktad och därmed på denna grund tillerkänd en ovillkorlig rätt till försvarare.¹⁷⁰³ För de fall då den misstänkta är på fri fot trots brottslighetens allvar, ansåg dock Rättshjälskommittén att ett särskilt stadgande var motiverat.¹⁷⁰⁴

Enligt kommittén behövde den som är ”misstänkt för ett brott där påföljden kan förväntas bli ett längre fängelsestraff ... allt det stöd han kan få från en advokat”. Det var därför enligt kommitténs förmenande ”självklart” att en offentlig försvarare skulle utses som stöd åt den misstänkta i alla sådana fall där det för brottet inte var föreskrivet lindrigare straff än fängelse i ett år.¹⁷⁰⁵ Denna ettårsgräns mötte kritik under remissbehandlingen, bland annat från Advokatsamfundet. Även departementschefen ansåg att det av kommittén föreslagna minimistraffet var för högt:

¹⁷⁰⁰ SOU 1938:44 s. 274.

¹⁷⁰¹ DsJu 1983:2 s. 56 f. ”En person som genom samhällets tvångsåtgärder har berövats friheten på grund av misstankar om att han begått en brottslig gärning bör ha en ovillkorlig rätt att på begäran förordnas en offentlig försvarare.”

¹⁷⁰² Prop. 1983/84:23 s. 19.

¹⁷⁰³ Jfr RB 24 kap. 1 och 3 §§.

¹⁷⁰⁴ DsJu 1983:2 s. 65 f.

¹⁷⁰⁵ DsJu 1983:2 s. 65.

”Om kommitténs förslag accepterades skulle den som misstänks för t.ex. grovt våldande till annans död, grovt stöld, grovt bedrägeri, grov förskingring, grov oredlighet mot borgenärer och grov urkunds-förfalskning *kunna vägras offentlig försvarare*. Jag anser emellertid att dessa brott generellt sett är av så allvarlig art att en misstänkt nära nog undantagslöst har behov av en försvarare. Gemensamt för dessa brott är att straffskalans nedre gräns är fängelse sex månader. Jag förordar att gränsen sätts vid den straffnivån.”¹⁷⁰⁶

Redan risken för att en misstänkt *skulle kunna vägras* en försvarare vid brott av tämligen allvarlig beskaffenhet – trots att det i dessa fall, just på grund av brottslighetens allvarliga art, förelåg ett *nära nog undantagslöst* behov av en sådan – motiverade alltså att rätten till offentlig försvarare gjordes ovillkorlig och därmed undandrogs domstolens behovsbedömning. Med denna motivering fastställdes sålunda gränsen för den obligatoriska rätten till försvarare vid ett föreskrivet straffminimum på sex månaders fängelse, vilket utgjorde det lägsta föreskrivna straffet för de av departementschefen exemplifierade brotten.¹⁷⁰⁷

Vid så allvarlig brottslighet att det för brottet inte är stadgat ett lindrigare straff än fängelse i sex månader har således den enskilda – oavsett om denna är anhållen/häktad eller ej – en dispositiv men obligatorisk rätt till försvarare. I dessa fall är det brottets *allvarliga art* i sig, såsom detta förutsätts komma till uttryck genom det för brottet föreskrivna minimistraffet, som skapar det nära nog undantagslösa behovet av försvarare. Huruvida den enskilda faktiskt har eller saknar behov av försvarare i det enskilda fallet är därmed utan betydelse, återigen under förutsättning att den misstänkta begär en försvarare.¹⁷⁰⁸

I jämförelse med personer som är frihetsberövade och därmed fysiskt oförmögna att sörja för sitt försvar – helt enkelt därför att de är inlåsta – är det inte fullt lika logiskt att på fri fot varande personer skall ha en ovillkorlig rätt till biträde endast av det skälet, att det för brottet händelsevis råkar vara föreskrivet ett visst *minimistraff*. Förvisso är strafflatitudernas omfång som utgångspunkt avsedda att ge uttryck för brottstypens relativa allvar i relation till andra brottstyper – dess så kallade ”abstrakta straffvärde”.¹⁷⁰⁹ De idag gällande straffskalorna har dock, för att citera Jareborg och Zila, ”tillkommit vid olika tidpunkter under en sextioårsperiod och är därför inte värdemässigt samordnade”.¹⁷¹⁰ Härtill kommer att straffskalorna i praktiken också, eller kanske huvudsakligen, tjänar andra ändamål än att markera brottets allvar. Strafflatituden för ett visst brott har nämligen stor – för att inte säga störst – betydelse i andra sammanhang än vid själva påföljdsbestämningen, ty till denna har anknytits en rad rättsföljder. Sålunda anknyter exempelvis reglerna om häktning, anhållande

¹⁷⁰⁶ Prop. 1983/84:23 s. 15.

¹⁷⁰⁷ Straffminimum för vissa av dessa brott är idag fastställda till en annan nivå.

¹⁷⁰⁸ Om den misstänkta inte begär en försvarare skall istället frågan bedömas enligt andra stycket; se vidare avsnitt 5.3.6 nedan.

¹⁷⁰⁹ Jareborg, Nils & Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära* (2017) s. 105.

¹⁷¹⁰ Jareborg & Zila (2017) s. 17.

och gripande till brottets straffskala,¹⁷¹¹ och detsamma gäller de laga förutsättningarna för att få vidta i princip alla andra straffprocessuella tvångsmedel.¹⁷¹²

Att det för ett visst brott har fastställts en viss strafflatitud behöver sammanfattningsvis inte vara motiverat av brottets abstrakta straffvärde, utan kan likaväl – åtminstone i praktiken – vara motiverat av att lagstiftaren har velat möjliggöra för polis och åklagare att tillgripa tvångsmedel mot den misstänkta.¹⁷¹³ Att det för ett visst brott råkar vara föreskrivet ett minimistraff på sex månader ter sig följaktligen, vid en sammantagen bedömning, tämligen slumpartat.¹⁷¹⁴ Straffskalorna i allmänhet, och minimistraffet i synnerhet, är därför en oprecis måttstock vid en diskussion kring ett visst brotts allvar. Att knyta an den ovillkorliga rätten till försvarare just till brottets straffminimum är därför vanskligt. Tillåt mig att illustrera detta med en handfull exempel.

Varför är det ”självklat” att den som är välutbildad, välavlönad och misstänkt för exempelvis *grov urkundsförfalskning* – ett av de av departementschefen särskilt angivna brotten – ”behöver allt stöd han kan få av en advokat” och därför skall tillerkännas en ovillkorlig rätt till offentlig försvarare, när den som är lågutbildad, lågavlönad och misstänkt för exempelvis *barnadrap* inte har någon motsvarande ovillkorlig rätt? Vad i själva minimistraffet på sex månaders fängelse gör den misstänkta behov av, och därmed ovillkorlig rätt till, offentlig försvarare så ”självklat” i det förstnämnda fallet, men inte i det sistnämnda? Ger verkligen ett straffminimum på sex månaders fängelse på ett adekvat sätt uttryck för brottets allvar, och följer i så fall med detta straffminimum ett ”nära nog undantagslöst” behov av försvarare? För egen del är jag tämligen tveksam till denna konstruktion.

Förvisso följer med ett högt minimistraff i regel ett högt maximistraff – ett sex månaders straffminimum åtföljs vanligtvis av ett sex års straffmaximum¹⁷¹⁵ – och i så måtto kan måhända hela strafflatituden, betraktad *från minima till maxima*, ge en viss fingervisning om brottets allvar. Med ett högre abstrakt straffvärde följer då, åtminstone i teorin, också en högre *risk* att ådömas ett långt fängelsestraff; insatsen för den tilltalade i år och månader bakom lås och bom räknat är högre för den som är åtalad för ett brott med ett högt abstrakt straffvärde än för den som är åtalad för ett brott med ett lågt abstrakt straffvärde. Och när insatsen för den enskilda är betydande, är det måhända än mer motiverat att denne förordnas en offentlig försvarare.¹⁷¹⁶ Problemet är bara att ett brott med ett högt straffmaximum inte alltid

¹⁷¹¹ Se RB 24 kap. 1 och 7 §§.

¹⁷¹² Se RB 25 kap. 1 §, 27 kap. 18, 19 och 20 a §§, 28 kap. 1 och 2 a § samt 28 kap. 11 och 12 §§.

¹⁷¹³ Jareborg & Zila (2017) s. 17, som betecknar detta som ”beklagligt”.

¹⁷¹⁴ Jfr prop. 2002/03:74 s. 34.

¹⁷¹⁵ Så är fallet exv. vad avser exv. grovt olaga tvång, grov fridskränkning, grov kvinnofridskränkning, grovt sexuellt tvång, grovt sexuellt övergrepp mot barn, grovt utnyttjande av barn för sexuell posering, grov stöld, grovt bedrägeri, grovt häleri, grovt penninghäleri, grovt svindleri, grov förskingring, grov trolöshet mot huvudman, grov oredlighet mot borgenärer, grovt försvarande av konkurs eller exekutiv förrättning, grovt bokföringsbrott, grov förgöring, grov urkundsförfalskning, grovt barnpornografibrott, grov bestickning, grovt tjänstefel, grovt mutbrott.

¹⁷¹⁶ Jfr HD:s resonemang i NJA 1986 s. 86: ”Ju allvarligare målets utgång är för den tilltalade, desto viktigare är det emellertid att den tilltalade kan finna att hans sak blir tillfredsställande utredd samtidigt som tilltron till domstolens oväld upprätthålls.”

har något föreskrivet straffminimum; både den som åtalas för grov urkundsförfalskning och den som åtalas för barnadråp riskerar i teorin fängelse i sex år – att så höga straff i praktiken inte utdöms är en annan sak. Det som skiljer brotten åt såvitt avser straffskalan är alltså endast att det för grov urkundsförfalskning har angivits ett straffminimum på fängelse i lägst sex månader:

<i>Grov urkundsförfalskning</i>	<i>Barnadråp</i>
Om brott som i 1 § sägs är att anse som grovt, skall för grov urkundsförfalskning dömas till fängelse, <i>lägst sex månader och högst sex år</i> . ¹⁷¹⁷	Dödar kvinna sitt barn vid födelsen eller eljest å tid då hon på grund av nedkomsten befinner sig i upprivet sinnestillstånd eller i svårt trångmål, dömes för barnadråp till fängelse i <i>högst sex år</i> . ¹⁷¹⁸

Kan man då av straffskalan för dessa två brott sluta sig till, att grov urkundsförfalskning är ett brott av så allvarlig art, att den tilltalade har ett nära nog undantagslöst behov av försvarare – och därmed bör ha en ovillkorligt rätt därtill – medan barnadråp inte är ett fullt så allvarligt brott, bara för att det sistnämnda brottet råkar sakna ett föreskrivet straffminimum? Enligt min uppfattning är svaret på denna fråga nej.

I brottsbalken finns det ett stort antal brott med synnerligen höga straffmaxima som – i likhet med barnadråp – helt och hållet saknar ett i straffstadgandet särskilt föreskrivet straffminima. Detta kan illustreras enligt följande:

Högst 4 år: Grovt vållande till kroppsskada eller sjukdom, olaga förföljelse, koppleri, sexuellt utnyttjande av barn, grov skadegörelse, sabotage, kapning, sjö- och luftfarts-sabotage, flygplatssabotage, penningförfalskning, förfalskning av fast märke, mened, anstiftare till och anförare vid upplopp, grov uppvigling, våld mot tjänsteman, hot mot tjänsteman, grov förgripelse mot tjänsteman, grovt otillbörligt verkande vid röstning, övergrepp i rättssak, grov obehörig befattning med hemlig uppgift, landskadlig vårdslöshet, deltagare vid våldsamt upplopp, deltagare vid myteri, olovlig befattning med kemiska vapen, olovlig befattning med minor.

Högst 6 år: Spridande av gift eller smitta, anstiftare till och anförare vid myteri av normalgraden, deltagare vid myteri om dessa gemensamt brukat våld å person eller egendom, brott mot medborgerlig frihet, spioneri, landssvek.

Högst 18 år eller på livstid: Grov olovlig befattning med kemiska vapen, grov olovlig befattning med minor, grovt myteri, anstiftare till och anförare vid myteri av normalgraden (om deltagarna gemensamt brukat våld mot person eller egendom).

¹⁷¹⁷ BrB 16 kap. 3 §.

¹⁷¹⁸ BrB 3 kap. 3 §.

Gemensamt för de brott som listats ovan är att de saknar ett föreskrivet minimistraff. För dessa gäller således – liksom för barnadråp¹⁷¹⁹ – den allmänna regeln i brottsbalken, att ett eventuellt fängelsestraff inte får understiga 14 dagar.¹⁷²⁰ Lagtekniskt medför detta, att den som är misstänkt för ett brott som kan föranleda 18 års fängelse inte har en ovillkorlig rätt till försvarare och därmed, med departementschefens ord, skulle ”kunna vägras” en sådan efter rättens fakultativa prövning, åtminstone intill dess vederbörande är på sannolika skäl misstänkt och därmed (förmodligen) häktas för brottet. Men vilket brott är egentligen ”allvarligast” – grov urkundsförfalskning, med en strafflatitud på fängelse i lägst sex månader och högst sex år, eller grovt myteri, med en strafflatitud på fängelse i lägst 14 dagar och högst 18 år eller på livstid?¹⁷²¹ För grov olovlig avledning av värmeenergi är det föreskrivet fängelse i lägst sex månader och högst fyra år.¹⁷²² Är detta ett allvarligare brott än grov olovlig befattning med kemiska vapen, som saknar föreskrivet straffminimum men har ett betydligt högre straffmaximum?

Vad ovanstående exemplen är avsedda att illustrera är att straffskalorna är ett synnerligen trubbigt instrument när man diskuterar en brottstyps allvar, dels därför att dessa inte är samordnade, dels därför att de inte alltid är motiverade med hänsyn till brottets allvar. Sålunda finns det en betydande överlappning mellan strafflatituderna för gradindelade brott, och för vissa brott finns fängelse i straffskalan, trots att det i praktiken är i det närmaste uteslutet att utdöma en annan påföljd än böter för dessa.¹⁷²³ Det sagda gör förstås diskussionen ovan haltande på flera plan. Att det för både grov olovlig avledning av värmeenergi, mened och sexuellt utnyttjande av barn är föreskrivet fängelse i högst fyra år medför måhända att insatsen för den tilltalade – i bemärkelsen den hypotetiska risken att kunna dömas till fängelse i fyra år – teoretiskt sett är lika hög oavsett vilket utav dessa två brott man står åtalad för. I praktiken är det dock inte fullt så enkelt; i diskussionen ovan har jag – lika lite som lagstiftaren – beaktat hur det för brottet föreskrivna minimistraffet förhåller sig till den *egentliga påföljden*, det vill säga den påföljd som domstolarna faktiskt dömer ut.¹⁷²⁴

¹⁷¹⁹ Jfr problematiken i NJA 1981 s. 982, där ett sjukhus m.h.t. sekretess vägrade lämna ut ett antal journaler i ett mål om misstänkt barnadråp, under anförande av att det för brottet inte var föreskrivet ett visst minimistraff. TR:n yttrade: ”I detta fall gäller att läkare, barnmorskor, sjuksköterskor m.fl. är skyldiga att vittna om vad de fått veta i samband med tjänsten, endast om målet angår brott för vilket ej är stadgat lindrigare straff än fängelse i två år. Åklagaren har gjort gällande att utgångspunkten måste vara att det i målet är fråga om mord eller dråp. TR:n finner emellertid att utgångspunkten måste vara att det är fråga om sådant brott som avses i 3 kap 3 § BrB, nämligen barnadråp. Påföljden för detta brott är visserligen angiven till fängelse i högst sex år men något särskilt minimum för fängelsestraffets längd är inte stadgat, varför det inte föreligger förutsättningar för att meddela förordnande om att de aktuella journalerna skall tillhandahållas vid förundersökningen.”

¹⁷²⁰ BrB 26 kap. 1 § 2 st.

¹⁷²¹ BrB 16 kap. 6 §.

¹⁷²² Samma straffskala (fängelse i *lägst* sex månader och *högst* fyra år) gäller vid grovt olaga hot, grovt sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning, grov egenmäktighet med barn, grovt tillgrepp av fortskaffningsmedel, grov olovlig kraftavledning, grovt ocker, grovt olovligt brukande, grovt undertryckande av urkund, grov signaturförfalskning, grov olovlig befattning med falska pengar, grov märkesförfalskning, grovt falskt åtal, grov bevisförvanskning, grov hets mot folkgrupp, grovt dobbleri, grovt falsklarm, grovt skyddande av brottsling, grovt främjande av flykt, grov olovlig underrättelseverksamhet.

¹⁷²³ Jareborg & Zila (2017) s. 17.

¹⁷²⁴ Se härom hos Borgecke, Martin et al., *Studier rörande påföljdspraxis m.m.* (2013) s. 25.

Förutsättningarna för att vidta straffprocessuella tvångsmedel knyter – i likhet med den ovillkorliga rätten till offentlig försvarare – som huvudregel an till brottets straffskala, men endast undantagsvis helt och hållet till det för brottet föreskrivna minimistraflet.¹⁷²⁵ Istället an knyter regelverket oftast till det för brottet föreskrivna maximistraflet, eventuellt med beaktande av alla regler som kan inverka på straffskalan i skärpande riktning.¹⁷²⁶ Sålunda stadgas ibland, att det för ett visst brott skall vara *föreskrivet* fängelse – alternativt ett visst angivet lägsta fängelsestraff – vilket innebär ett krav på att åtminstone det i straffskalan upptagna maximistraflet skall nå den angivna nivån.¹⁷²⁷ Och ibland stadgas att det för ett visst brott skall kunna *följa* fängelse – alternativt ett visst angivet lägsta fängelsestraff – vilket inte innebär att detta straff måste ingå i straffskalan, men däremot att det måste vara en möjlig påföljd för brottet.¹⁷²⁸ Det sagda kan illustreras enligt följande:

<i>Straffskala:</i>	<i>Tvångsmedel:</i>
Brott för vilket inte är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i sex månader. ¹⁷²⁹	Hemlig teleövervakning enligt RB 27 kap. 19 §.
Brott för vilket är föreskrivet fängelse i ett år eller däröver.	Häktning (fakultativ) enligt RB 24 kap. 1 § 1 st.
Brott för vilket inte är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i två år.	Häktning (obligatorisk) enligt RB 24 kap. 1 § 2 st.
Brott för vilket inte är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i två år, samt annat brott om det med hänsyn till omständigheterna kan antas att brottets straffvärde överstiger fängelse i två år.	Hemlig televyssning enligt RB 27 kap. 18 § och hemlig kameraövervakning enligt RB 27 kap. 20 a §.
Brott för vilket inte är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i fyra år.	Husrannsakan (transportmedel) enligt RB 28 kap. 2 a §.
Brott på vilket fängelse kan följa.	Reseförbud/anmälningsplikt enligt RB 25 kap. 1 §, kroppsvisitation enligt RB 28 kap. 11 §, kroppsbesiktning enligt RB 28 kap. 12 § och husrannsakan enligt RB 28 kap. 1 §.

Av tabellen framgår, att förutsättningarna att vidta straffprocessuella tvångsmedel endast undantagsvis *enbart* knyter an till det för brottet föreskrivna minimistraflet.

¹⁷²⁵ Se till det följande Fitger et al. (Zeteo 2017) 24 kap. (inledningen).

¹⁷²⁶ Det finns dock regler som an knyter till minimistraflet, enligt vilka ett tvångsmedel inte får vidtas om det för brottet inte är *föreskrivet* lindrigare än ett visst straff, vilket innebär att det i straffskalan för brottet förekommande minimistraflet måste överstiga viss nivå; se Fitger et al. (Zeteo 2017) 24 kap. (inledningen).

¹⁷²⁷ Som synonym till att det för brottet skall vara "föreskrivet" ett viss straff används ibland uttrycket att det för brottet skall vara "stadgat" ett visst straff. Mellan dessa uttryckssätt föreligger dock ingen skillnad i sak; se Fitger et al. (Zeteo 2017) 24 kap. (inledningen).

¹⁷²⁸ Vid tillämpningen av en regel av slag måste således hänsyn tas till bestämmelser vid sidan av själva straffbudet; jfr Fitger et al. (Zeteo 2017) 24 kap. (inledningen): "Den skillnad som härigenom uppstår är att hänsyn ska tas även till andra på den i det särskilda fallet tillämpliga straffskalans storlek inverkan på de förut nämnda, dvs. alla regler enligt vilka straffet kan skäras eller lindras."

¹⁷²⁹ Samt dataintrång, barnpornografibrott, narkotikabrott, narkotikasmuggling.

Flertalet regler anger istället att det för brottet skall vara föreskrivet fängelse, alternativt att fängelse skall kunna följa på brottet. Regelverket anknyter således till brottets maximistraff, eventuellt med beaktande av sådana regler som kan inverka på straffskalan i skärpande riktning. Och när reglerna väl knyter an till brottets minimistraff – såsom vid hemlig teleavlyssning och kameraövervakning – har stadgandena försetts med en *straffvärdesventil*, vilket möjliggör att respektive tvångsmedel tillgrips trots att misstanken avser brott vars minimistraff inte når upp till den föreskrivna gränsen. Det skäl som regeringen anförde för denna ordning – som avvisades av så gott som samtliga remissinstanser – var just att straffskalornas nedre gränser var slumpmässigt bestämda och därför *inte var lämpliga att tjäna som gräns för tvångsmedelsanvändningen*:

”Hur gränsdragningen skett mellan det grova brottet och normalbrottet kan många gånger uppfattas som något *slumpartat*. Brott som straffvärdemässigt är *helt likvärdiga kan således få olika behandling* i tvångsmedelshänseende beroende på att straffskalorna för brotten fått olika utformning. Vid misstanke om ett brott vars straffskalans nedre del understiger det minimistraff som krävs för användning av tvångsmedlet kan det – om den enskilda gärningens straffvärde överstiger nämnda straffminimum – finnas *minst lika starka skäl* att använda tvångsmedlet som vid misstanke om ett brott som har just detta minimum.”¹⁷³⁰

Frågan är om inte ett identiskt resonemang kan anläggas på den ovillkorliga rätten till offentlig försvarare. Är det sakligt motiverat att brott som är *helt likvärda kan få olika behandling* i försvararhänseende? Finns det inte *minst lika starka skäl* för att den misstänkta bör ha en ovillkorlig rätt till offentlig försvarare vid misstanke om ett brott vars straffskalans nedre del händelsevis råkar understiga fängelse i sex månader som vid misstanke om ett brott som har just detta straffminimum, om den enskilda gärningens straffvärde överstiger nämnda minimum?

Den rådande ordningen innebär att tvångsmedel kan tillgripas avseende långt fler brott än för vilka rätten till offentlig försvarare är ovillkorlig. Genom att föreskriva ett högt maximistraff kan således lagstiftaren ge de brottsutredande myndigheterna tillgång till straffprocessuella tvångsmedel att använda mot den misstänkta, och samtidigt neka denna en ovillkorlig rätt till försvarare genom att inte föreskriva något *minimistraff*. Mot denna bakgrund vore det, enligt min uppfattning, mer konsekvent att också anknyta den ovillkorliga rätten till offentlig försvarare till brottets maximistraff, alternativt att också förse denna ovillkorliga rätt med en straffvärdesventil.¹⁷³¹ Härigenom skulle den som är misstänkt för ett brott med en sträng påföljd – antingen genom ett högt maximistraff eller genom ett högt straffvärde i det enskilda fallet – inte ”kunna vägras” en offentlig försvarare, endast av det – med lagstiftarens ord – ”slumpartade skälet” att det för brottet inte är föreskrivet ett visst straffminimum. En lämplig sådan gräns är, enligt min uppfattning, att det på brottet

¹⁷³⁰ Prop. 2002/03:74 s. 34.

¹⁷³¹ Jfr LMB, som istället knyter an till det för brottet föreskrivna maximistraffet (att ”fängelse kan följa” på brottet); se i och vid fn. 2161 nedan.

kan följa fängelse; om den enskilda riskerar en frihetsberövande påföljd bör rätten till offentlig försvarare vara ovillkorlig. Jag kommer ytterligare att motivera denna ståndpunkt med hänvisning till Europadomstolens praxis i kommande avsnitt.¹⁷³²

Måhända är den ovan antydda problematiken endast av teoretiskt intresse, emedan en offentlig försvarare, enligt rättegångsbalken 21 kap 3 § andra stycket, skall förordnas också om en försvarare behövs med hänsyn till att påföljdsfrågan är tveksam och det finnas anledning att döma till annan påföljd än böter eller villkorlig dom.¹⁷³³ Har jag då ägnat mig åt att sparka in öppna dörrar i det föregående? Nej, om så vore fallet – om det vore helt och hållet oproblemiskt att lämna frågan om förordnande av offentlig försvarare åt domstolarnas fakultativa behovsbedömning vid fall av allvarlig brottslig – fyller ju den ovillkorliga rätten till försvarare vid just allvarlig brottslighet enligt 21 kapitlet 3 a § första stycket inte någon funktion. Vi erinrar oss dock departementschefens ord:

”Om kommitténs förslag accepterades skulle den som misstänks för t.ex. grovt våldande till annans död, grov stöld, grovt bedrägeri, grov förskingring, grov oredlighet mot borgenärer och grov urkundsförfalskning kunna vägras offentlig försvarare.”¹⁷³⁴

Utifrån samma logik skulle idag den som misstänks för diverse brott med höga straffmaximum kunna vägras offentlig försvarare. Och om detta inte kan accepteras beträffande grov urkundsförfalskning – som var ett av departementschefens exempel – kan man väl anta att det är ett problem också beträffande andra brott.

5.3.3 Villkorlig rätt till offentlig försvarare

Om den enskilda varken är frihetsberövad eller misstänkt för ett brott med ett föreskrivet straffminimum på sex månaders fängelse skall rätten till offentlig försvarare bedömas enligt punktlistan i rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § andra stycket, som enligt sin ordalydelse är fakultativ för rätten men tvingande för den misstänkta.¹⁷³⁵ I detta stycke hamnar vi också om den misstänkte inte begär en offentlig försvarare, trots att förutsättningarna att förordna en sådan enligt första stycket i och för sig är för handen. Det sagda innebär att den misstänkta behov av försvarare ytterst sett alltid är utslagsgivande – om ett sådant behov föreligger skall en försvarare förordnas, i förekommande fall även mot den enskildas egen vilja.¹⁷³⁶

Till skillnad från 3 a § första stycket ger paragrafens andra stycke uttryck för en villkorlig rätt till försvarare, som i princip motsvarar den ursprungliga konstruktionen i det numera upphävda 3 § fjärde stycket. Enligt det sistnämnda lagrummet skulle nämligen en försvarare förordnas endast om *den misstänkta rätt på grund av sakens*

¹⁷³² Se avsnitt 6.2, särskilt avsnitt 6.2.1.2 och 6.2.7.1 nedan.

¹⁷³³ Se RB 21 kap. 3 a § 2 st. 2 p.

¹⁷³⁴ Prop. 1983/84:23 s. 15.

¹⁷³⁵ Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 96. Se till det följande Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 282 ff.

¹⁷³⁶ Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 98 f., Ebervall (2002) s. 161 och Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt RB* (1968) s. 98. Se även SOU 1938:44 s. 283, prop. 1983/84:23 s. 14 och NJA 1995 s. 75.

beskaffenhet eller eljest icke utan biträde kunde tillvaratas. I motiven till förevarande stadgande framhöll Processlagberedningen, att det inte borde ifrågakomma att ”medgiva den misstänkte rätt att alltid erhålla offentlig försvarare” – tvärtom skulle en sådan förordnas endast om det fanns ett behov av försvarare i det enskilda fallet.¹⁷³⁷ Till detta synsätt anslöt sig såväl Rättshjälskommittén som departementschefen vid 1984 års reform; hela syftet – i singular – med reformen var ju att ”återföra” domstolarnas (skenande?) praxis till ”den nivå som [ursprungligen] avsågs”.¹⁷³⁸ Sålunda framhöll kommittén – två gånger inom loppet av två meningar – att en försvarare skulle förordnas bara om den enskilda *verkligen* hade ett *verkligt* behov av en sådan:

”[En prövning bör] göras i varje enskilt fall av om en försvarare *verkligen* behövs. Det är angeläget att en offentlig försvarare förordnas bara om det finns ett *verkligt* behov därav.”¹⁷³⁹

I den efterföljande propositionen ville också departementschefen, för egen del, ”understryka att det i varje enskilt fall måste göras en prövning av om en försvarare *verkligen* behövs”.¹⁷⁴⁰

Mot denna bakgrund inställer sig frågan i vilka situationer en försvarare inte bara behövs, utan verkligen behövs. Enligt rättegångsbalken 21 kapitel 3 a § andra stycket skall denna fråga bedömas i relation till tre punkter: Den enskilda kan ha behov av försvarare med hänsyn till (1) utredningen av brottet; (2) valet av påföljd; eller (3) särskilda skäl. I följande avsnitt skall jag utveckla dessa punkter i nu nämnd ordning.

5.3.3.1 Behov av försvarare med hänsyn till utredningen av brottet

Enligt den första punkten i andra stycket skall en offentlig försvarare förordnas om den misstänkta är i behov av försvarare med hänsyn till utredningen om brottet. För att förstå detta lagrum bör en distinktion göras mellan å ena sidan sådana fall då den misstänkta har erkänt gärningen, och å andra sidan sådana fall då denna har förnekat densamma.

Vad avser erkända gärningar förklarade Rättshjälskommittén, att om den enskilda erkänt vad som lagts vederbörande till last, så var denna ”inte i behov av någon offentlig försvarare”.¹⁷⁴¹ Samma ståndpunkt intog departementschefen, som uttalade att försåvitt ”den tilltalade har erkänt gärningen torde ... utredningen av själva brottet i allmänhet inte motivera att en försvarare förordnas”.¹⁷⁴² Både kommittén och departementschefen var således rörande överens om att ett *erkännande från den enskilda eliminerar behovet av försvarare*, åtminstone med hänsyn till just

¹⁷³⁷ SOU 1938:44 s. 274 och NJA II 1943 nr 1 s. 283.

¹⁷³⁸ Prop. 1983/84:23 s. 1, 10, 11 och 15. Se även DsJu 1983:2 s. 8 och 56

¹⁷³⁹ DsJu 1983:2 s. 60.

¹⁷⁴⁰ Prop. 1983/84:23 s. 16. 1984 års reform tilldrog sig skarp kritik, bl.a. från Advokatsamfundet; se exv. Ardhe, Mats, *Minskad rätt till offentlig försvarare* (TSA 1985) s. 94-99, där det konstateras (s. 99) att över en tredjedel av de till fängelse dömda saknat tillgång till försvarare.

¹⁷⁴¹ DsJu 1983:2 s. 57.

¹⁷⁴² Prop. 1983/84:23 s. 15.

utredningen av brottet. Denna ståndpunkt är också väl representerad i den svenska processdoktrinen. Sålunda har Ekelöf anfört, att ”[o]m den tilltalade däremot erkänt gärningen, kräver utredningen av skuldfrågan i regel ingen försvarare”.¹⁷⁴³ Samma uppfattning finns företrädd hos exempelvis Bring och Diesen:

”Utgångspunkten vid rättsens bedömning om försvarare bör utses ska alltid vara om det behövs ... Huruvida den misstänkte erkänner eller förnekar brottet har ofta betydelse för bedömningen – det är framförallt i de förnekade målen som behov av försvarare kan anses föreligga.”¹⁷⁴⁴

Att det förekommer framtvingade och eljest falska erkännanden – och att en offentlig försvarare kan förhindra sådana¹⁷⁴⁵ – tycks således inte ha föresvävat någon. Till denna problematik återkommer jag nedan.¹⁷⁴⁶

Vad därefter avser förnekade gärningar menade Rättshjälpskommittén att den enskilda kunde ”ha behov av juridiskt bistånd för att kunna hävda sin ståndpunkt mot åklagarens”.¹⁷⁴⁷ När kommittén sedan skulle utveckla denna ståndpunkt, uttryckte den sig dock i följande – enligt min mening motsägelsefulla – ordalag:

”I ett läge när den tilltalade förnekar gärningen kan det ... sägas föreligga *en viss presumtion* för att han behöver en försvarare för att kunna ta tillvara sin rätt. Det är dock *för mycket sagt* att det som regel behövs en offentlig försvarare när gärningen förnekas.”¹⁷⁴⁸

Det förelåg alltså, å ena sidan, *en viss presumtion* för att den tilltalade behövde en försvarare när denne hade förnekat gärningen samtidigt som det, å andra sidan, skulle föra för långt att påstå att den tilltalade *som regel* behövde en offentlig försvarare när denne hade förnekat gärningen. Frågan är dock vad den av kommittén antydda presumtionen i så fall gav uttryck för; är inte en presumtion just ett antagande om att det som regel föreligger ett samband mellan den presumerande omständigheten (förnekandet) och den presumerade omständigheten (behovet av försvarare)?

Näväl, vid förnekade gärningen kan det alltså emellanåt – men, märk väl, inte som regel – föreligga ett behov av försvarare. Vilka omständigheter som i det enskilda fallet motiverar att en offentlig försvarare förordnades vid den tilltalades förnekande utvecklades dock inte nämnvärt av kommittén. Däremot uppehöll man sig desto mer kring vilka omständigheter som *inte* motiverade ett sådant förordnande – trots att gärningen är förnekad.

¹⁷⁴³ Ekelöf & Boman (1996) s. 93. Denna mening har inte reviderats i 9:e uppl; se Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 96: ”Om den misstänkte däremot erkänt gärningen, kräver utredningen av skuldfrågan i regel ingen försvarare”.

¹⁷⁴⁴ Bring & Diesen (2009) s. 130.

¹⁷⁴⁵ Se exv. Leverick, Fiona, *The Right to Legal Assistance during Detention* (Edinburgh L. Rev. 15/2011) s. 325-380 (s. 372 ff.) samt Beijer, Annemarieke, *False Confessions during Police Interrogations and Measures to Prevent Them* (Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 18/2010) s. 311-348 (s. 311).

¹⁷⁴⁶ Se avsnitt 5.3.7 nedan.

¹⁷⁴⁷ DsJu 1983:2 s. 57.

¹⁷⁴⁸ DsJu 1983:2 s. 57 f.

Att det i målet åberopades *skriftlig bevisning* – exempelvis analysbevis vid rattfylleribrott eller värderingsintyg vid förmögenhetsbrott – skapade, enligt kommitténs mening, ”inga större problem för den tilltalade att klara sig utan en försvarare”.¹⁷⁴⁹ Beträffande *mundlig bevisning* uttalade man sig dock inte fullt lika kategoriskt. Förvisso var det, enligt kommittén, ”vanligare att den tilltalade behöver hjälp” om det i målet åberopades muntlig bevisning, men att det skulle hållas förhör med målsäganden eller vittnen var ändå ”inte i sig ett skäl för förordnande av offentlig försvarare”. Kommittén ville nämligen ”erinra om den hjälp [som den tilltalade] har rätt till genom domstolens materiella processledning”. Om målet inte avsåg alltför komplicerade händelseförlopp kunde man därför ”utgå ifrån” att den tilltalade – med lite hjälp från domstolen – kunde klara av att på egen hand inlåta sig i korsförhör med både vittnen och målsäganden.¹⁷⁵⁰ Hur domstolen skulle kunna vara den tilltalade behjälplig under dessa förhör utvecklades inte.

Skall man försöka sammanfatta dessa uttalanden är det alltså vanligare att åberopad muntlig bevisning motiverar att en försvarare förordnas än åberopad skriftlig bevisning. Skriftlig bevisning skapar inga ”större problem”, och förekomsten av muntlig bevisning utgör ”inte i sig” ett skäl att förordna en offentlig försvarare – ett behov av försvarare föreligger endast om målet dessutom avser komplicerade händelseförlopp. Om målet däremot avser okomplicerade händelseförlopp kan man utgå ifrån att domstolens materiella processledning ersätter den misstänkta/tilltalades försvararbehov, och detta oavsett om det skall hållas både målsägande- och vittnesförhör i målet.

I allt väsentligt anslöt sig departementschefen till vad Rätts hjälpskommittén uttalat också beträffande förnekade gärningar.¹⁷⁵¹ I likhet med kommittén ansåg således departementschefen att en enskild som förnekar gärningen kunde ”ha behov av juridisk hjälp för att kunna hävda sin ståndpunkt gentemot åklagarens”.¹⁷⁵² Så var dock endast fallet, om målet aktualiserade komplicerade rätts- eller bevisfrågor eller avsåg omfattande eller eljest svåröverskådliga sakförhållanden. I ”enklare” mål borde däremot den tilltalade ”normalt kunna föra sin talan själv” och detta oavsett om det i målet förekom skriftlig eller muntlig bevisning.¹⁷⁵³ I sådana enkla mål kunde nämligen den tilltalades intressen som huvudregel tillvaratas genom domstolens försorg; avsaknaden av en försvarare kunde med fördel ”kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida”.¹⁷⁵⁴ Hur de ”svåra målen” (de som aktualiserade komplicerade rätts- eller bevisfrågor respektive svåröverskådliga sakförhållanden) skulle särskiljas från de ”enkla målen”, utvecklade dock inte departementschefen, vars utstakade riktlinjer därmed erbjuder föga vägledning i det enskilda fallet.

¹⁷⁴⁹ DsJu 1983:2 s. 58.

¹⁷⁵⁰ DsJu 1983:2 s. 58.

¹⁷⁵¹ Jfr prop. 1983/84:23 s. 15: ”[G]rundsdragningen [bör] ske i enlighet med kommitténs rekommendationer, vilka jag i allt väsentligt delar.”

¹⁷⁵² Prop. 1983/84:23 s. 16.

¹⁷⁵³ Att det i målet skulle hållas förhör med målsägande och vittnen utgjorde ”inte i sig ett skäl att förordna offentlig försvarare”, och förekomsten av skriftlig bevisning ”motiverar[de] sällan att offentlig försvarare förordna[des]”.

¹⁷⁵⁴ Prop. 1983/84:23 s. 16.

Mellan de erkända och förnekade gärningarna identifierade slutligen Rättshjälpskommittén ett antal ”mellanting” som var att bedöma efter delvis annorlunda kriterier: för det första att den tilltalade förvisso erkände gärningen men likväl bestred ansvar för densamma, under åberopande av exempelvis provokation eller en allmän ansvarsfrihetsgrund, såsom nöd eller nödvärn; för det andra att den tilltalade erkände gärningen men gjorde gällande att den var att rubricera annorledes än på det sätt som åklagaren hade gjort.¹⁷⁵⁵

Beträffande den förstnämnda situationen – provokation och dylikt – uttalade sig Rättshjälpskommittén tämligen diffust: Å ena sidan kunde den tilltalade ha ett visst behov av en försvarare – åtminstone under målsägandeförhöret – samtidigt som det, å andra sidan, var ”självkänt” att domstolen skulle se till att en invändning av detta slag blev både ”uppmärksammas och ordentligt utredd”. Domstolens självklara utredningsskyldighet i detta avseende skulle således ”finnas med i bilden” vid bedömningen. Vad sedan avser ”juridiska spörsmål” – åsyftande frågan om nöd respektive nödvärn – förklarade kommittén, med en något större tydlighet, att den tilltalade ”inte sällan” har ett behov av försvarare vid invändningar av detta slag. Beträffande frågan om brottets rubricering förelåg dock inte något ”framträdande” behov av försvarare.¹⁷⁵⁶ Såvitt avser dessa ”mellanting” mellan erkända och förnekade gärningar gick departementschefen genomgående på Rättshjälpskommitténs linje.¹⁷⁵⁷

Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera, att om den enskilda antingen erkänner gärningen eller förnekar denna men målet likväl är av enkel beskaffenhet, anses denna sakna behov av försvarare med hänsyn till utredningen av brottet. En försvarare skall följaktligen förordnas endast att den enskilda både förnekar gärningen och målet aktualiserar komplicerade rätts- eller bevisfrågor eller avser omfattande eller eljest svåröverskådliga sakförhållanden. Att det, på det sätt Rättshjälpskommittén antydde, skulle föreligga en ”viss presumtion” för att en misstänkt/tilltalad har ett behov av försvarare när vederbörande förnekat gärningen är således inte en adekvat beskrivning av rättsläget – om det går att tala om en presumtion, så förefaller den verka i motsatt riktning.

Hur gränsen skall dras mellan mål av ”svår” respektive ”enkel” beskaffenhet diskuterades överhuvudtaget inte i motiven, men att bedömningen är ägnad att vara restriktiv framgår med önskvärd tydlighet i både kommitténs betänkande och i den proposition som föregick 1984 års reform.¹⁷⁵⁸ Att det i målet förekommer muntlig bevisning (förhör med målsäganden eller vittnen) eller skriftlig bevisning (såsom analysbevis, läkarintyg eller värderingsintyg) motiverar inte i sig/enda sällan att en försvarare förordnas; i dessa fall skall istället avsaknaden av försvarare ”kompenseras genom en mera aktiv processledning”.

Vad gäller de av Rättshjälpskommittén identifierade ”mellantingen” mellan erkännande och förnekande framgår att bedömningen likaledes skall vara restriktiv. Den

¹⁷⁵⁵ DsJu 1983:2 s. 58.

¹⁷⁵⁶ DsJu 1983:2 s. 59.

¹⁷⁵⁷ Prop. 1983/84:23 s. 16.

¹⁷⁵⁸ Se t.ex. prop. 1983/84:23 s. 11 och DsJu 1983:2 s. 61.

omständigheten att den enskilda bestrider ansvar under återopande av provokation eller motsätter sig brottsrubriceringen anses som huvudregel inte skapa ett behov av försvarare. Endast vid ”juridiska spörsmål” – såsom invändningar om nöd eller nödvärn – anvisade departementschefen en större generositet; i dessa situationer ”torde”, med departementschefens ord, den misstänkta/tilltalade ”inte sällan ha behov av offentlig försvarare”.

Denna förhållandevis restriktiva behovsbedömning – som sålunda anvisades av både Rättshjälpskommittén och departementschefen – tycks dock inte ha fått fullt genomslag i rättspraxis, vilket kan illustreras genom tre exempel: NJA 1984 s. 435, NJA 1985 s. 806 och NJA 1986 s. 86.

I 1984 års avgörande hade den tilltalade (A) av TR:n dömts för misshandel till fängelse i en månad, och även förpliktigats att betala skadestånd till målsäganden. A fullföljde genom advokaten X talan till HovR:n, och hemställde att X skulle förordnas som offentlig försvarare där. HovR:n fann dock att A:s rätt kunde tillvaratas utan ett biträde, och lämnade därför A:s begäran om offentlig försvarare utan bifall. Sedan A överklagat till HD, konstaterade domstolen att A visserligen hade erkänt att han utdelat några slag mot målsäganden men förnekade att han hade åsamkat målsäganden de skador som angavs i ett av åklagaren återopade rättsintyg, liksom att han hade använt ett tillhygge (vilket åklagaren påstod). HD noterade också att A gjort gällande att målsäganden knuffat honom och använt rasistiska tillmälen. Inför TR:n hade A bestritt ansvar på grund av att han handlat i självförsvar, och inför HovR:n istället gjort gällande provokation. Efter att ha redogjort för förarbetena till RB 21 kap. 3 a §, gjorde HD följande bedömning:

”I händelse av provokation kan påföljden vid mindre allvarlig misshandel ofta bli ej frihetsberövande. För att utreda om provokation föreligger kan det emellertid krävas mer ingående förhör med de inblandade. I [A:s] fall kan det med hänsyn till hans personliga förhållanden befaras att han får svårt att klargöra både sin egen inställning och vilka frågor som han vill ha ställda till målsäganden. Härtill kommer att ytterligare en person var inblandad i händelseförloppet på sådant sätt att det eventuellt skulle kunna begäras ytterligare utredning. De problem som kan uppkomma i målet är till stor del sådana att de inte kan avhjälpas genom anlitan­de av tolk. *Inte heller torde frånvaron av försvarare i [A:s] fall kunna kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.* På grund av det anförda finner HD att omständigheterna i målet sammantagna är sådana att tillräckliga skäl föreligger att förordna offentlig försvarare för [A].”

Av NJA 1984 s. 435 är det svårt att dra alltför generella slutsatser.¹⁷⁵⁹ I jämförelse med motiven synes dock Högsta domstolens bedömning vara tämligen generös. I den mån den enskilda erkände gärningen men förnekade ansvar på grund av provokation, kunde det enligt departementschefen vara motiverat att förordna en försvarare åt

¹⁷⁵⁹ HD fäste nämligen också vikt vid att ”[A] till följd av sina otillräckliga språkkunskaper och sin bristfälliga utbildning kan ha svårigheter att ta tillvara sin rätt utan biträde av försvarare”. Språksvårigheter/bristfällig utbildning kan beaktas inom ramen för den tredje punkten, vartill jag återkommer i avsnitt 5.3.3.3 nedan. Se även NJA 1999 s. 227.

vederbörande under målsägandeförhöret. Detta bekräftas och preciseras i 1984 års fall såtillvida, att om det krävs ett mer ingående förhör för att utreda om provokation föreligger, och den tilltalade inte kan förväntas vara kapabel att hålla sådana förhör, skall en offentlig försvarare förordnas (förutsatt att frånvaron av försvarare inte kan kompenseras genom mera aktiv materiell processledning från domstolen).

I 1985 års avgörande dömdes två tilltalade (A och B) av TR:n för häleri till villkorlig dom och böter. Sedan A och B genom ombudet X fullföljt talan till HovR:n, begärde de att X skulle förordnas som offentlig försvarare för dem. HovR:n lämnade dock A och B:s begäran utan bifall. Sedan A och B anfört besvär anförde föredragande rev. sekr. följande, i sitt av HD fastställda betänkande:

”De häleribrott för vilka [A] och [B] har dömts av TR:n har bestått i inköp av bildäck och andra biltillbehör från en person vid namn [C], vilken i sin tur köpt godset av en person som olovligen tillgripit det. [A] och [B], vilka själva förde sin talan vid TR:n, har vidgått att de köpt godset men bestritt ansvar för häleri. TR:n anförde till stöd för sin bedömning i huvudsak att det för [A] och [B] måste ha framstått som synnerligen tivelaktigt om [C] förvärvat godset på ärligt sätt, att de inte närmare efterforskat varifrån egendomen kommit, att de måste ha misstänkt att det var fråga om stöldgods samt att de måste antas ha inköpt egendomen även om de haft full insikt om [C:s] oärliga åtkomst. De har sålunda båda fällt på grund av eventuellt uppsåt. Ingen av dem har såvitt framkommit lagförts tidigare, fränsett att [A] år 1981 dömts för ett trafiknykterhetsbrott. I HovR:n har de begärt förhör med [C]. Av det sagda framgår att det i rättegången i HovR:n kan antas uppkomma utrednings- och rättsfrågor av sådan natur att [A] och [B] har behov av juridiskt biträde. Med hänsyn härtill bör deras begäran om offentlig försvarare bifallas.”

Frågan om det föreligger en allmän ansvarsfrihetsgrund – såsom nöd eller nödvärn – utgjorde enligt departementschefen ett ”juridiskt spørsmål” av sådant slag, att de inte sällan motiverade en försvarare. Efter Högsta domstolens avgörande i NJA 1985 s. 806 torde man till samma kategori även kunna hänföra vissa uppsåtsfrågor. Om den enskilda bestrider ansvar, under det att åklagaren exempelvis gör gällande likgiltighetsuppståt (tidigare eventuellt uppsåt), torde målet sålunda kunna antas aktualisera utrednings- och rättsfrågor av en sådan art, att en misstänkt/tilltalad har behov av försvarare.¹⁷⁶⁰

I 1986 års avgörande, slutligen, dömdes den tilltalade (A) av TR:n för försök till stöld och olovligt förfogande till fängelse i en månad. A, som själv förde sin talan, förnekade gärningen. TR:n fann dock att det genom ett vittnesmål var tillförlitligen utrett A gjort sig skyldig till gärningen. A fullföljde talan till HovR och hemställde att X skulle förordnas såsom offentlig försvarare åt honom. Som skäl för sin begäran anförde A att han önskade hålla omförhör med vittnet och att han själv saknade vana av detta. HovR:n ansåg dock att detta förhållande inte utgjorde tillräckliga skäl att förordna en försvarare, varvid A:s begäran lämnades utan bifall. A anförde besvär

¹⁷⁶⁰ Till saken hör dock att förhör också hade begärts med C, men vilken vikt som fästes härvid går inte att säga.

hos HD, som konstaterade att bedömningen av vittnets utsaga varit avgörande för utgången i TR:n, liksom att A till stöd för sitt yrkande om offentlig försvarare dels hade anfört att vittnets uppgifter var felaktiga, dels att han saknade vana av att hålla korsförhör. Därefter gjorde HD följande allmänna uttalande kring 1983 års lagändring, som förtjänar att återges i sin helhet:

”Syftet med lagändringen var att återföra domstolarnas praxis till den nivå som avsågs med den tidigare gällande lagstiftningen. I sammanfattningen av propositionens huvudsakliga innehåll angavs att reglerna om rätten till offentlig försvarare skärptes ’något’, samtidigt som de gavs en mer preciserad lydelse. I motiveringen i propositionen bryter sig statsfinansiella intressen och hänsynen till rättssäkerheten, utan att det går att få någon alldeles klar bild av hur genomgripande ändringar som avsågs; de kostnadsberäkningar som görs tyder dock på att det varit fråga om förhållandevis försiktiga begränsningar. I detta läge får den närmare avvägningen vid tolkningen av lagtexten ankomma på domstolarna. Hittills tillgänglig statistik antyder att lagändringen fått ett förhållandevis kraftigt genomslag i underrätterna ...”

Såvitt avser bedömningen av A:s försvararbehov noterade HD vad som hade anförts i förarbetena, däribland att behovet av försvarare kunde kompenseras genom domstolens processledning, och att förekomsten av muntlig bevisning inte i sig motiverade att en försvarare förordnades. HD ansåg sig dock finna stöd för en ”nyanserad bedömning”, framförallt i Justitieutskottets yttrande:

”Justitieutskottet framhöll vid frågans behandling i riksdagen, att regleringens syfte självfallet måste vara att den som har ett verkligt behov av en offentlig försvarare också skall få denna förmån. Det var enligt utskottet väsentligt att prövningen av om en offentlig försvarare skall förordnas – i de fall då förordnande inte är obligatoriskt – i varje enskilt fall sker på ett nyanserat sätt under hänsynstagande till både den misstänktes behov och intresset av sparsamhet med statens medel. En sådan nyanserad bedömning, som alltså är åsyftad enligt förarbetena till 21 kap. 3 a § RB, är av vikt *inte minst när det gäller frågan i vad mån insatser av en offentlig försvarare vid upptagande av muntlig bevisning kan ersättas av domstolens processledning*. Att detta förutsatts kunna ske i rena bötesmål framgår av förarbetena. Ju allvarligare målets utgång är för den tilltalade, desto viktigare är det emellertid att den tilltalade kan finna att hans sak blir tillfredsställande utredd *samtidigt som tilltron till domstolens oväld upprätthålls*. Särskilt gäller detta om prövningen i HovR:n, som regelmässigt är sista instans när det gäller bevisbedömningen.”

Applicerat på omständigheterna i det aktuella målet ansåg HD att utgången i skuldfrågan var av stor vikt för A. Även om det händelseförlopp varom vittnet skulle höras var ”begränsat och förhållandevis okomplicerat” kunde ett mer ingående förhör ”visa sig vara av betydelse”. Av dessa skäl borde det, enligt HD:s mening, ”inte lämpligen ... bero enbart av HovR:ns processledning att ett sådant kommer till stånd”. A fick därför anses vara i behov av försvarare med hänsyn till utredningen av brottet.

NJA 1986 s. 86 är intressant av två skäl: För det första erbjuder avgörandet viss vägledning beträffande frågan när en offentlig försvarare skall utses på grund av att

det i målet förekommer muntlig bevisning. Att det skall hållas förhör med målsäganden eller vittnen utgör som bekant, enligt motiven, inte i sig ett skäl att förordna offentlig försvarare. I 1986 års avgörande fann dock Högsta domstolen att om ”ett mer ingående förhör med vittnet kan visa sig vara av betydelse” skall en försvarare förordnas och detta – märk väl – oavsett om det händelseförlopp varom vittnet skall höras är begränsat och förhållandevis okomplicerat, åtminstone om målets utgång är av stor vikt och ansvaret för att utredningen blir fullständig därför inte bör ankomma på domstolen ensamt. Av måhända ännu större intresse är dock, för det andra, de mer principiella uttalanden som Högsta domstolen gjorde, så låt oss därför ägna dessa några ytterligare rader.

Som synes yttrade sig domstolen i allmänna ordalag om förhållandet mellan å ena sidan hur allvarligt målets utgång är för den tilltalade och å andra sidan vikten av att den tilltalade finner utredningen i målet tillfredsställande och kan känna tilltro till domstolens oväld. I det ifrågavarande fallet konstaterade också Högsta domstolen att målets utgång var av stor vikt för den tilltalade. Mot denna bakgrund fann domstolen, att det *inte lämpligen borde bero* på hovrättens processledning, att ett ingående förhör med det för målets utgång avgörande vittnet kom till stånd. I jämförelse med 1984 års avgörande framträder här en intressant skillnad i domstolens formulering, som bör framhållas:

NJA 1984 s. 435: ”Inte heller torde frånvaron av försvarare ... kunna kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.”

NJA 1986 s. 86: ”Av det förut anförda framgår att det *inte lämpligen bör bero* enbart av HovR:ns processledning att ett sådant [ingående förhör] kommer till stånd.”

I 1984 års avgörande konstaterade alltså Högsta domstolen att frånvaron av en försvarare *inte kunde* kompenseras genom att hovrätten utövade en mera aktiv processledning till förmån för den tilltalade. I 1986 års fall ansåg däremot domstolen att frånvaron av en försvarare *inte borde* kompenseras genom hovrättens processledning, eftersom detta inte var *lämpligt*.

Medan utgången i 1984 års fall är i linje med motiven, såtillvida att Högsta domstolens beslut utgick ifrån den tilltalades *verkliga behov* av försvarare, kan resonemangen i 1986 års avgörande i viss mån anses avvika från den strikta behovsbedömning som departementschefen anvisade i förarbetena. Istället för att grunda sitt beslut på den enskildas verkliga behov utgick domstolen som synes från en viss uppfattning om en lämplig rollfördelning i processen mellan domstolen och parterna. Frågan var inte om den tilltalades behov av försvarare kunde kompenseras genom domstolens processledning, utan om frånvaron av försvarare lämpligen borde kompenseras genom domstolens processledning, och denna fråga besvarade Högsta domstolen nekande.

Av Högsta domstolens praxis – särskilt 1986 års avgörande – kan vi sammantaget utläsa en viss motvilja mot att fullt ut slå in på den restriktiva bana som Rättshjälpskommittén och departementschefen anvisade i förarbetena till 1984 års

reform; domstolen förefaller snarare ha velat ge företräde för den mer ”nyanserade bedömning” som Justitiekottet förespråkade i det betänkande som lades fram *efter* den ifrågasatt reformen. Kan man då av föreliggande praxis dra slutsatsen att rättsläget såvitt avser förordnande av offentlig försvarare med hänsyn till utredningen av brottet är mer generös än vad motiven ger uttryck för? Nej, inte nödvändigtvis. Som Fitger (m.fl.) har konstaterat ligger det nämligen – och detta är ett viktigt påpekande – ”i förhållandenas natur på ett område av det aktuella slaget att bilden av gällande rätt gärna blir *skevt genom att främst positiva fall* blir föremål för refererat”.¹⁷⁶¹ Mot denna bakgrund är försiktighet påkallad. De refererade avgörandena kan inte tas till intäkt för att den restriktiva bedömning som lagstiftaren förespråkade inte har fått genomslag i underrättspraxis; med Högsta domstolens ord antyder hittills tillgänglig statistik att lagändringen fick just ett förhållandevis kraftigt genomslag, åtminstone i tingsrätternas och hovrätternas tillämpning.

5.3.3.2 Behov av försvarare med hänsyn till valet av påföljd

I sitt betänkande förklarade Rättshjälpskommittén, att den tilltalade kunde ha behov av försvarare för att tillvarata sina intressen i två situationer: dels om *ansvarsfrågan* var svårutredd; dels om *påföljdsvalet* var tveksamt.¹⁷⁶² I försträmnt avseende mynnade kommitténs överväganden ut i den fakultativa rätten till försvarare med hänsyn till utredningen av brottet, enligt vad jag har redogjort för i föregående avsnitt. I sistnämnt avseende anges numera i rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a § andra stycket andra punkten, att en offentlig försvarare *skall* förordnas om försvarare behövs med hänsyn till att det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas och det finns anledning att döma till annan påföljd än böter eller villkorlig dom eller sådana påföljder i förening. I detta avsnitt skall diskuteras i vilka situationer en dylik tveksamhet kring valet av påföljd kan föranleda ett behov av – och därmed en rätt till – offentlig försvarare. Som utgångspunkt för diskussionen kan följande uttalande av Rättshjälpskommittén tjäna:

”På samma sätt som ansvarsfrågan kan vara komplicerad kan påföljdsfrågan vara tveksam och besvärlig. Det kan stå klart att den tilltalade skall dömas för den åtalade gärningen men vålla stora problem att bestämma den lämpliga påföljden. Denna fråga har naturligtvis stor betydelse för varje tilltalad [...] I de mål tveksamhet råder om vilken påföljd som skall väljas krävs ofta att den tilltalade biträds av en försvarare för att man skall vara säker på att de relevanta omständigheterna kommer fram.”¹⁷⁶³

Mot denna bakgrund menade kommittén att en offentlig försvarare ”som regel” borde förordnas om valet av påföljd var tveksamt. Till denna ståndpunkt anslöt

¹⁷⁶¹ Fitger et al. (Zeteo 2017) 21 kap. 3 a §.

¹⁷⁶² DsJu 1983:2 s. 55. Se härtill Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 96 f.

¹⁷⁶³ DsJu 1983:2 s. 62.

sig också departementschefen, genom att i princip ordagrant återge kommitténs resonemang.¹⁷⁶⁴

Att det i och för sig rådde tveksamhet vid valet mellan olika mer eller mindre ingripande påföljder ansåg dock varken Rättshjälpskommittén eller departementschefen motivera att en offentlig försvarare förordnades som en garant för att alla relevanta omständigheter av betydelse för påföljdsvalet kom fram; ett behov av försvarare uppkom endast om valet stod mellan antingen olika frihetsberövande påföljder eller mellan en frihetsberövande och en icke-frihetsberövande påföljd. Något behov av försvarare ansågs följaktligen ”knappast” föreligga, om påföljdsvalet blott stod mellan böter och villkorlig dom, vilket numera kommer uttryck i lagtexten. Dessa påföljder ansågs nämligen inte vara så ingripande att en försvarare behövdes för att tillvarata den tilltalades intressen – ”inte ens” om det rådde tveksamhet i valet däremellan. Till detta kommer dock att påföljdsvalet som sådant inte heller ansågs motivera en offentlig försvarare om det *inte* rådde någon större tveksamhet därvidlag, exempelvis när påföljden ”regelmässigt” bestämdes till ett kortare frihetsstraff (såsom vid rattfylleribrott och inte alltför allvarliga fall av misshandelsbrott), om det stod ”i det närmast klart” att påföljden skulle bli skyddstillsyn (såsom vid vissa förmögenhetsbrott), eller om påföljdsvalet var tämligen standardiserat och därmed ”enkelt” (såsom vid skattebrott).¹⁷⁶⁵

Liksom ifråga om första punkten får Högsta domstolens praxis i anslutning till den andra punkten betraktas som något mer generös än vad som framgår av motiven,¹⁷⁶⁶ vilket kan illustreras genom några exempel:

NJA 1984 s. 787 och NJA 1985 s. 694 avsåg både rätten till offentlig försvarare i HovR:n, och har det gemensamt att åklagaren – antingen ensam eller vid sidan av den tilltalade – överklagade TR:ns dom. I 1984 års fall hade den tilltalade (A) dömts till villkorlig dom och dagsböter för ett brott (rattfylleri) som enligt TR:n normalt föranledde fängelse, bl.a. med beaktande av hans ringa ålder. Åklagaren fullföljde talan med yrkande att påföljden skulle bestämmas till fängelse. A bestred ändringsyrkandet och hemställde att offentlig försvarare skulle förordnas åt honom. Sedan HovR:n lämnat A:s begäran om offentlig försvarare utan bifall konstaterade HD, att redan det förhållandet att en TR utdömt en icke frihetsberövande påföljd för ett brott och åklagaren därefter fullföljer talan med yrkande om fängelsestraff, medför att påföljdsvalet i allmänhet är så tveksamt att den tilltalade behöver biträde av en försvarare.

I 1984 års avgörande formulerade Högsta domstolen således en förhållandevis tydlig regel: Om tingsrätten och åklagaren har olika uppfattningar – och åklagaren därför

¹⁷⁶⁴ Se prop. 1983/84:23 s. 17: ”Behov av försvarare kan föreligga även med hänsyn till valet av påföljd för brottet. I mål där det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas krävs ofta att den tilltalade biträds av en försvarare för att man skall vara säker på att de relevanta omständigheterna kommer fram. Detta kan vara fallet även i mål som i övrigt är enkla.”

¹⁷⁶⁵ DsJu 1983:2 s. 62 ff. och prop. 1983/84:23 s. 17. Se härtill Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 96.

¹⁷⁶⁶ Det finns dock skäl att även här påminna om Fitgers varning – att rättspraxis inom ett område som det förevarande riskerar att förmedla en skev bild av rättsläget; se Fitger et al. (Zeteo 2017) 21 kap. 3 a §.

överklagar och yrkar en frihetsberövande påföljd – har den tilltalade i allmänhet ett behov av/en rätt till en offentlig försvarare.¹⁷⁶⁷

Omständigheterna i NJA 1985 s. 694 skilde sig från 1984 års avgörande på så vis, att den tilltalade (A) av TR:n hade dömts till ett kortare frihetsstraff (14 dagars fängelse). A fullföljde genom advokaten X talan mot domen, och yrkade att han skulle ådömas en icke-frihetsberövande påföljd. Åklagaren anslutningsöverklagade och yrkade att fängelsestraffet skulle skärpas. A, som själv hade fört sin talan inför TR:n, begärde att X skulle förordnas som offentlig försvarare för honom. Sedan HovR:n lämnat A:s begäran om offentlig försvarare utan bifall, anförde HD följande:

”Av handlingarna i målet framgår att [A] d. 5 febr. 1980 dömts för stöld, försök till stöld, våld mot tjänsteman och vårdslöshet i trafik till villkorlig dom. I det nu aktuella brottmålet dömde TR:n för stöld bestående i tillgrepp av ett däck på en personbil. Som skäl för att välja fängelsestraff som påföljd angav TR:n den tidigare domen. [A] har som nämnts i HovR:n yrkat en ej frihetsberövande påföljd. Det får i ett fall som det förevarande anses vara tveksamt vilken påföljd som skall väljas. [A] behöver med hänsyn härtill försvarare i målet.”

I 1985 års avgörande utvecklade Högsta domstolen inte närmare varför påföljdsvalet som sådant motiverade att en offentlig försvarare skulle förordnas, och det är därför svårt att mot bakgrund av detta avgörande ställa upp några allmänna regler. Kanske kan man dock av avgörandet dra slutsatsen att om den tilltalade överklagar en kortare fängesedom med yrkande om en lindrigare (icke-frihetsberövande) påföljd och åklagaren – genom att anslutningsöverklaga – yrkar på en skärpt påföljd, så uppkommer sådan tveksamhet kring valet av påföljd att den tilltalade har ett behov av/en rätt till försvarare. I så måtto är 1985 års avgörande i linje med 1984 års avgörande; i båda fallen hade tingsrätten fastställt en viss (förhållandevis lindrig) påföljd, som åklagaren önskade få skärpt. Att åklagaren sålunda anser den av tingsrätten fastställda påföljden vara för lindrig och söker utverka en strängare påföljd – genom att antingen överklaga eller anslutningsöverklaga – skulle således kunna vara en sådan omständighet som motiverar att en offentlig försvarare förordnas i hovrätten med hänsyn till påföljdsvalet.

Även andra omständigheter kan dock naturligtvis göra påföljdsvalet tveksamt – vanligtvis den tilltalades personliga förhållanden¹⁷⁶⁸ – vilket kan illustreras genom två avslutande exempel.

I NJA 1988 s. 37 dömdes den tilltalade (A) i enlighet med sitt erkännande till fängelse i 2 månader för narkotikabrott. A fullföljde talan mot domen med yrkande om en icke-frihetsberövande påföljd, och begärde därvid att HovR:n skulle förordna advokaten X som offentlig försvarare. Sedan HovR:n lämnat A:s begäran utan bifall anförde föredragande rev.sekr. följande, i sitt av HD fastställda betänkande:

¹⁷⁶⁷ Se härtill Fitger et al. (Zeteo 2017) 21 kap. 3 a §.

¹⁷⁶⁸ Fitger et al. (Zeteo 2017) 21 kap. 3 a §.

”[A] är fortfarande hjälpsökande men har under de senaste åren undergått en förändring i positiv riktning. Han planerar för en framtid med sin familj. Under 1987 har han innehaft anställning hos Luleå kommun som parkarbetare. Behovet av stödåtgärder kvarstår men [A] bedöms ha en stark motivation för att komma till rätta med sina problem. Han är rädd för att allt han hoppats på kommer att raderas om det ådömda fängelsestraffet står fast. På grund av det anförda får omständigheterna anses vara sådana att det kan sägas vara tveksamt vilken påföljd som skall väljas. Förutsättningar för förordnande av försvarare enligt ovannämnda lagrum föreligger sålunda.”

I NJA 1999 s. 541 dömdes den tilltalade (A) till en månads fängelse för våld resp. hot mot tjänsteman. Beträffande påföljdsvalet anförde TR:n att A förvisso var ostraffad men att domstolarna traditionellt intog en ”sträng attityd” mot brottslighet av den ifrågavarande arten, och att påföljden därför som regel bestämdes till fängelse. En icke frihetsberövande påföljd kunde – fränsett i ringa fall – komma ifråga endast när den brottsliga personliga förhållanden talade för det med särskild styrka. TR:n konstaterade att A till synes levde under ordnade sociala förhållanden och det kunde antas att han oavsett påföljden skulle avhålla sig från att begå nya brott. Tillräckliga skäl för avsteg från den angivna regeln om frihetsberövande påföljd ansåg dock inte föreligga. A fullföljde talan mot domen med yrkade om att han skulle ådömas en icke frihetsberövande påföljd, och begärde att offentlig försvarare skulle förordnas åt honom. Sedan HovR:n lämnat A:s begäran utan bifall anförde föredragande rev. sekr. följande, i sitt av HD fastställda betänkande:

”[A] har i HD anfört att påföljden samhällstjänst mycket väl skulle kunna tillämpas i detta fall, att det synes som om frågan om samhällstjänst inte har beaktats samt att han är i behov av försvarare får att få denna fråga tillräckligt belyst. Nyligen har genomförts ändringar i påföljdssystemet där systemet med samhällstjänst permanentats och utvidgats till att gälla även i kombination med villkorlig dom, se 27 kap. 2 a § och 30 kap. 7 § 2 st. BrB. I motiven till de nya reglerna har förklarats att detta medför en utvidgning av möjligheterna att döma till frivårdspåföljd också vid s.k. artbrottslighet. Skälen att välja en sådan påföljd måste dock vägas mot de skäl som enligt 30 kap 4 § 2 st. BrB föreligger för att välja fängelse. [A] är 21 år och tidigare ostraffad. Särskilt *med hänsyn till att reglerna om samhällstjänst har ändrats* får det anses vara tveksamt vilken påföljd som skall väljas. Offentlig försvarare skall därför förordnas.”

1988 och 1999 års fall belyser, i likhet med 1985 års fall, att det sällan är tillräckligt att en tilltalad, som ådömts ett kortare fängelsestraff, överklagar domen med yrkande om en icke frihetsberövande påföljd för att valet mellan en frihetsberövande och en icke frihetsberövande påföljd skall anses tveksamt. Det fordras någonting mer, exempelvis: (1) att den tilltalade riskerar en *skärpning av straffet* till följd av att åklagaren också har överklagat (1985 års stöldmål); (2) att den tilltalades personliga omständigheter är av ett sådant slag att den alternativa påföljden kan betraktas som *realistisk* (1988 års

narkotikamål);¹⁷⁶⁹ eller (3) att påföljdsvalet är tveksam till följd av *nyligen genomförda reformer* (1999 års mål avseende våld respektive hot mot tjänsteman).

De omständigheter som eventuellt kan vara av betydelse för valet av påföljd får dock inte vara sådana att de tillfredsställande kan beaktas inom ramen för domstolens materiella processledning. Att en frihetsberövande påföljd exempelvis får konsekvenser för den tilltalades yrkesutövning, och att en alternativ påföljd därför kan övervägas, är en sådan omständighet som enligt Högsta domstolen kan klarläggas genom domstolens processledning, och som därför inte i sig motiverar att en offentlig försvarare förordnas.¹⁷⁷⁰

5.3.3.3 Behov av försvarare på grund av särskilda skäl

I sitt betänkande tog Rättshjälpskommittén avslutningsvis höjd för att den tilltalade kunde behöva en försvarare utan att kunna grunda vare sig en obligatorisk eller fakultativ rätt därtill på någon av de grunder som har utvecklats ovan. Kommittén ansåg att det även i sådana situationer

”... undantagsvis [kunde] te sig nödvändigt eller synnerligen berättigat med en offentlig försvarare. Så kan vara fallet antingen på grund av den tilltalades *personliga förhållanden* eller på grund av *målets art eller omfattning*.”¹⁷⁷¹

Mot denna bakgrund ansåg kommittén att det var motiverat att i rättegångsbalken införa ”någon sorts säkerhetsventil”. Därefter diskuterade Rättshjälpskommittén ett antal typsituationer, då denna säkerhetsventil skulle kunna tillämpas, det vill säga situationer i vilka en försvarare enligt kommitténs mening borde kunna förordnas. Dessa typsituationer kunde vara av två slag – antingen motiverade av den tilltalades *personliga förhållanden* eller med hänsyn till målets *art eller omfattning*.¹⁷⁷²

Vad först avser den misstänkta personliga förhållanden gjorde utredningen skillnad mellan några olika ”personlighetstyper”, vilka kan hänföras till någon utav följande fyra grupper:

Beträffande personer med (1) *psykiskt avvikande personlighet* var det, enligt RHK:s mening, ”givet” att en försvarare skulle förordnas, exempelvis om person som hade begått den åtalade gärningen led av en konstaterad psykisk sjukdom eller dylikt. Kring denna kategori fanns det således inte så mycket att orda om. För personer som bara

¹⁷⁶⁹ Jfr prop. 1983/84:23 s. 17, där DepC ville ”understryka att offentlig försvarare i rattfyllerimål inte bör förordnas enbart av den anledningen att det bli fråga om en frihetsberövande påföljd”. Om en kortare frihetsberövande påföljd är den normala påföljden för brottet skall således inte offentlig försvarare förordnas oavsett om en icke frihetsberövande påföljd hypotetiskt sett *kan* följa på brottet. Endast om det i målet föreligger särskilda skäl att faktiskt välja en sådan alternativ påföljd anses valet mellan en frihetsberövande och en icke frihetsberövande påföljd så pass tveksamt att den tilltalade är i behov av en försvarare. Annorlunda uttryckt bör, med RHK:s ord (DsJu 1983:2 s. 62 f.), en offentlig försvarare förordnas i sådana mål ”bara om annan påföljd än fängelse – på grund av innehållet i en personundersökning, ett läkarintyg eller dylikt – bedöms som ett realistiskt alternativ”.

¹⁷⁷⁰ Se NJA 1985 s. 81, där HD avslag den tilltalades begäran om offentlig försvarare m.h.t till att de omständigheter som var av betydelse för bestämmandet av påföljd – främst körkortskörningens följder för den tilltalades yrkesutövning – på ett ”tillfredsställande sätt [kunde] klarläggas inom ramen för HovR:ns processledning”.

¹⁷⁷¹ DsJu 1983:2 s. 66.

¹⁷⁷² Se till det följande DsJu 1983:2 s. 66 ff.

hade (2) en *allmänt skör personlighet* skulle dock en försvarare förordnas endast under ”mycket speciella förhållanden” – det rörde sig här om en ”klar undantagssituation”, och enligt kommittén borde t.ex. ett läkarintyg eller någon annan utredning ge vid handen att en offentlig försvarare behövdes. Beträffande personer som (3) *inte kan läsa eller skriva* förklarade RHK att det ”naturligtvis” fanns större skäl att förordna en offentlig försvarare åt analfabeter än åt personer utan läs- och skrivsvårigheter. Att en person (4) *inte behärskar svenska språket* var dock ”inte i sig” ett skäl att förordna en försvarare – däremot kunde viss vikt fästas vid att den misstänkta från andra länder helt saknade kunskap om vår rättsordning.

Departementschefen anslöt sig i huvudsak till vad Rättshjälpskommittén uttalat beträffande förordnande av offentlig försvarare med hänsyn till den tilltalades personliga förhållanden, dock med följande tillägg:

”Ett sådant skäl är att den misstänkte har svårt att själv klara sitt försvar på grund av personliga förhållanden, t.ex. mycket hög levnadsålder, psykisk eller allvarlig fysisk sjukdom, nedsatt syn eller hörsel eller annat allvarligt handikapp. Då rättspsykiatrisk undersökning kommer i fråga bör offentlig försvarare regelmässigt förordnas. I dessa fall anser jag att den misstänkte bör ha rätt att erhålla offentlig försvarare *även vid mindre allvarliga brott.*”¹⁷⁷³

Vid angivna personliga förhållanden borde således den enskilda ha rätt till en offentlig försvarare, även vid mindre allvarliga brott. Och som Fitger (m.fl.) konstaterar ligger nog den ”främsta betydelsen av att en offentlig försvarare kan förordnas på grund av personliga förhållanden ... just i det sist angivna uttalandet”. Personliga förhållanden av de slagen departementschefen berörde tenderar nämligen, enligt Fitger (m.fl.) – ”utan att det behöver utsägas särskilt” – att i hög grad påverka både möjligheterna att säkerställa en allsidig belysning av den åtalade gärningen och av påföljdsfrågan.¹⁷⁷⁴

Som synes gjorde departementschefen å ena sidan vissa egna tillägg till de av kommittén anförda personliga omständigheterna (exempelvis avseende personer med mycket hög ålder eller fysiska sjukdomar och handikapp) samtidigt som denne, å andra sidan, helt underlät att närmare diskutera under vilka förutsättningar personer från andra länder (exempelvis av rättskulturella och/eller språkliga skäl) i enlighet med kommitténs förslag borde kunna förordnas en offentlig försvarare. Det sistnämnda förhållandet föranledde viss diskussion vid riksdagsbehandlingen av lagförslaget. I en motion anfördes sålunda – i enlighet med Rättshjälpskommitténs förslag – att till de personliga förhållanden som borde kunna utgöra särskilda skäl för förordnande av offentlig försvarare skulle räknas inte bara de av departementschefen angivna utan därjämte sådana svårigheter som föreligger för utlänningar utan förtrogenhet med det svenska rättssystemet eller utan kunskaper i det svenska språket. Enligt motionären hade nämligen dessa personer särskilda problem att ta till vara sina intressen i en rättegång. Beträffande dylika personer ville Justitieutskottet betona

¹⁷⁷³ Prop. 1983/84:23 s. 18.

¹⁷⁷⁴ Se till det sagda Fitger et al. (Zeteo 2017) 21 kap. 3 a §.

att det enligt den föreslagna bestämmelsen är domstolens uppgift att i varje enskilt fall göra de bedömningar beträffande den misstänkta behov av försvarare som den personliga förhållanden ger skäl till. De förhållanden av personlig natur som departementschefen angett skulle enligt utskottet betraktas som exemplifierande; någon uttömmande uppräknings var enligt utskottet inte eftersträvansvärd. Det nu sagda hindrade dock inte utskottet från att uttrycka förståelse för motionärens syn på utlänningars behov av offentlig försvarare; onekligen torde det, enligt utskottets mening, ”oftare” finnas skäl att förordna offentlig försvarare för den person som står främmande inför svenska förhållanden och kanske inte heller förstår det svenska språket än för den som inte har sådana speciella svårigheter. Enligt utskottet skulle man dock ”hålla i minnet”, att många problem som har sin grund i språksvårigheter borde kunna avhjälpas genom att tolk anlitas av domstolen.¹⁷⁷⁵

Vad därefter avser behovet av försvarare med hänsyn till *målets art och omfattning* gjorde Rättshjälpskommittén likaså skillnad mellan olika typfall, närmare bestämt sådana mål där åklagaren, utöver ansvarsyrkandet, framställde yrkanden om (1) skadestånd; (2) förverkande; samt (3) näringsförbud. I samtliga dessa typfall menade kommittén att det kunde finnas skäl att förordna försvarare med hänsyn till målets art och omfattning. Departementschefen var dock inte beredd att ge begreppet särskilda skäl en fullt så vidlyftig tolkning.

Såvitt avsåg målets art förklarade departementschefen att det ”knappast [torde] finnas” något skäl att förordna offentlig försvarare med hänsyn till att målet inbegrep komplicerade sakfrågor, om en rätt till försvarare inte redan förelåg enligt de ovan behandlade grunderna. Beträffande sådana mål då det utöver ansvarstalan också fördes skadeståndstalan i målet, ställde sig departementschefen helt avvisande till kommitténs resonemang; detta förhållande kunde enligt departementschefens mening ”inte ensam” motivera att en offentlig försvarare förordnades. Departementschefen utgick nämligen ifrån att endast ”okomplicerade skadestandsfrågor” kunde komma att aktualiseras i brottmålsprocessen, ty var skadestandsfrågan komplicerad ”brukade” denna avskiljas för att istället handläggas som ett tvistemål. Blott i en situation ansåg departementschefen att ett skadestandsyrkande från målsäganden kunde ge upphov till ett behov av försvarare, närmare bestämt om det yrkade skadeståndet avsåg ett ”betydande belopp” – om så var fallet kunde ”möjligen” ett behov av försvarare uppkomma. Varför det yrkade skadeståndets storlek – med hänsyn till målets art – kunde motivera en offentlig försvarare utvecklade dock inte departementschefen.¹⁷⁷⁶

Beträffande de två övriga punkterna anslöt sig dock departementschefen till kommitténs uppräknings; i straffprocessen behandlas emellanåt ”särskilda frågor som är komplicerade och som motiverar att en offentlig försvarare biträder den misstänkte”. Och som exempel på sådana ”särskilda frågor” anförde departementschefen just yrkanden om förverkande eller annan särskild rättsverkan, liksom yrkanden om näringsförbud.¹⁷⁷⁷

¹⁷⁷⁵ JuU 1983/84:7 s. 10.

¹⁷⁷⁶ Prop 1983/84:23 s. 18.

¹⁷⁷⁷ Prop 1983/84:23 s. 18.

Vad därefter avser målets omfattning ödslade inte departementschefen med orden, utan förklarade kort och gott att målets omfattning ”i sig” inte skulle utgöra grund för att förordna offentlig försvarare.¹⁷⁷⁸ Mot denna bakgrund infördes i rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § en fakultativ rätt till försvarare som till sin lydelse kom att avvika från vad Rättshjälpkommittén föreslagit, såtillvida att målets omfattning ströks som en bedömningsgrund:

<i>Föreslagen lydelse</i>	<i>Nuvarande lydelse</i>
En offentlig försvarare skall också förordnas [...] 3. Om det i övrigt föreligger särskilda skäl med hänsyn till den misstänktes <i>personliga förhållanden</i> eller till målets art eller omfattning.	Offentlig försvarare skall därutöver förordnas [...] 3. Om det i övrigt föreligger särskilda skäl med hänsyn till den misstänktes <i>personliga förhållanden</i> eller till <i>vad målet rör</i> .

Frågan är dock om inte den omständigheten att målet är just omfattande är en utav de grunder som med störts styrka motiverar att en försvarare utses åt den tilltalade. Att målet är omfattande torde i vart fall skapa ett större behov av en försvarare än att ett av målsäganden framfört skadeståndsyrkande händelsevis råkar avse en viss summa pengar; just skadeståndets storlek synes, från min horisont, inte i sig påverka målets komplexitet.

Såvitt avser den fakultativa rätten till försvarare med hänsyn till den tilltalades personliga förhållande och vad målet rör ligger det i ”säkerhetsventilens” natur, att en rad omständigheter kan tas i beaktande. Några avslutande exempel kan få illustrera detta:

I NJA 1987 s. 45 yrkade åklagaren vid TR:n ansvar å den tilltalade (A), som var 79 år gammal, för obehörigt avvikande från trafikolycksplats. TR:n ogillade åtalet mot A, varvid åklagaren fullföljde talan. Inför HovR:n begärde A att offentlig försvarare skulle förordnas för honom. HovR:n fann dock att ingen av de RB 21 kap. 3 a § angivna förutsättningarna för att förordna en offentlig försvarare förelåg, och lämnade därför A:s begäran utan bifall. Efter överklagan yttrade HD:

”Åklagaren har i sin vadeinlaga gjort gällande att [A:s] handlande innefattar brott och anfört att, eftersom annan påföljd än böter inte är aktuell, målet bör kunna avgöras i HovR:n utan huvudförhandling. I händelse av målets avgörande på handlingarna åligger det [A] att skriftligen framföra sina argument. Av handlingarna i målet framgår vidare att [A] är 79 år. I ett den 9 juni 1986 utfärdat läkarintyg avseende [A] uttalas bl.a. att denne på grund av sjukdom under vissa korta perioder vårdats vid kirurgiska kliniken i Umeå, att han lider svårt av sin sjukdom och att det pågående målet utgör en ytterligare påfrestning för honom. På grund av det anförda finner HD särskilda skäl föreligga att enligt 21 kap. 3 a § 2 st. 3 RB förordna offentlig försvarare för [A].”

¹⁷⁷⁸ Prop 1983/84:23 s. 18.

I avgörandet fäste alltså Högsta domstolen avseende (1) vid att den tilltalade eventuellt skulle komma att behöva framföra sina argument skriftligen, samt (2) vid den tilltalades höga ålder och sjukdomstillstånd. Mot denna bakgrund förordnade domstolen en offentlig försvarare, trots att målet var av en sådan beskaffenhet att det hade kunnat avgöras på handlingarna. Vilken inbördes vikt domstolen tillmätte dessa två förhållanden framgår dock inte av domskälen. Därmed lämnas ett antal frågor obesvarade: Utgjorde A:s höga ålder och dåliga hälsotillstånd i sig särskilda skäl att förordna en offentlig försvarare åt honom, alldeles oavsett om processen var muntlig eller skriftlig? Eller var det den omständigheten att A eventuellt skulle bli tvungen att framföra sina argument skriftligen, som motiverade en försvarare? Eller var det en kombination av båda? Sannolikt har den sistnämnda tolkningen mest fog för sig. Detta är enligt min mening ett lämpligt förhållningssätt, det vill säga att först beakta vilka krav som möter den enskilda i processen, för att därefter undersöka den enskildas möjligheter att uppfylla dessa krav utan ett biträde.

I NJA 1995 s. 625 åtalades en kubansk medborgare (A), för stöld och fälldes i enlighet med sitt erkännande. Mot bakgrund av att A endast kort tid efter ankomsten till Sverige gjort sig skyldig till brott ansåg TR:n att det fick anses föreligga risk för att hon skulle fortsätta med brottslig verksamhet här i landet om hon tilläts stanna kvar här. TR:n beslutade därför att A skulle dömas till villkorlig dom och dessutom utvisas ur riket. A överklagade ifråga om utvisningen, och begärde att offentlig försvarare skulle förordnas åt henne. HovR:n fann dock att det varken av A:s personliga förhållanden eller av annan anledning fanns skäl att förordna offentlig försvarare, och lämnade därför yrkandet utan bifall. Efter överklagan konstaterade HD att utvisning är en särskild rättsverkan av brott som normalt får betraktas som ingripande – åtminstone om den tilltalade inte vill lämna landet. Mot denna bakgrund menade HD att det endast ”undantagsvis” kunde uppkomma fall där såväl utredningen av brottet som utvisningsfrågan var av såpass okomplicerad natur, att något behov av offentlig försvarare inte uppkommer.

Av NJA 1995 års avgörande följer således att om en offentlig försvarare inte har förordnats på någon annan grund, föreligger som huvudregel särskilda skäl att förordna en sådan om den tilltalade gör gällande att det saknas skäl och/eller föreligger hinder mot utvisning.

I NJA 1999 s. 227 dömdes en irakisk medborgare (A) av TR:n för stöld, varusmuggling och narkotikabrott till fängelse i fyra månader. A överklagade domen, och begärde att HoR:n skulle förordna offentlig försvarare för honom. HovR:n lämnade dock A:s begäran utan bifall, varvid A överklagade HovR:ns beslut med yrkande att HD skulle bifalla hans begäran om offentlig försvarare. HD konstaterade att A hade förnekat vad åklagaren lagt honom till last men att TR:n genom bl.a. förhör med en målsägande och två vittnen funnit att åtalet i dess helhet var styrkt. Sedan A överklagat TR:ns dom hade också åklagaren i HovR:n påkallat förnyat förhör med ett vittne samt förebringande av övriga förhör genom uppspelning av TR:ns band. Med följande motivering fann HD att en försvarare skulle förordnas i HovR:n:

”[A] har gjort gällande att han inte har tillräckliga kunskaper i svenska språket och svensk lagstiftning för att kunna försvara sig utan hjälp av en advokat. Hans uppgifter om bristfälliga kunskaper i svenska vinner visst stöd av innehållet i hans överklagandeskrifter. Med hänvisning till vad som upptagits får anses att [A] för prövning av målet i HovR:n har behov av offentlig försvarare med hänsyn till utredningen om brotten samt att det även föreligger särskilda skäl att förordna offentlig försvarare med hänsyn till hans personliga förhållanden.”

Som framgått av det föregående underlät departementschefen att i motiven till 1984 års reform kommentera i vilka situationer som utländsk härkomst skulle kunna motivera att en försvarare förordnades med hänsyn till särskilda skäl. Detta förhållande gav upphov till viss diskussion i riksdagen, och föranledde Justitiekommittén att försöka klargöra det avsedda rättsläget. Enligt utskottet hade människor som stod främmande inför svenska förhållanden och kanske inte heller förstod svenska språket ”oftare” behov av en offentlig försvarare än den som inte har sådana svårigheter. Enligt utskottet skulle man dock, såsom det får förstås, företrädesvis nyttja tolk om dessa problem hade sin grund i just språksvårigheter.

I 1999 års avgörande gjorde den tilltalade gällande att denne saknade tillräckliga kunskaper i svenska språket och i svensk lagstiftning för att kunna försvara sig. Vilken inbördes vikt som tillmättes dessa omständigheter framgår inte av Högsta domstolens dom; domstolen konstaterade endast att A:s bristfälliga kunskaper i svenska vann visst stöd av innehållet i hans överklagandeskrifter (som således måste ha varit författade på just bristfällig svenska). Mot denna bakgrund förordnades en försvarare för A, utan att Högsta domstolen – åtminstone inte uttryckligen – övervägde om dessa svårigheter kunde avhjälpas genom att en tolk anlätades. I litteraturen har detta uppfattats som så, att språksvårigheter ”kan bidra” till att skapa förutsättningar för ett förordnade av offentlig försvarare.¹⁷⁷⁹

Med detta har vi diskuterat under vilka allmänna förutsättningar en offentlig försvarare kan förordnas åt den som misstänkt/tilltalad för brott. För unga lagöverträdare gäller dock särskilda regler, för vilka jag nu kommer att redogöra.

5.3.4 Offentlig försvarare för unga misstänkta

Unga människor har under åtskillig tid särbehandlats i svensk straff- och processrätt – inte minst i påföljdshänseende – och processen mot dem har varit särreglerad i, vid sidan av brotts- och rättegångsbalken, gällande speciallagar.¹⁷⁸⁰ Såvitt avser förordnande av offentlig försvarare infördes sålunda mer generösa regler för unga lagöverträdare redan i samband med rättegångsbalkens ikraftträdande, genom lagen

¹⁷⁷⁹ Se Fitger et al. (Zeteo 2017) 21 kap. 3 a §. Jfr dock NJA 1985 s. 694, där av den klagande återopade språksvårigheter inte uttryckligen omnämndes som ett bidragande skäl för att en offentlig försvarare förordnades.

¹⁷⁸⁰ SOU 1999:108 s. 26 och SOU 2004:122 s. 564, där det talas om ”[p]rincipen att unga lagöverträdare skall särbehandlas vid straffrättsliga ingripanden”. Se även Nordlöf, Kerstin, *Unga lagöverträdare i social-, straff- och processrätt* (2012) s. 160, som konstaterar att grunden för en sådan särbehandling av unga lades genom sociologins påverkan på kriminalpolitiken redan under tidigt 1800-tal.

(1946:862) med vissa bestämmelser om mål rörande brott av underårig, som i 5 § innehöll bestämmelser om offentlig försvarare.¹⁷⁸¹ När brottsbalken sedermera trädde i kraft omkring 20 år senare kom 1946 års lag att ersättas av den nu gällande lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare,¹⁷⁸² som i sin 24 § innehåller särskilda regler om förordnade av offentlig försvarare för unga misstänkta/tilltalade.¹⁷⁸³

Enligt 5 § i 1946 års lag skulle i mål mot underårig, som på den tiden avsåg personer under 21 år, en offentlig försvarare förordnas om det fanns anledning att döma till frihetsstraff, tvångsuppfostran eller förvaring och det icke, på grund av sakens beskaffenhet eller eljest, *var uppenbart att försvarare ej erfordrades*. Den ifrågavarande specialregeln för unga lagöverträdare tillkom på förslag av Processlagberedningen i samband med rättegångsbalkens ikraftträdande,¹⁷⁸⁴ efter hemställan från Advokatsamfundet. Bakgrunden härtill var att 1946 års lag – liksom sina föregångare – innehöll en del bestämmelser som syftade till att undandra mål mot unga onödig uppmärksamhet, bland annat genom utökade möjligheter att hålla förhandlingar inom lyckta dörrar.¹⁷⁸⁵ Enligt samfundet vore det dock inte förenligt rättssäkerhetens krav att hålla rättegångar inom stängda dörrar mot tilltalade som saknade försvarare. Lagberedningen anslöt sig till dessa synpunkter, men fann det motiverat att förena den utökade rätten till offentlig försvarare med ett undantag för sådana fall där det var uppenbart att något behov av försvarare inte förelåg – dock utan att motivera varför ett sådant undantag var motiverat eller när det skulle äga tillämpning.¹⁷⁸⁶

Inom ramen för det lagstiftningsarbete som mynnade ut i brottsbalkens ikraftträdande företogs sedermera en allmän översyn av 1946 års lag, som därigenom kom att ersättas av den nu gällande lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare.¹⁷⁸⁷ Såvitt avsåg rätten till offentlig försvarare innebar denna reform inga nämnvärda ändringar i sak, då 5 § i 1946 års lag i princip oförändrad – fränsett vissa smärre redaktionella ändringar – överfördes till 11 § i 1964 års lag.¹⁷⁸⁸ Sälunda skulle en offentlig försvarare, efter 1964 års reform, förordnas i mål mot den som var under 21 år, om det fanns anledning att döma till annan påföljd än böter och det icke, på grund av sakens beskaffenhet eller eljest, *var uppenbart att en försvarare ej erfordrades*. Under vilka omständigheter den unga (på grund av ”sakens beskaffenhet eller eljest”) uppenbart saknade behov av försvarare utvecklades dock inte heller inom ramen för 1964 års lagstiftningsarbete.

¹⁷⁸¹ Lagen (1964:167) ersatte lagen (1939:316) med vissa bestämmelser om mål rörande brott mot underårig, som dock endast bestod av två paragrafer (vilka inte behandlade rätten till offentlig försvarare).

¹⁷⁸² Förkortad ”LUL”.

¹⁷⁸³ Detta genom prop. 1964:10.

¹⁷⁸⁴ PLB föreslog egentligen att 1939 års lag skulle utökas med 3 nya paragrafer, bl.a. avseende offentlig försvarare; se SOU 1944:9 s. 120 och SOU 1944:10 s. 298 ff. Lagrådet liksom DepC ansåg dock att det vore lämpligare att ersätta 1939 års lag med en ny lag i ämnet – en ståndpunkt som utmynnade i 1946 års lag (nr 862); se NJA II 1947 nr 5:7 s. 305 och 308.

¹⁷⁸⁵ Jfr Nordlöf (2012) s. 353 (samt s. 349 f. ang. frågan om offentlighet). Se även Lagrådets yttrande i NJA II 1947 nr 5:7 s. 305.

¹⁷⁸⁶ SOU 1944:10 s. 301.

¹⁷⁸⁷ Se prop. 1964:10 s. 27 ff. och 153 ff.

¹⁷⁸⁸ Prop. 1964:10 s. 164.

Sedan införandet av lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare har lagen varit föremål för ett flertal mer eller mindre genomgripande reformer, varav ett icke ringa antal har berört just rätten till offentlig försvarare. Bland dessa ändringar kan, i kronologisk ordning, nämnas att ordet ”underårig” i samband med att myndighetsåldern sänktes år 1969 ersattes med ordet ”tilltalad”, eftersom det förstnämnda begreppet hade fått en ändrad innebörd. Genom denna ändring kom den utvidgade rätten till offentlig försvarare att även fortsättningsvis omfatta tilltalade personer under 21 år, trots att dessa alltså inte längre var underåriga.¹⁷⁸⁹ År 1984 inskränktes dock tillämpningsområdet genom att åldersgränsen sänktes till den nya myndighetsåldern; bestämmelsen kom alltså endast att omfatta tilltalade under 18 år.¹⁷⁹⁰ Låt oss ta avstamp i denna reform, för att sedan diskutera vissa ytterligare ändringar i lagen.

5.3.4.1 Från ”unga” till ”riktigt unga”

Till grund för 1984 års reform låg Rättshjälpskommitténs betänkande, vars uppdrag som bekant var att åstadkomma besparingar för det allmänna, bland annat genom diverse ”åtstramningar” av rätten till offentlig försvarare.¹⁷⁹¹ Såvitt avser vuxna lagöverträdare mynnade kommitténs betänkande ut i den restriktivare reglering som numera kommer till uttryck i rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a §, för vilken jag har redogjort i föregående avsnitt. Även beträffande unga misstänkta fanns det dock pengar att spara.¹⁷⁹²

Vad först avser tilltalade personer i så unga åldrar som 15-16 år, vilka nyss uppnått straffmyndighetsåldern men ej den allmänna myndighetsåldern, menade kommittén att de ”oftast” hade behov av försvarare och detta oavsett om ansvars- eller påföljdsfrågan var komplicerad eller ej. Fanns det anledning att döma en så ung person till en annan påföljd än böter förklarade därför kommittén att den så kallade ”presumptionsregeln”¹⁷⁹³ borde finnas kvar. På unga personer i myndig ålder menade dock kommittén att man kunde ”ställa större krav ... än på de riktigt unga”. Med tilltalagande ålder följde nämligen både tilltagande mognad och ett bättre omdöme, och vid 18 års ålder förväntades man ju kunna sköta sina egna angelägenheter. Mot bakgrund av att det utökade behovet av försvarare sålunda förutsattes minska linjärt i takt med att unga lagöverträdare gick från att vara *riktigt unga* till *unga*, fanns det tydligen inga ”bärande skäl att – på det sätt som nu sker – så markant särbehandla andra ungdomar än dem som är under 18 år när det gäller förutsättningarna att förordna en offentlig försvarare”.¹⁷⁹⁴

¹⁷⁸⁹ Se prop. 1994/95:12 s. 91 f. och Nordlöf (2012) s. 352.

¹⁷⁹⁰ Prop. 1983/84:23 s. 19 f. och Nordlöf (2012) s. 353.

¹⁷⁹¹ Dir. 1981:75 s. 8, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 246.

¹⁷⁹² För dessa personer – dvs. ungdomar i åldern 18-20 år – innebar således 1984 års reformer en försämring i dubbel bemärkelse: De kom (1) att falla utanför de mer generösa reglerna i LUL för att istället omfattas av RB:s mer restriktiva regelverk, och detta (2) samma år som balkens regler reformerades i en än mer restriktiv riktning.

¹⁷⁹³ Dvs. en regelkonstruktion med dubbla negationer (”inte saknar behov”).

¹⁷⁹⁴ DsJu 1983:2 s. 69.

Kommitténs förslag att sänka åldersgränsen från 21 år till 18 år mötte under remissbehandlingen kritik från bland annat Riksåklagaren och hovrätten för Västra Sverige, som förordade att den tidigare åldersgränsen på 21 år skulle behållas, inte minst mot bakgrund av att det för unga lagöverträdare, som förvisso uppnått myndighetsåldern men fortfarande var under 21 år, alltså gällde särskilda påföljdsregler. Departementschefen anslöt sig dock till Rättshjälpkommitténs förslag:

”Nuvarande myndighetsålder är 18 år. Den som har uppnått denna ålder antas själv kunna sköta sina egna angelägenheter. Han eller hon har rätt att rösta i allmänna val och är valbar såväl till riksdagen som till fullmäktige och styrelser i kommuner och landsting. Jag anser bl.a. *med hänsyn härtill* att den nuvarande åldersgränsen i 11 § LUL – som f.ö. tillkom när myndighetsåldern var 21 år – bör sänkas till 18 år.¹⁷⁹⁵

Med hänsyn till att man vid 18 års ålder ”antas” kunna sköta sina egna angelägenheter – och bland annat har rätt att rösta i allmänna val – ansåg alltså departementschefen att man som ung vuxen inte borde omfattas av det mer generösa regelverket för offentlig försvarare i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare. Att rösta i val och försvara sig själv i en brottmålsprocess betraktades således som jämförbara aktiviteter. Att det för unga lagöverträdare i åldrarna 18-20 år ibland kunde aktualiseras intrikata påföljdsfrågor motiverade inte heller att denna personkategori särbehandlades; att påföljdsfrågan var oklar kunde istället hanteras inom ramen för de allmänna reglerna i rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a §, precis som för alla andra röstberättigade personer för vilka påföljdsvalet framstod som oklart.¹⁷⁹⁶

1984 års lagändring åtföljdes sedermera av två reformer av central betydelse, vilka samfällt har mynnat ut i den nuvarande regeln om offentlig försvarare i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare. Båda dessa reformer föranleddes huvudsakligen av Sveriges förpliktelser enligt Barnkonventionen,¹⁷⁹⁷ och gick i motsatt riktning i jämförelse med 1984 års reform – såtillvida att de innebar en utvidgad rätt till offentlig försvarare.

5.3.4.2 Från frihetsberövande påföljd till oberoende av påföljd

Sverige undertecknade Barnkonventionen i januari år 1990 som ett utav de första länderna i världen – utan att reservera sig mot någon artikel – och ratificerade densamma i juni samma år.¹⁷⁹⁸ Genom att tillträda konventionen förband sig Sverige (enligt konventionens artikel 37 och 40) att tillförsäkra barn som grips, åtalas eller eljest berövas friheten här i landet ett antal rättigheter, däribland en rätt till juridiskt biträde.¹⁷⁹⁹ De ifrågakvarande artiklarna stadgar i relevanta delar följande:

¹⁷⁹⁵ Prop. 1983/84:23 s. 19 f.

¹⁷⁹⁶ Prop. 1983/84:23 s. 20.

¹⁷⁹⁷ Jfr Nordlöf (2012) s. 353 f.

¹⁷⁹⁸ Detta genom prop. 1989/90:107.

¹⁷⁹⁹ Se vidare SOU 1997:116 s. 436 f.

”States Parties shall ensure that (d) every child deprived of his or her liberty shall have the right to *prompt access to legal and other appropriate assistance*, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action.”

”States Parties shall, in particular, ensure that (b) every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees:

- iii. To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, *in the presence of legal or other appropriate assistance* and, unless it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians.”

Enligt Barnkonventionens artikel 37.d och 40.2.b.iii åligger det således konventionsstaterna att säkerställa att *varje frihetsberövat barn* liksom *varje barn som misstänks eller åtalas för att ha begått brott* snarast får tillgång till juridiskt biträde. Att så sker – det vill säga att konventionen de facto efterlevs – skall i sin tur säkerställas genom att konventionsstaterna lämnar kontinuerliga rapporter till FN:s kommitté för barnets rättigheter (”Barnrättskommittén”),¹⁸⁰⁰ och denna kommitté kom tidigt att rikta kritik mot Sverige för att barns rätt till biträde enligt de ifrågavarande artiklarna inte säkerställdes.

Sverige överlämnade sin första rapport till Barnrättskommittén i september år 1992 och fick – i den dialog som sedan följde – omedelbart kritik för hur 11 § i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare var utformad. Enligt en inom Utrikesdepartementet upprättad promemoria förklarade kommittén att det var ”otillfredsställande att frågan om försvarare enligt bestämmelsen i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare är beroende av påföljdens karaktär eller de sociala myndigheternas välvilja”. Sverige borde därför, enligt kommitténs mening, ”se till att offentlig försvarare *alltid* förordnades då ett barn misstänktes ha begått ett brott”.¹⁸⁰¹

Den som tar del av kommitténs kritik finner däri två problem i mötet med svensk rätt, varav det ena framgår tydligare än det andra: Rätten till offentlig försvarare för unga lagöverträdare omfattade enligt dåvarande regelverk endast (1) *tilltalade* ungdomar som det fanns anledning att döma till (2) en *frihetsberövande påföljd*. Däremot omfattade särreglerna i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare inte tilltalade som det endast fanns anledning att döma till ett bötesstraff, och inte heller barn som endast var misstänkta för brott och detta oavsett eventuell framtida påföljd. Det sistnämnda kan vara värt att lägga på minnet för den fortsatta framställningen.

¹⁸⁰⁰ Se BK art. 42 och 44 och här till exv. Nordlöf (2012) s. 155 f.

¹⁸⁰¹ Den inom UD upprättade promemorian återges i Ds 1993:80 s. 39 och i prop. 1994/95:12 s. 92. Se även SOU 1999:108 s. 42, prop. 2000/01:56 s. 25 och Nordlöf (2012) s. 354 samt Bring & Diesen (2009) s. 130.

Mot bakgrund av Barnrättskommitténs kritik kom frågan om en utvidgad rätt till offentlig försvarare för unga lagöverträdare att diskuteras i departementspromemorian *Ökat skydd för barn* (Ds 1993:80). I denna promemoria anfördes att svensk lagstiftning såvitt avsåg frågan om offentlig försvarare för unga lagöverträdare i allt väsentligt var förenlig med Barnkonventionen, men att vissa smärre ändringar var påkallade för att Sverige skulle uppfylla kraven i konventionen. Sålunda föreslogs en ändring i 11 § i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare, innebärande att kravet på frihetsberövande påföljd slopades.¹⁸⁰² Någon i egentlig mening generell rätt till offentlig försvarare förordades dock – vid närmare påseende – inte i promemorian. För det första skulle särregeln för unga lagöverträdare, liksom tidigare, endast omfatta tilltalade ungdomar; misstänkta rättigheter förutsattes vara tillgodosedda genom de allmänna reglerna i rättegångsbalken.¹⁸⁰³ För det andra skulle särregeln – också detta i likhet med tidigare ordning – ”inte gälla utan undantag”. Om det var uppenbart att något behov av försvarare inte förelåg, skulle en försvarare inte förordnas:

”I de fall där man klart kan säga att behov inte finns, *till exempel för att gärningen är erkänd* och det inte finns någon tveksamhet om vilken påföljd som skall väljas bör offentlig försvarare inte förordnas. En lämplig avgränsning är att offentlig försvarare inte skall förordnas om det är uppenbart att behov saknas.”¹⁸⁰⁴

Att ett barn/en ung människa – som är betydligt mer mottaglig för otillbörlig påverkan än en vuxen¹⁸⁰⁵ – erkänt en gärning i förhör med polis/åklagare *utan en försvarare närvarande* gjorde således fortsatt närvaro av försvarare uppenbart obehövlig. Att en sådan ordning riskerar att framkalla falska erkännanden uppmärksammades inte.¹⁸⁰⁶

Sammantaget föreslogs att rätten till offentlig försvarare för unga lagöverträdare skulle utvidgas genom att kravet på frihetsberövande påföljd togs bort. Någon faktisk utvidgning av rätten till biträde var det dock inte tal om, eftersom regeln redan tillämpades på detta vis av domstolarna. Sammantaget var alltså lagändringen närmast kosmetisk och syftade endast till att bringa lagtextens utformning i överensstämmelse med Barnkonventionen.¹⁸⁰⁷

Den aktuella departementsskrivelsen kom att remissbehandlas, varvid ett stort antal remissinstanser – däribland Advokatsamfundet – riktade kritik mot förslaget; enligt samfundet borde rätten till offentlig försvarare för personer under 18 år vara absolut. Inom ramen för 1995 års ungdomsmålsreform anslöt sig dock departementschefen i allt väsentligt till de tankegångar som kommit till uttryck i promemorian. Enligt departementschefen fanns det, å ena sidan, inte skäl att begränsa regeln

¹⁸⁰² Enligt promemorian borde bestämmelsen ”inte vara begränsad till fall där det finns anledning att döma till annat än böter utan bör gälla mer generellt”. Se Ds 1993:80 s. 39 och härtill prop. 1994/95:12 s. 134.

¹⁸⁰³ Se Ds 1993:80 s. 39 f: ”När det gäller fall där åtal inte väcks, till exempel därför att åtalsunderlåtelse meddelas eller strafföreläggande utfärdas torde regleringen enligt rättegångsbalken utgöra tillräckliga garantier för att personer under 18 år får offentlig försvarare när det behövs.”

¹⁸⁰⁴ Ds 1993:80 s. 40.

¹⁸⁰⁵ Se exv. Beijer (Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 18/2010) s. 315.

¹⁸⁰⁶ Se vidare avsnitt 5.3.7 nedan, särskilt i och vid fn. 1964 där bl.a. ”Fallet Kevin” och ”Saxmordet” diskuteras.

¹⁸⁰⁷ Jfr Ds 1993:80 s. 40.

till sådana fall där det finns anledning att döma till annan påföljd än böter. Däremot fanns det, å andra sidan, skäl att begränsa regeln till att bara omfatta tilltalade, och dessutom förse den med ett undantag. Beträffande detta undantag anfördes följande:

”Regeln om rätt till offentlig försvarare för tilltalade under 18 år bör ... inte gälla undantagslöst. Det finns enligt regeringens mening *inget praktiskt behov* av att, som några remissinstanser föreslår, göra rätten till offentlig försvarare absolut för denna krets av tilltalade. I de fall där man klart kan säga att den unge inte har behov av det stöd som en offentlig försvarare kan ge bör en sådan inte förordnas. Detta kan vara fallet när den unge *har erkänt den gärning åtalet avser och utredningen är okomplicerad*. En lämplig avgränsning är att offentlig försvarare inte skall förordnas, om det är uppenbart att behov saknas.¹⁸⁰⁸

Beträffande detta uttalande bör följande noteras: För det första kan man konstatera att lagändringen inte förväntades medföra någon faktisk förändring av rättsläget – och således inte kosta några pengar¹⁸⁰⁹ – eftersom en offentlig försvarare, enligt uppgifter som ”underhand inhämtats hos några av de större tingsrätterna i landet”, redan förordnades även i bötesmål. Mot *denna* bakgrund, och med hänsyn till att FN:s Barnrättskommitté uttryckligen hade riktat kritik mot att den lagstadgade rätten till försvarare var avhängig påföljdens karaktär, fanns det enligt departementschefen skäl att ändra lagen – i praktiken så att den skulle motsvara domstolarnas praxis. Däremot motsatte sig departementschefen, i enlighet med den tidigare departementsskrivelsen, både att den utökade rätten till offentlig försvarare för unga skulle utsträckas till att omfatta barn som endast var misstänkta för brott och att rätten skulle göras absolut.

För det andra är departementschefens uttalande av betydelse eftersom det är första gången som lagstiftaren har gett någon som helst vägledning avseende i vilka situationer behov av försvarare uppenbart saknas, trots att den tilltalade är underårig. Som framgått av det föregående infördes detta rekvisit på förslag av Processlagberedningen redan i 1946 års lag med vissa bestämmelser om mål rörande brott av underårig. När denna lag sedermera ersattes av 1964 års lag med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare behölls uppenbarhetsrekvisitet utan någon närmare motivering, och det har inte heller blivit föremål för diskussion i samband med någon utav de senare reformerna. Först år 1995 kom alltså lagstiftaren att uttala sig om ett tämligen centralt rekvisit som begränsat ungdomars rätt till offentlig försvarare alltsedan de tillerkändes en sådan rätt 50 år tidigare. Mot denna bakgrund skall departementschefens uttalande ägnas viss ytterligare uppmärksamhet, eftersom det är av betydelse även för den nuvarande tolkningen av paragrafen.

Genom 1995 års ungdomsvalsreform kom rätten till offentlig försvarare i tidigare 11 § lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare att flyttas till 24 § och få en delvis ny lydelse, enligt följande:

¹⁸⁰⁸ Prop. 1994/95:12 s. 94.

¹⁸⁰⁹ Ds 1993:80 s. 57 och härtill prop. 1994/95:12 s. 94.

Om en tilltalad inte har fyllt arton år och det finns anledning att döma till annan påföljd än böter, skall offentlig försvarare förordnas för honom, om det inte är uppenbart att han saknar behov av försvarare.

För en tilltalad som inte har fyllt arton år skall offentlig försvarare förordnas, om det inte är uppenbart att han saknar behov av försvarare.

Frånsett att kravet på frihetsberövande påföljd ströks ur lagrummet – vilket i sig alltså inte var ägnat att rubba rådande praxis – innebar som synes 1995 års lagändring inga förändringar. Mot denna bakgrund var kanske reformen av störst betydelse genom att lagstiftaren därigenom kom att precisera i vilka situationer en försvarare *inte* skulle förordnas.

Som framgått ovan uttalade departementschefen i denna del att det inte förelåg något ”praktiskt behov” av att göra rätten till offentlig försvarare för unga lagöverträdare absolut, obeaktat att tunga remissinstanser framfört sådana krav. En ”lämplig avgränsning” var istället – enligt departementschefens mening – att en offentlig försvarare inte skulle förordnas om det var uppenbart att behov av försvarare saknades. Så kunde vara fallet ”när den unge har erkänt den gärning åtalet avser och utredningen är okomplicerad”.¹⁸¹⁰ I specialmotiveringen till 24 § utvecklade sedan departementschefen det sagda enligt följande:

”Liksom tidigare skall gälla att offentlig försvarare normalt bör förordnas för personer under 18 år. I mål där *gärningen har erkänts och där det inte finns tveksamheter i fråga om utredningen av brottet*, torde behov av offentlig försvarare i många fall inte finnas. I de fall påföljdsvalet är tveksamt eller när en frihetsberövande påföljd kan komma i fråga bör en offentlig försvarare normalt förordnas. Den föreslagna lydelsen är inte avsedd att innebära någon förändring i förhållande till vad som i praktiken redan gäller. De regler om rätt till offentlig försvarare som finns i 21 kap 3 a § RB gäller naturligtvis också för tilltalade och misstänkta som är under 18 år.”¹⁸¹¹

Man kan således konstatera att lagstiftaren också tog fasta på den ungas erkännande såsom en grund att inte förordna offentlig försvarare, vilket enligt min mening vittnar om en påtaglig naivitet avseende risken för att unga människor, av en rad olika anledningar, erkänner brott som de inte har begått.¹⁸¹²

Det uttryckliga syftet med 1995 års reform av rätten till offentlig försvarare för unga lagöverträdare var som framgått att ”regeln bättre [skulle] överensstämma med FN:s barnkonvention”.¹⁸¹³ Något behov av mer genomgripande reformer ansågs dock inte finnas; i den mån kraven i konventionen inte var uppfyllda genom 24 § lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare var de i vart fall uppfyllda genom

¹⁸¹⁰ Prop. 1994/95:12 s. 94. Se härtill Bring & Diesen (2009)s. 130.

¹⁸¹¹ Prop. 1994/95:12 s. 103.

¹⁸¹² Se vidare om denna problematik i avsnitt 5.3.7 nedan, särskilt i och vid fn. 1964.

¹⁸¹³ Prop. 1994/95:12 s. 2.

de kompletterande bestämmelserna i rättegångsbalkens 23 kapitel 3 a §.¹⁸¹⁴ Denna hållning skulle dock på sikt visa sig vara ohållbar, och det dröjde inte länge förrän lagen blev föremål för nya ändringar – föranledda av just Barnkonventionen.

5.3.4.3 Från tilltalad till misstänkt

Efter 1995 års ungdomsmålsreform kom rätten till offentlig försvarare för unga lagöverträdare att upptas till behandling av två från varandra fristående offentliga utredningar: Först av Barnkommittén, som skulle göra en generell översyn av svensk lagstiftnings förenlighet med Barnkonventionen,¹⁸¹⁵ och därefter av Utredningen av handläggning av ungdomsmål, som hade i uppgift att göra en generell utvärdering av 1995 års ungdomsmålsreform.¹⁸¹⁶

Barnkommittén presenterade år 1997 betänkandet *Barnet i främsta rummet – FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige* (SOU 1997:116), vari kommittén konstaterade att det enligt gällande svensk lag förelåg en olikbehandling av unga som var tilltalade respektive misstänka för brott. I kontrast till vad departementschefen hade uttryckt i samband med ungdomsmålsreformen, menade kommittén att en sådan olikbehandling är direkt konventionsstridig. Av det skälet föreslog kommittén att regeln skulle ändras så att skillnaden undanröjdes.¹⁸¹⁷

Två år senare framlade Utredningen av handläggning av ungdomsmål sitt betänkande *Handläggning av ungdomsmål – en utvärdering av 1995 års ungdomsmålsreform* (SOU 1999:108), som baserades på en tämligen omfattande enkätundersökning avseende ungdomsmålsreformens faktiska effekter – omfattande iakttagelser från bland andra polis- och åklagarmyndigheten, domare och försvarare. Såvitt avsåg just frågan om offentlig försvarare framgick det av enkätsvaren – precis som departementschefen hade förutsett – att reformen inte hade fått någon praktisk betydelse såvitt avsåg unga tilltalade.¹⁸¹⁸ På frågan hur handläggningen av ungdomsmålen kunde förbättras i framtiden var dock från advokathåll den vanligaste synpunkten, att en offentlig försvarare *borde förordnas tidigare i processen*.¹⁸¹⁹ Detta förhållande gav upphov till följande uttalande från utredningen, som återges in extenso:

”Bestämmelsen i 24 § LUL gäller ... endast när den unge är tilltalad och således inte under förundersökningen. Under förundersökningen gäller istället de vanliga reglerna om offentlig försvarare. Sverige har år 1990 undertecknat och ratificerat FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen). Enligt konventionens artikel 40 punkten 2 skall särskilt säkerställas att [varje barn som misstänks eller åtalas för att ha begått brott tillförsäkras vissa särskilt uppräknade garantier]. Det gäller bland

¹⁸¹⁴ Jfr även SOU 1999:108 s. 143.

¹⁸¹⁵ Se dir. 1996:15, i SOU 1997:116 bil. 1 s. 527 ff.

¹⁸¹⁶ Se dir. 1998:29, i SOU 1999:108 bil. 1 s. 179 ff.

¹⁸¹⁷ Se SOU 1997:116 s. 42 och 484 (där kommittén förklarade ”att det inte är förenligt med konventionens bestämmelser att det finns en skillnad i företsättningar för att ha rätt till offentlig försvarare beroende på var i den rättsliga processen den unge befinner sig”) samt s. 42 (där kommittén gjorde samma konstaterade – ”[a]tt det finns en skillnad i rätten till offentlig försvarare beroende på var i den rättsliga processen den unge befinner sig anser vi inte vara förenligt med konventionen”).

¹⁸¹⁸ Jfr SOU 1999:108 s. 144 och 233.

¹⁸¹⁹ SOU 1999:108 s. 259.

annat att barnet snarast och direkt skall ... få juridiskt biträde eller annan lämplig hjälp vid förberedelse och framläggande av sitt försvar. [...] FN:s kommitté om övervakning av barns rättigheter enligt barnkonventionen har uttalat att man borde se till att offentlig försvarare alltid förordnas då ett barn misstänks ha begått brott. Kommitténs uttalande skedde före 1995 års ungdomsomsrörelse. [...] I förarbetena till 1995 års ungdomsomsrörelse uttalades att behovet av offentlig försvarare under förundersökningen för den som inte fyllt 18 år tillgodoses genom reglerna i rättegångsbalken. Med tanke på de påpekanden som har gjorts i enkätsvaren är det enligt utredningens mening *inte säkert att så är fallet*. Utredningen anser därför att det *inte är helt tillfredställande* att det saknas en särreglering om offentliga försvarare i LUL som omfattar förundersökningsstadiet. Detta har också påpekats av FN:s kommitté om övervakning av barns rättigheter enligt konventionen.¹⁸²⁰

Mot denna bakgrund föreslog utredningen att 24 § i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare skulle ändras så att offentlig försvarare – i anslutning till rättegångsbalkens terminologi – skulle förordnas åt *misstänkt* under 18 år, om det inte var uppenbart att *den misstänkta* saknade behov av försvarare.¹⁸²¹

1995 års utvärdering av ungdomsomsrörelsen lades år 2001 till grund för en följdreform av lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare, och såvitt avsåg frågan om offentlig försvarare anslöt sig nu departementschefen till utredningens förslag. Det konstaterades att en offentlig försvarare enligt FN:s Barnrättskommitté alltid skulle förordnas när ett barn misstänktes för att ha begått ett brott, samt att Barnrättskommittén – med anledning av Barnrättskommitténs uttalanden – hade funnit det oförenligt med Barnkonventionen att unga lagöverträdarens rätt till offentlig försvarare var avhängig av *var i den rättsliga processen* som den unga befann sig. Förvisso hade lagstiftaren tidigare (inom ramen för 1995 års ungdomsomsrörelse) förutsatt att den allmänna regleringen i rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a § utgjorde ett tillräckligt skydd för misstänkta unga, men med hänsyn till den nu föreliggande enkätundersökningen kunde man med fog betvivla att så var fallet. Mot denna bakgrund fanns det, enligt departementschefen, skäl att ändra 24 § lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare så att denna även omfattade misstänkta under 18 år.¹⁸²² Genom en lagändring år 2001 fick således 24 § sin nuvarande lydelse:

<i>LUL 24 § i dess lydelse före 2001 års reform</i>	<i>LUL 24 § i dess lydelse efter 2001 års reform</i>
För en <i>tilltalad</i> som inte har fyllt arton år skall offentlig försvarare förordnas, om det inte är uppenbart att han saknar behov av försvarare.	För en <i>misstänkt</i> som inte har fyllt arton år skall offentlig försvarare förordnas, om det inte är uppenbart att han saknar behov av försvarare.

För att i någon mån dämpa effekterna av lagändringen uttalade dock Utredningen av handläggning av ungdomsmål, beträffande uppenbarhetsrekvisitet, att behovet

¹⁸²⁰ SOU 1999:108 s. 144 f.

¹⁸²¹ SOU 1991:108 s. 145 och 173.

¹⁸²² Se även Nordlöf (2012) s. 353 f.

av försvarare ”normalt” inte är lika starkt under förundersökningen som under rättegången. Annorlunda uttryckt förutsatte kommittén att *en misstänkt ungdom oftare uppenbart skulle sakna behov av offentlig försvarare än en ung tilltalad*. Vidare anförde utredningen att det ”normalt” var obehövt att förordna en offentlig försvarare åt den unga vid ”bagatellartade brott” liksom vid, ”erkända brott av inte alltför allvarlig beskaffenhet”.¹⁸²³ Även i denna del anslöt sig departementschefen helt och hållet till utredningens ståndpunkter:

”Vid bedömningen av behovet av en offentlig försvarare innan åtal har väckts bör beaktas att detta i många fall *inte är lika starkt* som därefter. En misstänkt kan exempelvis sakna behov av en offentlig försvarare vid bagatellartade brott eller i mål där åtalsunderlåtelse eller strafföreläggande torde komma att meddelas. I dessa fall är det många gånger fråga om *erkända brott av inte alltför svår beskaffenhet*.”¹⁸²⁴

2001 års lagändring innebar alltså sammantaget att regleringen i 24 § lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare anknöts till rättegångsbalkens terminologi, genom att ordet *tilltalad* ersattes med ordet *misstänkt*. Att genom reformen uppnå likabehandling mellan tilltalade och misstänkta var dock inte meningen, trots att det var just den tidigare olikbehandlingen utav dessa som hade betraktats som konventionsstridig och därför föranlett reformen. Både utredningen och departementschefen var nämligen överens om att en misstänkt ungdom *inte hade samma behov av försvarare* som en tilltalad, och därför oftare kunde vägras en försvarare.

Genom reformen blev dock rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § respektive lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare 24 § åtminstone ”kronologiskt” samordnade på så vis, att båda lagrummen äger tillämpning från och med den tidpunkt då en person – över eller under 18 år – är misstänkt för ett brott. Frågan vid vilken tidpunkt under processen rätten till offentlig försvarare inträder kan alltså idag ges ett enhetligt svar oavsett om denna rättighet grundas på de allmänna reglerna i rättegångsbalken eller på särreglerna i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare, närmare bestämt när en person är ”misstänkt” i lagrummens mening. Vad detta rekvisit innebär är således av stor betydelse, och kommer därför att utvecklas ytterligare i nästföljande avsnitt.¹⁸²⁵

Frågan vid vilken tidpunkt under processen en rätt till offentlig försvarare inträder är dock att skilja från frågan under vilka allmänna förutsättningar en sådan rätt överhuvudtaget föreligger, och i sistnämnt avseende gäller delvis likartade och delvis olikartade regler beroende på om den misstänkta är över eller under 18 år. I nästa avsnitt skall jag därför säga något kort om hur reglerna om offentlig försvarare enligt rättegångsbalken (såsom *lex generalis*) förhåller sig till reglerna i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare (såsom *lex specialis*).

¹⁸²³ SOU 1999:108 s. 173.

¹⁸²⁴ Prop. 2000/01:56 s. 32.

¹⁸²⁵ Se avsnitt 5.3.5 nedan.

5.3.4.4 Uppenbart saknar behov av försvarare – en jämförelse med RB

Som utgångspunkt följer av rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a § första stycket att en offentlig försvarare alltid skall förordnas åt den som är anhållen eller häktad, samt för den som är på fri fot men misstänkt för ett brott för vilket det inte är stadgat lindrigare straff än fängelse i sex månader, om den misstänkta begär det. Till skillnad från 24 § i lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare – vari rätten till offentlig försvarare alltid är villkorad – föreskriver alltså rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a § första stycket en ovillkorlig rätt till offentlig försvarare; som vi konstaterat i tidigare avsnitt är stadgandet obligatoriskt för domstolen och dispositivt till förmån för den misstänkta.¹⁸²⁶ Om den misstänkte antingen är anhållen/häktad eller misstanken avser ett brott för vilket det inte är stadgat lindrigare straff än fängelse i sex månader, skall därför rättegångsbalkens regler alltid tillämpas – oavsett om den misstänkta är äldre – helt enkelt eftersom dessa är mest förmånliga i en sådan situation.

Om förutsättningarna att förordna en försvarare enligt rättegångsbalkens 21 kapitel 3 a § första stycket inte är för handen äger dock olika regelverk tillämpning beroende på om den misstänkta är över eller under 18 år: Är vederbörande över 18 år skall en offentlig försvarare förordnas *om det finns ett behov av försvarare* enligt de i rättegångsbalken närmare angivna grunderna. Är vederbörande istället under 18 år skall en offentlig försvarare förordnas *om det inte är uppenbart att den unga saknar behov av försvarare*.

Det ovan sagda ger vid handen att den enskildas ålder får lagteknisk betydelse i två situationer: (1) när vederbörande varken är anhållen/häktad eller misstänkt för ett brott med föreskrivet minimistraff på sex månader; och/eller (2) när vederbörande inte begär en försvarare. Den centrala skillnaden mellan misstänkta personer som är under respektive över 18 år ligger då – enligt lagtextens ordalydelse – i behovsrekvisitets utformning. Till skillnad från misstänkta som är över 18 år har nämligen misstänkta som är under 18 år ett presumerat behov av försvarare; endast om något sådant behov *inte föreligger* kan ett försvararförordnande underlåtas. Till detta kommer att presumptionsregeln har ”förstärkts” genom ett uppenbarhetsrekvisit. Det kan dock diskuteras om det föreligger någon egentlig skillnad mellan de två regelverken.

Sammanfattningsvis aktualiseras presumptionsregeln i 24 § lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare när en person under 18 år är misstänkt för ett brott och antingen inte har en ovillkorlig rätt till försvarare enligt rättegångsbalken, eller inte vill utnyttja denna rättighet. Regeln, liksom dess uppenbarhetsrekvisit, infördes redan i 1946 års lag, men förtydligades för första gången i samband med 1995 års ungdomsmålsreform. I den departementsskrivelse som föregick reformen uttrycktes – som framgått ovan – ståndpunkten, att något behov av försvarare inte förelåg när ”gärningen är erkänd och det inte finns någon tveksamhet om vilken påföljd som skall väljas”.¹⁸²⁷ I anslutning härtill uttalade departementschefen i den efterföljande propositionen, att något behov av försvarare inte förelåg när ”den

¹⁸²⁶ Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 96 och Ebervall (2002) s. 160 f.

¹⁸²⁷ Ds 1993:80 s. 40.

unge har erkänt den gärning åtalet avser och utredningen är okomplicerad”.¹⁸²⁸ I både departementsskrivelsen och propositionen anfördes således att ett erkännande minskar behovet av försvarare; enligt skrivelsen skulle härjämte avseende fästas vid att påföljdsvalet var enkelt, medan departementschefen istället fäste avseende vid att utredningen av brottet var enkel.

I samband med att ungdomsmålsreformen sedermera utvärderades förklarade Utredningen av handläggning av ungdomsmål att en försvarare ”normalt” var obehövlig vid ”bagatellartade brott” liksom vid ”erkända brott av inte alltför allvarlig beskaffenhet”,¹⁸²⁹ samt att en misstänkt person oftare saknade behov av försvarare än en tilltalad. Och ånyo anslöt sig departementschefen helt till utredningens ståndpunkter.¹⁸³⁰ I både den offentliga utredningen och propositionen anfördes således, återigen, att ett erkännande minskar behovet av försvarare (åtminstone såvitt avser bagatellartade brott/brott av inte alltför allvarlig beskaffenhet), liksom att behovet av försvarare är större under rättegången än under förundersökningen. Det sagda kan sammanfattas genom följande utdrag ur förarbetena:

<i>Reform:</i>	<i>Behov av försvarare saknas:</i>
<i>År 1995</i>	”om gärningen är erkänd och det inte finns någon tveksamhet om vilken påföljd som skall väljas” ¹⁸³¹ ”om den unge har erkänt den gärning åtalet avser och utredningen är okomplicerad” ¹⁸³²
<i>År 2001</i>	”vid bagatellartade brott [eller vid] erkända brott av inte alltför allvarlig beskaffenhet” ¹⁸³³ ”vid bagatellartade brott [eller vid] erkända brott av inte alltför svår beskaffenhet” ¹⁸³⁴

Det intressanta med ovanstående förteckning avseende situationer då en försvarare *uppenbart inte behövs* är att den i mångt och mycket tecknar en spegelvänd bild av vad som gäller enligt rättegångsbalken:

För det första: Enligt RB 21 kap. 3 a § 2 st. 1 p. skall en offentlig försvarare förordnas åt den misstänkta om denna har ett behov av försvarare med hänsyn till *utredningen av brottet*. Av motiven till denna bestämmelse framgår att ett sådant behov framförallt anses föreligga om den misstänkta *förnekar gärningen*.¹⁸³⁵ RHK gjorde rent av gällande att det vid förnekande förelåg ”en viss presumtion” för att den misstänkta behövde en försvarare för att kunna ta tillvara sin rätt.¹⁸³⁶ Vad gäller erkända gärningar uttalade dock både RHK och DepC, att ”utredningen av själva brottet i allmänhet

¹⁸²⁸ Prop. 1994/95:12 s. 94.

¹⁸²⁹ SOU 1999:108 s. 173.

¹⁸³⁰ Prop. 2000/01:56 s. 32.

¹⁸³¹ Ds 1993:80 s. 40.

¹⁸³² Prop. 1994/95:12 s. 94.

¹⁸³³ SOU 1999:108 s. 173.

¹⁸³⁴ Prop. 2000/01:56 s. 32.

¹⁸³⁵ DsJu 1983:2 s. 57 och prop. 1983/84:23 s. 16.

¹⁸³⁶ DsJu 1983:2 s. 57 f. Någon presumtion i egentlig mening visade det sig dock inte vara frågan om; se i och vid fn. 1748

ovan.

inte motiverar att en försvarare förordnas”.¹⁸³⁷ Detta stämmer som synes tämligen väl överens med vad som anfördes i förarbetena till LUL 24 §, där stor vikt tillmättes just den ungas erkännande; om gärningen var erkänd hade den unga inte något behov av försvarare med hänsyn till just utredningen av skuldfrågan. Om den unga förnekade gärningen var det däremot – om man läser motiven motsatsvis – inte uppenbart att denna saknade behov av försvarare, och en sådan skall därför förordnas. För vuxna gäller således, något förenklat, att de med hänsyn till utredningen av brottet *har behov* av försvarare om de förnekar den gärning som åtalet avser, medan unga *saknar behov* av försvarare om de erkänner gärningen.

För det andra: Enligt RB 21 kap. 3 a § 2 st. 2 p. skall en offentlig försvarare förordnas om försvarare behövs med hänsyn till att det är *tveksamt vilken påföljd som skall väljas* och det finns anledning att döma till annan påföljd än böter eller villkorlig dom eller sådana påföljder i förening. I förarbetena till denna punkt uttalade både RHK och DepC att i de ”mål där det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas [ofta krävs] att den tilltalade biträds av en försvarare för att man skall vara säker på att de relevanta omständigheterna kommer fram”.¹⁸³⁸ I anslutning till detta uttalades i förarbetena till LUL 24 §, att den unga *inte* hade behov av försvarare om det *inte* fanns någon tveksamhet kring just vilken påföljd som skulle väljas. Om påföljdsvalet är tveksamt anses alltså, ånyo något förenklat, vuxna *ha behov* av försvarare medan unga *saknar behov* av försvarare om påföljdsvalet inte är tveksamt.

För det tredje: Enligt RB 21 kap. 3 a § 2 st. 3 p. föreligger slutligen en möjlighet att förordna offentlig försvarare på grund av särskilda skäl med hänsyn till den tilltalades personliga förhållanden eller vad målet rör. Och till en motsvarande säkerhetsventil kan man kanske hänföra de övriga omständigheter som enligt förarbetena till LUL 24 § emellanåt kunde medföra att den unga saknade behov av försvarare, såsom att målet var bagatellartat eller av inte alltför allvarlig beskaffenhet, liksom att det i målet torde komma att meddelas åtalsunderlåtelse eller strafföreläggande.

Det ovan sagda kan sammanfattas genom följande uppställning:

<i>Vuxna misstänkta:</i>	<i>Unga misstänkta:</i>
Offentlig försvarare skall förordnas åt den som är över 18 år, om den misstänkt <i>har behov av försvarare</i> med hänsyn till:	Offentlig försvarare skall förordnas åt den som är under 18 år, om den misstänkta <i>inte uppenbart saknar behov av försvarare</i> med hänsyn till:
1. Att utredningen av brottet är komplicerad.	1. Att utredningen av brottet är okomplicerad.
2. Att det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas.	2. Att det inte är tveksamt vilken påföljd som skall väljas; eller
3. Att det föreligger särskilda skäl.	3. Att det föreligger särskilda skäl.

¹⁸³⁷ Prop. 1983/84:23 s. 15. Detta uttalande var helt i linje med vad RHK tidigare uttalat (DsJu 1983:2 s. 57), närmare bestämt att om den misstänkta erkänt vad som lagts vederbörande till last så var denna ”inte i behov av någon offentlig försvarare”.

¹⁸³⁸ Prop. 1983/84:23 s. 17. Se även DsJu 1983:2 s. 62.

Naturligtvis måste det vara skillnad mellan att bara få en försvarare om man *har behov* av försvarare å ena sidan, och att bara nekas en försvarare om man *upppenbart saknar behov* av försvarare att å andra sidan. I det sistnämnda fallet, men inte i det förstnämnda, föreligger ju en presumtion för att en försvarare skall förordnas. Som framgått av det föregående har också lagstiftaren, såvitt avser vuxna lagöverträdare, uppmanat till restriktivitet vid tillämpningen av reglerna, medan en större generositet har präglat lagstiftningsarbetet rörande barn och unga. När allt kommer omkring skall dock bedömningen av huruvida den vuxna har/den unga saknar ett försvararbehov ske utifrån ungefär samma kriterier; för att bara ta ett exempel har en vuxen behov av försvarare om gärningen förnekas, medan ett barn saknar behov av försvarare om gärningen erkänns – vilket ju är två sätt att formulera samma sak. Detta förhållande innebär att det är först inom ramen för domstolarnas faktiska tillämpning av reglerna som eventuella skillnader mellan unga och vuxna kan identifieras.

5.3.5 Tidpunkten för försvararinträdet

Rätten till offentlig försvarare omfattar, enligt både rättegångsbalken och lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare, endast den som är ”misstänkt för brott”. Att en person betraktas som misstänkt i lagrummens mening är således en grundförutsättning för att en försvarare överhuvudtaget skall kunna förordnas åt vederbörande, alldeles oavsett om den misstänkta är över eller under 18 år och obeaktat hur stort eller litet behovet av försvarare är. I detta avsnitt skall jag därför klargöra vad som avses med att någon är misstänkt för brott i den mening som här är av intresse.

I rättegångsbalken laboreras med ett stort antal misstankegrader, till vilka olika rättsföljder har anknutits.¹⁸³⁹ Sålunda förutsätter exempelvis de flesta tvångsmedel – men inte alla¹⁸⁴⁰ – att det föreligger en viss i bestämmelsen särskilt angiven misstankegrad.¹⁸⁴¹ De vanligaste graderna av misstanke, liksom några exempel på därtill förenade rättsföljder, kan illustreras enligt följande:¹⁸⁴²

<i>Misstankegrad:</i>	<i>Exempel på rättsföljder:</i>
”Finns anledning att anta”	Förundersökning skall inledas enligt RB 23 kap. 1 §,
”kan antas”	Förhör må hållas med envar enligt RB 23 kap. 6 §.
”antages”	Husrannsakan får ske enligt RB 28 kap. 1 § 2 st. och 3 §.
	Den misstänkta s egendom får tas i beslag enligt RB 27 kap. 1 §.

¹⁸³⁹ Se exv. Andersson, Simon, *Skälig misstanke* (2016), som gör skillnad mellan skälig misstanke som rekvisit för tvångsmedel (s. 56 ff.) och skälig misstanke som rekvisit för partsrättigheter (s. 67 ff.).

¹⁸⁴⁰ Se exv. RB 23 kap 8 §.

¹⁸⁴¹ Lindberg, Gunnel, *Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas?* (2012) s. 34.

¹⁸⁴² Jfr Westerlund, Gösta, *Straffprocessuella tvångsmedel – en studie av rättegångsbalkens 24 till 28 kapitel och annan lagstiftning* (2010) s. 37 ff.

”Kan misstänkas”	Den misstänkta får tas i förvar under den tid denna är skyldig att stanna kvar för förhör enligt RB 23 kap. 9 § 4 st.
”Skäligen misstänkt” ”skäligen kan misstänkas”	Den misstänkta får underkastas hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation och hemlig övervakning av elektronisk kommunikation enligt RB 27 kap. 20 §, samt underkastas kroppsvisitation och kroppsbesiktning enligt RB 28 kap. 11-12 §§. Den misstänkta får anhållas enligt RB 24 kap. 6 § och häktas enligt RB 24 kap. 3 §, samt meddelas reseförbud eller anmälningsskyldighet enligt RB 25 kap. 1 §. Den misstänkta egendom får beläggas med kvarstad enligt RB 26 kap. 1 § och husrannsakan får ske enligt RB 28 kap. 1 § 1 st.
”Sannolika skäl misstänkt”	Den misstänkta får anhållas enligt RB 24 kap. 6 § och får/skall häktas enligt RB 24 kap. 1-2 §§.
”Tillräckliga skäl”	Den misstänkta skall åtalas enligt RB 20 kap. 6 §.
”Övertygande bevisning”	Den misstänkta får underkastas rättspsykiatrisk undersökning enligt lagen (1991:1137) om rättspsykiatrisk undersökning 2 §.
”Ställt utom rimligt tvivel”	Den misstänkta skall dömas för brottet (jfr NJA 1980 s. 725 och NJA 1990 s. 555).

Vad säger då misstankegraden? Ja, de olika sätten att beskriva graden av misstanke ger uttryck för hur *stark bevisning* som krävs (antingen för ett visst förhållande¹⁸⁴³ eller för den misstänkta skuld¹⁸⁴⁴) för att polisen/åklagaren/domstolen skall få vidta olika åtgärder – i exemplen ovan för att få inleda förundersökning, hålla förhör, tillgripa olika tvångsmedel, ansöka om stämning och slutligen meddela en fällande dom. Jag kommer inte här att närmare redogöra för hur stark bevisning som krävs för respektive misstankegrad ovan, helt enkelt eftersom detta är så gott som omöjligt. Följande citat ur litteraturen är illustrativt:

”Värderingen av en brottsmisstanke förutsätter ... komplicerade överväganden. Varje ärende är i princip unikt. Det är därför vanskligt att uttala sig om vad som krävs för att nå upp till en viss grad av misstanke. [...] Det ligger i sakens natur att lagstiftaren inte i detalj kan ange vad som i det enskilda fallet krävs för att en brottsmisstanke skall nå upp till en viss nivå. Alla de uttryck som används för att beteckna graden av misstanke är vaga språkligt sett. I förarbetena till RB har inte närmare kommenterats vad som avses med de olika graderna av misstanke. [...] [E]n bevisbedömning innehåller alltid ett subjektivt moment. Varje beslutsfattare gör sin bedömning *efter den egna måttstocken*, vilket innebär att uppfattningarna om vad som krävs för att uppfylla beviskraven *varierar från individ till individ*.”¹⁸⁴⁵

¹⁸⁴³ Exv. sannolikheten att ett brott har förövats (RB 23 kap. 1 §) eller att någon kan lämna upplysningar av betydelse för utredningen av detta (RB 23 kap. 6 §).

¹⁸⁴⁴ Jfr Westerlund (2010) som skiljer mellan ”misstanke om brott” (s. 37 f.) och ”misstanke mot person” (s. 38 ff.).

¹⁸⁴⁵ Lindberg (2012) s. 43.

Och för att gå från klarhet till klarhet: Såvitt avser frågan om vilken misstankegrad – och därmed hur stark bevisning – som krävs för att en person skall ha rätt till offentlig försvarare, har denna fråga lämnats oreglerad i både rättegångsbalken och lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare. Inte nog med att det är ”vanskligt” att uttala sig om vad en viss misstankegrad innebär, att varje ”beslutsfattare gör sin bedömning efter den egna måttstocken” och att uppfattningarna därför ”varierar från individ till individ” – det går alltså inte ens att utläsa vilken misstankegrad som måste föreligga. Lagtexten talar endast om den som ”är misstänkt” för brott, vilket (i princip) kan innefatta allt mellan att det kan antas att en någon ägnar sig åt brottslig verksamhet till det är ställt bortom rimligt tvivel att en viss person gjort sig skyldig till brottet. En första fråga som tilldrar sig intresse är därmed vilken misstankegrad som måste riktas – eller annorlunda uttryckt: hur stark bevisning som måste föreligga – mot en person, för att vederbörande skall betraktas som misstänkt enligt ifrågakvarande lagrum och därmed omfattas av rätten till offentlig försvarare.

5.3.5.1 Försvarare vid skäligen misstanke

I förarbetena till rättegångsbalken förklarade Processkommissionen, att när

”... de första spaningarna verkställas, är det ofta alldeles ovisst, vem rättsproceduren kan komma att gälla. Även om någon anledning förekommer till antagande att en viss person begått brottet, kan denna anledning vara så svag, att undersökningen ej kan särskilt riktas emot honom. Så länge detta är fallet, bör han behandlas på samma sätt som övriga personer, vilka kunna höras till upplysning i saken eller emot vilka annan åtgärd kan vidtagas. Därest spaningarna hava framgång, inträder emellertid en tidpunkt, då de besvärade omständigheterna mot viss person bliva så starka, att undersökningen kan riktas mot honom. Då detta sker, blir hans ställning i avseende å undersökningen väsentligen förändrad. Han får i viss mån samma ställning som en tilltalad; han blir sålunda underkastad vissa partsskyldigheter men får ock vissa partsrättigheter.”¹⁸⁴⁶

Bland dessa partsrättigheter nämnde kommissionen särskilt rätten ”att använda försvarare såsom biträde i rättegången” eftersom den enskilda ”oftast själv icke har förmåga att utföra ett försvar”.¹⁸⁴⁷ Beträffande försvararbehovet *under förundersökningen* (nedan omtalad som ”den förberedande undersökningen”) anförde kommissionen vidare, att det för ett riktigt utförande av den tilltalades talan

”... ofta [är] av vikt, att han *redan på ett tidigt stadium* kan få sakkunnigt bistånd, och stundom kan genom försvararens verksamhet under den förberedande undersökningen ett obefogat åtals väckande avvärjas. Om försvararen ej förrän efter åtalets väckande får befattning med målet, kan på grund härav vid huvudförhandlingen föranledas uppskov, som eljest kunnat undgås. Försvararen kan stundom vid den förberedande undersökningen *bliva en välbehövlig motvikt mot den till äventyrs ensidigt arbetande*

¹⁸⁴⁶ SOU 1926:32 s. 47.

¹⁸⁴⁷ SOU 1926:32 s. 48.

*ledaren av undersökningen. [...] Rätt att låta sig biträdas av försvarare bör dock ej tillkomma envar, emot vilken någon misstanke förekommer. Det är först sedan undersökningen tagit den gestaltning, att den, enligt vad förut är sagt, kan anses riktad mot viss person, som rätt för denne att biträdas av försvarare bör inträda.*¹⁸⁴⁸

Processkommissionen valde således att inte koppla rätten till försvarare till åtalets väckande, men ville inte heller ge vem som helst en obetingad rätt att anlita biträde under förundersökningen; först då misstanken kunde ”anses riktad mot viss person” skulle rätten till försvarare inträda. Att närmare precisera denna tidpunkt var emellertid ”tydligen icke möjligt” och det fick därför ”bero på ett mera fritt bedömande, när undersökningen kan anses riktad mot viss person”. Så snart den undersökande myndigheten ”i ord eller gärning” betecknat en viss person såsom föremål för undersökningen, ansåg dock kommissionen att detta stadium hade inträtt.¹⁸⁴⁹

Till kommissionens ståndpunkt anslöt sig i huvudsak Processlagberedningen, men med följande precisering av misstankegraden:

”Rätt att anlita biträde av försvarare bör tillkomma den misstänkte icke blott, då han ställts under åtal, utan även under förundersökningen, så snart denna fortskridit så långt, att den kan anses riktad mot honom *såsom skäligen misstänkt för brottet.*”¹⁸⁵⁰

När det i rättegångsbalken stadgas att *den misstänkte* vid sin talans förberedande och utförande må biträdas av (privat) försvarare,¹⁸⁵¹ liksom att *den misstänkte* i vissa fall äger rätt att få en (offentlig) försvarare förordnad av allmänna medel,¹⁸⁵² avses således den som är *skäligen misstänkt*.¹⁸⁵³ Att närmare definiera denna misstankegrad låter sig dock, som konstaterats ovan, svårligen göras, vilket JO också har bekräftat:

”Att lägga fast några mera bestämda riktlinjer för vad som skall krävas för att en misstänkt skall anses vara skäligen misstänkt *är inte möjligt*. Denna fråga får istället avgöras från fall till fall, och härvid finns det självfallet ofta ett visst utrymme för *olika bedömningar.*”¹⁸⁵⁴

¹⁸⁴⁸ SOU 1926:32 s. 49.

¹⁸⁴⁹ SOU 1926:32 s. 47.

¹⁸⁵⁰ SOU 1938:44 s. 273. Se även a. SOU s. 30, där PLB konstaterar att ”den misstänkte redan under förundersökningen borde äga att anlita försvarare”.

¹⁸⁵¹ RB 21 kap. 3 §.

¹⁸⁵² RB 21 kap. 3 a § och härtill NJA 2001 s. 344.

¹⁸⁵³ Jfr Fitger et al. (Zetee 2017) 21 kap. 3 §, som m.h.t. PLB:s nyss citerade uttalande konstaterar att den ”misstänkte får ... anlita försvarare även under förundersökningen så snart undersökningen hunnit så långt att den kan anses riktad mot honom såsom skäligen misstänkt för brottet”. Se även Andersson (2016) s. 67 f.

¹⁸⁵⁴ JO dnr 4029-1995. Se även exv. JO dnr 2504-1989, där JO likaså anför att det är omöjligt att med någon högre grad av precision säga när en sådan misstanke skall anses föreligga, samt härtill Lindberg (2012) s. 45.

Enligt en vanligt förekommande – låt vara vag – formulering krävs det dock, för att skäligen misstanke skall anses vara för handen,¹⁸⁵⁵ att det föreligger ”konkreta omständigheter av viss styrka som pekar på” alternativt ”konkreta omständigheter som med viss styrka talar för” att den misstänkta har begått det antagna brottet/den gärning som misstanken avser,¹⁸⁵⁶ ibland med tillägget att de konkreta omständigheterna skall vara ”objektivt underbyggda”.¹⁸⁵⁷ Enbart en subjektiv övertygelse hos bedömarens är således inte tillräcklig,¹⁸⁵⁸ och inte heller kan allmänna kunskaper om en viss persons livsföring eller tidigare brottslighet grunda skäligen misstanke.¹⁸⁵⁹

Att det föreligger konkreta och objektivt underbyggda omständigheter som med viss styrka talar för att en viss person har begått en viss brottslig gärning är dock inte tillräckligt för att vederbörande skall ha rätt till försvarare. Denna rättighet inträder nämligen först när den misstänkta har underrättats om misstanken, enligt vad jag nu skall utveckla.

5.3.5.2 Försvarare vid delgivningsförhöret

Trots att det är svårt att närmare definiera när skäligen misstanke föreligger – och bedömningen därför framstår som förhållandevis godtycklig – har till denna misstankegrad anknutits ett flertal betydelsefulla rättsföljder. Av särskilt intresse i detta sammanhang är rättegångsbalkens 23 kapitel 18 §, som stadgar att när förundersökningen har kommit så långt att någon skäligen misstänks för brottet skall den misstänkta underrättas om misstanken, märk väl, *då vederbörande hörs*.¹⁸⁶⁰ Detta lagrum är, vid första anblick, inte helt enkelt att förstå. Klart är dock att skyldigheten att delge skäligen misstanke för ett brott inträder först *då förhör hålls med den misstänkta i dennas egenskap av just skäligen misstänkt* (så kallat ”delgivningsförhör” eller ”23:18-förhör”). Den som är skäligen misstänkt för ett brott har med andra ord ingen automatisk rätt att underrättas om misstanken i samma stund som den uppstår; någon skyldighet att anordna ett delgivningsförhör så snart skäligen misstanke är för handen föreligger inte.¹⁸⁶¹ I praktiken innebär det sagda att en person kan vara skäligen misstänkt för ett brott – och på denna grund bli föremål för hemliga tvångsmedel – under lång tid utan att underrättas om detta.¹⁸⁶²

¹⁸⁵⁵ Enligt Ekelöf avses med ”skäligen misstanke” samma bevisstyrka som det i *Rättegång* nyttjade ”antagligt”; se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael, *Rättegång: Femte häftet* (2011) s. 117. Ekelöf utvecklade närmare sin syn på skäligen misstanke i Ekelöf, Per Olof, *Ett problem med avseende på hemlig avlyssning* (SvJT 1/1982) s. 654-663, där han bl.a. framhöll (s. 656) att vagheten hos förekommande lokutioner inte får tas till intäkt för att de därmed avsedda beviskraven är tänjbara och har ”en viss spännvidd”. Beviskravet ”skäligen misstanke” behandlas utförligt av Andersson (2016).

¹⁸⁵⁶ JO dnr 3007-1984 resp. JO dnr 4029-1995. Se till det sagda exv. Westerlund (2010) s. 39 (m.h.t. fler relevanta JO-avgöranden) samt Lindberg (2012) s. 45 ff. och Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 133.

¹⁸⁵⁷ Se exv. JO dnr 3505-1996, där det talas om ”konkreta, objektivt underbyggda, omständigheter”.

¹⁸⁵⁸ JO dnr 743-1990.

¹⁸⁵⁹ JO dnr 4029-1995.

¹⁸⁶⁰ Med ”då han hörs” avses enligt Danielsson ”i normalfallet då förhöret börjar”. Se Danielsson, Stig, *Förundersökning i brottmål – en handbok om rättegångsbalkens 23 kapitel och annan lagstiftning, särskilt förundersökningskungörelsen* (2015) s. 81 och härtill JO 1964 s. 106. Se även Andersson (2016) s. 68 ff.

¹⁸⁶¹ Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 134.

¹⁸⁶² Jfr Dsju 1979:15 s. 89 och Blomkvist (2003) s. 24. Se även Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 23 kap. 18 § samt Andersson (2016) 68.

I motiven till rättegångsbalken inskräppte Processlagberedningen att ”garantier [borde] skapas för att den misstänkte [vid förundersökningen] ej utsattes för inkvisitoriska eller eljest olämpliga förhörsmetoder eller för en behandling, som medförde alltför stark fysisk eller psykisk påfrestning”.¹⁸⁶³ Det var följaktligen ”av vikt” att den enskilda fick kännedom om misstanken för att därigenom ”kunna begagna sin rätt att vid förundersökningen anlita försvarare och i övrigt tillvarataga sina intressen”.¹⁸⁶⁴ I enlighet härmed har till rättegångsbalkens 23 kapitel 18 § kopplats en viktig bestämmelse i förundersökningskungörelsen,¹⁸⁶⁵ enligt vilken den misstänkta – i samband med delgivningförhöret – också skall underrättas om sin rätt att dels anlita biträde av försvarare (enligt RB 23 kap. 3 §),¹⁸⁶⁶ dels få en offentlig försvarare förordnad under vissa förutsättningar (enligt RB 23 kap. 3 a §).¹⁸⁶⁷ Mot bakgrund av dessa bestämmelser har Högsta domstolen i NJA 2001 s. 344 funnit att det ”får anses framgå att det är först då en person *är* skäligen misstänkt för ett brott *och* har underrättats om denna misstanke som offentlig försvarare får förordnas för honom”.¹⁸⁶⁸ Med andra ord är försvararinträdet inte bara knuten till misstankegraden som sådan, utan också till det faktum att den misstänkta har underrättats om denna (enligt RB 23 kap. 18 §), eftersom det är vid denna tidpunkt vederbörande skall informeras om sin rätt att anlita privat försvarare och i vissa fall få en offentlig försvarare förordnad (enligt FUK 12 §). Omständigheterna i det aktuella målet var som följer:

En person (A) ansökte vid TR:n om att offentlig försvarare skulle förordnas för honom och anförde bl.a. att han arbetade som behandlingsassistent på ett barnhem och var misstänkt för att ha misshandlat en femårig elev på hemmet. Han var kallad till förhör men var inte delgiven misstanke om brott och åklagaren hade uppgett att han endast skall höras upplysningsvis. Med hänsyn till den betydelse som utsagor under förundersökningen tillmäts vid en eventuell huvudförhandling menade A att det inte var rimligt att den som är anmäld för brott höras upplysningsvis; om han skulle höras så skulle han höras som misstänkt med de rättigheter som följer av RB 23 kap. 18 §. Om polis eller åklagare av någon anledning inte ville delge honom en formell brottsmisstanke så borde han ändå betraktas som misstänkt vid tillämpning av RB 21 kap. 3 och 3 a §§. TR:n gick på A:s linje och förordnade advokaten X som offentlig försvarare, varvid DV överklagade TR:ns beslut till HovR:n.

Inför HovR:n yrkade DV att X förordnande som offentlig försvarare skulle upphävas eftersom rätten till offentlig försvarare förutsätter en formlig misstanke om brott. A var inte formligen misstänkt för något brott och det faktum att han skulle höras upplysningsvis kunde, enligt verkets mening, inte grunda rätt till offentlig försvarare.

¹⁸⁶³ SOU 1938:44 s. 30.

¹⁸⁶⁴ SOU 1938:44 s. 293.

¹⁸⁶⁵ Se FUK 12 §.

¹⁸⁶⁶ Härmed avses således privat anlitad försvarare.

¹⁸⁶⁷ Om delgivning och kommunikation enligt RB 23 kap. 18 §; se vidare Danielsson (2015) s. 81 ff. Se även några kritiska anmärkningar hos Blomkvist (2003) s. 26, som anför att det med denna information ofta är ”si och så”.

¹⁸⁶⁸ Se till det sagda Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 814. Se även RH 1981:172 och därtill Bring & Diesen (2009) s. 129, som m.h.t. HovR:ns avgörande konstaterar att ”[e]n offentlig försvarare [inte kan] förordnas för någon innan denne är formligen misstänkt”.

A bestridde ändring och anförde bland annat att vad han uppgav i förhör med polis och åklagare oundvikligen skulle inflyta i förundersökningsprotokollet – oavsett om han hördes upplysningsvis eller som misstänkt – och därmed tillmätas betydelse av domstolarna. Att han hördes utan försvarare närvarande var fick ”anses oacceptabel ur rättssäkerhetssynpunkt”. HovR:n konstaterade att A inte delgivits misstanke om brott och att den som ännu inte är formligen misstänkt för brott inte har möjlighet att få offentlig försvarare förordnad för sig, varvid TR:ns beslut undanröjdes. A överklagade HovR:ns beslut och yrkade att HD skulle fastställa TR:ns beslut och förordna X som offentlig försvarare för A. DV bestred ändring.

I sitt beslut lämnade Högsta domstolen överklagandet utan bifall, med följande motivering, som återges in extenso:

”[A har] blivit kallad till förhör inför polisen på grund av att det hade gjorts en anmälan mot honom för misshandel. Av handlingarna i målet framgår att [A] inte är delgiven någon misstanke för brott. [...] Enligt 23 kap. 1 § RB skall en förundersökning inledas så snart det på grund av angivelse eller av annat skäl finns anledning att anta att ett brott som hör under allmänt åtal har förövats. Under förundersökningen får enligt 23 kap. 6 § RB förhör hållas med envar som antas kunna lämna upplysning av betydelse för utredningen. Enligt 23 kap. 18 § RB skall, då utredningen kommit så långt att någon skäligen misstänks för brottet, denne underrättas om misstanken då han hörs. Enligt 21 kap. 3 § RB får den misstänkte biträdas av försvarare vid sin talans förberedande och utförande. I 3 a § anges i vilka fall offentlig försvarare skall förordnas för den misstänkte. Det är bl.a. om den misstänkte är i behov av försvarare med hänsyn till utredningen om brottet. Det åligger enligt 23 kap. 5 § undersökningsledaren att anmäla detta till rätten. Av de återgivna lagbestämmelserna får anses framgå att det är först då en person är skäligen misstänkt för ett brott och har underrättats om denna misstanke som offentlig försvarare får förordnas för honom. [A] som enligt vad nyss sagts inte är delgiven någon misstanke för brott, skulle därför inte ha rätt till offentlig försvarare.”

I det ifrågavarande målet skulle alltså A endast höras ”upplysningsvis” enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 6 §.¹⁸⁶⁹ Trots att han kallades till förhör med anledning av en polisanmälan mot honom betraktades han inte som skäligen misstänkt och saknade följaktligen rätt till försvarare. Högsta domstolen förklarade också uttryckligen att denna ordning inte stred mot Europakonventionen – en uppfattning som jag inte delar, av skäl som jag kommer att utveckla i kommande kapitel.¹⁸⁷⁰

5.3.5.3 Försvarare vid upplysningsvisa förhör

Idag är behovet av försvarare redan under förundersökningen allmänt vitsordat; exempelvis anförde Straffprocessutredningen i sitt betänkande *Brottmålsprocessen* (SOU 2013:17), att den som misstänks för brott behöver garanteras rätten till

¹⁸⁶⁹ Om upplysningsvisa förhör; se Andersson (2016) s. 69 ff.

¹⁸⁷⁰ Se avsnitt 6.2, särskilt 6.2.3 och 6.2.7.2. Avgörandet anses dock ge uttryck för gällande rätt, se exv. Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 282 f.

försvare ”i ett så tidigt skede av processen som möjligt” för att därigenom ”få en effektiv möjlighet att få sin sak prövad i rättegången”.¹⁸⁷¹ Denna ståndpunkt skall naturligtvis förstås mot bakgrund av att vad som sker under förundersökningens inledning styr dess fortsatta inriktning och därmed – i förlängningen – verkar bestämmande också på rättegångens utformning. Till detta kommer att den misstänkta under förundersökningen befinner sig i ett betydande underläge i relation till polis och åklagare. Med Ekelöfs (m.fl.) ord:

”Att den misstänkte biträds av försvarare skapar den bästa garantien för att polisen inte missbrukar sin maktställning och för att den misstänktes befogenheter blir effektivt utnyttjade. Vare sig han är skyldig eller oskyldig kan han vara nedbruten av vad som hänt och behöva någon att anförtro sig åt ...”¹⁸⁷²

Av dessa skäl har också JO uttalat, att

”[h]uvudsyftet med att en misstänkt ska ha rätt till försvarare tidigt i en brottsutredning är att han eller hon inte på grund av bristande kännedom om utredningsförfarandet och den rättsliga regleringen ska komma i underläge mot polis och åklagare utan ha tillgång till sådan sakkunskap att han eller hon till fullo kan tillvarata sina rättigheter. Den som är misstänkt för ett brott har därför *som regel* rätt att ha tillgång till försvarare redan från och med *första förhöret*.”¹⁸⁷³

Detta uttalande från JO är vid första anblick svårförenligt med Högsta domstolens dom i NJA 2001 s. 344. Förmodligen skall dock ”den som är misstänkt för ett brott” förstås som ”den som är *skäligen* misstänkt för ett brott”,¹⁸⁷⁴ för som framgått ovan finns det inte någon ”regel” i svensk rätt som kopplar rätten till försvarare till det ”första förhöret” – tvärtom kan en person, i olika egenskaper, underkastas en rad olika förhör utan att vara skäligen misstänkt, och det är först när den misstänkta både delges och *hörs enligt denna misstankegrad* som rätten till försvarare aktualiseras.

Redan av Processkommissionens betänkande¹⁸⁷⁵ framgår att en misstänkt person är skyldig att underkasta sig förhör också innan bevisningen mot vederbörande är så stark att skäligen misstanke kan anses föreligga:

”[F]ör att den förberedande undersökningen må bli effektiv, måste vi tillåta förhör med den misstänkte även under denna undersökning. Under det stadium av un-

¹⁸⁷¹ SOU 2013:17 s. 203. Som framgått ovan framhöll redan PK betydelsen av ett tidigt försvararinträde som en ”välbehövlig motvikt mot den till äventyrs ensidigt arbetande ledaren av undersökningen” och i förlängningen för att undvika obefogade åtal; se fn. 1848 ovan.

¹⁸⁷² Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 136 f. Jfr Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 92 (där det konstateras att den ”bästa garantin” för att förhindra oriktiga straffdomar är att den misstänkta biträds försvarare”) samt Ekelöf et al. (2016) s. 79 (där det konstateras att tillgången till försvarare ”har långt större betydelse” för den misstänkta trygghet än objektivitets- resp. officialprincipen).

¹⁸⁷³ JO dnr 3019-2012. Att ett behov av försvarare kan inträda redan vid det första polisförhöret har också noterats av Fitger et al. (Zeteo 2017), som i kommentar till RB 23 kap. 5 § förklarar att ”[f]örsvararbehovet [inte är] mindre starkt vid det första förhöret som hålls med en misstänkt person utan snarare tvärtom”.

¹⁸⁷⁴ Med HD:s ord i NJA 2001 s. 344 är det ju först då någon är ”formligen misstänkt”.

¹⁸⁷⁵ Beträffande rättsläget ÄRB; se Andersson (2016) s. 69.

dersökningen, då denna ännu ej riktats emot viss person, blir det ej någon skillnad mellan förhör med den, emot vilken någon misstanke må förefinnas, och förhör med andra personer. Sedan utredningen hunnit så långt, att undersökningen riktats mot viss person, blir ställningen något ändrad. Att den misstänkte även under detta stadium bör kunna höras är givet. Men det erfordras vissa regler om sådant förhör, särskilt i syfte att förekomma sådana missbruk, som inkvisitionsprincipen i dess stränga tillämpning medfört.”¹⁸⁷⁶

Processkommissionen gjorde således en distinktion mellan å ena sidan personer mot vilka *någon misstanke må förefinnas* och å andra sidan personer mot vilka *undersökningen riktats*. Båda dessa personkategorier kunde enligt kommissionen underkastas förhör, men det var först när undersökningen riktades mot en viss person som dennas ställning såsom förhörsperson ändrades – dessförinnan likställdes den misstänkta med ”andra personer”, det vill säga personer mot vilken ingen misstanke finns (såsom vittnen, målsäganden och andra). Bring och Diesen har uttryckt ungefär samma sak i följande ordalag:

”Under förundersökningens tidiga skeden är inte alltid de inblandades roller i det inträffade klara – det kan ta en tid innan det står klart vem som är misstänkt, vem som är vittne och i vissa fall vem som är målsägande. Av detta skäl sker förundersökningens förhör med utgångspunkten att förhörspersoner med stöd av RB 23:6 ska behandlas lika och att de ... ska höras upplysningsvis ...”¹⁸⁷⁷

Enligt RB 23 kapitlet 6 § må förhör hållas med ”envar” som antas kunna lämna upplysning av betydelse för utredningen.¹⁸⁷⁸ Denna regel omfattar alla – således även den mot vilken ”någon misstanke må förefinnas” eller, med ett modernare språkbruk, den som ”kan misstänkas”.¹⁸⁷⁹ En person som förvisso kan misstänkas för ett brott men inte är skäligen misstänkt för detsamma är således i detta avseende att betrakta som ”vem som helst”, vilket innebär att även en misstänkt person hörs ”upplysningsvis” intill dess bevisningen är så stark att skälig misstanke föreligger.¹⁸⁸⁰ Formerna för detta förhör är också oregrerade. Med JO:s ord:

”Hur man skall förfara vid förhör med någon annan än den som är skäligen misstänkt för ett brott – exempelvis med någon i fråga om vilken det föreligger en lägre grad av misstanke – är inte reglerat på annat sätt än genom de bestämmelser som

¹⁸⁷⁶ SOU 1926:32 s. 67. Se härtill Bring & Diesen (2009) s. 329.

¹⁸⁷⁷ Jfr Bring & Diesen (2009) s. 321.

¹⁸⁷⁸ Om förhör under förundersökningen i allmänhet; se Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 121 ff., som bl.a. konstaterar att det är en ”allmän medborgerlig skyldighet” att stå till förfogande för förhör.

¹⁸⁷⁹ Jfr JO dnr 5493-2008: ”Av 23 kap. 6 § RB framgår att förhör under en förundersökning får hållas med alla som antas kunna lämna upplysning av betydelse för utredningen. Förhör hålls med stöd av denna bestämmelse oberoende av om förhörspersonen är misstänkt, målsägande, vittne eller annan. [...] När misstanken mot en viss person har uppnått sådan styrka att han eller hon är att anse som skäligen misstänkt för brott, tillkommer att denne vid förhöret ska underrättas om misstanken i enlighet med bestämmelsen i 18 §. Enligt 12 § FUK ska den misstänkte då också underrättas om sin rätt att anlita biträde av försvarare under förundersökningen och om att offentlig försvarare under vissa förutsättningar kan förordnas.”

¹⁸⁸⁰ Bring & Diesen (2009) s. 329. Jfr Andersson (2016) s. 70, som reserverar termen ”upplysningsvis” för sådana förhör som hålls med en person som är misstänkt, men ännu inte har delgivits skälig misstanke.

gäller för förhör i allmänhet. Det förhållandet att vissa rättsverkningar kan komma att inträda beträffande den som kan misstänkas för ett brott, om misstanken underbyggs ytterligare, saknar således i sig betydelse vad gäller formerna för förhör med en sådan person.¹⁸⁸¹

Annorlunda uttryckt är det först vid skäligen misstanke som den enskildas ställning förändras,¹⁸⁸² genom att vederbörande ”fullt ut intar rollen som misstänkt och kan ta i anspråk de rättigheter som gäller för misstänkas försvar”.¹⁸⁸³ Och bland dessa rättigheter märks rätten att informeras om och få tillgång till offentlig försvarare.¹⁸⁸⁴

Det sagda innebär att det uppstår en – enligt min mening mycket tveksam – gråzon under vilken en person kan misstänkas enligt den lägre misstankegraden, men inte är skäligen misstänkt enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 18 §.¹⁸⁸⁵ Under denna period är vederbörande – liksom envar – skyldig att underkasta sig förhör om han eller hon kan antas lämna upplysningar av betydelse för utredningen (enligt den allmänna regeln i RB 23 kap. 6 §). Som Bring och Diesen konstaterar upprätthålls dock inte likabehandlingslinjen konsekvent mellan misstänkta (som *inte* är skäligen misstänkta) och övriga inblandade, eftersom vissa (för den enskilda negativa) rättsverkningar har anknutits redan till den lägre misstankegraden ”kan misstänkas”.¹⁸⁸⁶ Den som kan misstänkas är exempelvis skyldig att kvarstanna för förhör en längre tid än övriga förhörspersoner,¹⁸⁸⁷ och kan dessutom tas i förvar under denna tid.¹⁸⁸⁸ Eftersom personen inte är skäligen misstänkt behöver dock polis/åklagare inte informera den misstänkta om dennas rätt till försvarare, och vederbörande kan inte heller göra gällande några försvararrättigheter; som framgår av NJA 2001 s. 344 får en offentlig försvarare inte förordnas åt en person som endast hörs ”upplysningsvis” – utan att vara ”formligen misstänkt” – och detta trots att förundersökningen i det aktuella

¹⁸⁸¹ JO dnr 2198-1998. Under inflytande från EKMR görs dock numera en viss distinktion mellan förhör som hålls med ”misstänkt” och förhör som hålls med ”annan” (dvs. vittne eller målsägande). Som Fitger (m.fl.) konstaterar består skillnaden ”främst i de upplysningar som ska ges den hörde inför förhöret”. En misstänkt person bör således få information om att vederbörande hörs som misstänkt; enligt JO dnr 529-2006 kan det i många fall vara ”lämpligt” att förhørsledaren i samband med att han eller hon informerar förhörspersonen om anledningen till förhöret också upplyser vederbörande om att det i utredningsmaterialet finns uppgifter som är besvärande för honom eller henne, men att nivån skäligen misstanke inte har uppnåtts. Se även JO dnr 2198-1998 (där samma ståndpunkt intogs) samt härtill Fitger et al. (Zeteo 2017) 23 kap. 6. Även Andersson (2016) konstaterar (s. 70) att det inte torde vara tillåtet att förklara för en misstänkt att denna hörs i egenskap av målsägande/vittne, eftersom detta är missvisande, men med tillägget att det ”inte [kan] krävas att polisen förklarar att personen ifråga är misstänkt, då polisen ju ännu inte är skyldig att delge någon misstanke”.

¹⁸⁸² Jfr Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 23 kap. 18 §, som anför att ”den misstänkte behandlas som part i förfarandet efter det att han underrättats” och vidare att den misstänkte i och med underrättelsen ”[o]tivelaktigt får ... vissa rättigheter av det slag som kan vara förenade med partställningen i en rättegång”.

¹⁸⁸³ Bring & Diesen (2009) s. 329. Se även Blomkvist (2003) s. 23, som anför att det är genom ”misstankesunderrättelsen ... som den misstänkte får sina rättigheter som part”.

¹⁸⁸⁴ I praktiken tillåts även den som inte har delgivits skäligen misstanke att anlita *privat försvarare*. Således anför Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 21 kap. 3 §, att även den som hörs upplysningsvis ”i dagens samhälle [måste] ha rätt att med privata medel låta sig biträdas av försvarare”. Någon möjlighet att få en *offentlig försvarare* förordnad föreligger däremot inte, vilket naturligtvis skapar en ojämlikhet mellan å ena sidan misstänkta som har råd att anlita försvarare och misstänkta som inte har råd att anlita försvarare. Se även Bring & Diesen (2009) s. 129, som diskuterar försvararens ställning i denna situation, samt SOU 2003:74 s. 225 där det anförs att all ”försvararakтивitet” i princip förutsätter att skäligen misstanke föreligger.

¹⁸⁸⁵ Beträffande upplysningsplikten talar Nowak (2003) s. 347 här om en ”lucka”.

¹⁸⁸⁶ Bring & Diesen (2009) s. 329.

¹⁸⁸⁷ Se RB 23 kap. 9 § 1 st.

¹⁸⁸⁸ RB 23 kap. 9 § 4 st. och härtill Andersson (2016) s. 70.

målet hade initierats med anledning av en polisanmälan som uttryckligen var *riktad just mot den som skulle höras*.¹⁸⁸⁹

Att en person kan misstänkas ger sammanfattningsvis polis och åklagare vissa maktmedel att tillgripa mot den misstänkta, men ger i gengäld inte den misstänkta något förstärkt skydd, exempelvis genom ett rätt till försvarare. I klartext kan således den misstänkta förvägras vissa försvararrättigheter endast genom att inte betecknas som skäligen misstänkt – en etikettering som polis/åklagare dessutom förfogar över. Denna ordning framstår enligt min mening som synnerligen tveksam, särskilt med beaktande av att det anses vara ”vanskligt” att definiera vad en viss misstankegrad innebär, vilket i förlängningen medför att bedömningarna ”varierar från individ till individ”, eftersom varje beslutsfattare ”gör sin bedömning efter den egna måttstocken”. Vill polisen höra den misstänkta utan försvarare kan detta således ske genom att vederbörande – efter en tämligen skönsmässig bedömning av misstankegraden – helt enkelt hörs ”upplysningsvis”, med den enda sanktionen att JO eventuellt skulle finna detta felaktigt.¹⁸⁹⁰

5.3.5.4 Försvarare vid ett så tidigt (eller sent?) skede som möjligt

I praktiken medför utformningen av rättegångsbalken 23 kapitlet 18 § och den därtill kopplade bestämmelsen i förundersökningskungörelsens 12 §, att polis/åklagare i princip kan färdigställa hela förundersökningen utan att den misstänkta ens delges någon misstanke – trots att vederbörande sedan länge är skäligen misstänkt – helt enkelt genom att förlägga 23:18-förhöret *efter alla andra utredningsåtgärder*, och därefter inte delge misstanken förrän i slutet av delgivningsförhöret.¹⁸⁹¹ Eftersom rätten till försvarare är kopplad till just underrättelsen om skäligen misstanke, innebär ett sådant agerande, som Nowak konstaterar, att polis/åklagare också kommer att hindra ”försvararen från att göra en insats under den egentliga förundersökningen”.¹⁸⁹² Blomkvist menar rentav att det finns exempel på förhørsledare som ”systematiskt” lägger upp sina utredningar på just detta sätt.¹⁸⁹³ Oavsett hur vanligt förekommande ett sådant förfarande är, reser det enligt min mening allvarliga betänkligheter att

¹⁸⁸⁹ Som Nowak (2003) s. 351 konstaterar var följaktligen omständigheterna sådana, ”att ingen annan än förhörspersonen rimligen kunde vara misstänkt för det påstådda brottet”. Jag instämmer helt i Nowaks kritik av det aktuella avgörandet. Jfr även JO dnr 2198-1998, där likaså en av målsäganden utpekad gärningsman hördes (upplysningsvis) utan att delges misstanke om brott. JO uttalade sig inte närmare om detta förhållande.

¹⁸⁹⁰ Se exv. JO dnr 1548-2006 där en misstänkt – som torde ha varit att betrakta som skäligen misstänkt – hördes upplysningsvis. JO var ”starkt kritisk till det sätt som saken hanterades på” med följande motivering: ”Att höra [A] på det sätt som skett utan att delge honom misstanke om brott har medfört en icke obetydlig risk för att [A] under förhöret, medvetet eller omedvetet, skulle komma att lämna för honom själv oförmånliga uppgifter, vilka sedermera kunde komma att användas mot honom vid en straffrättslig prövning, utan att han fått tillfälle att ta ställning till om han önskade biträde av en försvarare under förundersökningen.” Se även JO dnr 5242-2007, där en person som synes ha varit att betrakta som skäligen misstänkt hördes som ”annan”.

¹⁸⁹¹ DsJu 1979:15 s. 89 och Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 134, särskilt fn. 183, där det anförs att en ”vanlig anledning till att vänta med underrättelser verkar vara att förhørsledare vill samla in ytterligare bevisning”.

¹⁸⁹² Nowak (2003) s. 341 f.

¹⁸⁹³ Blomkvist (2003) s. 24: ”Det finns nu exempel på att vissa förhørsledare systematiskt lägger upp utredningen så, att den i princip är färdig redan innan den misstänkte hörs och sålunda innan han fått någon som helst vetskap om att han faktiskt, kanske sedan länge, är misstänkt för brott varit föremål för utredning.” Se även kritiken mot ett sådant förfarande hos Andersson (2016) s. 72 f. och hos Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 134 f. (som konstaterar att det ”inte [kan] vara lämpligt” att tillämpa lagen på detta sätt).

den misstänkta mest grundläggande rättighet – rätten till försvarare – i hög grad disponeras av de brottsutredande myndigheterna.

JO har i viss mån noterat den problematik som ligger i att en för brott misstänkt person kan höras både upplysningsvis och som skäligen misstänkt, vilket i sin tur påverkar vederbörandes ställning under förundersökningen. JO har därvid konstaterat, att

”... förfarandet att på ett tidigt stadium av utredningen höra [den misstänkte] upplysningsvis har medfört en icke obetydlig risk för att han under förhöret, medvetet eller omedvetet, skulle komma att lämna för honom själv oförmånliga uppgifter, vilka sedermera kunde komma att användas mot honom vid en straffrättslig prövning, utan att han fått tillfälle att ta ställning till om han önskade biträde av en försvarare under förundersökningen. Det förhållandet att ett förhör avbryts efter det att sådana uppgifter lämnats förändrar inte situationen.”¹⁸⁹⁴

Med hänsyn till att en misstänkt person som förhörs upplysningsvis varken underretas om misstanken eller om rätten till försvarare, har JO förordat att

”... uppgifter om det inträffade i största möjliga utsträckning inhämtas från andra källor än en utpekad gärningsman, *innan* förundersökningsledaren tar ställning till exempelvis i vilka former ett förhör med denne skall genomföras. Det får rent allmänt anses vara mindre lämpligt att upplysningsvis höra den som pekats ut som gärningsman innan förhör har hållits med de övriga personer som skulle kunna lämna upplysningar i saken.”¹⁸⁹⁵

Att *inte* höra den misstänkta under ett tidigt stadium av utredningen – endast av det skälet att vederbörande då saknar rätt till försvarare – leder dock till att den enskilda initialt inte får möjlighet att påverka inriktningen på utredningen och eventuellt, i förlängningen, till de problem som har uppmärksamats i litteraturen, det vill säga att försvararen hindras från att göra en insats under den egentliga förundersökningen. Enligt Andersson kan ett sådant förfarande exempelvis strida mot objektivitetsprincipen, eftersom ”[f]örutsättningarna blir sämre för att beakta omständigheter och ta tillvara de bevis som är till den misstänktes förmån om denne inte hörs förrän i slutskedet av förundersökningen”.¹⁸⁹⁶

Sammanfattningsvis har vi hamnat i ett moment 22, där ett tidigt 23:6-förhör medför vissa (av JO) påtalade nackdelar, medan ett sent 23:18-förhör medför andra (av bland andra Blomkvist, Nowak, Andersson, Ekelöf, Edelstam och Pauli) påtalade nackdelar – endast av den anledningen att försvararinträdet är formellt kopplad till

¹⁸⁹⁴ JO dnr 2198-1998. Samma ståndpunkt yttrades i JO dnr 5950-2009.

¹⁸⁹⁵ JO dnr 2198-1998. En annan mening kan skönjas hos Bring & Diesen (2009) s. 125, som menar att polis/åklagare inte bör underlåta att höra en misstänkt av det skälet att misstankegraden inte når upp till skäligen misstanke. En sådan person bör enligt deras mening höras upplysningsvis och om det under förhöret framkommer nya omständigheter som stärker misstankarna får förhöret avbrytas och den hörde delges misstanke.

¹⁸⁹⁶ Andersson (2016) s. 72 f. m.h.t. RB 23 kap. 4 § 1 st. Enligt Andersson (a. st.) kan ett sådant agerande också strida mot hänsynsprincipen enligt samma lagrum, samt mot EKMR art. 6. Även Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 134 f. ifrågasätter ett sådant agerande i relation EKMR art. 6, särskilt rätten att utan dröjsmål underrättas om misstanken.

misstankegraden ”skäligen misstanke”. Annorlunda uttryckt omöjliggörs målbilden om att tidigt involvera den misstänkta i förundersökningen av att denna tidigt under förundersökningen är tämligen skyddslös. Omsorgen om den misstänkta intressen medför således att den enskilda hindras från att tillvarata sina egna intressen fram till dess misstankarna mot vederbörande redan har hunnit underbyggas (och eventuella bevis, som talar i motsatt riktning, kanske har hunnit förstöras).

Om också den som endast kan misstänkas – och som polis/åklagare finner skäl att höra upplysningsvis – hade kunnat få en offentlig försvarare förordnad, skulle fördelarna med att tidigt höra den misstänkta kunna uppnås, utan någon av de nackdelar som JO uppmärksammar. Och om även den som endast kan misstänkas hade haft en rätt till offentlig försvarare, skulle det inte heller finnas några incitament för polis/åklagare att höra vederbörande upplysningsvis istället för som skäligen misstänkt; utrymmet för otillbörlig ”taktik” skulle försvinna. Det främsta argumentet mot att på detta vis tidigarelägga försvararinträdet, är förstås att det skulle leda till ökade kostnader för staten.

I likhet med FN:s Barnrättskommitté har Europarådets tortyrkommitté (”CPT”) vid upprepade tillfällen kritiserat Sverige både för att rätten till försvarare inträder för sent och för att information lämnas för sent. Som utgångspunkt för denna kritik konstaterade kommittén redan år 1999, att rätten till försvarare utgör en av de viktigaste garantierna (”fundamental safeguards”) mot otillbörlig behandling av personer som är frihetsberövade, och att denna rätt därför måste inträda ”from the very outset of custody, med följande precisering: ”that is, from the moment when the persons concerned are obliged to remain with the police”. Kommittén framhöll också att det är av lika stor vikt (”is equally fundamental”) att frihetsberövade personer informeras om sina rättigheter – i synnerhet rätten till försvarare.¹⁸⁹⁷ Beträffande tidpunkten för försvararinträdet i svensk rätt gjorde kommittén följande kritiska uttalande, som återges in extenso:

”The CPT has previously noted that formal provision is made in Swedish law as regards the right of access to a lawyer for persons who have been arrested by a public prosecutor or remanded in custody by a court; however, the situation is less clear as regards access to a lawyer during the pre-arrest stage of police custody. The Committee has recommended that it be expressly provided that persons deprived of their liberty by the police have the right of access to a lawyer as *from the very outset of custody*.

In the context of its ongoing dialogue with the Swedish authorities, the latter have made clear that persons suspected of a criminal offence have a right of access to a lawyer as from the moment when that suspicion first arises. They have also provided clarification as to the extent of that right and the manner in which it operates. Further, the CPT has noted that ‘when a person who may be suspected of crime on *reasonable grounds* is informed of this suspicion, the person responsible for questioning ... is obliged to inform the person concerned of this right’. [...] [T]he CPT wishes

¹⁸⁹⁷ CPT/Inf (1999) 4, p. 15.

again to stress that it is during the period *immediately following deprivation of liberty that the risk of intimidation and ill-treatment is greatest*. It is therefore essential that the right of access to a lawyer be guaranteed to *all persons obliged to remain with the police as from the very outset of their custody*, and not only from the moment when such persons become criminal suspects or are first interrogated by a police officer.”¹⁸⁹⁸

Mot denna bakgrund förordade kommittén att nödvändiga åtgärder (”necessary measures”) vidtogs i syfte att utvidga rätten till försvarare till att omfatta *alla personkategorier* som är skyldiga att kvarstanna hos polisen för förhör (”all categories of persons who may be obliged to remain with the police – including those being questioned as potential witnesses, apprehended or taken into care – as from the very outset of their custody”). Rekommendationen är som synes tämligen långtgående: Enligt kommittén borde alla som får höras upplysningsvis enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 6 § omedelbart vid ankomsten på polisstationen informeras om, och ges rätt till, en försvarare. Att anknyta dessa rättigheter till skälig misstanke ansågs helt enkelt inte acceptabelt.¹⁸⁹⁹ I princip samma kritik har sedan *uppreplats i alla efterföljande rapporter*. År 2004 uttalade således kommittén följande:

”The right of access to a lawyer was also *still not effective in practice* from the outset of custody. Under Chapter 21, Section 3, of the Code of Judicial Procedure, detained criminal suspects have the right to be assisted by a lawyer in preparing and conducting their defence; this provision *does not extend to persons obliged to remain with the police before they are categorized as criminal suspects* or if they are held as witnesses or taken into care. Further, as had been the case in 1998, many persons detained in connection with a criminal offence stated that they had been informed of their right to be assisted by a lawyer only several hours after they had been taken into custody. Furthermore, while some had been able to have the lawyer present at the first police interview, others indicated that they had only been allowed to have contact with a lawyer when brought before a judge, i.e. up to three days after they were first detained. Consequently, the CPT reiterates its recommendation that the *necessary steps be taken to extend the right of access to a lawyer to all categories of persons who may be obliged to remain with the police - including those being questioned as potential witnesses, apprehended or taken into care - as from the very outset of their custody*.”¹⁹⁰⁰

Efter besöket år 2009 fann kommittén likaså anledning att kritisera Sverige, bland annat för att unga brottsmisstänkta inte informeras om sina rättigheter och förhörs utan försvarare närvarande:

”It became apparent during the visit that juveniles apprehended ... were not informed of their rights and could be questioned without the presence of their parents, a social welfare representative or a lawyer. The delegation was informed that police officers had a duty to inform the parents and social services when a juvenile was

¹⁸⁹⁸ CPT/Inf (1999) 4, p. 19-21. Se även p. 86.

¹⁸⁹⁹ Se härtill Nowak (2003) s. 337.

¹⁹⁰⁰ CPT/Inf (2004) 32, p. 28.

apprehended, but *did not have to delay the questioning* until either could attend. The CPT recommends that steps be taken to ensure that juveniles deprived of their liberty *are not subjected to police questioning* without the benefit of a trusted person and/or a lawyer being present.”¹⁹⁰¹

I sitt svar till kommittén anförde dock Sverige, att gällande regelverk innehåller ”sufficient safeguards to ensure that juveniles deprived of their liberty enjoy the right to have ... a lawyer present at police questioning at as early a stage as is reasonable”.¹⁹⁰² Denna bild av svensk rätt är – enligt min bestämda uppfattning – så missvisande att jag kommer att ägna nästa avsnitt åt just förhör utan försvarare med unga brottsmisstänkta. Här kan blott konstateras att eftersom det rättsliga regelverket inte har ändrats sedan CPT:s besök år 2009, så är det föga förvånande att kommittén fann anledning att hänvisa till den tidigare kritiken efter sitt senaste besök i Sverige. I rapporten från 2016 konstateras det således, att ”the CPT has repeatedly made a number of recommendations and comments as regards safeguards for persons detained by the police”, bland annat avseende rätten till försvarare, som dock inte har föranlett några som helst åtgärder från svenskt håll:

”Unfortunately, the Committee *is concerned to observe a lack of progress* in this area since the 2009 visit. The CPT reiterates its recommendations that the Swedish authorities take the necessary steps to ensure that the safeguards against ill-treatment are applied to all categories of persons from the very outset of their deprivation of liberty.”¹⁹⁰³

Beträffande rätten till offentlig försvarare utvecklade kommittén sin kritik enligt följande, i nära anslutning till tidigare rapporter:

”Regarding access to a lawyer, the delegation observed that it was usually granted at the beginning of the first formal interview by the investigating officer; that said, a few allegations of delayed access (including until the very end of the police custody period) were heard. The delegation’s observations suggest that it was still *highly exceptional for persons in police custody to benefit from access to a lawyer as from the very outset of deprivation of liberty* (i.e. from the moment when they were obliged to remain with the police). The CPT calls upon the Swedish authorities to take effective steps to ensure that the right of all detained persons to have access to a lawyer is fully effective as from the very outset of deprivation of liberty.”¹⁹⁰⁴

Vi kan alltså konstatera att Tortyrkommittén så sent som år 2016 har uppmanat Sverige att vidta åtgärder för att säkerställa *rätten till försvarare för alla* – inte bara för skäligen misstänkta personer.

¹⁹⁰¹ CPT/Inf (2009) 34, p. 24.

¹⁹⁰² Utrikesdepartementet, *Response of the Government of Sweden to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (2010).

¹⁹⁰³ CPT/Inf (2016) 1, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 28 May 2015*, p. 5.

¹⁹⁰⁴ CPT/Inf (2016) 1, p. 17.

5.3.5.5 Särskilt om förhör utan försvarare med unga misstänkta

Som framgått ovan har JO möjligen intagit en – i förhållande till Högsta domstolen – något mer ”generös” inställning, som bättre svarar mot Tortyrkommitténs kritik, genom att förklara att den som är misstänkt för brott *som regel har rätt att ha tillgång till försvarare redan från och med första förhöret*, låt vara att JO – liksom Högsta domstolen – verkar anknyta denna ”regel” till skälig misstanke. I relation till unga lagöverträdare har också JO vid upprepade tillfällen funnit anledning att kritisera det (miss)förhållandet, att förhör genomförs i ungdomsutredningar utan försvarare närvarande – på det sätt Tortyrkommittén uppmärksammade i en av sina rapporter.¹⁹⁰⁵ Här skall ett antal av dessa avgöranden analyseras närmare. Ärendena innehåller en blandad problematik, och kommer även att antyda det problem som jag skall diskutera i nästa avsnitt, närmare bestämt om, och i så fall under vilka förutsättningar, det är möjligt att ”avstå” rätten till försvarare.

I JO dnr 374I-2008 greps en 17-åring pojke (A) tidigt en lördagsmorgon av polisen i sin bostad, misstänkt för bland annat misshandel av sin flickvän. Gripandet skedde kl. 06.40 och A infördes på polisstationen kl. 07.05 och sattes i arrest kl. 07.15. När personal vid polismyndighetens kriminaljour påbörjade sitt arbete på lördagsmorgonen tilldelades ärendet en kriminalinspektör, som påbörjade ett 24:8-förhör kl. 09.54.¹⁹⁰⁶ Vid förhöret tillfrågades A om han önskade biträde av offentlig försvarare. A begärde att en försvarare skulle förordnas, men förklarade att dennas närvaro inte var nödvändig vid förhöret. Polisen anmälde gripandet till jourhavande åklagare klockan 11.30 som beslutade att anhålla A på sannolika skäl misstänkt för misshandel och skadegörelse. Jouråklagaren anmälde samma dag till TR:n att A var i behov av en offentlig försvarare. På lördagskvällen underkastades A ett nytt förhör, och efterföljande måndag hölls ytterligare ett förhör med pojken. Inte vid något av dessa förhör fanns en försvarare närvarande. Vid det senare förhöret tillfrågades dock A på nytt om han önskade försvarare. A uppgav då att han önskade den försvarare han tidigare hade begärt och om inte det var möjligt godtog han den rätten förordnade.

Beträffande avsaknaden av försvarare anförde JO, att även om en misstänkt uppger att ett förhör kan genomföras utan försvarare skall förundersökningsledaren på ”objektiva grunder bedöma om så är fallet”. Bedömningen kan således inte enbart överlåtas på den misstänkta, särskilt inte när denna är under 18 år. Därefter anförde JO följande:

”Jag har tidigare uttalat att i de fall den misstänkte är under arton år och är misstänkt för ett allvarligare brott bör det så långt som möjligt eftersträvas att en försvarare förordnas redan vid det inledande förhöret med den misstänkte.”

I det aktuella ärendet konstaterade JO att en försvarare ”givetvis [borde] ha varit närvarande redan vid det första förhöret” och att åklagaren – som ju kopplades in

¹⁹⁰⁵ Se, utöver nedanstående beslut, också JO dnr 529-2006.

¹⁹⁰⁶ Har någon gripits skall han eller hon enligt RB 24 kap. 8 § så snart som möjligt förhöras.

efter det första förhöret – åtminstone borde ha försökt ”säkerställa att försvararen kunde vara närvarande vid de kommande förhören”. Omständigheterna i JO dnr 3741-2008 var dock speciella, såtillvida att den unge var gripen och som sådan skäligen misstänkt redan vid det första förhöret. Frågan om tidpunkten för försvararinträdet faller därmed i viss mån bort. Intressant att notera är dock JO:s mer principiella uttalande om att polis/åklagare *alltid har att på objektiva grunder bedöma om ett förhör kan genomföras utan försvarare*, vilket som bekant förutsätter att den unga uppenbart saknar behov av försvarare. Givet att det var frågan om ett allvarligare brott borde det vidare, enligt JO, ”så långt som möjligt eftersträvas” att en försvarare förordnas redan vid det inledande förhöret med den misstänkta.

I JO dnr 5493-2008 påträffades en 16-årig pojke (A) i anslutning till en plats där ett allvarligt brott (grov våldtäkt mot barn) hade begåtts. Pojken misstänktes till en början inte för brottet, men medtogs från platsen för att höras upplysningsvis enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 6 §.¹⁹⁰⁷ Efter förhöret beslutade åklagaren att A var skäligen misstänkt för brottet och gav direktiv om att han skulle höras på nytt enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 18 §. Trots att åklagarens avsikt var att pojken vid det andra förhöret endast skulle delges misstanke om brottet samt höras om sin inställning till detta och till frågan om försvarare hölls under kvällstid ett tämligen långt och utförligt förhör med A. Under förhöret underrättades A om sin rätt till försvarare, men enligt en anteckning i förhørsprotokollet önskade han biträde av advokat först om det blev rättegång. Förhöret genomfördes utan försvarare, varefter åklagaren fattade beslut att anhålla A. En framställan om offentlig försvarare skickades till TR:n dagen därpå.

Enligt anmälan till JO hade dock förhørsledaren under det andra förhöret ”lurat” A; denna

”... antydde nämligen först att [A] kunde bli släppt om han gick med på att bli förhörd utan offentlig försvarare men att han annars skulle få stanna kvar över natten till dess att en advokat kunde förordnas. [A] gick därför med på att förhöret hölls i förhoppningen om att han skulle bli frigiven efter förhöret men istället anhölls han.”

I sitt remissvar till JO anförde Åklagarmyndigheten följande, angående att A hade hörts såsom skäligen misstänkt utan försvarare närvarande:

”För grov våldtäkt mot barn är föreskrivet fängelse i lägst fyra år. När det är fråga om misstanke om ett så allvarligt brott kan det inte anses uppenbart att behov av försvarare saknas. Det bör så långt möjligt eftersträvas att en försvarare förordnas redan vid det inledande förhöret med den misstänkta. Det ankom således på åklagaren, i egenskap av förundersökningsledare, att så fort som möjligt göra anmälan till rätten om förordnande av offentlig försvarare. I det aktuella fallet uppkom skäligen misstanke onsdagen den 25 september 2008 kl. 20.06. [...] Under kvällstid finns under sådana

¹⁹⁰⁷ Av polismyndighetens svar till JO framgår uttryckligen att pojken ”medtogs för att höras som ’annan’, dvs. inte som misstänkt”.

omständigheter inga möjligheter att få tag på en offentlig försvarare. Intresset av att förhöret genomförs med en offentlig försvarare närvarande måste vägas mot intresset av att förhöret påbörjas inom rimlig tid. Att avvakta med att hålla förhöret till dess att en försvarare förordnats dagen efter var naturligtvis inte möjlig.”

JO konstaterade att A hade saknat försvarare både vid det inledande förhöret (då A hördes i egenskap av ”annan”) och vid det senare förhöret (då A hördes i egenskap av ”skäligen misstänkt”), men uttalade ingenting om A:s rätt till försvarare då han endast hördes upplysningsvis. Beträffande det andra förhöret inledde JO med att konstatera att

”... när en misstänkt informeras om rätten till rättsligt biträde och om möjligheterna att förordna en offentlig försvarare, denne givetvis inte får ges intryck av att en upplysning om att det kan dröja innan en offentlig försvarare kan inställa sig lämnas för att förmå den misstänkte att avstå från rättsligt biträde.”

Beträffande delgivningsförhöret – som endast syftade till att delge den skäligen misstänkta och klargöra den misstänktes inställning, men som istället förvandlades till ett förhållandevis långt och utförligt förhör – anförde JO att åklagaren måste ge tydliga direktiv också avseende behovet av offentlig försvarare. Om sådana direktiv saknas ankommer det dock på förhørsledare att på eget initiativ rådgöra med åklagaren om behovet av försvarare. Med hänsyn till att utredningen gällde ett allvarligt brott och att den misstänkte endast var 16 år, borde enligt JO ett utförligt förhör inte ha hållits med A utan att en offentlig försvarare var närvarande vid förhöret:

”I stället borde [A] vid det aktuella förhörstillfället, på sätt som [åklagaren] också uppgett varit avsikten, endast ha delgetts brottsmisstanken samt hörts om sin inställning till denna och i frågan om försvarare. Ett utförligare förhör skulle sedan ha fått anstå till påföljande dag när en offentlig försvarare kunde närvara.”

Slutligen ville JO ”mera allmänt” framhålla, att när det föreligger en misstanke om att ung person har begått ett allvarligt brott kan det ”så gott som aldrig anses uppenbart att behov av försvarare saknas” samt att ”en offentlig försvarare så långt möjligt bör ges möjlighet att vara närvarande redan vid det inledande förhöret med den misstänkte”.

Vilka slutsatser kan man då dra av JO dnr 5493-2008? För det första tycks JO inte ha haft någonting att invända mot att A hördes upplysningsvis enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 6 § utan försvarare; med att ”en försvarare bör ges möjlighet att vara närvarande redan vid det *inledande förhöret* med den misstänkte” torde således avse det första förhöret som hålls med den misstänkte i egenskap av *skäligen misstänkt* i enlighet med rättegångsbalken 23 kapitlet 18 §. Beträffande 23:18-förhör är avgörandet intressant därför att JO, för det andra, gjorde en distinktion mellan ”utförliga förhör” (kring relevanta sakomständigheter) och vad som kanske kan betecknas som ”rena delgivningsförhör” (där den enskilda endast delges brottsmisstanken och hörs om

sin inställning till denna och i frågan om försvarare¹⁹⁰⁸). Att den förstnämnda typen av förhör hålls med unga som är misstänkta för allvarlig brottslighet utan försvarare närvarande förefaller JO betrakta som i princip oacceptabelt – sådana förhör bör anstå till dess en försvarare är tillgänglig. Att polis/åklagare delger den unga skäligen misstanke och försöker få klarhet i den ungas inställning till denna – trots att misstanken är riktad mot en 16-åring och avser ett mycket allvarligt brott – tycks dock JO inte finna problematiskt.

Sammanfattningsvis förefaller JO:s praxis förenlig med Högsta domstolens dom i NJA 2001 s. 344. Domstolen förklarade att en offentlig försvarare inte får förordnas innan en person är skäligen misstänkt och har delgivits misstanken enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 18 §. Vad gäller unga lagöverträdare har JO förklarat att en skäligen misstänkt ”som regel” inte får förhöras enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 18 § utan försvarare närvarande, såvida förhöret inte begränsar sig till ett ”rent delgivningsförhör”. Den av JO formulerade ”rätten till försvarare från första polisförhöret” måste således, i enlighet med NJA 2001 s. 344, förstås som första förhöret i *egenskap av skäligen misstänkt*. Frågan är dock vad som händer om den enskilda i ett sådant inledande förhör samtycker till att förhöras utan försvarare och kanske rentav erkänner den gärning som misstanken avser – således utan att först ha konsulterat en försvarare. Vilken vikt skall tillmätas den misstänkta samtycke? Och kan besvärande uppgifter som den enskilda lämnar i de inledande förhören åberopas som bevis, exempelvis om den misstänkta ändrar inställning senare i processen? Dessa frågor skall jag fördjupa i nästa avsnitt.

5.3.6 Att avstå rätten till försvarare

Som framgått ovan kan rätten till offentlig försvarare vara av två slag: antingen ovillkorlig (obligatorisk/dispositiv) eller villkorlig (fakultativ/tvingande). I det förstnämnda fallet förutsätter rättigheten att den misstänkta framställer en *begäran* om att få en försvarare förordnad, medan domstolen i det sistnämnda fallet har att bedöma frågan uteslutande i relation till den misstänkta *försvararbehov*, utan att därvid vara bunden av den enskildas egen inställning.

5.3.6.1 Försvarare på den misstänkta begäran

Som framgått ovan tillkommer, enligt rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § första stycket, en ovillkorlig rätt till försvarare både unga och vuxna som antingen är frihetsberövade (anhållna/häktade) eller misstänkta för ett allvarligt brott (med minst sex månaders fängelse som föreskrivet minimistraff). Annorlunda uttryckt är regeln *obligatorisk* för domstolen, vilket betyder att någon behovsbedömning inte skall göras i det enskilda fallet. Enligt lagtextens ordalydelse inträder dock denna rättighet endast om den misstänkte begär det/på den misstänktes begäran; regeln är *dispositiv* till sin utformning

¹⁹⁰⁸ Jfr JO dnr 4608-2010, där det likaså talas om ett ”delgivningsförhör”, vilket definieras som att ”den misstänkte ska delges brottsmisstanken samt få tillfälle att yttra sig över denna och i försvararfrågan”.

och därmed ”beroende av den misstänktes viljeförklaring”.¹⁹⁰⁹ Följaktligen står det den enskilda fritt att avstå sin absoluta rätt till försvarare enligt första stycket – helt enkelt genom att inte begära en sådan.

5.3.6.2 Försvarare oberoende av den misstänkta begäran

Om den enskilda *inte* är frihetsberövad och *inte* heller misstänkt för ett brott med ett föreskrivet straffminimum på sex månaders fängelse, är förhållandet det omvända: Den misstänkta har varken enligt rättegångsbalken eller lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare någon ovillkorlig rätt till försvarare. Istället är regelverket fakultativt till sin utformning, och lämnar därmed beslutsmakten hos domstolen – en försvarare skall förordnas endast om den misstänkta har/inte uppenbart saknar behov av försvarare i det enskilda fallet. Om förutsättningarna att förordna en offentlig försvarare är för handen, kan dock en sådan utses oberoende av den enskildas egen viljeyttring. Med andra ord är regeln tvingande i relation till den misstänkta, vilket betyder att en försvarare kan förordnas även mot den enskildas egen vilja.¹⁹¹⁰ I denna (fakultativa/tvingande) regleringen hamnar vi också, om förutsättningarna visserligen är sådana att den misstänkta har en ovillkorlig rätt till försvarare, men inte begär att en sådan skall förordnas.¹⁹¹¹ Det sagda innebär att polis/åklagare (och domstol) *alltid skall göra en självständig bedömning av den misstänkta försvararbehov*, förutom i en enda situation: när den enskilda både har en ovillkorlig rätt till försvarare och väljer att utnyttja denna rättighet.

Av rättegångsbalken följer att offentliga försvarare förordnas av domstolen, antingen då framställning därom görs eller då rätten eljest finner anledning därtill.¹⁹¹² Domstolen är således fri att när som helst ex officio förordna en offentlig försvarare – också under förundersökningen.¹⁹¹³ För att rätten skall få kännedom om att den misstänkta behöver en försvarare innan målet har anhängiggjorts vid domstolen, krävs dock i praktiken att antingen den enskilda¹⁹¹⁴ eller åklagaren¹⁹¹⁵ uppmärksammar domstolen på detta. Domstolens behörighet att förordna offentlig försvarare kompletteras därför av en skyldighet för undersökningsledaren att inte bara upplysa den misstänkta om dennas rätt till försvarare vid 23:18-förhöret enligt vad jag har redogjort för ovan,¹⁹¹⁶ utan också att på eget initiativ anmäla behov

¹⁹⁰⁹ Ebervall (2002) s. 161. Som Ebervall konstaterar är dock denna regel i hög utsträckning beroende av att polis/åklagare – enligt vad jag redogjort för ovan – informerar den misstänkta om dennas rätt till försvarare.

¹⁹¹⁰ Ekelöf & Boman (1996) s. 93 och Ebervall (2002) s. 93, som båda anför att en offentlig försvarare kan förordnas även mot den misstänkta vilja. Se också Olivecrona (1968) s. 98: ”Fsv kan förordnas, utan mt begär det; t.o.m. om han av kverulans, sturskhet eller annan orsak som säger att han inte vill ha en fsv, kan en sådan förordnas.” I NJA 1995 s. 75 avslog HovR:n ett yrkande från den tilltalade att få försvara sig själv; domstolen fann att målets art och omfattning gjorde det påkallat att den tilltalade – som var åtalad för mord, grovt rån med mera – biträdades av en försvarare. HD meddelade inte prövningstillstånd i denna del. Se även NJA 1962 not. C 12.

¹⁹¹¹ Fitger et al. (Zetee 2017) RB 21 kap. 3 a §.

¹⁹¹² RB 21 kap. 4 §.

¹⁹¹³ Fitger et al. (Zetee 2017) RB 21 kap. 4 §.

¹⁹¹⁴ Den misstänkta är fri att när som helst inkomma med en sådan begäran hos rätten.

¹⁹¹⁵ Enligt ÅFS 2005:9 7 § skall åklagare alltid vara undersökningsledare när det krävs ett förordnande av offentlig försvarare.

¹⁹¹⁶ RB 23 kap. 18 § och därtill FUK 12 §.

av försvarare hos rätten.¹⁹¹⁷ Av det sistnämnda stadgandet följer att polis/åklagare löpande skall bedöma den enskildas försvararbehov, och så snart omständigheterna är sådana att en offentlig försvarare kan förordnas, skall en ansökan därom göras hos rätten oavsett om den misstänkta har begärt en försvarare eller inte.¹⁹¹⁸ Att den enskilda explicit eller implicit ”samtycker” till att höras utan en försvarare befriar med andra ord inte undersökningsledaren från att kontinuerligt – ”självständigt och objektivt”¹⁹¹⁹ – pröva den misstänkta försvararbehov.¹⁹²⁰ Med JO:s ord:

”Även om en misstänkt eller dennes vårdnadshavare uppger att det inte finns behov av en offentlig försvarare eller att det i och för sig finns ett behov men att ett förestående förhör kan genomföras utan försvarare har en förundersökningsledare att på objektiva grunder bedöma om så är fallet. Bedömningen kan således *inte enbart* överlåtas på den misstänkte eller dennes vårdnadshavare.”¹⁹²¹

Denna skrivning – att bedömningen ”inte enbart” kan överlåtas på den misstänkta – ger intrycket att *viss vikt* ändå kan tillmätas dennas vilja. Följdfrågan blir då: Hur stor vikt?

Huruvida den enskildas inställning (att en försvarare *inte* behövs) bör tillmätas betydelse vid bedömningen av om en försvarare behövs diskuterades inte särskilt utförligt i motiven till rättegångsbalken. Processlagberedningen anförde endast att en försvarare ”bör kunna förordnas, även om den misstänkte icke framställt begäran därom, men tydligt är, att hans önskan härutinnan måste tillmätas stor betydelse”.¹⁹²² Av motiven följer således att den enskildas egen vilja skall beaktas *även vid tillämpningen av den tvingande regleringen*, och rentav tillmätas *stor vikt*. Processlagberedningen utvecklade dock inte resonemanget ytterligare, vilket ger upphov till följande (följd)fråga: Varför ”måste” den misstänkta önskan tillmätas stor betydelse? I den moderna processdoktrinen har Ekelöf erbjudit ett svar på denna fråga:

”Detta sammanhänger med det ... förhållandet att den tilltalade kan komma att få stå för försvararens arvode, om han blir fälld i målet. Den som har några sparslantar,

¹⁹¹⁷ RB 23 kap. 5 §, som stadgar att om en offentlig försvarare kan utses för den misstänkta – dvs. förutsättningarna i RB 21 kap. 3 a § 2 st. eller LUL 24 § är uppfyllda – så skall undersökningsledaren anmäla detta hos rätten.

¹⁹¹⁸ Blomkvist (2003) s. 27.

¹⁹¹⁹ Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 23 kap. 5 §.

¹⁹²⁰ Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 137 f. Se även Blomkvist (2003) s. 27, som lite tillspetsat skriver att ”[ä]ven om den misstänkte själv inte begär det, dvs. *inte har förstånd att begära*, försvarare har åklagaren en skyldighet att självständigt pröva om behov av försvarare föreligger och se till att rätten får besked därom”.

¹⁹²¹ JO dnr 1548-2006. Se även exv. JO dnr 529-2006, där JO likaså anförde att ”[ä]ven om en misstänkt eller dennes vårdnadshavare uppger att det inte finns behov av en offentlig försvarare har en förundersökningsledare att på objektiva grunder bedöma om så är fallet. Bedömningen kan således inte enbart överlåtas på den misstänkte eller dennes vårdnadshavare.”

¹⁹²² SOU 1938:44 s. 274.

kanske föredrag att det inte utses någon försvarare eller att så åtminstone inte sker förrän till huvudförhandlingen.”¹⁹²³

Att en offentlig försvarare förordnas åt den misstänkta är med andra ord förenat med en *kostnadsrisk*,¹⁹²⁴ och det är denna kostnadsrisk som Ekelöf anför som skäl för att låta den enskilda i viss mån själv disponera över sin rätt till försvarare, trots att lagrummet är tvingande till sin karaktär och därmed i formell mening undandraget den misstänkta bestämmanderätt.

I praktiken tycks det vara tämligen vanligt förekommande att försvarare inte förordnas – åtminstone inte under förundersökningen – bland annat på den grunden att den enskilda ”samtyckt” till att förhöras utan försvarare närvarande. Med Blomkvist ord:

”Det förekommer i *påfallande stor utsträckning* att den misstänkte inte begagnar sig av förmånen eller att han säger sig vilja vänta [med att få en offentlig försvarare]. Det kan bero på att själva informationen framförs på ett slentrianmässigt eller på ett sådant sätt att den misstänkte knappast får någon riktig uppfattning. Förhørsledaren kan också låta förstå att det egentligen är onödigt att en försvarare är med under förundersökningen. Förhörssituationen kan också vara sådan, att den misstänkte inte vill eller vågar begära biträde av försvarare. Han vill inte reta eller irritera förhørsledaren, som i det ögonblicket utstrålar samhällets oåtkomliga auktoritet och som håller hans öde i sina händer eller han vill inte stöta sig med en hygglig och kanske älskvärd förhørsledare. Ibland kan den misstänkte också ha den uppfattningen att det är alltför dyrt att anlita en advokat.”¹⁹²⁵

Blomkvist uppfattning – att enskilda i *påfallande stor utsträckning* inte hävdar sin rätt till försvarare – finner stöd i den rättsvetenskapliga doktrinen. Två exempel kan ges:

Ekelöf (m.fl.): ”Ej sällan förklarar den misstänkte – även då denne nekar – att han för närvarande inte vill ha någon försvarare.”¹⁹²⁶

Fitger (m.fl.): ”Inte ovanligt är dock att en misstänkt godtar att vid ett förhör uppträda utan att någon försvarare är närvarande.”¹⁹²⁷

¹⁹²³ Ekelöf & Boman (1996) s. 94. Samma förklaring presenteras i 9:e uppl; se Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 98. Så var förhållandena i *Lagerblom v. Sweden* (app. no. 26891/95), där den tilltalade motsatte sig förordnandet av offentlig försvarare med följande motivering (p. 46): ”The applicant maintained that he had not wished to have public defence counsel appointed for him during the initial proceedings, since he had been aware of the likely sentence and could expect that part of the cost for that counsel would fall on him.” Avgörandet diskuteras i fn. 2976 nedan.

¹⁹²⁴ Se RB 31 kap. 1 § 1 st. och vidare avsnitt 4.5.3.4 ovan.

¹⁹²⁵ Blomkvist (2003) s. 26.

¹⁹²⁶ Se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Boman, Robert, *Rättegång: Femte häftet* (1998) s. 131. Samma uppfattning, om än i andra ordalag (som närmare svarar mot Fitgers kommentar), framförs i 8:e uppl; se Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 137: ”Det är *inte ovanligt* att en misstänkt godtar att vid ett förhör uppträda utan försvarare.”

¹⁹²⁷ Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 23 kap. 5 §.

Både dessa uttalanden förses dock med den viktiga reservationen, att ”förundersökningsledaren inte är bunden av detta” (Ekelöf),¹⁹²⁸ och att den enskildas inställning följaktligen ”inte [befriar] undersökningsledaren från att självständigt och objektivt bedöma om en försvarare behövs” (Fitger). Med hänsyn till att Processlagberedningen förklarade att den misstänkta inställning skulle tillmätas stor vikt borde man dock kunna se ett visst genomslag i praktiken, framförallt under förundersökningsstadiet. Detta skulle i så fall yttra sig bland annat genom att misstänkta underkastats förhör utan en försvarare närvarande, *efter att ha ”samtyckt” till detta*. Så är också fallet – ett problem som har uppmärksammats särskilt vad avser barn och unga misstänkta för brott.

5.3.6.3 Något om ”samtycke” – särskilt hos unga misstänkta

Under rubriken ”Unga förhör utan försvarare” sände år 2011 Kaliber/Sveriges Radio ett reportage om rätten till försvarare för unga brottsmisstänkta, som också publicerades i fulltext.¹⁹²⁹ Undersökningen visade att ungefär 60 procent av alla förhör under förundersökningen med ungdomar misstänkta för brott mot person hölls utan försvarare (och vid mer än vart femte förhör var den unga helt ensam med polis/åklagare).¹⁹³⁰ I de över 1 000 förhör som analyserades framträdde också ett mönster, nämligen att den unga ofta samtyckte till att förhöret hölls utan försvarare. För att bara ge några exempel:

”[A] godkänner att förhöret hålls utan någon försvarare närvarande. [A] förnekar brott. Han berättar följande rörande händelsen i slutet av januari ... // *Godtar att förhöret hålls utan försvarare* och utan vårdnadshavare. [B] ombeds berätta vad som hände och uppger att han ... // [C] tycker att det är okej att vi håller förhöret utan försvarare. Han erkänner misshandel genom att ha slagit [D] ...”¹⁹³¹

För att bättre förstå de höga siffrorna följdes den kvantitativa undersökningen upp av ett 20-tal intervjuer med de ungdomar som hade förhörts utan försvarare. En utav dessa var E, som vid tidpunkten för Kalibers intervju var 17 år gammal. Hennes fall är illustrativt för ett annat mönster:

”I [E:s] förhör står det att hon är underrettad om rätten till försvarare. Men det har aldrig varit någon försvarare med vid förhören och själv säger hon att hon inte hade någon aning om att hon hade rätt till det.

¹⁹²⁸ I 8:e uppl. heter det istället att förundersökningsledaren ”inte [är] bunden av den misstänktes inställning”; se Ekelöf, Edlestam & Pauli (2011) s. 138.

¹⁹²⁹ Welander, Åsa, Helander, Valeria & Schatzl, Sabina, *Unga förhör utan försvarare*, Sveriges Radio P1/Kaliber den 5 november 2011.

¹⁹³⁰ Undersökningen omfattade alla ungdomsmål som gällde brott mot person och avgjordes av TR:erna i Stockholm, Göteborg, Malmö och Umeå under 2010 – totalt över 1 000 förhör och vid mer än 600 av dem hade det inte funnits någon försvarare närvarande.

¹⁹³¹ Welander, Helander & Schatzl (2011).

– Jag fattade det själv att jag måste ha en advokat i tingsrätten, för det visste jag att jag hade rätt till, men inte vid ett polisförhör. Så nu när du sa det här till mig så blev jag väldigt förvånad och chockad. För i så fall hade jag velat ha det.

Du hade velat att det skulle varit med någon från början?

– Ja det vill jag, eller det hade jag velat.¹⁹³²

Och av de ungdomar som Kaliber intervjuade var det flera som inte blev – eller i alla fall inte upplevde sig ha blivit – informerade om rätten till försvarare.

Naturligtvis skall man vara försiktig med att göra vetenskap av enskilda fall. Kalibers reportage uppfyller med all sannolikhet kriterierna för god journalistik, men om det också uppfyller kriterierna för juridisk vetenskaplighet kan vi inte veta, eftersom metoderna inte redovisas (vilket ju i sig är ett vetenskapligt krav). Det ovanstående bör därför inte läggas till grund för några alltför långtgående slutsatser i sig. Följande kan dock sägas:

Den ”kvantitativa” delen av undersökningen – omfattande alla ungdomsmål avseende brott mot person prövade av tingsrätterna i Stockholm, Göteborg, Malmö och Umeå under år 2010 – visade att det inte fanns någon offentlig försvarare närvarande i över 60 procent av de förhör som hölls med unga personer under 18 år. Följaktligen förhörs väldigt många ungdomar utan en offentlig försvarare närvarande. Att så är fallet finner också stöd i en rad andra källor.

I media uppmärksammades (miss)förhållandet redan år 2008 av Ekot/Sveriges Radio, som likaså kunde visa att när polisens ungdomssektion i västra Stockholm höll förhör med barn och ungdomar så saknade dessa försvarare i över 70 % av fallen.¹⁹³³ Liknande siffror har därefter presenterats av Hallands Nyheter, som granskade samtliga mål med minderåriga vid Varbergs och Halmstads TR i vilka åtal väcktes från år 2009 och till september 2010. Sammanlagt rörde det sig om 358 förhör med minderåriga misstänkta för brott, under vilka en försvarare hade närvarat vid endast 96 tillfällen. Vid drygt 70 procent av alla förhör hade således den unga saknat försvarare vid förhöret, även när detta avsåg ett allvarligt brott.¹⁹³⁴ Alla tre undersökningarna har således gett ungefär samma resultat: att de unga har haft tillgång till försvarare vid endast 30-40 procent av förhören.

Inom rättsvetenskapen har tillgången till försvarare granskats empiriskt av Meyerson. I sin studie – som omfattade alla avslutade mål som inkom till Göteborgs TR under februari månad år 2006 – kunde Meyerson påvisa att en offentlig försvarare hade närvarat vid endast 10 procent av alla förhör som hölls med ungdomar under 18 år,¹⁹³⁵ dvs. en ännu lägre andel än vad som framkommit i media.

¹⁹³² Welander, Helander & Schatzl (2011).

¹⁹³³ Velasco, Daniel, *Ungdomar förhörs utan advokat*, Sveriges Radio/Ekot den 24 september 2008.

¹⁹³⁴ Magnusson, Chris, *Minderåriga förhörs utan advokat*, Hallands Nyheter den 23 november 2010. Och så sent som år 2015 uppmärksammades problemet på nytt i media, denna gång av Cantwell i krönika för Aftonbladet; se Cantwell, Oisín, *Förhör utan advokat – ett hot mot rättsstatens principer*, Aftonbladet den 7 januari 2015.

¹⁹³⁵ Meyerson, Annkatrin, *Rätten till försvarare vid polisförhör* (2008) s. 31.

Slutligen har Barnombudsmannen ("BO") uppmärksammat, och ytterligare undersökt, unga misstänkta tillgång till försvarare, bland annat i en rapport från 2013.¹⁹³⁶ I denna konstaterar BO att det verkar vara "mer regel än undantag att försvarare inte närvarar vid polisens första förhör med en ungdom."¹⁹³⁷

Att en klar majoritet av barn och ungdomar, som är skäligen misstänkta för brott, förhörs utan en offentlig försvarare närvarande under förundersökningen innebär dock inte att de aldrig får tillgång till försvarare. Tvärtom visade Meyersons undersökning att en offentlig försvarare faktiskt förordnades hela i 97 procent av alla ungdomsmål som ingick i studien. I 79 procent av målen förordnades dock den offentliga försvararen först efter att stämning hade utfärdats på den unga, vilket medförde att de flesta förhör hann genomföras innan den offentliga försvararen hade förordnats.¹⁹³⁸ Problemet – om det nu är ett problem – avser alltså inte primärt frågan om en försvarare förordnas eller inte, utan snarare *när* en försvarare förordnas. Och, märk väl, nu pratar vi inte, som i tidigare avsnitt, om tillgång till försvarare innan skäligen misstänkte föreligger, utan om förhör som hålls efter att den misstänkta har delgivits enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 18 §.

Hur kommer det sig då att en så stor andel offentliga försvarare förordnas såpass sent i processen att den misstänkta hinner underkastas flera polisförhör *i egenskap av skäligen misstänkt* utan att ha tillgång till en försvarare? Av den mer "kvalitativa" delen av Kalibers undersökning, som omfattade intervjuer med ett 20-tal ungdomar samt företrädare för rättsväsendet, framgick att förklaringen till detta sakernas tillstånd är mycket sammansatt. Tre delförklaringar torde dock kunna ställas upp: (1) bristfällig/felaktig information; (2) inställningen hos polis/åklagare; samt (3) att den unga, av olika anledningar, "samtycker" till att höras utan försvarare. Låt mig kort utveckla dessa tre punkter i nu nämnd ordning.

För att en misstänkt person skall kunna begära en försvarare krävs naturligtvis att vederbörande har vetskap om att det överhuvudtaget finns en rätt till försvarare.¹⁹³⁹ En första förklaring kan således vara att den information som polis och åklagare lämnar är bristfällig och/eller felaktig,¹⁹⁴⁰ vilket medför att den misstänkta inte vet om sina rättigheter. Av Kalibers granskning framgick också att många av de intervjuade ungdomarna inte kände till att rätten till försvarare inträder redan under förundersökningen. Samma förklaring återkommer flera gånger i BO:s rapport.¹⁹⁴¹

¹⁹³⁶ Se metoddiskussionen på s. 5 ff. i rapporten.

¹⁹³⁷ Barnombudsmannens rapport (2013), *Från insidan – barn och ungdomar om tillvaron i arrest och häkte*, s. 80.

¹⁹³⁸ Detta är väl förenligt med den allmänna bilden vad gäller vuxna, såsom den förmedlas av exv. Blomkvist (2003) s. 27: "Nu dröjer åklagare ofta anmärkningsvärt länge med att se till att en försvarare blir inkopplad. Detta sker i allmänhet i samband med häktningsframställningen eller stämningansökan."

¹⁹³⁹ Se Ebervall (2002) s. 161, som anför att "den misstänktes begäran givetvis är beroende av huruvida han upplysts om denna s.k. ovillkorliga rätt".

¹⁹⁴⁰ Jfr Blomkvist (2003) s. 26.

¹⁹⁴¹ Se exv. BO-rapport (2013) s. 80: "När vi träffar [A] kände han inte ens till att det är hans rättighet. Han berättar: 'Första förhöret har man inte, då man blir delgiven, men de kan ställa frågor. Men andra förhöret måste man ha advokat.' När vi frågar varför försvararen inte närvarar vid det första förhöret rycker han bara på axlarna och säger att det är så det fungerar, och på vår fråga om polisen inte säger något om försvarare svarar han nej."

Att den misstänkta inte är medveten om sin rätt till och därför inte begär en försvarare innebär i förlängningen att en stor skönsmässig makt landar hos polis och åklagare. Den enskilda *explicita* eller *implicita* ”avstående” får nämligen två lagtekniska konsekvenser:

- Om den misstänkta har en ovillkorlig rätt till försvarare *skall* som bekant en sådan förordnas, *om* den enskilda själv begär det. I en sådan situation kommer följaktligen en begäran från den misstänkta få som rättsföljd, att rätten till försvarare undandras både polisens/åklagarens och domstolens behovsprövning. Att en misstänkt – som i och för sig har en ovillkorlig rätt till försvarare – *inte* begär att en försvarare förordnas medför motsatsvis att dennas rätt till försvarare kommer att bedömas enligt en fakultativ lagregel (RB 21 kap. 3 a § 2 st. alternativt LUL 24 §), istället för en tvingande (RB 21 kap. 3 a § 1 st.).
- Oavsett om den misstänkta har en ovillkorlig eller villkorlig rätt till försvarare *skall* dock polis/åklagare omedelbart hänskjuta frågan till domstolens prövning, *om* den enskilda begär att en försvarare skall förordnas.¹⁹⁴² En begäran från den misstänkta medför således – obeaktat omständigheterna i övrigt – att rätten till försvarare undandras polisens/åklagarens behovsprövning. Att den enskilda *inte* begär att en försvarare förordnas medför motsatsvis att dennas rätt till försvarare inte bara kommer att bedömas enligt en fakultativ lagregel, utan också kommer att bli avhängig polisen/åklagarens tolkning av denna fakultativa lagregel. Det är nämligen först när undersökningsledaren anser att ett försvararbehov föreligger som skyldigheten att anmäla detta behov uppkommer.¹⁹⁴³

Att den misstänkta inte begär en offentlig försvarare medför alltså sammantaget, att en sådan endast kommer att förordnas om polis/åklagare anser att den enskilda är i behov av försvarare och detta oavsett om den misstänkta skulle kunna göra gällande en ovillkorlig rätt till försvarare eller inte. Om den enskilda istället hade begärt en försvarare skulle frågan åtminstone ha hänskjutits till domstol, det vill säga flyttats bort från de myndigheter som har att utreda den misstänkta skuld.

Att det ”slarvas” med informationen till den misstänkta, liksom att åklagare inte *ex officio* anmäler behov av försvarare under förundersökningen kan, för det andra, förstås mot bakgrund av att det hos de brottsutredande myndigheterna tycks finnas en föreställning om att ett behov av försvarare uppkommer först under rättegången och dessförinnan inte är särskilt framträdande. Visst stöd för detta står förvisso att finna i förarbetena till både rättegångsbalken och lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare, där det anfördes att behovet av försvarare ”i många fall inte är

¹⁹⁴² Att den misstänkta begär att en försvarare skall förordnas medför således att polis/åklagare inte självständigt skall pröva frågan, utan istället måste överlåta bedömningen på domstolen. I JO dnr 529-2006 konstaterades nämligen att ”[o]m en misstänkt ... begär att en offentlig försvarare skall förordnas skall en framställning om detta omedelbart översändas till domstol oavsett vilken bedömning i saken som förundersökningsledaren gör. Det är rätten som har att pröva om ett behov av offentlig försvarare föreligger.” Samma klagörande gjorde JO dnr 1172-1998, dnr 1548-2006 och dnr 3741-2008. Se härtill Fitger et al. (Zeteo 2017) 23 kap. 5 § och Blomkvist (2003) s. 27, som konstaterar att det ”inte [är] åklagarens sak att avgöra om försvarare behövs redan under förundersökningen eller om man kan vänta därmed”.

¹⁹⁴³ RB 23 kap. 5 §.

lika starkt” innan åtal har väckts som därefter.¹⁹⁴⁴ När det gäller unga brottsmisstänkta uttryckte dock JO Axberger kritik mot detta synsätt i Kalibers reportage:

”Det har nog rätt mycket varit den svenska inställningen att det räcker att det finns en advokat vid rättegången, men så kan man inte se det.”¹⁹⁴⁵

För det tredje förefaller unga i hög utsträckning samtycka till (”godkänna”, ”godta”, ”vitsorda”, ”gå med på att”) förhöras utan försvarare. Förklaringen härtill är många gånger att den unga vill bli släppt så fort som möjligt, men det kan också bero på rädsla, att den unga vill vara förhørsledaren till lags och så vidare.¹⁹⁴⁶ Oavsett vilket fäster polis/åklagare uppenbarligen stor vikt vid den ungas ”inställning”. Att den unga själv samtyckt till förhör utan försvarare är nämligen en förklaring som går igen i samtliga undersökningar. I Kalibers reportage intervjuades också en rad företrädare för rättsväsendet, däribland sektionschefen för utredning och lagföringsfrågor vid Rikspolisstyrelsen, som gav stöd för att polisen borde ”respektera” den ungas vilja att *inte* ha en försvarare närvarande:

”Vid varje förhör, det tror jag sitter i ryggmärgen hos en polis att när man underrättar om misstanke, så berättar man också om deras rätt till försvarare. Och tackar någon nej, så måste man respektera det också ...”¹⁹⁴⁷

Enligt Ramberg – som också uttalade sig i reportaget – är det dock ett ”oskick” att låta unga människor samtycka till förhör utan försvarare:

”Det är ju så att unga personer vill väldigt gärna därifrån, så det finns ju stor risk så att säga att de avstår från det. I förhoppningen att bli släppta.”

På frågan om ungdomarna inte har rätt att avstå försvarare, svarar Ramberg:

”Nej men det har de inte. Det där är ett oskick. Det åligger åklagaren, han har en objektivitetsplikt och han ska objektivt pröva behovet alldeles oavsett vad den minderåriga säger.”¹⁹⁴⁸

¹⁹⁴⁴ Prop. 2000/01:56 s. 32.

¹⁹⁴⁵ Axberger, citerad i Welander, Helander & Schatzl (2011). Se även BO-rapport (2013) s. 88, där Ramberg likaså inskräper vikten av ett tidigt försvararinträde, i synnerhet när barn är misstänkta.

¹⁹⁴⁶ Se exv. BO-rapport (2013) s. 80 f. ”Av berättelserna vi har tagit del av framgår det att en vanlig orsak till att försvarare inte närvarar vid förhör är att ungdomarna själva väljer att avstå. [A] sade ja till ett förhör utan advokat, eftersom han trodde det skulle öka hans chanser att komma ut snabbare. Det gjorde det inte, skulle det visa sig. Även [B] avstod från försvarare av samma skäl: ’Jag trodde mer eller mindre att det skulle vara förhör och att jag skulle åka hem igen. Då tänkte jag att då tar det bara en massa timmar extra, då skulle det skjutas fram till nästa dag, förhöret, om jag skulle vänta på advokat.’ [C] berättar: ’Säger du att du vill ha advokat vid ett förhör, du kanske åker in samma kväll, säger du att du ska ha advokat då får du garanterat vara där en halv dag extra. Det är ändå en lång tid här inne. Det vill man absolut undvika.’ Hur polisen formulerar frågan kan också styra svaret. Till exempel har ungdomar berättat för oss att polisen frågat dem om det är okej att hålla förhör utan advokat. Däremot har de inte fått veta att det är deras rättighet. Andra barn har själva uttryckt önskemål om försvarare vid det första förhöret, vilket de dock har förvägrats av förhørsledaren.”

¹⁹⁴⁷ Återgivet i Welander, Helander & Schatzl (2011).

¹⁹⁴⁸ Citerad i Welander, Helander & Schatzl (2011).

Att åklagaren har att pröva den ungas försvararbehov *alldeles oavsett* vad den underåriga vill står helt klart. Beträffande vilken vikt som kunde fästas vid den ungas inställning inskräppte också Axberger, i Kalibers reportage, att det ställs ”våldigt stränga krav” för att polis/åklagare skall kunna godta ett samtycke från den unga att höras utan försvarare:

”Det kan nog ofta vara så att polisens utredare ser det här mer som en formalitet och man kanske nämner det lite granna i förbigående och tycker att man har fått acceptans för det, men det är alltså inte tillräckligt och därför har jag också varit noga med i det här beslutet att utveckla vad som krävs för att man ska godta ett avstående och det är väldigt stränga krav. I praktiken, åtminstone om det är ett brott av någorlunda svår beskaffenhet, så kan man inte avstå från den här rätten, utan det ska vara en försvarare närvarande.”¹⁹⁴⁹

Det JO-beslut som Axberger refererar till torde vara dnr. 4608-2010, som jag kommer att ägna visst utrymme i det följande, eftersom beslutet är klargörande. Omständigheterna var som följer:

En 17-åring pojke (A) åtalades tillsammans med fem andra pojkar för bland annat grovt förtal, sedan de – enligt åtalet – hade publicerat filmer på internet som innehöll bilder på ett stort antal jämnåriga flickor tillsammans med texter som beskrev flickorna i grovt nedsättande sexuella ordalag. A dömdes i TR:n för grovt förtal under två åtalspunkter, men sedan A överklagat till HovR:n ogillades en av åtalspunkterna, varvid straffet sattes ned. De fällande domarna grundades i betydande utsträckning på pojkarnas egna uppgifter lämnade under polisförhör när de varit frihetsberövade – uppgifter som pojkarna sedan tog avstånd ifrån under förevändningen att de känt sig pressade under förhören och velat bli frigivna.

A inkom med sin anmälan till JO under den pågående domstolsprocessen – efter tingsrättens fällande dom, men före hovrätten hade meddelat dom – och anförde att han

”... hade kommit överens med polismannen [B] om att komma till polisstationen för att få svar på frågor han hade angående sin moped, som hade beslagtogs på grund av att den var trimmad. När han kom dit blev han istället satt i ett förhörsrum, där en annan polis, [C], började förhöra honom om filmerna. Han förnekade all inblandning men blev hårt pressad och medgav då att han visste en del om dem. Han delgavs misstanke om brott och blev tillfrågad om han ville ha en advokat. Det ville han och han namngav den han önskade. Han låstes därefter in i en cell över natten. Påföljande dag förhördes han två gånger av [B] och pressades då åter hårt. Ingen försvarare närvarade. Han upplevde ett stort hot genom att han blev hållen inlåst utan kontakt med sina föräldrar och utan tillgång till advokat.”

¹⁹⁴⁹ Welander, Helander & Schatzl (2011).

De initiala omständigheterna vitsordades av polismyndigheten: A hade själv ringt till polisstationen för att tala om sin i beslag tagna moped, varvid det bestämdes att A skulle komma in till stationen. Efter detta samtal hade B ”erinnrat sig” att A:s namn hade nämnts i utredningen avseende grovt förtal. B kontaktade därför åklagaren som beslutade att A skulle höras som skäligen misstänkt i förtalsärendet. Då A kom in till polisstationen fick han sätta sig i ett förhörssrum, varefter C påbörjade ett förhör med A. Polismyndighetens inställning var att A ”inte lurats” att komma till polisstationen, men konstaterade att det var ”olyckligt om [A] bibringats den uppfattningen”.

Under förhöret delgavs A misstanke om grovt förtal och upplystes om att han hade rätt att ha en försvarare närvarande. Enligt polisens uppgifter till JO ”tyckte” dock inte A ”att han behövde någon försvarare”. Efter att ha konfronterats med vissa besvärande uppgifter ändrade sig dock A, varvid en begäran om försvarare framställdes. Med förhørsledarens ord:

”Vi satt sen och väntade på [A:s] mamma och försvararen och jag skrev lite i ett annat ärende på datorn så länge. Efter en stund började [A] tala om saken. Han berättade det jag skrev ned i förhöret. Innan jag skrev något frågade jag dock honom: ’Är det ok att jag skriver ned det du nu säger i ett förhör?’ Detta var inga problem. Det kunde jag göra, svarade A.”

Efter det första förhöret gjordes vissa försök att få kontakt med den försvarare som hade förordnats, men eftersom polisen inte kunde få tag på vederbörande hölls, efter direktiv från åklagaren, förnyade förhör med A utan försvarare närvarande, vilket A – enligt polisens svar till JO – samtyckte till. Beträffande A:s behov av försvarare anförde Åklagarmyndigheten följande:

”I det aktuella fallet har kollusionsfaran gjort att det inte varit möjligt att se till att en offentlig försvarare förordnades inför förhöret med den misstänkte [A] eftersom sakens utredning kunde försvåras om vårdnadshavaren och den misstänkte innan förhöret gavs tillfället att ge sin syn på försvararfrågan och ett eventuellt önskemål om vem som skulle förordnas som offentlig försvarare. Det har således varit nödvändigt att avvakta med att ta upp försvararfrågan med vårdnadshavaren och den misstänkte till dess att förhöret inleddes. [...] Enligt min mening har omständigheterna sammantaget varit sådana att åklagaren haft fog för bedömningen att det fanns förutsättningar för att hålla ett kort inledande förhör med den misstänkte utan närvaro av försvarare och att det således inte fanns skäl för att offentlig försvarare ex officio skulle förordnas i detta läge. Detta *givetvis under förutsättning att vårdnadshavaren eller den misstänkte vid förhöret inte begärde att en offentlig försvarare skulle förordnas* och vara närvarande vid förhöret. [...] När den misstänkte vid det förhör som direktiven resulterade i begärde att en försvarare skulle vara närvarande borde således förhöret ha avbrutits av förhørsledaren och åklagare ha kontaktats.”¹⁹⁵⁰

¹⁹⁵⁰ Den aktuella åklagaren framförde i huvudsak samma beskrivning som myndigheten.

Det inledande ”delgivningsförhöret” blev dock inte särskilt kort utan pågick i över en timme, och inte heller avbröts förhöret då A begärde försvarare. Detta fann JO anledning att kritisera:

”[Jag noterar] att innehållet i förhørsprotokollet i övervägande delar gäller de enda saker förhørsledaren ... ställde specifika frågor om efter att den formella delen av förhöret avbrutits (’vilken dator som använts när de gjort filmerna och vilka killar han brukade umgås med’). Det som antecknats i förhørsprotokollet synes med andra ord inte enbart eller kanske ens i huvudsak ha varit sådant som [A] uppgav spontant. Förhørsledaren ska ... mot denna bakgrund kritiseras för att hon i realiteten fortsatte förhöret sedan detta avbrutits och för sin brist på respekt för [A:s] rätt till biträde av försvarare. Förundersökningsledaren, som gett direktiv om ett kort förhör och om att försvarare skulle förordnas, kan enligt min mening inte kritiseras för vad som väsentligen framstår som en förlöpning från förhørsledarens sida.”

I likhet med de JO-beslut som diskuterats ovan förefaller JO således även i dnr 4608-2010 acceptera att korta ”delgivningsförhör” hålls även med unga misstänkta för att klargöra deras inställning utan närvaro av försvarare; detta var vad åklagaren hade gett direktiv om, och för detta kunde åklagaren inte kritiseras. Denna tolkning bekräftas av vad JO sedan uttalade om A:s rätt till försvarare vid det första förhöret:

”De anklagelser som riktades mot [A] var allvarliga. Han riskerade inte bara straff utan även att åläggas ett stort skadestånd. Brottsutredningen var jämförelsevis omfattande, med ett flertal misstänkta och ett stort antal målsägande. Förhållandena var mot den bakgrunden *långtifrån sådana att det var uppenbart att behov av försvarare saknades*. Det var tvärtom tydligt att den rättsliga regleringen krävde att en försvarare för [A] skulle förordnas. Det är även den bedömning förundersökningsledaren gjorde. I princip var alltså situationen den, att försvarare skulle förordnas oavsett vilken inställning som i den frågan redovisades från den misstänktes sida. Så skedde också, efter det första förhöret. När en misstänkt redan inför ett första förhör bedöms vara i behov av en försvarare torde det *normalt även föreligga ett behov av att en sådan närvarar vid detta förhör* (såvida det inte begränsas till ett ’delgivningsförhör’). I det här fallet var den misstänkte underårig, vilket i sig förstärker behovet av rättsligt biträde.”

Om polis/åklagare redan innan den enskilda är delgiven skälig misstanke gör bedömningen att vederbörande har behov av försvarare, menar således JO att det ”normalt” föreligger ett behov av försvarare redan under det förhör som hålls jämlikt rättegångsbalkens 23 kapitel 18 §, förutsatt att detta inte begränsas till rent ”delgivningsförhör”.

Beträffande det andra och tredje förhöret hade polisen utan framgång sökt kontakt med den offentliga försvararen. Detta till trots beslutade åklagaren att genomföra förhören under förutsättning av A:s ”medgivande”. På vägen mellan arresten och förhørsrummet (*sic!*) informerades A om att försvararen inte gick att nå, varvid A enligt polisens uppgifter ”samtyckt till att ändå låta sig höras”. Mot detta förfarande var JO mycket kritisk:

”Motivet till att förhören fortsatte utan försvarare synes således ha varit att [A] ska ha gått med på det. För att det ska vara godtagbart att i ett fall som detta genomföra ett förhör utan försvarare bör det dock krävas att den misstänkte och dennes vårdnadshavare *avstått från sin rätt på ett otvetydigt sätt under rättssäkra och väl dokumenterade former*. De samtal med [A] och modern som [polisen] beskrivit uppfyller inte de kraven. Av utredningen framgår vidare att [A] redan då han delgavs misstanke förklarade att han ville ha en advokat närvarande. Inget, inte heller anteckningen i det tredje förhörprotokollet (‘[A] uppger att det ok att hålla förhöret utan att försvarare närvarar’), tyder på att han skulle ha ändrat denna grundinställning. Det som framkommit i dessa delar är inte oförenligt med [A:s] beskrivning av att han känt sig pressad att göra som polisen sa. Det ter sig långtifrån uteslutet att [A] och hans mor uppfattade att de inte just hade något annat val än att gå med på de förhör som polisen ville genomföra. Det är svårt att dra någon annan slutsats än att utredningspersonalen – som inte verkar ha ansett att en försvarares närvaro skulle fylla någon väsentlig funktion – underskattat försvararens betydelse för det rättsliga förfarandet som helhet.”

JO framhöll slutligen att det även ur allmän synpunkt är angeläget att förhör sker under ”rättssäkra former”. Det låg nämligen inte heller ”i utredningens intresse att hålla förhören utan försvarare, eftersom det leder till att det som framkommer generellt sett får ett lägre bevisvärde”. I den mån det går att förutse att vad som yttras under det inledande förhöret kan komma att behöva åberopas som bevis, är det därför – enligt JO – ”särskilt viktigt” att rätten till försvarare respekteras, eftersom yttrandena annars kan komma att tillmätas ett lägre bevisvärde. I det aktuella ärendet var bevisläget ”på flera sätt komplicerat” och det kunde antas att förhørsutsagorna skulle behöva åberopas som bevis inför domstol. Mot den bakgrunden rådde det enligt JO ”inget tvivel” om att samtliga förhör ”krävde närvaro av en försvarare” – både med hänsyn till den enskildas och det allmännas intressen.

Det finns dock ingen regel utan undantag, vilket kan illustreras av ett senare beslut från JO. I dnr 4082-2011 var omständigheterna följande:

Modern till en 15 år gammal flicka (A) inkom med anmälan till JO, under påstående att hennes dotter hade vilseletts i samband med att hon förhördes av polis och att förhöret genomfördes utan försvarare. Omständigheterna var sådana, att A förekom som målsägande i en utredning om sexuellt utnyttjande och var kallad till förhör i denna egenskap. Därefter inkom två nya polisanmälningar om misshandel avseende i princip samma händelseförlopp, där A dels var målsägande, dels utpekad som gärningsman. Polis mannen som handlade de senare anmälningarna om misshandel valde därför att ”följa med” till det förhör, där A skulle höras som målsägande i ärendet avseende sexuellt utnyttjande.

Vad som sedan utspelade sig framgår av polismannens egen redogörelse till JO:

”I förhörsrummet presenterar jag mig själv för [A] och vårdnadshavare och berättar att det finns ett ärende där [A] är uppsatt som misstänkt och ett annat ärende där hon är målsägande och att det är jag som handlägger de ärendena. [A] och hennes

vårdnadshavare vet då vilka ärenden jag pratar om och de berättar att det hänger ihop med det ärende som de pratat ... om [dvs. ärendet om sexuellt utnyttjande, mitt tillägg]. Vårdnadshavare frågar då vad det innebär och jag svarar att jag utreder de ärendena och förklarar klart och tydligt för [A:] vårdnadshavare och [A] att eftersom [A] är under 18 år så ska hon ha en advokat närvarande vid det förhøret då hon kommer höras som målsägande och misstänkt på samma gång i de ärendena och att vi får hålla det förhøret senare. Detta för att hon är underårig som tidigare sagts. [A] och vårdnadshavare *vitsordar då att förhøret kan hållas ändå*, då de anser att [A] inte har något att dölja och står för det hon har gjort. *Det tycker själva det är mer praktiskt* om förhøret hålls när ändå [A] är där och *få det hela överstøkat*. Jag svarar då att vi kan hålla förhøret ändå, om vårdnadshavare och [A] *känner att det känns okej* ändå, men att jag absolut inte kommer att göra det om de känner att någon av deras rättigheter skjuts åt sidan då hon har rätten och ska ha en advokat närvarande vid förhøret i vanliga fall.”

I förhørsprotokollet fanns följande antecknat, som i allt väsentligt stödjer polisens redogørelse:

”[A] hørs även i detta ärende [KXXXXXX-10] då hon inkommer för förhøri i [KXX-XX-10] där hon är målsägande. // [A] delges skälig misstanke till misshandel genom att ha slagit [X] med ett knytnävsslag i pannan så smärta uppstod. // [A] och hennes vårdnadshavare *vitsordar att förhøret hålls utan en försvarare närvarande*.

FHL [C]: [A] och föräldrarna *känner att det vill få förhøret överstøkat* och att det mest praktiska är att förhøret hålls nu direkt. De informeras om rätten till försvarare närvarande vid förhøret och så att de inte känner att någon rättighet skjuts åt sidan om förhøret hålls utan försvarare närvarande men *tycker ej detta*. Informeras om att en försvarare kommer att förordnas efter förhøret. [...]

[A] berättar att hon ERKÄNNER misshandeln.”

Av polismannens egna uppgifter framgår tydligt att avgørande vikt fästes vid den misstänkta egen inställning – det förekommer øverhuvudtaget inga resonemang om hennes objektiva försvararbehov, utan bedømningen grundades øteslutande på rent *subjektiva yttringar* i vid mening, närmare bestämt med hänvisning till vad den misstänkta tyckte, ansåg och kände:

”[Hon] *tycker* det är mer praktiskt [att] få det hela øverstøkat” // ”*anser* att [hon] inte har något att dölja” // // ”*känner* [inte] att någon av [hennes] rättigheter skjuts åt sidan” // ”[hon] *känner* att det *känns okej* ändå”.

Om en ung misstänkt ”känner att det känns okej” så förhørs alltså vederbørande – en 15 år gammal flicka, skäligen misstänkt för misshandel – utan offentlig försvarare i Sverige. I ett flertal tidigare avgøranden har dock JO förklarat att rätten till försvarare *inte enbart* kan øverlåtas på den misstänkta (eller på dennas vårdnadshavare). I det

förevarande ärendet var det emellertid precis vad polismannen gjorde – denne överlät bedömningen *enbart* till den unga (och hennes vårdnadshavare):

”Jag svarar då att vi kan hålla förhöret ändå, *om* vårdnadshavare och [A] känner att det känns okej ändå, men att jag absolut inte kommer att göra det *om* de känner att någon av deras rättigheter skjuts åt sidan då hon har rätten och ska ha en advokat närvarande vid förhöret i vanliga fall. *Om* de känner att någon av deras rättigheter skjuts åt sidan, så håller vi förhöret vid ett annat tillfälle. Vårdnadshavare till [A] och [A] *vitsordar då igen* att förhöret kan hållas ändå, då de upprepar att *de anser att [A] inte har något att dölja* och står för det hon har gjort.”

Den ”objektiva och självständiga”¹⁹⁵¹ bedömning som JO anbefallt i tidigare avgöranden lyser som synes helt och hållet med sin frånvaro. Detta till trots fann JO *inte* skäl att kritisera den ifrågasvarande polisen för att förhöret enligt rättegångsbalken 23 kapitlet 18 § hölls utan försvarare, vilket motiverades enligt följande:

”Den misshandel som [A] misstänktes för var *erkänd* och inte av alltför svår beskaffenhet; hon riskerade ett bötesstraff och senare utfärdades ett strafföreläggande. Inga tvångsmedel förekom. Brottsutredningen var begränsad och bevisläget okomplicerat. [...] Till detta kommer att vårdnadshavarna och [A], enligt vad som framkommit, dels var fullt medvetna om rätten att ha försvarare närvarande, dels tydligt och med insikt avstod från den rätten. Det bör även sägas att det i efterhand inte har framkommit att [A] skulle ha drabbats av någon nackdel av att försvarare inte närvarade vid förhöret. Mot den bakgrunden saknas det vid en samlad bedömning skäl att rikta kritik mot polismyndigheten för hur förhöret med [A] genomfördes.”

JO:s beslut dnr 4082-2011 är synnerligen intressant såtillvida att det innebär en praktisk tillämpning av de kriterier som formulerats i det tidigare beslutet med dnr 4608-2010: Den misstänkta ansågs (1) vara fullt medveten om rätten att ha försvarare närvarande och (2) tydligt och med insikt ha avstått från denna rätt. Därför fann JO inte anledning att kritisera det faktum att en brottsmisstänkt ungdom förhördes utan försvarare trots att hon blott var 15 år gammal och skäligen misstänkt för misshandel. Till denna bedömning bidrog förmodligen även det förhållandet att den misstänkta (3) erkände brottet. Att JO på detta vis fäster vikt vid den enskildas erkännande vid bedömningen av om hon uppenbart saknade behov av försvarare finner i och för sig stöd i förarbetena, men är enligt min uppfattning synnerligen problematiskt – av skäl som jag kommer att utveckla i nästa avsnitt.

¹⁹⁵¹ Se exv. JO dnr 1548-2006 och JO dnr 529-2006 samt därtill Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 23 kap. 5 §.

5.3.7 Erkännandet som grund för att inte förordna en försvarare – ett systemfel?

Utifrån delvis olika utgångspunkter har lagstiftaren förklarat att försvarare inte behöver förordnas åt vuxna och unga som erkänner vad som läggs dem till last. Vad först avser vuxna lagöverträdare var således Rättshjälpskommittén och departementschefen överens om att ett behov av försvarare, med hänsyn till utredningen av brottet, som utgångspunkt endast föreligger om den enskilda förnekar detta. Om den enskilda däremot erkänt gärningen var det i allmänhet inte motiverat förordna en försvarare.¹⁹⁵² Samma uppfattning kommer till tydligt uttryck i doktrinen. Exempelvis förklarar Bring och Diesen att det ”framförallt [är] i de förnekade målen som behov av försvarare kan anses föreligga”,¹⁹⁵³ och likaså anför Ekelöf (m.fl.) att ”[o]m den tilltalade däremot erkänt gärningen, kräver utredningen av skuldfrågan i regel ingen försvarare”.¹⁹⁵⁴

Vad sedan avser unga lagöverträdare förklarade både Utredningen om handläggning av ungdomsmål och departementschefen i förarbetena att den unga (uppenbart) saknar behov av försvarare vid ”erkända brott av inte alltför allvarlig/svår beskaffenhet”.¹⁹⁵⁵ Samma uppfattning har JO gett uttryck för – om gärningen är ”erkänd och inte av alltför svår beskaffenhet” behöver en försvarare inte förordnas åt den unga.¹⁹⁵⁶

Enligt min bestämda uppfattning är det synsätt som kommer till uttryck i rättskällorna mycket riskfyllt, eftersom hela resonemanget, för det första, förutsätter att polis och åklagare aldrig någonsin använder otillbörliga medel under förhör för att framkalla ett falskt erkännande (så kallat framtvingat falskt erkännande/”coerced false confession”). Likaså bortses ifrån att den misstänkta, för det andra, själv kan vilja lämna ett falskt erkännande på eget initiativ – utan att några otillbörliga medel har använts – exempelvis för att slippa vara fortsatt frihetsberövad eller för att skydda den verkliga gärningsmannen (så kallat frivilligt falskt erkännande/”voluntary false confession”).¹⁹⁵⁷ I JO:s beslut med dnr 4608-2010 påstod den misstänkte (en 16 årig pojke) att omständigheterna var precis sådana – han förnekade först all inblandning, men erkände sedan delaktighet i brottet under förhör utan försvarare närvarande. Erkännandet åberopades sedan som bevis i tingsrätten, trots att pojken tagit avstånd från uppgifterna under förevändningen att han känt sig pressad under förhören och endast erkänt för att bli frigiven.¹⁹⁵⁸ I Kalibers reportage utvecklar BO problematiken enligt följande:

¹⁹⁵² Prop. 1983/84:23 s. 15. Se även DsJu 1983:2 s. 57.

¹⁹⁵³ Bring & Diesen (2009) s. 130.

¹⁹⁵⁴ Ekelöf & Boman (1996) s. 93 (samma uppfattning kommer till uttryck i 9:e uppl; se Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 96).

¹⁹⁵⁵ SOU 1999:108 s. 173 resp. prop. 2000/01:56 s. 32.

¹⁹⁵⁶ JO dnr 4082-2011.

¹⁹⁵⁷ Dessa typer av falska erkännanden diskuteras exv. av Leverick (Edinburgh L. Rev. 15/2011) s. 373 f. och Beijer (Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 18/2010) s. 315 ff.

¹⁹⁵⁸ Även i JO:s beslut med dnr 4082-2011 förefaller flickan (15 år gammal) ha lagförts i enlighet med ett erkännande som hon lämnade utan att ha fått konsultera med eller ha en försvarare närvarande under förhöret.

”Sedan så vet vi från en rad olika undersökningar att det ibland kan vara så att barnet upplever situationen så pressande och att man argumenterar runt det hela så att man avstår från försvarare fast man egentligen kanske vill ha en. [...] [M]an ska ha klart för sig att vara anklagad för att ha begått ett brott, kanske sitta i en polisarrest inom fyra väggar och en kal madrass. Du är i en väldigt utsatt situation. Många vuxna beskriver det här som en mardrömssituation att vara i. Om du är 15-16 år så är det förstås ännu mer pressande. Om du då utsätts för förhör, där du inte har någon som bistår dig som kan förklara vad det är som händer, där du kanske är väldigt förvirrad själv, så finns det ju en risk, och det vet vi ju att barn och unga är i en sådan ökad risk, att man erkänner saker som man faktiskt inte har gjort och då hamnar man i det som är varje rättsstats mardröm, nämligen att oskyldiga människor fälls för brott som de inte har begått.”¹⁹⁵⁹

I intervjuerna framgår också att många ungdomar antingen kände sig ”pressade” att erkänna när de förhördes utan försvarare, eller att det ”lockades” att erkänna under förespeglingen att de i så fall skulle bli släppta. För att bara ta ett exempel:

”De är alltid arga när man är utan advokat, men när man är med advokat så är de trevliga, snälla och har bra attityd och så. Men när man är själv, de skiter i vilket.”
// ”De skiter i en och de pressade mig att erkänna något jag inte hade gjort och så. Och det är just därför vi sitter här idag. De vill att du ska vara skyldig ...” // ”[D]e säger ’vi släpper dig om du erkänner’ och det finns vissa som inte har det psyket att klara av att sitta där inne, och självklart tar de smällen då.”¹⁹⁶⁰

Och ett sådant mönster – det vill säga att unga erkänner i förhör som polisen har hållit utan försvarare för att sedan ta tillbaka erkännandet senare under processen – tycker sig Kalibers reportrar ”känna igen” från de studerade målen:

”Bland de förhör vi har gått igenom finns det fall när den misstänkte erkänt något som han sedan säger att han inte alls har gjort. En kille vi pratar med berättar att han erkände en misshandel bara för att få komma därifrån.”¹⁹⁶¹

Även i BO:s rapport ger många av de intervjuade ungdomarna uttryck för precis samma upplevelse:

”När vi talar med barnen är det tydligt att förhöret kan ge upphov till många olika känslor. Det kan vara en stressande och hotfull upplevelse för barnet. Följden kan bli att de *säger i stort sett vad som helst, för att vara till lags eller för att komma därifrån*. [A] berättar att han påverkades mycket av den stress och press som finns i förhörs-situationen: [...] På frågan vad som händer när man blir pressad svarar [A]: ’Man vet inte vad man pratar om. Man vill bara säga det som de vill så att de släpper en. Man vill säga det som de vill så de blir lugna.’”¹⁹⁶²

¹⁹⁵⁹ BO, citerad i Welander, Helander & Schatzl (2011).

¹⁹⁶⁰ Återgivet i Welander, Helander & Schatzl (2011).

¹⁹⁶¹ Welander, Helander & Schatzl (2011).

¹⁹⁶² BO-rapport (2013) s. 79.

Sammantaget konstaterar BO att "[f]örhörssituationen innebär en så stor påfrestning för brottsmisstänkta unga att de kan säga i stort sett vad som helts för att komma därifrån."¹⁹⁶³ Att inte förordna en försvarare på den grunden att den misstänkta erkänt gärningen ger således, enligt min mening, uttryck för ett fundamentalt tankefel, som genomsyrar både rättegångsbalken och lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare, men som naturligtvis är särskilt problematiskt när det gäller barn och ungdomar.¹⁹⁶⁴

Sammanfattningsvis kan min kritik mot det svenska systemet med offentliga försvarare formuleras i tre punkter, som delvis överlappar varandra:

För det första är det problematiskt att rätten till försvarare i Sverige är kopplad till en *kvalificerad misstankegrad* (som dessutom polis/åklagare i viss mån "disponerar"), vilket medför att denna rättighet – enligt min mening – inträder alltför sent i den svenska straffprocessen. I praktiken medför detta att en person kan underkastas tvångsmedel (exempelvis medtas respektive hämtas till förhör), berövas friheten (tas i förvar) och underkastas upprepade polisförhör (upplysningsvis) utan att ens informeras om sina försvararrättigheter, eftersom rätten till försvarare inträder först vid en högre misstankegrad, och endast när denna misstankegrad föreligger är polis/åklagare är skyldiga att informera om rätten till försvarare. Vid dessa initiala förhör – under vilka en försvarare *inte får* förordnas – kan mycket inträffa som sedermera får stor betydelse för den fortsatta processen, exempelvis att den misstänkta erkänner brottet eller lämnar besvärande uppgifter. Om så sker kommer misstankegraden förmodligen att nå upp till den nivå då den enskilda skall informeras om sin rätt till, och eventuellt förordnas en försvarare,¹⁹⁶⁵ men eftersom den misstänkta nu har erkänt gärning kan försvarare nekas på den grunden att det inte föreligger behov av försvarare med hänsyn till att gärningen är just erkänd, vilket för oss över till nästa punkt.

För det andra kan kritik riktas mot att ett *erkännande* som den misstänkta lämnar under de initiala polisförhören, inte sällan utan att först ha informerats om sin rätt till och fått möjlighet att samråda med en försvarare, tillmäts betydelse dels vid bedömningen av dennas *fortsatta försvararbehov*, dels vid bedömningen av vederbörandes skuld (vilket i sistnämnd avseende angår reglerna för fri bevisföring och

¹⁹⁶³ BO-rapport (2013) s. 79.

¹⁹⁶⁴ Jfr Leverick (Edinburgh L. Rev. 15/2011) s. 373, som konstaterar att det är allmänt känt att "young people are particularly prone to providing information which may be unreliable, misleading or self-incriminatory" samt Beijer (Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 18/2010) s. 315, som likaså förklarar att "juveniles are more prone to false confessions and are also more likely to internalize their false confessions". Två exempel i nutid som illustrerar problematiken synnerligen väl är dels Josefssons uppmärksammade dokumentärserie i tre delar för Sveriges Television/Dokument Inifrån, *Fallet Kevin*, dels Dagens Nyheters granskning av det så kallade "saxmordet i Hovsjön" (se exv. Dagens Nyheter den 17 september 2017, *Stora brister när 12-åring pekades ut som mördare*, samt den 19 september 2017, *Det var inte jag. Varför skulle jag döda min bästa vän?*). Gemensamt för båda dessa exempel är att mycket unga personer erkända mord efter att ha underkastats upprepade förhör utan biträde (låt vara att varken "Kevin-fallet" eller "Saxmordet" utmynnade i fällande domar pga. att barnen inte var straffmyndiga). Ang. "Saxmordet"; se även Dagens Juridik den 18 september 2017, *Pekades ut som skyldig till mord utan rättegång - tolvåring förhördes 18 gånger utan biträde*, där Ramberg citeras enligt följande: "Om en försvarare hade funnits vid P (pojken) sida hade aldrig de manipulativa och tortyrliknande förhör av den typ som artikeln redovisar fått hållas".

¹⁹⁶⁵ Jfr Lindberg (2012) som gör gällande (s. 35) att ett "erkännande normalt [innebär] att beviskraven för de flesta tvångsmedel är uppfyllda", och vidare (s. 43) att skälig misstanke är just "det beviskrav som gäller för de flesta tvångsmedel".

fri bevisvärdering). Det finns nämligen inga egentliga hinder i svensk rätt mot att sedermera åberopa ett erkännande som lämnats under polisförhör som bevis för den tilltalades skuld i den efterföljande rättegången, trots att den enskilda saknade tillgång till, och ibland inte ens hade upplysts om, sin rätt till försvarare.¹⁹⁶⁶

För det tredje kan kritik riktas mot att en misstänkt – oavsett om denna erkänner eller förnekar gärningen – på tämligen lösa boliner tycks kunna *avstå* sin rätt till försvarare, likaså utan att först ha fått möjlighet att samråda med en försvarare. Det framstår också som tämligen vanligt förekommande att misstänka i allmänhet och barn i synnerhet på detta vis ”samtycker” till att förhöras utan försvarare, liksom att polis/åklagare – vid sin ”objektiva” behovsprövning – fäster avgörande vikt vid den enskildas subjektiva viljeyttring (vad den misstänkta ”tycker”, ”anser”, ”känner känns okej”, och så vidare).

Att brottsmisstänkta personer – även ungdomar – på dessa vis först kan förhöras utan försvarare närvarande, och under dessa förhör tillåts vidta processhandlingar som kan få avgörande betydelse för den fortsatta processen (däribland att erkänna gärningen och avstå rätten till försvarare), öppnar sammantaget dörren på vid gavel för *falska erkännanden* och därmed, i förlängningen, *felaktigt fällande domar*.¹⁹⁶⁷ Till denna problematik kommer jag att få anledning att återkomma i den fortsatta diskussionen – i relation till Europadomstolens praxis framstår nämligen svensk rätt som påfallande underutvecklad och rentav som konventionsstridig, inte bara i ett utan i flera avseenden.

Med detta har vi diskuterat systemet med offentliga försvarare. För att knyta an till vad som anfördes inledningsvis lades grunden för detta system redan år 1906, men det var först genom nya rättegångsbalkens ikraftträdande som försvararinstitutionen fick sin nuvarande konstruktion. Detta sammanhänge i sin tur med att den misstänkta ställning som part – med partsrättigheter i processen – fick fullt erkännande genom processreformen. För målsäganden fick dock reformen en närmast motsatt effekt: Straffprocessen inrättades efter kontradiktoriskt mönster, och för att axla rollen som den tilltalades motpart inrättades ett modernt åklagarväsende. Allmänt åtal blev huvudregeln, och till följd av straffprocessens förändrade karaktär fick målsäganden en undanskymd roll. Detta förklarar – åtminstone delvis – varför det skulle dröja ända till år 1988 innan målsäganden tillerkändes en rätt till offentligt finansierat biträde, enligt vad jag skall utveckla i nästa avsnitt.

¹⁹⁶⁶ Se dock JO dnr 4608-2010 ang. bevisvärdet hos en utsaga som lämnas under dylika förhållanden samt – på samma tema – den intressanta domen från HovR:n för övre Norrland i mål nr B 583-16. Detta avgörande kommer att diskuteras utförligare i kap. 6 nedan.

¹⁹⁶⁷ Leverick (Edinburgh L. Rev. 15/2011) s. 372 ff.

5.4 Målsägandebitråde

Genom ikraftträdandet av lagen (1988:609) om målsägandebitråde infördes ett helt nytt institut i svensk rätt, nämligen det så kallade *målsägandebiträdet*.¹⁹⁶⁸ Som epitet antyder är detta ett juridiskt bitråde¹⁹⁶⁹ som kan förordnas åt målsäganden enligt vissa i lagen närmare angivna förutsättningar, som jag strax skall återkomma till.

Införandet av lagen om målsägandebitråde bör betraktas som en del av en större helhet. Alltsedan 1980-talets ingång har nämligen lagstiftaren försökt att förstärka brottsoffrets ställning i straffprocessen – med särskilt fokus på offer för sexualbrott, vars utsatta belägenhet kom att uppmärksammas alltmer.¹⁹⁷⁰ För att förstå denna utveckling skall jag i följande avsnitt teckna en kort historisk bakgrund till lagen, varvid perspektivet lämpligen bör sträcka sig till nya rättegångsbalkens ikraftträdande. Det var nämligen genom processreformen som rollfördelningen i rättegången kastades om; från att ha varit straffprocessens huvudrollsinnehavare tilldelades målsäganden en biroll i densamma.

5.4.1 Tillbakablick

Historiskt gjordes inom den svenska processrätten ingen egentlig distinktion mellan tvistemål och brottmål.¹⁹⁷¹ Till grund för äldre tiders straffprocess låg vedergällningstanken, och även i brottmål ankom det därför på den som ansåg sig ha blivit utsatt för en oförrätt att väcka talan. Liksom i tvistemål skedde utredningen av brottet *under* processen, det vill säga *efter* att stämning – på brottsoffrets initiativ – hade utfärdats på den misstänkta. Och eftersom processens syfte framförallt var att erbjuda brottsoffret kompensation för liden skada, tilläts parterna att förfoga över rättegången (exempelvis genom att ingå förlikning). På så vis ”ägde” brottsoffret målet,¹⁹⁷² därav benämningen *målsägande*.¹⁹⁷³

I Sverige kom straffprocessen att kvarbli vid dessa äldre grundtankar längre än i andra jämförbara länder,¹⁹⁷⁴ vilket har principiella men också och rent

¹⁹⁶⁸ Termen myntades av RHK i SOU 1986:49 s. 14.

¹⁹⁶⁹ Ingenting hindrar dock att målsäganden utfärdar rättegångsfullmakt åt målsägandebiträdet, vilket ger denna ställning som ombud. Se om målsägandebiträdet ställning hos Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 107 f. och, för ett norskt perspektiv, Robberstad (2014).

¹⁹⁷⁰ Enarsson, Therese, *Brottsoffer i rättskedjan – En rättsvetenskaplig studie av förhållandet mellan brottsoffrets rättigheter och rättsväsendets skyldigheter* (2013) redogör utförligt för det s.k. ”brottsofferperspektivet” i det inledande kapitlet till sin avhandling (s. 13 ff.). Se även kap. 3 och 4, som behandlar brottsoffrets rättigheter i rättskedjan (s. 70 ff.) samt kopplingen mellan lagstiftningen och den politiska målsättningen (s. 96 ff.).

¹⁹⁷¹ Hassler, Åke, *Förfarandet i brottmål före domstolsförhandling – i positiv rätt och de lege ferenda* (1923) s. 6 och Bring & Diesen (2009) s. 30. Se även SOU 1926:32 s. 5, med åsyftan på ÅRB: ”Förfarandet i brottmål gestaltade sig alltså i huvudsak så som nu anses utmärkande för den typiska civilprocessen.”

¹⁹⁷² Se Bring, Carina, *Målsägandens reaktionsmöjligheter*, i Diesen, Christian (red.), *Brottsoffrets rätt* (1995) s. 145-281 som förklarar (s. 147), att målsäganden var ”den som ägde rätten att inleda och driva en process”. Jfr även SOU 1926:32 s. 5, där PK anförde att ”straffets utkrävande [betraktades] såsom en målsägandens enskilda sak”.

¹⁹⁷³ Se exv. den historiska redogörelsen hos Bring & Diesen (2009) på s. 30 ff. och 92 f. Se även Heuman, Lars, *Målsägande* (1973) s. 19 ff. Målsägandebegreppet behandlas också av Enarsson (2013) s. 30 f.

¹⁹⁷⁴ Jfr Hassler (1923) s. 65, som betecknade den svenska straffprocessen enligt ÅRB som ”tämligen utvecklad”.

praktiska förklaringar. Med åsytan på vår äldre rättegångsbalk anförde exempelvis Processkommissionen följande, i motiven till den nya balken:

”Den ståndpunkt, som den gällande svenska rätten intar i nu berörda hänseenden, *beror ej blott därpå*, att det svenska uppfattningssättet segare än de flesta andra folks velat bibehålla ett starkt inflytande för målsäganden på frågan om brotts beivrande, *utan i icke ringa mån också på* det svenska åklagarväsendets bristfälliga organisation.”¹⁹⁷⁵

Låt oss mot denna korta bakgrund ta avstamp i de förhållanden som rådde före ikraftträdandet av den nu gällande rättegångsbalken och den professionalisering av straffprocessen som därigenom fick fullt genomslag.

5.4.1.1 Målsägandeprocessen enligt äldre rättegångsbalken

1734 års rättegångsbalk reglerade uteslutande processen i domstol, och uppställde en gemensam reglering för domstolarnas prövning av både tvistemål och brottmål.¹⁹⁷⁶ Som utgångspunkt ankom det således på målsäganden att både ta initiativ till rättegången och sörja för utredningen av den tilltalades skuld.¹⁹⁷⁷

I takt med samhällsutvecklingen i allmänhet, och brottslighetens utveckling i synnerhet, blev det med tiden uppenbart att ansvaret för att beivra brott inte uteslutande kunde vila på brottsoffret axlar.¹⁹⁷⁸ Följaktligen åtog sig det allmänna successivt ett utvidgat ansvar, vilket yttrade sig dels genom att det utanför rättegångsbalken antogs ett antal lagar om förfarandet *före domstolsförhandlingen* (som bland annat reglerade det allmännas tvångsmedelsanvändning och åtalsrätt), dels genom att domstolen ålades en utredande funktion *under förhandlingen*.¹⁹⁷⁹ Själva domstolsprocessen utgick dock alltjämt från målsägandens initiativ; statens åtalsrätt var antingen subsidiär i relation till målsägandens, eller beroende av dennas angivelse.¹⁹⁸⁰ Någon sammanhållen organisation för att utreda och åtala brott – ett ”åklageri” i modern mening – fanns inte heller,¹⁹⁸¹ utan domstolen betraktades under lång tid som den ”egentliga undersökningsmyndigheten”.¹⁹⁸² Sammantaget kunde straffprocessen enligt äldre

¹⁹⁷⁵ SOU 1926:32 s. 6. Se även Hassler (1923) s. 6, som likaså anför att "[l]änge och segt bibehöll sig den privaträttsliga synpunkten på kriminella förhållanden såväl materiellt som processuellt”.

¹⁹⁷⁶ Se exv. Hassler (1923) s. 6 och 65 f.

¹⁹⁷⁷ Hassler (1923) s. 70.

¹⁹⁷⁸ Bring & Diesen (2009) s. 31.

¹⁹⁷⁹ Hassler (1923) s. 71.

¹⁹⁸⁰ Genom 1864 års strafflag likställdes målsäganden och staten, men statens åtalsrätt förutsatte även framgent (i de allra flesta fall), målsägandens angivelse; se SOU 1926:32 s. 5 f. Om skillnaden mellan *primär/subsidiär* åtalsrätt, resp. *exklusiv/konkurrerande* åtalsrätt; se Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 58 f., där en distinktion också görs mellan *målsägandebrott* (brott där målsäganden har exklusiv åtalsrätt), *angivelsebrott* (brott där målsägandens angivelse är en förutsättning för allmänt åtal), samt *åklagarbrott* (övriga brott, som således faller under allmänt åtal).

¹⁹⁸¹ Jfr SOU 1926:31 s. 181 ff., med en redogörelse för det svenska ”åklagarväsendet” vid tidpunkten för ÄRB, särskilt s. 185: ”Åklagarväsendets förnämsta brister äro, såsom i inledningen framhållits, åklagarnas ofullständiga personliga kvalifikationer, deras belastning med främmande göromål och saknaden av en fast och enhetlig, organisation. Det är ej tänkbart att med ett dylikt åklagarväsen möta de uppgifter, som skulle tillfalla åklagarna i det mera akusatoriska brottmålsförfarande, som processkommissionen förordar.” Se även Landström, Lena, *Åklagaren som grindvakt – en rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid utredning och åtal om brott* (2011) s. 73 ff., med en utförlig redogörelse över det svenska åklagarväsendets framväxt.

¹⁹⁸² Hassler (1923) s. 87.

rättegångsbalken därmed, med Hasslers ord, karaktäriseras som en ”målsägandeprocess på väg att övergå till officialprocedur” – en utveckling som dock ”försvårades därav, att den behövlige organisatoriska apparaten för förberedande undersökning och åtal erhållit en alltför svag utbildning”.¹⁹⁸³

Processkommissionens överordnade ambition med processreformen var att bryta den utveckling i inkvisitorisk riktning som den svenska straffprocessen hade slagit in på,¹⁹⁸⁴ delvis till följd av att det varken fanns ett fungerande åklagar- eller advokatväsende. Den moderna brottmålsrättegången skulle bli *ackusatorisk* till sin struktur,¹⁹⁸⁵ och en grundläggande förutsättning härför var att det fanns två motstående parter som – istället för domstolen – kunde driva målet mot sitt avgörande. Som ett svar på bland annat Hasslers kritik,¹⁹⁸⁶ ansåg således kommissionen, å ena sidan, att en av reformens *viktigaste uppgifter* var att skapa en fungerande åklagarorganisation. Vi erinrar oss också vad kommissionen, å andra sidan, hade anfört om behovet av ett fungerande advokatväsende i den moderna rättegången – att skapa ett sådant var likaså en utav de *viktigaste frågorna* vid den stundande reformen:

Angående behovet av ett åklagarväsende: ”[E]n av rättegångsreformens *viktigaste uppgifter* måste bli att skapa en bättre åklagarkår, [vilket kommer] att medföra, att ur denna synpunkt ej längre avgörande hinder möter mot att genomföra en sådan ordning i fråga om målsägandens ställning till brotts beivrande, som närmare överensstämmer med nutida uppfattning om statens uppgifter och straffets väsen.”¹⁹⁸⁷

Angående behovet av ett advokatväsende: ”I det moderna rättegångsförfarandet, vilket i stor utsträckning bygger på verksamhet från parternas sida för processens drivande, framträder starkt betydelsen av att parternas talan utföres av personer, som äro mäktiga de uppgifter rättegångsordningen ålägger dem. En av de *viktigaste frågorna* vid en rättegångsreform är också att sörja för att parternas talan må bli tillfredsställande utförd.”¹⁹⁸⁸

Med processreformen följde således inte enbart inrättandet av Sveriges Advokatsamfund enligt vad jag redan har beskrivit, utan också en första konsolidering

¹⁹⁸³ Hassler, Åke, *Föreläsningar över den svenska kriminalprocessen I - förberedande undersökning och tvångsmedel* (1930) s. 11. I SOU 1926:32 karaktäriserade PK (s. 12) straffprocessen enligt ÅRB som ”inkvisitorisk i ackusatoriska former”, där den ackusatoriska formen framträdde däri, att domstolen (vanligtvis) inte själv initierade processen.

¹⁹⁸⁴ Jfr exv. SOU 1926:32 s. 11 f: ”Den äldre svenska straffprocessen var liksom den germanska över huvud ackusatorisk. Men så småningom övergick man även hos oss till en inkvisitionsprocess, om ock denna, som förut nämnts, ej utfördes i sina yttersta konsekvenser. De regler 1734 års lag i ämnet upptager äro ganska ofullständiga; dess straffprocess bör dock betecknas som inkvisitorisk, churu den bär åtskilliga ackusatoriska drag.”

¹⁹⁸⁵ SOU 1926:32 s. 14 f.

¹⁹⁸⁶ Hassler kommenterade sedermera (med visst gillande) kommissionens förslag i SvJT; se Hassler, Åke, *Straffprocessens reform: några anmärkningar till processkommissionens betänkande* (SvJT 1/1927) s. 321-339.

¹⁹⁸⁷ SOU 1926:32 s. 6. Se även SOU 1926:31 s. 179 f. och härtill Landström (2011) s. 86.

¹⁹⁸⁸ SOU 1926:31 s. 198.

av åklagarorganisationen¹⁹⁸⁹ – två grundläggande förutsättningar för den ackusatoriska straffprocessen, som var tänkt att utspela sig mellan två professionella aktörer: en *åklagare* på domstolens ena sida, och en (tilltalade genom sin) *försvarare* på den andra sidan.¹⁹⁹⁰ Rätten till försvarare, enligt föregående avsnitt, måste således förstås mot bakgrund av att processreformen också gav upphov till ett modernt åklageri.¹⁹⁹¹ Den fråga som nu återstår att diskutera, är hur denna omställning kom att påverka målsägandens ställning i den ”moderna rättegången”.

5.4.1.2 Målsägandens ställning enligt nya rättegångsbalken

Nya rättegångsbalkens ikraftträdande innebar ett tydligt brott mot förutvarande föreställningsramar, såtillvida att allmänt åtal genom processreformen uppställdes som ny huvudregel för de flesta brott,¹⁹⁹² medan målsägandens åtalsrätt gjordes subsidiär och närmast kom att betraktas som en ren ”kontrollfunktion”.¹⁹⁹³ Som skäl för denna omställning hänvisade Processlagberedningen dels till att en modern åklagarorganisation var bättre lämpad än målsäganden att utreda brott, dels till att det snarare var ett allmänt än ett enskilt intresse att brottslingar blev straffade.¹⁹⁹⁴ Detta resonemang gav i sin tur uttryck för en i grunden förändrad syn på brottets natur och därmed på straffprocessens funktion.¹⁹⁹⁵ I sitt betänkande – som låg till grund för lagberedningens förslag – hade Processkommissionen anfört följande:

”Enligt nutida samhällsuppfattning är utkrävandet av straff för ett begånget brott icke en den enskilde förorättades sak utan en samhällets uppgift. [...] De värden och intressen, som bliva skyddade genom straffrätten, äro ställda i samhällets hägn; mot deras kränkande inskrider detta med sin straffande verksamhet. Fattas brottet sålunda som en kränkning av den allmänna rättsordning, som staten har till uppgift att värna och upprätthålla, så framgår därav visserligen, att straffet skall genom samhällets

¹⁹⁸⁹ Som Landström konstaterar bygger dagens åklagarväsende allttjämt på PLB:s förslag; se Landström (2011) s. 85 ff., och den indelning i allmänna åklagare resp. särskilda åklagare som infördes genom RB 7 kap. Det var dock först år 1965 som en enhetlig organisation tog form genom att både polis- och åklagarväsendet förstatligades. Under 1990-talet slopades därefter den tidigare länsindelningen genom stegvisa reformer, varigenom dagens sammanhållna Åklagarmyndighet till slut skapades. Se till det sagda särskilt prop. 1964:100 och prop. 1995/96:110.

¹⁹⁹⁰ Med kommissionens ord (SOU 1926:32 s. 15): ”Den allmänna utgångspunkt, som här fastställts, måste emellertid leda därtill, att de väsentliga förutsättningarna skapas för att över huvud en till sina grunddrag ackusatorisk process skall kunna åvägbringas. Dessa förutsättningar utgöras av en skicklig och för sitt värv väl lämpad åklagarkår och en tillfredsställande organisation av försvarare. Endast genom skapandet av dessa oundgängliga organ för en ackusatorisk process kan en sådan genomföras.”

¹⁹⁹¹ Se exv. SOU 1926:32 s. 49, där PK anförde att den ”ackusatoriska processen *kräver*, att möjlighet beredes den misstänkte att skaffa sig biträde av någon, som bättre än han själv kan tillvarata hans intresse och som utrustas med vissa i lagen reglerade befogenheter”. Ty: ”Mången gång blir han endast härigenom i stånd att utnyttja de rättigheter, som tillkomma honom såsom part. *Särskilt i den mån genom organisatoriska åtgärder ett förstärkande av åtalsväsendet genomföres*, är det av vikt att sörja för att den misstänkte ej kommer att intaga en alltför underlägsen ställning i processen.”

¹⁹⁹² RB 20 kap. 3 § och härtill SOU 1938:44 s. 254 f.

¹⁹⁹³ RB 20 kap. 8 § 1 st. och härtill SOU 1938:44 s. 260. PLB (a. st.) ville rent av avskaffa målsägandens subsidiära åtalsrätt, men valde – med hänvisning till det ”allmänna rättsmedvetandet” – att behålla denna som en ”kontroll”. Se även a. SOU s. 29, där det likaså talas om att målsägandens subsidiära åtalsrätt främst skulle få betydelse ”som kontroll å åklagarnas verksamhet”. Även i modernare lagförarbeten karakteriseras den subsidiära åtalsrätten som en ”kontrollmöjlighet” för målsäganden; se exv. SOU 2007:6 s. 137. Om denna kontrollfunktion; se även Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 64.

¹⁹⁹⁴ SOU 1938:44 s. 260. Se även Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 65, med tillägget att ”det knappast [kan] råda någon tvekan” om att åklagaren är bättre lämpad än målsäganden att utreda brottet: ”Åklagaren har ju polisen till sitt förfogande ...”

¹⁹⁹⁵ Bring & Diesen (2009) s. 92.

försorg följa på brottet, men samhällets väl bjuder också, att straffet drabbar allenast den, som förövat brott, och allenast i mån av hans brottslighet. Härav följer, att straff icke kan utkrävas blott på grund av en frivillig underkastelse. Frågan, huruvida och till vilket mått straff i ett visst fall skall åläggas, kan icke avgöras genom någon de enskildas överenskommelse utan måste prövas genom ett av statens organ företaget förfarande, som innebär trygghet för att samhällets intressen bliva iakttagna. Detta förfarande utgör den egentliga straffprocessen ...”¹⁹⁹⁶

Ytterst sett var således brottet en kränkning av *samhällets rättsordning*, och i konsekvensens namn ansågs det därför vara *samhällets plikt* att ingripa mot brottet.¹⁹⁹⁷ För att möjliggöra ett sådant ingripande inrättades ett sammanhållet åklagarväsende med en generell rätt att åtala det stora flertalet brott, oavsett målsägandens inställning.¹⁹⁹⁸ I dylika mål, där åklagaren förde talan å statens vägnar (”åklagarmål”¹⁹⁹⁹), delades straffprocessen – på ett tydligare sätt än tidigare – in i två välvgränsade stadier: förundersökning respektive rättegång (som båda reglerades i rättegångsbalken).²⁰⁰⁰ I förundersökningen gavs målsäganden inte ens partsställning, till skillnad från den misstänkta som tillerkändes en tydlig ställning som part med partsrättigheter redan vid ett förhållandevis tidigt stadium.²⁰⁰¹ Och för att ens bli part i rättegången krävdes det av målsäganden, att denna framställde ett yrkande för egen del – antingen om ansvar eller om skadestånd.²⁰⁰²

I ansvarsdelen tilläts således målsäganden att *biträda åtalet*, varvid denna gavs ställning som den tilltalades motpart/åklagarens medpart,²⁰⁰³ med vissa möjligheter att agera självständigt i processen. Därtill skapades en ordning som möjliggjorde för målsäganden att få sitt *enskilda anspråk* handlagt inom ramen för brottmålets prövning,²⁰⁰⁴ varvid åklagaren ålades en skyldighet att förbereda och utföra även målsägandens skadeståndstalan. Härigenom ansåg både Processkommissionen och Processlagberedningen att målsägandens intressen skulle tas tillvara på ett tillfredsställande sätt.²⁰⁰⁵

¹⁹⁹⁶ SOU 1926:32 s. 4.

¹⁹⁹⁷ Bring & Diesen (2009) s. 92. Jfr även Landström (2011) s. 16: ”Uppfattningen att det är samhällets ansvar att beivra brott har också inverkat på målsägandens ställning. Frågan om en misstänkt ska dömas för brott har blivit en fråga mellan staten och den misstänkte, inte en tvist mellan målsägande och misstänkt.”

¹⁹⁹⁸ Jfr Landström (2011) s. 72: ”Från att ha varit den enskildes ensak att utkräva hämnd blev straffrättskipningen ett offentligt intresse. För att bevaka det offentliga intresset uppkom en offentlig åtalsrätt. Den innebar att det offentliga i en gradvis ökad omfattning kunde utkräva straff oberoende av den enskildes, målsägandens, inställning.”

¹⁹⁹⁹ Om terminologin; se fn. 1980 ovan.

²⁰⁰⁰ Se exv. den allmänna redogörelsen i SOU 1938:44 s. 30 ff. samt härtill Bring & Diesen (2009) s. 33.

²⁰⁰¹ Se SOU 1926:31 s. 29: ”Den misstänkte skall icke behandlas som föremål för undersökningen utan som part. För iakttagande av sina intressen skall han i vid omfattning äga erhålla offentlig försvarare, vilken redan under förundersökningen skall å sin sida sörja för målets utredning.” Jfr dock kritiken mot det sena försvararinträdet (genom kopplingen till skäligen misstanke), särskilt i avsnitt 5.3.5 ovan.

²⁰⁰² Jfr exv. Ds 1992:24 s. 18 och SOU 2007:6 s. 134.

²⁰⁰³ RB 20 kap. 8 § 2 st. Se härtill exv. SOU 2007:6 s. 138, med tillägget att det råder processgemenskap mellan åklagaren och målsäganden när den senare biträder åtalet, samt Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 58 (*kurs*, där), med förtydligandet att både målsäganden och åklagaren betraktas som ”åtalsberättigade *partes* och inte som representanter för det allmänna”.

²⁰⁰⁴ RB 22 kap. 1 §.

²⁰⁰⁵ Se fn. 2024–2026 nedan.

I jämförelse med äldre rättegångsbalken fick målsäganden sammanfattningsvis en undanskymd roll genom den nya balken.²⁰⁰⁶ Det allmänna har mer eller mindre ”tagit över ansvaret” för att brottsoffret skall få inte bara upprättelse (i ansvarsdelen), utan också ekonomisk kompensation (i skadestandsdelen),²⁰⁰⁷ dels genom att allmänt åtal numera är huvudregeln,²⁰⁰⁸ dels genom att allmän åklagare har ålagts en tjänsteplikt att föra målsägandens talan om enskilt anspråk. Följaktligen är målsägandens inflytande över processen, med Bring och Diesens ord, ”väldigt begränsat”.²⁰⁰⁹ Brottsoffret äger inte längre målet, utan har snarare förvandlats till en informationskälla/ett bevismedel för åklagaren,²⁰¹⁰ som i sin tur betraktas som processens ”viktigaste” aktör.²⁰¹¹ Till skillnad från den misstänkta, för vilken processreformen medförde en utveckling bort från den tidigare inkvisitionen enligt äldre rättegångsbalken, fick således den nya balken en rakt motsatt effekt för målsäganden. Processen blev inkvisitorisk till sin gestaltning, såtillvida att staten – genom åklagaren – ”stal” målsägandens (huvud-) roll.²⁰¹² Med åsyftan på norsk rätt har Robberstad beskrivit samma tendens i följande ordalag, som sammanfattar också den svenska utvecklingen:

”Når lovgiveren inførte partsprocessens form i offentlige straffesaker, lånte man den form som fornærmede hadde brukt. Noen vil kanskje si at man stal den. Samtidig som staten overtok fornærmedes processform, skjøv man henne ut av striden og over i en vitnesrolle. Fornærmede mistet rollen som handlende subjekt og ble et objekt for undersøkelse. Man ga den fornærmede den rollen som man ville befri siktede fra, inkvisisjonens grep.”²⁰¹³

Med andra ord har staten, enligt Robberstad, ”plassert seg selv i to av sakens tre hovedroller, som både dommer og anklager” – detta dock i den privata partsprocessens konstruktion, vilket påverkar både målsägandens och den tilltalades processuella position:

²⁰⁰⁶ Jfr SOU 1986:49 s. 52, där målsäganden beskrivs som ”något av en processens kameleont”.

²⁰⁰⁷ Bring & Diesen (2009) s. 93.

²⁰⁰⁸ Jfr Bring & Diesen (2009) s. 93, som konstaterar dels att reglerna om enskilt åtal ytterst sällan tillämpas i praktiken, dels att antalet angivelsebrott är få.

²⁰⁰⁹ Bring & Diesen (2009) s. 93.

²⁰¹⁰ Bring & Diesen (2009) s. 93, som anför att ”[m]ålsäganden är en helt central person för processen i egenskap [av] informationslämnare”. Jfr även Träskman, Per Ole, *Vem är kriminalpolitikens nyckelperson: brottslingen, brottsoffret eller ”jag” själv?* (JT 3/2008-09) s. 497-515 (s. 508 f.), som skiljer mellan brottsoffrets rättigheter som *part* resp. *bevisperson*. Se även Träskman (1992). Följande mening i rapporten *Brottsoffren i rättsprocessen* är också talande: ”Målsäganden är ofta en viktig bevisperson och åklagaren får inte agera på sådant sätt gentemot målsäganden att bevisvärdet försämras.” Se Lindgren, Magnus & Qvarnström, Jennifer, *Brottsoffren i rättsprocessen – en undersökning genomförd på uppdrag av Rikspolisstyrelsen, Riksåklagaren, Domstolsverket* (2003) s. 19.

²⁰¹¹ Se exv. Robberstad, Anne, *Anm. av Landström, Åklagaren som grindvakt* (JT 1/2011-12) s. 219-223 (s. 219): ”Mange som har erfaring med straffesaksbehandling i praksis, vil mene at åklagaren er den viktigste aktøren. Åklagaren spiller ... en nøkkelrolle: åklagaren blir den som bestemmer hvordan saker mot mistenkte personer skal behandles i systemet.” Denna utveckling – mot en allt viktigare roll/större inflytande för åklagaren – har fortsatt även efter införandet av RB. Se till det sagda exv. Landström (2011) s. 15 och 277 ff.

²⁰¹² Jfr Landström (2011) s. 57 m.h.t. Robberstad (1999). Se även den intressanta diskussionen hos Christie, Nils, *Konflikt som endom* (TfR 8/1977) s. 113-132.

²⁰¹³ Robberstad (1999) s. 109.

”[M]an beholdt store deler av *ideologien* fra den private partsprosessen, symbolisert ved uttrykket ’equality of arms’ (Waffengleichheit). Den nye prosessform ble derfor en bastard, tuftet på innbyrdes utforenlige prinsipper: Ideologiens tankegods hører hjemme i en strid mellom to presumptivt likverdige parter. Samtidig nekter staten en av disse partene (fornærmede) å delta i striden. Det er heller ikke til å undres over at forsvarere synes snakket om likverdighet blir hult og at de klager over att siktede har en underlegen rolle.”²⁰¹⁴

5.4.2 Åklagaren – målsägandens ”företrädare”?²⁰¹⁵

Som framgått av föregående avsnitt utgick processreformen från att det allmännas intresse av att beivra brott var överordnat målsägandens dito.²⁰¹⁶ Brottsoffrets (underordnade) intresse av att få både upprättelse och kompensation ansågs bli tillfredsställande tillgodosett genom åklagarens skyldighet att åtala brott och därvid även föra målsägandens talan om enskilt anspråk. Huruvida ett offentligt finansierat biträde *därutöver* skulle kunna förordnas åt målsäganden ägnades, såvitt avser allmänt åtal,²⁰¹⁷ överhuvudtaget ingen diskussion i de ursprungliga förarbetena till rättegångsbalken.²⁰¹⁸ Detta kan bara förstås som att målsäganden inte ansågs ha behov av ytterligare biträde i åklagarmål, utöver det biträde som åklagaren erbjöd – varken för att få den tilltalades skuld eller skadeståndsansvar fastställt.

Närmare bestämt förklarade Processlagberedningen, att en övergång till allmänt åtal inte skulle medföra några större praktiska skillnader för målsäganden i ansvarsdelen, ty ”med hänsyn till de *kostnader*, som äro förenade med ett åtal, lär väl redan nu målsäganden i regel hänvända sig till allmänna åklagaren, innan han tager saken i egen hand”.²⁰¹⁹ Skälet till att målsäganden – redan vid tillämpningen av den äldre rättegångsbalken – vanligtvis *valde* att låta åklagaren åtala brott var med andra ord, att denna därigenom kunde undvika att ådra sig några kostnader. Att den primära åtalsrätten formellt flyttades från brottsoffret till åklagaren genom införandet av den

²⁰¹⁴ Robberstad (1999) s. 109.

²⁰¹⁵ Jfr Bring & Diesen (2009) s. 96 som behandlar åklagaren (avsnitt 5.2.2.1) under rubriken ”Målsägandens företrädare” (avsnitt 5.2.2) i sin bok *Förundersökning*.

²⁰¹⁶ Se även SOU 1926:32 s. 40: ”Det allmännas intresse i straffrättskipningen kräver därför, att den bästa åtalsformen i första rummet anlitas, och detta intresse måste tillerkännas företrädet framför målsägandens anspråk på att få själv utföra sin talan.”

²⁰¹⁷ Däremot erinrade PK om att offentlig finansiering kunde utgå enligt lagen om fri rättegång vid enskilt åtal; se exv. SOU 1926:32 s. 309.

²⁰¹⁸ Se exv. SOU 1926:32 s. 304: ”Enligt det föreliggande förslaget skall statsverket sålunda i vissa fall ersätta vittnen och sakkunniga ... samt den tilltalades försvarare.” Som synes sägs ingenting om statens ansvar för målsägandens biträdeskostnader. Att målsäganden ägde anlita (privat) biträde klargjordes dock; se exv. SOU 1926:32 s. 44 f. och 247. Som RHK konstaterar i ett senare sammanhang (SOU 1986:49 s. 64) förutsätter dock detta att målsäganden intar partsställning: ”En målsägande som hör i rättegången med anledning av åklagarens talan, men som inte själv för talan om ansvar eller enskilt anspråk kan således enligt rättegångsbalken inte ha ett rättegångsbiträde i målet.”

²⁰¹⁹ Ang. ansvarsfrågan; se SOU 1926:32 s. 40

nya balken var således – givet samma logik – ägnat att även fortsättningsvis *reducera målsägandens processkostnader*.²⁰²⁰

Vad sedan avser det enskilda anspråket var det likaså vanligt att åklagaren – redan enligt äldre rättegångsbalken – förde brottsoffrets skadeståndstalan på frivillig basis, det vill säga såsom ombud för denna. I detta avseende följde således en viktig förändring med den nya balken. Åklagarna förbjöds att fortsättningsvis agera som ombud i rättegång,²⁰²¹ och ålades istället att föra målsägandens skadeståndstalan såsom en tjänsteplikt.²⁰²² Därmed fick brottsoffret en korresponderande ”rättighet” till dylikt biträde (gratis),²⁰²³ vilket likaledes var ägnat att *hålla dennas kostnader nere*.

Processkommissionen: ”I många fall skulle det ... ställa sig synnerligen olägligt och kostsamt för målsäganden, om han skulle vara nödsakad att själv eller genom särskild därtill förordnad *rättegångsfullmäktig* ombesörja talans utförande. För närvarande är det vanligt, att allmänna åklagaren såsom ombud för målsäganden utför hans civila talan i brottmålet. [...] Med hänsyn härtill synes det ej böra möta betänklighet att ålägga åklagaren såsom tjänsteplikt att förbereda och utföra talan angående målsägandens privaträttsliga anspråk, då han av målsäganden anmodas härom.”²⁰²⁴

Processlagberedningen: ”För målsäganden skulle det ... medföra olägenheter och ökade kostnader, om han alltid vore nödsakad att, då allmänt åtal för brott äger rum, själv eller genom särskilt *ombud* föra talan om enskilt anspråk på grund av brottet. Med hänsyn härtill bör det för tillgodoseende av målsägandens intressen åläggas åklagaren såsom en tjänsteplikt att i samband med åtalet förbereda och utföra målsägandens talan, om denne framställer begäran därom.”²⁰²⁵

Genom att åklagaren ålades både en åtalsplikt och en plikt att föra målsägandens talan om enskilt anspråk, skulle således den senare inte behöva anlita biträde – vare sig i ansvars- eller skadeståndsdelen – och därmed inte heller behöva ådra sig några biträdeskostnader.²⁰²⁶ Härigenom kunde staten, i förlängningen, också vägra målsäganden rättshjälp – helt enkelt eftersom något behov av biträde inte längre ansågs

²⁰²⁰ Jfr Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 62, som med avseende på dagens förhållanden förklarar att det är ”sällsynt” att målsäganden väcker åtal. Den förklaring som förs fram är också den ”ekonomiska aspekten”.

²⁰²¹ PLB ansåg att det var direkt olämpligt att en offentlig funktionär, på det sätt som tidigare var vanligt, agerade ombud. I anslutning till vad PK föreslagit ålades därför åklagaren att *inom ramen för sin tjänst* föra målsägandens talan om enskilt anspråk, samtidigt som åklagarna förbjöds att agera ombud i rättegång; se RB 12 kap. 3 § och härtill SOU 1938:44 s. 164.

²⁰²² RB 22 kap. 2 §.

²⁰²³ Även Ekelöf betonar kostnadsaspekten som den mest betydelsefulla. Se exv. Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 213 (*kurs*, där): ”Att åklagaren är skyldig att inom ramen för sin *tjänsteplikt* – och sålunda utan rätt till ersättning – utföra *målsägandens talan mot den tilltalade*, är ett förhållande av stor praktisk betydelse. Genom att målsäganden befrias från besväret och kostnaden att själv eller genom ombud utföra skadeståndstalan, blir kumulationsregeln i RB 22:1 av större värde för honom eller henne.”

²⁰²⁴ SOU 1926:32 s. 247.

²⁰²⁵ SOU 1938:44 s. 279.

²⁰²⁶ Se även SOU 1926:32 s. 248, där PK anförde att ”[p]rocessen bör anordnas så, att målsäganden utan onödig *kostnad* och omgång kan få sitt anspråk bedömt” samt SOU 1938:44 s. 36 f., där PLB förklarade att syftet med att låta åklagaren föra målsägandens skadeståndstalan var att ”bespara målsäganden de *kostnader*, som utförande av självständig talan skulle medföra eventuellt genom anlåtande av ombud”. Jfr även SOU 1938:44 s. 164, där lagberedningen likaså anförde att ”[m]ålsägandens intresse att ... utan större *kostnad* få sitt anspråk framställt har i förslaget tillgodosetts genom att det under vissa förutsättningar ålagts åklagaren såsom en tjänsteplikt att föra målsägandens talan”.

föreligga i åklagarmål.²⁰²⁷ Denna ordning kan framstå som genomtänkt vid första påseende, men är dessvärre behäftad med ett tankefel. Till skillnad från ett juridiskt biträde – som har en lojalitetsplikt mot klienten – är nämligen åklagaren underkastad en grundlagsfäst objektivitetsplikt,²⁰²⁸ och därmed en skyldighet att vara verksam även till den misstänkta/tilltalades fördel. Det har därför visat sig vara svårt för en åklagare att ge brottsoffret det biträde som behövs, enligt vad jag kort skall utveckla i nästa avsnitt.²⁰²⁹

5.4.3 Åklagarens objektivitetsplikt – ett hinder för ett ”aktivt stöd”?

Alltsedan nya rättegångsbalkens ikraftträdande har åklagaren ålagts en uttrycklig objektivitetsplikt genom 23 kapitlet 4 §,²⁰³⁰ som förpliktigar undersökningsledaren²⁰³¹ att söka efter, ta till vara och beakta omständigheter och bevis som talar såväl till den misstänkta fördel som till dennas nackdel.²⁰³² Detta stadgande motiverade Processlagberedningen med hänvisning till det allmänna intresset av att undvika *felaktigt fällande domar*.²⁰³³ Hur långtgående ansvar åklagaren har är dock föremål för skilda meningar. Mest träffande är kanske att, i anslutning till Heuman, tala om en ”relativ objektivitetsplikt”, såtillvida att dess närmare innebörd måste bestämmas i relation till en rad faktorer.²⁰³⁴ För att nyansera diskussionen kan en första²⁰³⁵ distinktion göras mellan straffprocessens två stadier: förundersökningen och rättegången. En inte ovanlig – men inte heller okontroversiell – uppfattning är nämligen att

²⁰²⁷ Följande uttalande av RHK illustrerar väl det sagda (SOU 1986:49 s. 67): ”Som tidigare nämnts är åklagaren skyldig att föra målsägandens skadeståndstalan om det kan ske utan olägenhet och målsägandens anspråk inte är obefogat. Denna rätt att få åklagarens hjälp med att utföra talan om enskilt anspråk är avsedd att vara en förmån för målsäganden, som därigenom i praktiken slipper att riskera några rättegångskostnader. Om åklagaren åtar sig att föra målsägandens talan kan målsäganden i praktiken inte beviljas biträde enligt rättshjälpslagen.” Se även SOU 2014:86 s. 136.

²⁰²⁸ RF 1 kap. 9 § och härtill exv. Landström (2011) s. 59 och Enarsson (2013) s. 53 ff.

²⁰²⁹ Att åklagarens dubbla roller ger upphov till roll-, intresse- och lojalitetskonflikter har redan uppmärksamats av många före mig; se exv. Landström (2011) s. 59 ff., Heuman, Lars, *Domarens och åklagarens skyldighet att vara objektiva* (JT 1/2004-05) s. 42-60 (särskilt s. 51 ff.), Lindberg, Gunnel, *Om åklagareetik* (SvJT 3/1997) s. 197-221 (särskilt s. 202 ff.) och Jacobsson, Ulla, *Rollspelet mellan åklagare och försvarare* (TSA 2/1989) s. 56-60. Den korta diskussion som nu följer skall därmed betraktas som blott exemplifierande.

²⁰³⁰ Se numera också RB 45 kap. 3 a §, som infördes genom SFS 2016:546; prop. 2015/16:68. Till detta stadgande återkommer jag i avsnitt 5.4.3.2 strax nedan.

²⁰³¹ I den följande diskussionen förutsätts att åklagare agerar förundersökningsledare; jfr RB 23 kap. 3 §.

²⁰³² Se till det följande Landström (2011) s. 62 ff.

²⁰³³ SOU 1938:44 s. 286.

²⁰³⁴ Se Heuman (JT 1/2004-05) s. 50, som anför att åklagarens objektivitetsplikt ”kan vara relativ”, med följande precisering (på s. 57): ”En relativ objektivitetsplikt innebär att en beslutsfattare kan avstå från att iakttä strikt objektivitet när det är motiverat av starka sakliga skäl.”

²⁰³⁵ I det följande kommer jag framförallt att fokusera på denna distinktion mellan förundersökning och rättegång, som också avgör huruvida målsäganden intar partsställning eller inte. Se dock fn. 2061 nedan, ang. betydelse av att den misstänkta har/saknar försvarare.

åklagaren har delvis olika roller under dessa stadier,²⁰³⁶ vilket i sin tur kan tänkas påverka objektivitetsplikten.²⁰³⁷

5.4.3.1 Åklagaren som målsägandens "biträde" före åtalsbeslutet

Som framgår av lagtextens ordalydelse, liksom av paragrafens placering i balkens 23:e kapitel, är 4 § endast tillämplig under förundersökningsstadiet. Syftet med förundersökningen är att – på objektiva grunder – utreda vem som skäligen kan misstänkas för brottet, och om tillräckliga skäl för åtal föreligger.²⁰³⁸ Om det inte längre finns anledning att fullfölja förundersökningen, skall den läggas ned.²⁰³⁹ Under detta stadium av processen intar målsäganden inte partsställning, vilket naturligtvis begränsar vilka typer av "krav" som kan ställas på, och vilken typ av "stöd" som kan påräknas från, åklagaren. Några partsrättigheter i formell mening har målsäganden inte, och hon kan således inte kräva – eller ens yrka på – att åklagaren exempelvis skall besluta om tvångsmedel eller vidta vissa utredningsåtgärder för att fastställa den misstänkta skuld.²⁰⁴⁰ Detta till skillnad från den misstänkta, som intar partsställning och på olika sätt kan begära kompletterande utredning, syftande till att bevisa sin oskuld.²⁰⁴¹ Ytterst sett är det dock förundersökningsledaren som bestämmer hur förundersökningen skall genomföras.

Att målsäganden inte intar partsställning under förundersökningen innebär dock inte att åklagaren helt kan bortse från dennas intressen – tvärtom anses det ankomma på åklagaren att "stödjä" målsäganden.²⁰⁴² Hur detta stöd skall yttra sig är dock tämligen oklart,²⁰⁴³ eftersom åklagaren också måste förhålla sig till det motstående objektivitetskravet. Att dessa två krav kommer i konflikt med varandra kan illustreras genom följande – något tvetydiga – citat:

²⁰³⁶ Se exv. Jacobsson (TSA 2/1989) s. 59 f., som menar att åklagaren har att kombinera rollerna som utredare och domare under förundersökningen, till skillnad från rättegången då åklagaren istället agerar som part och domare. Jacobsson förklarar vidare, att idén om att åklagaren har en objektivitetsplikt "stämmer ... dåligt överens med rättegångsbalkens regler", som snarare "är utformade som spelregler för åklagare och offentliga försvarare i en sammandrabbning". Enligt Jacobsson hade principen om favor defensionis "inte behövts" om åklagaren de facto var objektiv. Se till det sagda Jacobsson, Ulla, *Lagbok i straffprocess* (1996) s. 61.

²⁰³⁷ Den gängse uppfattningen tycks förvisso alltid ha varit att åklagaren är underkastad en objektivitetsplikt även under rättegången, vilket numera också framgår av RB 45 kap. 3 a §. Det kan dock tänkas att denna plikt tar sig olika uttryck under processens olika stadier.

²⁰³⁸ RB 23 kap. 2 §.

²⁰³⁹ RB 23 kap. 4 § 2 st.

²⁰⁴⁰ SOU 1986:49 s. 54. Se även Heuman (JT 1/2004-05) s. 54, Lindberg (SvJT 3/1997) s. 203 och Bring (1995) s. 184. Jfr även SOU 2011:45 s. 99, där förundersökningen inledningsvis beskrivs som "helt inkvisitorisk", för att sedan få "vissa akusatoriska inslag" i och med skäligen misstanke (genom den misstänkta partsrättigheter). Målsägandens ställning/rättigheter berörs inte alls, bortsett från konstaterandet att det även för brottsoffret "givetvis [är] av stor vikt att det säkerställs att rätt person ställs till svars".

²⁰⁴¹ RB 23 kap. 18 §.

²⁰⁴² Se exv. Bring & Diesen (2009) s. 97 (*kurs* där), som konstaterar att "målsäganden ska ha stöd under utredningen", men med tillägget att formerna för detta ska vara "välvägda".

²⁰⁴³ Lindberg (SvJT 3/1997) s. 199, som förklarar att åklagaren har "tillagts uppgiften att i viss utsträckning bistå målsäganden". Den avgörande frågan är dock: i vilken utsträckning?

”I förundersökningsverksamheten skall åklagaren förhålla sig *strikt opartisk* men samtidigt *värna särskilt* om målsägandens intressen ...”²⁰⁴⁴

Att vara ”strikt opartisk” och samtidigt ”särskilt värna” om den ena partens intressen är naturligtvis en omöjlighet,²⁰⁴⁵ eftersom ett värnande om den ena parten med nödvändighet medför att åklagaren blir – eller i vart fall framstår som – partisk (eller i vart fall inte strikt opartisk).²⁰⁴⁶ För att bibehålla sin objektivitet måste åklagaren helt enkelt hålla en distans både till målsäganden och till den misstänkta, vilket mer eller mindre omöjliggör ett aktivt stöd.²⁰⁴⁷ Eller med Rättshjälpkommitténs ord:

”Åklagaren och polisen *står inte på målsägandens sida* gentemot den misstänkte. Deras uppgift är att utreda vad som inträffat och de skall kritiskt granska alla utsagor och omständigheter. Kravet på objektivitet gör att polis och åklagare många gånger tycker att det är *svårt att mera aktivt stödja målsäganden*.”²⁰⁴⁸

Obeaktat att målsäganden formellt inte är part under förundersökningen anses denna dock ha ett ”legitimt intresse” i saken,²⁰⁴⁹ och därför också en rätt att erhålla viss information.²⁰⁵⁰ Följaktligen förutsätts det *att* vissa kontakter tas mellan förundersökningsledaren och målsäganden, men *hur* dessa kontakter skall tas är inte reglerat.²⁰⁵¹ Som utgångspunkt anses det dock vara mest ”naturligt” att polisen lämnar nödvändiga upplysningar i samband med att målsäganden hörs.²⁰⁵² Att åklagaren

²⁰⁴⁴ Lindberg (SvJT 3/1997) s. 197. Likande ståndpunkt i SOU 2007:6 s. 208: ”Under såväl förundersökning som rättegång *måste* åklagaren beakta målsägandens intressen samtidigt som hon eller han också har *krav* på sig att vara objektiv.”

²⁰⁴⁵ Detta noterar också Lindberg (SvJT 3/1997) s. 203: ”Objektivitetskravet kan ibland vara svårt att förena med den skyldighet som åklagaren har att biträda målsäganden. Åklagaren måste vara vaksam på de konflikter som kan uppkomma mellan kravet på objektivitet och kravet på att stödja målsäganden.”

²⁰⁴⁶ Jfr Bring & Diesen (2009) s. 97 och Landström (2011) s. 63. Se även SOU 1986:49 s. 57 och Ds 1993:29 s. 44.

²⁰⁴⁷ Jfr Heuman (JT 1/2004-05) s. 52, som talar om en ”distanseringsprincip” (men med tillägget, att detta är ett ”mindre lyckat språkbruk”). Även Lindberg (SvJT 3/1997) s. 204 inskärper, att åklagaren gör ”klokt i att markera en viss yrkesmässig distans till målsäganden”. Se även exv. Bring (1995) s. 186 (som konstaterar att kravet på objektivitet medför ”vissa svårigheter för ... åklagaren att aktivt stödja målsäganden under förundersökningen”) samt Enarsson (2013) s. 137 f. och 172 ff.

²⁰⁴⁸ SOU 1986:49 s. 57.

²⁰⁴⁹ Jfr SOU 1986:49 s. 53, där det anförs att ”i praktiken” betraktas målsäganden ofta som den misstänkta motparten när hon inte för någon talan i målet: ”Målsäganden har alltid utsatts för en kränkning genom brottet och hon intar därför av naturliga skäl en motsattsställning i förhållande till den misstänkte.”

²⁰⁵⁰ Se exv. FUK 13 a §. Målsägandens rätt till information analyseras utförligt i SOU 2007:6 s. 161 ff. samt av Enarsson (2013) s. 71 ff. samt 115 ff.

²⁰⁵¹ Granström, Görel, Landström, Lena & Mannelqvist, Ruth, *Professionalitet i yrkesrollen – bemötande av brottsoffer* (JT 2/2008-09) s. 296-310 (s. 302).

²⁰⁵² Det är FU-ledarens ansvar att målsägandens rätt till information tillgodoses. Detta innebär emellertid inte att det är åklagaren – när denna fungerar som undersökningsledare – som nödvändigtvis måste delge informationen personligen. Om polisen inte informerar målsäganden om dennas rättigheter, ankommer det dock ytterst på åklagaren att lämna upplysningarna. Se SOU 2007:6 s. 165 f., m.h.t. RÅC 1:122, *Målsägande i brottmål* och FAP 403-4, *Om ledningen av förundersökningen i brottmål*. Se även a. SOU s. 199, där åklagarens informationsskyldighet preciseras: ”Någon *skyldighet* för åklagarna att personligen sammanträffa med målsäganden finns inte. Som förundersökningsledare har åklagarna däremot en informationsskyldighet gentemot målsäganden. Den skyldigheten ger åklagaren möjligheter att ta kontakt med målsäganden.” RÅC 1:122 är numera upphävd, men kommenteras utförligt i SOU 2007:6 s. 201. Genom ändringar i FUK år 2001 utvidgades åklagarens informationsskyldighet till att också omfatta ansvar för att målsäganden underrättas om åtalsbeslutet (se 13 d §). I förarbetena (prop. 2000/01:79 s. 29) anförde regeringen, att den utvidgade informationsskyldigheten kunde skapa en ”naturlig kontakt” mellan åklagare och brottsoffer. Informationsskyldigheten enligt 13 d § kan dock – i likhet med skyldigheterna enligt 13 a § – fullgöras av någon annan, och därtill både muntligen och skriftligen. Följaktligen behöver något sammanträffande mellan åklagaren och målsäganden inte komma till stånd enligt reglerna i FUK.

självt har motsvarande kontakter med brottsoffret före rättegången har däremot beskrivits som ”problematiskt”,²⁰⁵³ och det finns heller ingen skyldig för åklagaren att personligen sammanträffa eller ens samtala med målsäganden innan huvudförhandlingen.²⁰⁵⁴ Istället har det lämnats åt varje åklagares individuella bedömning att avgöra vilka kontakter som är lämpliga att ta i det enskilda fallet,²⁰⁵⁵ vilket föga förvånande har resulterat i en spretande åklagarpraxis.²⁰⁵⁶ Det förefaller dock vara vanligt, att *inga* personliga kontakter tas under förundersökningen,²⁰⁵⁷ med den konsekvensen att målsäganden träffar åklagaren först vid huvudförhandlingen – inte sällan i rättssalen.²⁰⁵⁸

I valet mellan två motstående intressen tycks alltså åklagarna prioritera objektivitetsintresset framför målsägandens intresse av ett aktivt stöd,²⁰⁵⁹ vilket ligger i linje med processreformens idé om att allmänintresset är överordnat brottsoffrets intresse i straffprocessen. Att på detta sätt inta en förhållandevis passiv hållning i relation till målsäganden är också vad som brukar rekommenderas i litteraturen – åtminstone intill dess åtalsbeslutet är fattat:

”Så länge en förundersökning pågår och åtalsfrågan inte är avgjord åvilar det åklagaren att iaktta *strikt objektivitet*. Om åklagaren mera direkt skulle agera som ett

²⁰⁵³ Bring & Diesen (2009) s. 97. Jfr Bring (1995) s. 180, där målsägandens förhållande till åklagaren istället beskrivs som ”vanskelig”. Frågan om vilka kontakter som åklagaren bör ha med målsäganden har behandlats av åtskilliga offentliga utredningar. En utförlig redogörelse återfinns i SOU 2007:6 s. 201 ff.

²⁰⁵⁴ Bring (1995) s. 184, som förklarar (*kurs* där) att det inte finns någon som helst skyldighet för åklagaren ”att ta någon *personlig* kontakt med målsäganden under förundersökningens gång”. Samma klagörande i SOU 1986:49 s. 54. Enligt Bring & Diesen (2009) s. 97 är det dock ”kutym” att åklagaren träffar målsäganden om målsägande så begär. Samma uppfattning hos Bring (1995) s. 186 (”såvida mötet inte kan anses vara helt meningslöst”). Se även SOU 1986:49 s. 56 f.

²⁰⁵⁵ Se exv. Bring (1995) s. 185, som förklarar att ”det helt och hållet [är] upp till [åklagarna] om de vill kontakta målsäganden under utredningen”. Jfr även SOU 1986:49 s. 54 samt DsJu 1986:10 s. 62 f., där det anförs att frågan får lösas ”från fall till fall”.

²⁰⁵⁶ Bring & Diesen (2009) s. 98: ”Undersökningar visar att åklagares praxis när det gäller målsägandekontakter *varierar oerhört*. Vissa tar regelmässigt sådan kontakt, andra träffar målsäganden inför stora mål och åter andra söker undvika all kontakt. Den sistnämnda, avvisande, inställningen motiveras i regel med hänvisning till objektivitetsprincipen”. Se även exv. Lindgren & Qvarnström (2003) s. 20, som likaså konstaterar att ”åklagarnas agerande varierar” samt SOU 1986:49 s. 90, där utredningen konstaterade att det ”uppenbarligen [finns] skilda uppfattningar, främst bland åklagarna, om hur aktivt de kan engagera sig för att stödja och hjälpa målsäganden”.

²⁰⁵⁷ SOU 1986:49 s. 57: ”Det är dock fullt möjligt för åklagaren att väcka talan utan att ha sammanträffat med målsäganden och så sker också i de flesta fallen.”

²⁰⁵⁸ Även Landström (2011) konstaterar (s. 63) att åklagarna själva *uppfattar* kravet på objektivitet som ett hinder mot att aktivt stödja målsäganden. Hur passiva åklagarna är varierar dock från studie till studie, och det finns flera studier på temat; se exv. Lindgren & Qvarnström (2003) s. 20, med en redogörelse för tidigare forskning. Mellan tummen och pekfinger brukar dock mellan 70-90 procent av målsägandena uppgå att de för första gången kom i kontakt med (eller mötte) åklagaren först på rättegångsdagen, varav ungefär hälften träffade åklagaren först inne i rättssalen. I sin egen studie fann således Lindgren & Qvarnström (2003) s. 21, att 92 procent av alla målsägande träffade åklagaren först på rättegångsdagen och 44 procent träffade åklagaren först inne i själva rättssalen. Endast två procent träffade åklagaren före rättegångsdagen. I olika studier har dock frågan formulerats på olika sätt, exv. ”Under vilket skede i ärendet kom du för första gången i kontakt med åklagaren?” resp. ”När mötte du åklagaren första gången?”. Som Lindgren & Qvarnström (2003) konstaterar (s. 20 fn. 4) är uttrycket ”kom i kontakt med” vidare än ”mötte”. Studierna är därmed inte helt jämförbara, vilket delvis kan förklara det stora spannet mellan 70 och 90 procent. När samma fråga istället har ställts till åklagarna, blir vanligtvis utfallet helt annorlunda. I den undersökning som exv. presenteras i SOU 2007:6 s. 206 uppgav ca 50 procent av åklagarna att de brukade träffade målsäganden innan huvudförhandlingen. Åklagarna upplever alltså att de träffar målsäganden betydligt oftare än vad målsägandena upplever att de träffar åklagaren.

²⁰⁵⁹ Jfr DsJu 1983:2 s. 47, där det anförs att åklagaren har en skyldighet att bedriva utredningen på ett så opartiskt sätt att den tilltalades intressen tillvaratas. Se även Bring (1995) s. 186, som anför att åklagaren ”inte [har] någon som helst skyldighet att engagera sig genom personliga kontakter med målsäganden precis före huvudförhandlingen”.

ombud för målsäganden under förundersökningen skulle det innebära att åklagarens objektivitet kan sättas i tvivelsmål.²⁰⁶⁰

Under förundersökningen skall åklagaren således inte agera som målsägandens eget biträde.²⁰⁶¹ Givet vad som framkommer under förundersökningen har åklagaren istället en skyldighet att självständigt fatta beslut i åtalsfråga; endast om åklagaren på objektiva grunder kan emotse en fällande dom på grundval av föreliggande bevisning skall vederbörande väcka talan.²⁰⁶² Om tillräckliga skäl för åtal inte föreligger får åklagaren således inte åtala endast för att gå målsäganden till mötes.²⁰⁶³ Beslutet att väcka (eller inte väcka) talan fattar åklagaren under tjänsteansvar, vilket betyder att målsäganden inte har något som helst inflytande i ansvarsdelen.²⁰⁶⁴ Beslutar åklagaren att *inte* väcka talan återstår endast för målsäganden att utnyttja sin *subsidiära åtalsrätt*, vilket ger henne en möjlighet att efter bästa förmåga agera självständigt.²⁰⁶⁵ Om åklagaren däremot beslutar att väcka talan är det åklagaren ensam som ansvarar för *hur* talan utförs. Om målsäganden är missnöjd med hur åklagaren har utformat talan är hennes enda alternativ att *biträda åtalet*, vilket ger målsäganden vissa möjligheter att agera självständigt i ansvarsdelen,²⁰⁶⁶ dock endast inom ramen för den brottsliga gärning som åklagaren har åtalat.²⁰⁶⁷ Följande citat sammanfattar väl det sagda:

²⁰⁶⁰ Lindberg (SvJT 3/1997) s. 203.

²⁰⁶¹ Även Bring och Diesen talar om en ”strikt neutral” hållning i relation till målsäganden, men adderar en ytterligare dimension till diskussionen: tillgången till försvarare. M.h.t. *likställhetsprincipen* förklarar författarna, att ”[b]risten på juridiskt skolad biträde för det tilltalade medför att åklagaren inte får utnyttja sitt överläge genom att vara öppet partisk för målsäganden. Om det å andra sidan finns en försvarare för den tilltalade är båda sidor jämspelta och då kan åklagaren agera på ett mer målsägandestödande sätt.” Om den misstänkta saknar försvarare måste således åklagaren, enligt Bring och Diesen, inta ”en *mer strikt neutral hållning*”. Heuman ger uttryck för en liknande tankegång, men skiftar fokus till domstolsförhandlingen: ”Har den tilltalade inte någon försvarare bör åklagaren vid behov vara verksam också till förmån för den tilltalade, t.ex. för att klarlägga om den tilltalade verkligen begärt en handling uppsåtligt i ett snatterimål. Han bör inte förlita sig på att rätten skall göra det och inte heller bör han avvakta med att gripa in till den tilltalades förmån intill dess han konstaterat att rätten inte kommer att göra det.” Se Bring & Diesen (2009) s. 97 resp. Heuman (JT 1/2004-05) s. 58. I prop. 2015/16:68 s. 35 förklarade regeringen att den omständigheten att den tilltalade biträds av försvarare ”saknar ... betydelse för det objektivitetskrav som vilar på åklagaren”. I praktiken kunde dock tillgången till försvarare ”innebära en hjälp för åklagaren att uppfylla kravet på objektivitet så att han eller hon kan koncentrera sig på att styrka åtalet”.

²⁰⁶² Denna åtalsplikt framgår av RB 20 kap. 6 §.

²⁰⁶³ Se även exv. Granström, Landström & Mannelqvist (JT 2/2008-09) s. 300, som konstaterar att ”åklagaren inte får åtala bara för att tillgodose målsägandens önskemål, i fall där bevisningen inte når upp till kravet på tillräckliga skäl”.

²⁰⁶⁴ Bring & Diesen (2009) s. 96. Jfr även Ahlstrand i Dagens Juridik den 13 oktober 2017, som konstaterar att åklagaren har ”en enorm fördel framför försvararen: åklagaren är ju inte bunden av målsägandens berättelse. Det föreligger inget klientförhållande.”

²⁰⁶⁵ RB 20 kap. 8 § och härtill Bring (1995) s. 184 f. Att målsäganden har rätt att *överta* ett väckt åtal, som åklagaren senare väljer att lägga ner, följer av RB 20 kap. 9 § 2 st.

²⁰⁶⁶ Om målsäganden biträder åtalet uppstår processgemenskap mellan åklagaren och målsäganden. I sin processföring är dock åklagaren, å sin sida, alltså obunden av målsägandens vilja. Åklagaren beslutar således på eget ansvar hur processen skall föras, exv. hur talan skall utvecklas, hur vittnen skall förhöras och hur pläderingen skall inriktas. Att målsäganden biträder åtalet förändrar inte detta sakernas tillstånd för åklagarens del, utan ger endast målsäganden en egen fråge- och pläderingsrätt. För att kunna biträda åtalet på ett effektivt sätt krävs dock i princip att målsäganden har tillgång till juridiskt biträde; se Diesen, Christian, *Brottsoffret och omvärlden*, i Diesen, Christian (red.), *Brottsoffrets rätt* (1995) s. 27-90 (s. 80). Se även SOU 2007:6 s. 139.

²⁰⁶⁷ Se exv. Ekelöf, Edelman & Pauli (2015) s. 62 och Bring & Diesen (2009) s. 96. Detta innebär att målsäganden endast kan yrka ansvar enligt ett annat lagrum och/eller annan påföljd än åklagaren samt åberopa andra gärningsmoment och/eller annan bevisning än åklagaren.

”Det huvudsakliga syftet med dagens brottmålsprocess är att tillgodose *statens intresse* av att beivra brott. Det är primärt *åklagarens uppgift* att ta tillvara det intresset. Målsäganden ska kunna föra talan om ansvar för brott om åklagaren inte väcker åtal, lägger ned ett åtal eller väljer att inte överklaga när ett åtal ogillats. När åklagaren för talan om straffrättsligt ansvar ska däremot *åklagaren ensam* ansvara för den talan.”²⁰⁶⁸

5.4.3.2 Åklagaren som målsägandens ”biträde” efter åtalsbeslutet

Såvitt avser den egentliga rättegången fanns det tidigare inte någon lagregel motsvarande 23 kapitlet 4 §, som ålade åklagaren att vara objektiv också under själva rättegången.²⁰⁶⁹ En rad andra bestämmelser i rättegångsbalken verkar dock i samma riktning,²⁰⁷⁰ och den gängse uppfattningen tycks också ha varit att objektivitetsprincipen ”gäller” även under rättegången.²⁰⁷¹ Således anförde Ekelöf (m.fl.) att åklagaren ”bör ingripa till den tilltalades fördel när försvararen försummar detta”, liksom att åklagaren ”bör ... förhöra parter och vittnen *utan* hänsyn till att svaret kan bli till förmån för den tilltalade.”²⁰⁷² Till denna uppfattning återkommer Ekelöf i senare delar av *Rättegång*-serien, under anförande av att åklagaren också under den egentliga rättegången är skyldig att (spontant) införa processmaterial till förmån för den tilltalade, om sådana omständigheter skulle uppstå först i detta skede av processen.²⁰⁷³

²⁰⁶⁸ Strömberg, Stefan, Henning, Cecilia & Silfverberg, Jonas, *Brottmålsprocessen* (SvJT 5-6/2013) s. 521-531 (s. 525).

²⁰⁶⁹ Jfr Heuman (JT 1/2004-05) s. 50.

²⁰⁷⁰ Åklagaren har exv. alltid varit behörig att överklaga en fällande dom även till den tilltalades fördel (se RB 20 kap. 2 § 3 st.) och för samma ändamål får åklagaren begagna sig av särskilda rättsmedel (se SOU 1938:44 s. 254 och 529). Med hänsyn härtill förklarade Heuman (JT 1/2004-05) s. 58, att åklagaren ”i vart fall inte bör medverka till en fällande dom som han senare anser sig behöva överklaga”. Enligt RB 20 kap. 9 § 2 st. får åklagaren också lägga ner åtalet om denna inte kan förvänta sig en fällande dom. Även om dessa regler har en dispositiv utformning (åklagaren ”får”) så har det i litteraturen tolkats som tvingande (åklagaren ”skall”). Se exv. Heuman (JT 1/2004-05) s. 57 f., som anför att det är ”svårt att tänka sig att en åklagare skulle ha rätt att avstå från att överklaga en fällande tingsrättsdom om han kommit att bli helt övertygad om att den är oriktig”. Samma uppfattning hos Lindberg (SvJT 3/1997) s. 217: ”Om en åklagare upptäcker att ett fel har blivit begånget, t.ex. att en person har dömts för en gärning som är preskriberad eller som inte är brottslig ... torde det kunna *ses som en tjänsteplikt* för åklagaren att se till att felet rättas till, om detta är rättsligt möjligt. Om målet inte har vunnit laga kraft bör åklagaren i en sådan situation överklaga. Det sagda innebär att åklagaren i vissa situationer *får anses förpliktad* att överklaga till den tilltalades förmån. [...] På motsvarande sätt anses åklagaren *förpliktad* att väcka frågan om ... resning där rättsliga förutsättningar för ett sådant förfarande är för handen.”

²⁰⁷¹ Se, utöver Ekelöf (m.fl.) i följande fn., exv. Enarsson (2013) s. 58, som förklarade att objektivitetsprincipen ”gäller” även under förundersökningen, men att åklagarens skyldighet att vara objektiv ”ändrar karaktär något”, samt Bring & Diesen (2009) s. 96, som förklarade att objektivitetsprincipen fortfarande ”gäller” när åtal har väckts, men endast avseende fakta. Beträffande processföringen menar Bring och Diesen, att den akusatoriska principen ”tar över” under rättegången. Se även DsJu 1983:2 s. 28 och 47, SOU 2007:6 s. 208 samt SOU 2011:45 s. 96, där det likaså konstaterades att objektivitetsprincipen ”anses gälla” även under brottmålsrättegången, samt Eklund i Lindell et al. (2005) s. 175 f., som förklarar att kravet på objektivitet gäller ”allt åklagararbete”.

²⁰⁷² Ekelöf & Edelstam (2002) s. 73 f. Ekelöf tillägger dock, att det i praktiken ”inte är att räkna med” att åklagaren är lika aktiv till förmån för den tilltalade som till vederbörandes nackdel. Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 79, där det istället anförts att ”[f]örundersökningsledaren bör ingripa till den tilltalades fördel när försvararen försummar detta” men att ”man inte [kan] räkna med han eller hon skall vara lika aktiv till förmån för den misstänkte som till dennes nackdel”.

²⁰⁷³ Exv. förklarar Ekelöf – med åsyftan på tvistemålen – att ”ingen part [är] skyldig att *spontant* införa processmaterial till förmån för motparten”. Fotnotsvis tillägger Ekelöf sedan, att det förhåller sig annorlunda med åklagaren i brottmål, ”ty denna har att iakttä objektivitetsprincipen”. Se Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång: Fjärde häftet* (1992) s. 99, med tillägget i fn. 126c. Även Lindberg (SvJT 3/1997) ger uttryck för liknande tankegångar (s. 215), under anförande av att åklagaren inte kan undanhålla domstolen uppgifter som talar för den misstänkta oskuld. Enligt Lindberg får det nämligen ”anses följa [av] kravet på objektivitet att åklagaren skall upplysa rätten om sådana fakta”.

Numera framgår svart på vitt i rättegångsbalken 45 kapitlet 3 a § att åklagaren ”skall bedriva sitt arbete objektivt även efter det att åtal har väckts”. I förarbetena till denna lagregel anförde regeringen följande:

”[Staten har] inte något legitimt straffanspråk gentemot annan än den som har begått brott. För att uppnå detta allmänintresse krävs att objektivitetsprincipen iakttas i samtliga delar av de brottsbekämpande myndigheternas verksamhet. Regeringen konstaterar att den rådande uppfattningen sedan lång tid är att objektivitetsprincipen är tillämplig även i skedet efter åtals väckande. Detta följer också av det grundlagsstadgade kravet på objektivitet i 1 kap. 9 § regeringsformen. [...] Som statens företrädare har åklagaren således en allmän skyldighet att se till att saken blir belyst på ett riktigt och adekvat sätt. I det här stadiet innebär objektivitetskravet att åklagaren och annan brottsutredande personal ska vara vaksam på om det kommer fram något nytt som kan tala till förmån, eller till nackdel, för den tilltalade. För att förhindra att en person felaktigt döms för ett brott eller döms till ett för hårt straff har åklagaren därför att vid behov gripa in och vidta relevanta åtgärder. Av objektivitetsprincipen följer också att åklagaren alltså är skyldig att redovisa omständigheter som kan tala till den tilltalades förmån. Sammanfattningsvis är åklagarens primära uppgift under brottmålsrättegången inte att få till stånd en fällande dom, utan att medverka till en objektivt riktig dom.”²⁰⁷⁴

Klart är således att åklagaren inte heller under rättegången fungerar som målsägandens biträde. En signifikant skillnad i relation till förundersökningen är dock att målsäganden under rättegången *kan inta ställning som åklagarens medpart*, vilket förstås komplicerar relationen till åklagaren ytterligare. Enligt regeringen skulle dock målsägandens eventuella partsställning inte påverka åklagarens objektivitetsplikt:

”Liksom åklagaren står även målsäganden i motsatsförhållande till den tilltalade, och får under vissa förutsättningar dessutom ställning som part. [...] Att målsäganden är aktiv i brottmålsprocessen saknar emellertid betydelse för åklagarens skyldighet att vara objektiv i förhållande till den tilltalade.”²⁰⁷⁵

Sammanfattningsvis kan man kanske säga att målsäganden inte kan påverka åklagarens processföring i ansvarsdelen, men däremot kommer att påverkas av åklagarens

²⁰⁷⁴ Prop. 2015/16:68 s. 34 f.

²⁰⁷⁵ Prop. 2015/16:68 s. 34..

processföring.²⁰⁷⁶ Målsäganden har inga möjligheter att påverka åklagarens beslut varken i samband med talans väckande eller under själva rättegången, utan endast vissa möjligheter att agera *oberoende* av åklagaren – antingen för att få till stånd eller komplettera ett åtal. Att karaktärisera åklagaren som en ”företrädare” för målsäganden ter sig följaktligen som oegentligt; åklagaren företräder i första hand det allmänna intresset, och i detta ingår att den som är skyldig skall fällas, men också – och kanske ännu viktigare – att den som är oskyldig *inte* skall fällas. Från det sagda finns det dock ett undantag då åklagaren är bunden av målsägandens vilja,²⁰⁷⁷ enligt vad jag nu skall utveckla.

5.4.3.3 Åklagaren som målsägandens ”biträde” vid enskilt anspråk

Att en målsägande biträder åtalet och därigenom ikläder sig partsställning är ovanligt. Betydligt mycket vanligare är att målsäganden får ställning som åklagarens medpart genom att framställa ett enskilt anspråk – allsomoftast ett fullgörelseyrkande om skadestånd. Ett enskilt anspråk är till sin karaktär ett dispositivt tvistemål som dock kan kumuleras med brottmålet, bland annat om åklagaren i stämningsansökan väcker talan om det enskilda anspråket.²⁰⁷⁸ Som framgått ovan underkastades också åklagaren, genom processreformen, en skyldighet att inom ramen för tjänsten både förbereda och utföra målsägandens skadeståndstalan med anledning av brottet. En sista fråga som tarvar uppmärksamhet är därmed vad det innebär att åklagaren skall ”utföra” målsägandens talan om enskilt anspråk. Agerar åklagaren ens i denna – rent dispositiva – del som ett ”biträde” för målsäganden?

I skadeståndsdelen får åklagaren, enligt Heuman, en ”ombudsliknande” ställning och därmed en ”lojalitetsplikt som liknar den en advokat har i ett tvistemål”.²⁰⁷⁹ Detta uttalande kan kontrasteras mot Lindbergs uppfattning i samma fråga:

”Även när åtal väckts är kraven på åklagarens objektivitet så starka att det får anses *mindre lämpligt att han agerar som ombud* för målsäganden. Åklagaren kan inte

²⁰⁷⁶ Målsägandens rätt att biträda åtalet har under lång satts ifråga tid i litteraturen Enligt Olivecrona saknar målsäganden anledning att biträda åtalet, såvida denna inte vill lägga fram annan utredning än åklagaren. Även Ekelöf tar fasta på möjligheten att aktivt medverka till utredningen i målet, men med följande tillägg: ”I de fall målsäganden enskilda anspråk uteslutande bygger på gärningsbeskrivningen, kan en möjlighet att biträda åtalet och justera gärningsbeskrivningen ha betydelse i de fall där åklagaren inte finner anledning att själv justera åtalet.” I ”de flesta fall” menar dock Ekelöf, att det ”är tveksamt om målsägandens rätt att biträda åtalet medför särskilt stora fördelar i processuellt hänseende”. Se till det sagda Olivecrona (1968) s. 84 resp. Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 65. I Straffprocessutredningens betänkande föreslås det rent av att denna rätt skall avskaffas; se SOU 2013:17 s. 70 och 276 ff. Mellkvist går ännu längre, och menar att både den subsidiära åtalsrätten och möjligheten att biträda åtalet bör avskaffas: ”Det kan knappast rymmas inom samhällets ansvar att förse en målsägande med hjälp och stöd att ge henne eller honom rollen som lagförare. *Att beivra brott är samhällets uppgift, inte den enskildes.* Det vore principiellt vällovligt om detta markerades på ett skarpare sätt genom att målsägandens subsidiära åtalsrätt utmönstrades ut rättegångsbalken. Det är svårt att förstå sig att målsäganden i gemen skulle drabbas på något särskilt sätt av det. Till samma kategori av umbärliga regler hör bestämmelsen i 20 kap. 8 § andra stycket rättegångsbalken om målsägandens rätt att biträda ett av åklagaren väckt åtal. [...] Men om man ska upphäva rätten till enskilt åtal finns det inget fog för att behålla rätten till att biträda ett allmänt åtal. Det är återigen frågan om att det *inte bör vara målsägandens uppgift att lagföra brott.* Och målsäganden är inte heller för egen del berönt av den rollen. Den rollen bereder nämligen knappast målsäganden något skydd, någon hjälp eller något stöd.” Se Mellkvist, Mikael, *Hur tar vi hand om brottsoffren? – en rapsodi i moll* (NJ 1/2013) s. 73-81 (s. 75 f.).

²⁰⁷⁷ Bring & Diesen (2009) s. 97.

²⁰⁷⁸ RB 22 kap. 1-2 §§ och härtill Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 211 ff.

²⁰⁷⁹ Heuman (JT 1/2004-05) s. 59.

heller driva målsägandens krav oberoende av egna ställningstaganden. Yrkanden från målsäganden som åklagaren uppfattar som grundlösa eller som förefaller högst tvivelaktiga kan åklagaren vägra att föra fram.²⁰⁸⁰

Åklagarens ”skyldighet” att föra målsägandens talan om enskilt anspråk är *fakultativt* för åklagaren. Detta innebär att åklagaren kan vägra att föra skadeståndstalan, antingen om det skulle medföra väsentlig olägenhet eller om anspråket är uppenbart ogrundat.²⁰⁸¹ Här ligger bland annat, att åklagaren även i skadeståndsdelen endast får framställa yrkanden som denna, på objektiva grunder, kan förutse att domstolen kommer att bifalla.²⁰⁸² Objektivitetsplikten medför således att åklagaren *inte* har en lojalitetsplikt som tillnärmelsevis ”liknar den en advokat har i ett tvistemål” – inte ens när åklagaren utför målsägandens skadeståndstalan – vilket Heuman också klargör:

”[Objektivitetsplikten] bör äga företräde framför en lojalitetsplikt eftersom åklagaraktiviteten utgör en garanti för att undvika felaktigt fällande brottmålsdomar. Detta mål bör sättas framför målsägandens ekonomiska intresse.”²⁰⁸³

Sammanfattningsvis har åklagaren att upprätthålla distansen i förhållande till målsäganden även under rättegången och detta oavsett om åklagaren beslutar att föra målsägandens talan om enskilt anspråk. Någon ”biträdesroll” skall åklagaren inte ikläda sig, vare sig i ansvars- eller skadeståndsdelen. Följaktligen kan målsäganden många gånger ha behov av biträde utöver det ”stöd” som åklagaren ger – helt enkelt eftersom detta stöd inte är särskilt omfattande. Till denna insikt kom också lagstiftaren, efter några decennier.

5.4.4 Behov av målsägandebiträde *trots* åklagarens ”aktiva stöd”

Som Träskman konstaterar kom brottsoffret ”på allvar in på scenen” i Sverige under 1960-talet.²⁰⁸⁴ Den kriminalvetenskapliga forskningen blev *offerorienterad*, och inom kriminologin växte viktimologin fram som en egen tvärvetenskaplig (special)disciplin – fokuserande på samspelet mellan brottsoffret och rättsväsendet (snarare än på förövaren).²⁰⁸⁵ Med detta följde också en bredare *brottsofferrörelse*, delvis kopplad till den allt starkare kvinnorrörelsen, som drev den politiska utvecklingen mot en förstärkt ställning för brottsoffret. Initialt fokuserades dessa rörelser framförallt på offer för relations- och sexualbrott, men med tiden kom också andra särskilt utsatta

²⁰⁸⁰ Lindberg (SvJT 3/1997) s. 203 f.

²⁰⁸¹ RB 22 kap 2 §.

²⁰⁸² Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 214.

²⁰⁸³ Heuman (JT 1/2004-05) s. 59.

²⁰⁸⁴ Träskman (JT 3/2008-09) s. 506 f. Se även exv. Granström, Landström & Mannelqvist (JT 2/2008-09) s. 298 ff., Granström, Görel & Mannelqvist, Ruth, *Rättsvetenskap och viktimologi* (JT 1/2007-08) s. 28-43 (särskilt s. 29 ff.), samt Mellqvist (NJ 1/2013) s. 74 f. Jfr SOU 2014:86 s. 136, som dock tar avstamp i SOU 1976:9 och SOU 1982:61.

²⁰⁸⁵ Om den viktimologiska forskningens utveckling; se Enarsson (2013) s. 35 ff.

”offergrupper” att uppmärksammas, såsom barn, äldre och personer utsatta för så kallad hatbrottslighet.²⁰⁸⁶

Lagen om målsägandebitråde trädde ikraft år 1988, efter att Rättshjälpskommittén lagt fram slutbetänkandet *Målsägandebitråde* (SOU 1986:49). För att förstå lagen tillkomst måste vi dock blicka tillbaka till år 1971, då regeringen beslutade att tillkalla en särskild utredare för att se över brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrott (motsvarande dagens sexualbrott).

5.4.4.1 Sexualbrottsutredningen och Sexualbrottskommittén

I direktiven till 1971 års utredning – som sedermera antog namnet Sexualbrottsutredningen – angavs något förenklat, att de dåvarande sedlighetsbrotten illa svarade mot rådande samhällsnormer och därför behövde ses över i sin helhet.²⁰⁸⁷

I betänkandet *Sexuella övergrepp* (SOU 1976:9) föreslog Sexualbrottsutredningen både en betydande avkriminalisering (även av sådana handlingar som alltjämt är kriminaliserade²⁰⁸⁸) och en närmast generell lindring av påföljderna vid vad som framöver kom att betecknas som sexualbrott (även vid exempelvis våldtäkt).²⁰⁸⁹

Sexualbrottsutredningens förslag möttes av massiv remisskritik,²⁰⁹⁰ och gav även upphov till en intensiv samhällsdebatt.²⁰⁹¹ Regeringen beslutade därför att tillsätta en parlamentarisk kommitté – Sexualbrottskommittén – med en delvis annorlunda ingång i problematiken; enligt direktiven skulle kommittén framförallt överväga vilka åtgärder som kunde vidtas i syfte att stödja offer för sexualbrott under det rättsliga förfarandet.²⁰⁹² I sitt slutbetänkande *Våldtäkt och andra sexuella övergrepp* (SOU 1982:61) föreslog Sexualbrottskommittén dels en grundläggande reformering av sexualbrotten, dels ett åtgärdspaket i fem punkter, varav den tredje punkten är av särskilt intresse för denna studie. I denna punkt föreslog nämligen kommittén, att den

”... som har utsatts för ett sexuellt övergrepp skall av polisen informeras om sina möjligheter att få juridiskt biträde i samband med rättegången, om hur det rättsliga förfarandet kommer att gå till och om vilka rättigheter hon har under detta.”²⁰⁹³

²⁰⁸⁶ Här kan man också dra en parallell till den något senare idén om s.k. ”terapeutisk juridik” (”therapeutic jurisprudence”, ofta förkortat ”TJ”), såsom denna idé utvecklade sig framförallt i USA, som likaså framhöll brottsoffrets ställning. Se exv. Diesen, Christian, *Terapeutisk juridik* (JT 1/2001-02) s. 15-33 (s. 23): ”TJ tar ... fasta på brottsoffren och deras roll i (den amerikanska) processen. Därvid efterlyser man många av de medel som brottsoffren sedan länge har eller på senare tid fått i Sverige ... bl.a. en egen roll i processen (dvs. som målsägande och inte som vittne), rätt att närvara under hela rättegången, rätt till eget biträde utan kostnad, rätt att få ersättning om förövaren förblir okänd eller inte kan betala (dvs. motsvarande Brottsoffermyndigheten) etc.” För svenskt vidkommande fick idén om terapeutisk juridik kanske störst genomslag genom reglerna om medling i brottmål. Se även Granström & Mannelqvist (JT 1/2007-08) s. 30 f. om *reparativ rättvisa*.

²⁰⁸⁷ SOU 1976:9 s. 25 f.

²⁰⁸⁸ För att bara ta ett exempel föreslog utredningen att gränsen för sexuellt umgänge skulle sänkas till 14 år.

²⁰⁸⁹ Se sammanfattning i SOU 1976:9 s. 17 ff.

²⁰⁹⁰ En redogörelse för remisskritiken finns i SOU 1982:61 s. 41.

²⁰⁹¹ SOU 2007:6 s. 103 och SOU 2014:86 s. 136.

²⁰⁹² Dir. 1977:7, i SOU 1982:61 s. 29 f. Se även SOU 1986:49 s. 33 f.

²⁰⁹³ SOU 1982:61 s. 129.

Ovanstående förslag utgör embryot till vad som sedermera kom att utvecklas till dagens målsägandebitråde.²⁰⁹⁴

I sina motiv förklarade Sexualbrottskommittén att förundersökningen och rättegången ofta innebar en svår påfrestning för brottsoffret, vilket framförallt sammanhängde med hur sexualbrotten var konstruerade, men också med hur offret behandlades av rättsväsendets olika aktörer. Genom att brottsstadgandena ändrades ansåg kommittén att den huvudsakliga roten till problemet skulle försvinna – något förenklat genom att frågor som kunde uppfattas som kränkande påhopp på målsägandens person inte längre skulle vara ”rättsligt relevanta”,²⁰⁹⁵ vilket i sin tur var ägnat att påverka aktörernas agerande både under förundersökningen och under huvudförhandlingen.²⁰⁹⁶ Givet dessa förändringar ansågs målsägandens behov av biträde inte vara större än att det kunde tillgodoses inom ramen för det befintliga systemet – i första hand genom åklagarens ”hjälp” i ansvars- och skadeståndsdelen, och i andra hand genom allmän rättshjälp.²⁰⁹⁷ Sammanfattningsvis anförde kommittén, att

”... kvinnans möjligheter att få juridisk hjälp är tillräckligt väl tillgodosedda genom det nu beskrivna systemet. Det kan nu sägas att det avgörande egentligen inte är vilka möjligheter kvinnan skall ha att utföra ansvarstalan eller ersättningstalan. Vad det är fråga om är – kan det hävdas – att hon skall ha stöd och hjälp under rättegången genom ett särskilt juridiskt biträde. Kommittén menar emellertid att den genom sina ändringsförslag rörande själva våldtäktsbrottet skapar en situation där behovet av ett sådant stöd – framförallt i form av hjälp mot försvararens attacker – blivit betydligt mindre.”²⁰⁹⁸

Kommitténs slutsats blev därmed att det ”saknades anledning” att vid sidan av rättshjälpen utforma särskilda bestämmelser som gav brottsoffret en rätt till av staten bekostat juridiskt biträde. Om utvecklingen blev en annan än vad kommittén förutsatt, kunde det dock finnas skäl att på nytt ta upp frågan om utökade möjligheter att få sådant biträde.

²⁰⁹⁴ Jfr dock SOU 2007:6 s. 103, där det anförts att ”idén om målsägandebitråde kan härledas till Sexualbrottsutredningens arbete”. Jag delar inte denna uppfattning – idén om målsägandebitråde föddes snarare som en reaktion mot Sexualbrottsutredningens arbete, som i många avseende innebar ett sämre skydd mot sexuella övergrepp.

²⁰⁹⁵ SOU 1982:61 s. 129: ”Om kommitténs förslag i det föregående genomförs kommer en del av grundvalen för denna kritik att falla bort. Med kommitténs förslag blir det nämligen likgiltigt hur kvinnans levnadssätt varit.” Jfr även, ang. norsk rätt, Robberstad (2014) s. 68.

²⁰⁹⁶ I denna del hänvisade kommittén till FU-ledarens skyldighet att bedriva undersökningen på ett sådant sätt, att ingen i onödan utsätts för olägenhet (RB 23 kap. 4 §), samt domstolens skyldighet att under huvudförhandlingen tillse att inget onödigt dras in i målet (RB 43 kap. 4 §).

²⁰⁹⁷ I *ansvarsdelen* menade kommittén att ett rättshjälpsbiträde ”borde” kunna förordnas i två situationer: (1) om brottsoffret valde att biträda åtalet i syfte att framlägga annan bevisning än åklagaren och/eller framställa strängare ansvarsyrkande; samt (2) om kvinnan valde att utöva sin subsidiära åtalsrätt när åklagaren antingen beslutade att inte väcka åtal eller att inte överklaga en friande dom. Vad avser *skadeståndsdelen* menade kommittén att rättshjälp också kunde beviljas i de fall kvinnan valde att själv väcka talan om enskilt anspråk. I övriga situationer, dvs. i den stora majoriteten av alla mål – då målsäganden inte biträder åtalet och låter skadeståndstalan utföras av åklagaren – fanns det tydligen inget behov av biträde utöver det som åklagaren lämnade inom ramen för tjänsten.

²⁰⁹⁸ SOU 1982:61 s. 133.

Kommitténs ståndpunkt beträffande målsägandens behov av biträde kom att tilldra sig kritik vid remissbehandlingen, bland annat på de grunder som jag har diskuterade i föregående avsnitt, närmare bestämt därför att förslaget ”förutsatte att åklagaren verkligen tar på sig rollen som rådgivare och stöd åt offret *vilket kan bli svårt* med tanke på att åklagaren skall förhålla sig objektiv”.²⁰⁹⁹ Departementschefen tog dock inte intryck av kritiken, utan anförde istället att frågan om biträde till målsäganden fick omprövas framöver ”om det skulle visa sig behövas”.²¹⁰⁰ Riksdagen beslutade i enlighet med kommitténs och regeringen förslag; brottsbalkens sjätte kapitel blev föremål för omfattande ändringar år 1984,²¹⁰¹ men någon rätt till juridiskt biträde för målsäganden infördes inte inom ramen för denna reform.²¹⁰²

5.4.4.2 Rättshjälpskommittén

Efter sexualbrottsreformen väcktes ett flertal motioner i riksdagen med krav på juridiskt biträde åt våldtagna och misshandlade kvinnor.²¹⁰³ Justitiekottet delade motionärernas åsikt åtminstone i sådan utsträckning, att utskottet tillstyrkte att frågan om juridiskt biträde åt särskilt utsatta brottsoffer skulle övervägas på nytt. Samtidigt framhöll utskottet att problematiken inte nödvändigtvis var begränsad till de diskuterade brottstyperna, utan snarare borde angripas generellt.²¹⁰⁴ Till denna ståndpunkt anslöt sig riksdagen, vilket föranledde departementschefen att utfärda tilläggsdirektiv till Rättshjälpskommittén,²¹⁰⁵ vars arbete i denna del utmynnade i betänkandet *Målsägandebiträde* (SOU 1986:49).²¹⁰⁶

Enligt utredningsdirektiven skulle Rättshjälpskommittén utvärdera sexualbrottsreformen från målsägandens perspektiv, däribland ”frågan om formerna för utvidgad juridisk hjälp åt i första hand kvinnor som har varit utsatta för sexualbrott eller andra våldsbrott”.²¹⁰⁷ I sin analys av gällande rätt konstaterade kommittén, för det första, att *utrymmet för en målsägande att erhålla ett rättshjälpsbiträde var mycket begränsat*.²¹⁰⁸ Rättshjälpskommittén kunde nämligen endast beviljas i ”rättsliga angelägenheter”, och detta rekvisit ansågs inte vara uppfyllt i alla de fall där målsäganden inte förde skadestånds- eller ansvarstalan. Om målsäganden väl intog partsställning genom att yrka skadestånd ansågs dock, för det andra, *något behov av biträde inte föreligga* till följd av åklagarens ”plikt” att utföra målsägandens enskilda anspråk. I de fåtal fall

²⁰⁹⁹ SOU 1986:49 s. 40. Se även SOU 2007:6 s. 105, där remisskritiken diskuteras.

²¹⁰⁰ Prop. 1983/84:105 s. 49 och 79. Se även NJA II 1988 nr 14 s. 215.

²¹⁰¹ Genom SFS 1984:399; prop. 1983/84:105.

²¹⁰² Jfr även JuU 1986/87:26 s. 8.

²¹⁰³ Även inom den allmänna debatten uppmärksammades för första gången ”på allvar hur våldtäktsoffer upplevde rättsprocessen”. Se SOU 2007:6 s. 103, med tillägget, att “[m]ånga målsägande orkade överhuvudtaget inte ta sig igenom en rättsprocess, vilket gjorde att många anmälningar drogs tillbaka”.

²¹⁰⁴ JuU 1983/84:25 s. 29.

²¹⁰⁵ Dir. 1984:43, i SOU 1986:49 bil. 1 s. 129 ff.

²¹⁰⁶ En annan bidragande orsak var att Sverige var ”sämst i klassen” bland de nordiska länderna; i både Norge och Danmark hade det redan införts system med s.k. ”bistandsadvokater”. Se till det sagda SOU 2007:6 s. 106 samt, ang. framförallt norsk rätt, Robberstad (2014).

²¹⁰⁷ Dir. 1984:43 s. 3 och 6.

²¹⁰⁸ Jfr SOU 2007:6 s. 105. Se även SOU 2014:86 s. 136.

som återstod, beviljades rättshjälp med stor restriktivitet,²¹⁰⁹ bland annat med hänsyn till åklagarens och domstolen skyldigheter att tillvarata målsägandens intressen.

Kommittén konstaterade dock, för egen del, att åklagarens möjligheter att fungera som ett aktivt stöd åt målsäganden var tämligen begränsat, av de skäl som jag har diskuterat ovan:

”Åklagarens huvuduppgift är emellertid att föra ansvarstalan i målet och åklagaren är ålagd att vara objektiv. I detta krav ligger att han bl.a. skall se till att få fram så många fakta som möjligt i målet och att han hela tiden har att kritiskt värdera alla utsagor, målsägandens såväl som den tilltalades. Han får i vart fall under förundersökningen aldrig handla så att det kan uppfattas som att han oförbehållsamt står på målsägandens sida. Även om åklagaren när han väcker åtal är övertygad om den misstänktes skuld, kan kravet på objektivitet medföra att han inte fullt ut kan fungera som ett målsägandens biträde. Han kan ju även under rättegången lägga ned åtalet om han finner att bevisningen för den misstänktes skuld inte är tillräckligt stark.”²¹¹⁰

Likaså var rättens skyldighet att bedriva materiell processledning, enligt kommitténs mening, otillräcklig; domstolen hade ”av naturliga skäl begränsade möjligheter att hjälpa målsäganden, eftersom det aldrig får ges utrymme för att ifrågasätta domstolens opartiskhet”.²¹¹¹

Mot denna bakgrund – och på grundval av en gedigen utredning av målsägandens situation i övrigt, som det skulle föra för långt att återge här²¹¹² – föreslog utredningen att målsäganden skulle kunna förordnas ett eget juridiskt biträde utanför rättshjälpslagens ram, med bland annat följande motivering:

”[M]ålsäganden i sexualbrottsmål behöver hjälp för att orka igenom utredningen och för att få veta vad förundersökningen och rättegången innebär för henne. Hon kan vidare behöva hjälp för att få sina intressen tillgodosedda när det gäller olika handläggningsfrågor för att såvitt möjligt undvika onödiga påfrestningar i samband med förhör och rättegång. Hon kan även behöva hjälp för att få ersättning för uppkomna skador.”²¹¹³

Av utredningsdirektiven framgick att Rättshjälpskommittén skulle fokusera reformarbetet på de situationer där behovet av rättsligt biträde var ”som mest akut, dvs. fall då kvinnor har varit utsatta för övergrepp”.²¹¹⁴ I linje med direktiven föreslog kommittén

²¹⁰⁹ SOU 1986:49 s. 67 f. Även när målsäganden själv väckte talan konstaterade kommittén (s. 68) att praxis var ”mycket restriktiv”.

²¹¹⁰ SOU 1986:49 s. 89. Se även a. SOU s. 57 samt vad som anförts i SOU 2007:6 s. 109: ”Objektivitetsprincipen och de följder som den kunde få för målsäganden i rättsprocessen nämndes också i anslutning till den lagstiftning som föreslogs. Rättshjälpskommittén konstaterade att åklagare och polis inte stod på målsägandens sida gentemot den misstänkte och att många åklagare och poliser ansåg att det var svårt att mer aktivt stödja målsäganden.”

²¹¹¹ SOU 1986:49 s. 89.

²¹¹² Bl.a. lät utredningen genomföra en omfattande utredning av hur offer för sexualbrott upplevde förundersökningen och rättegången. Utredningen redovisas som bil. 2 till betänkandet.

²¹¹³ SOU 1986:49 s. 86.

²¹¹⁴ Dir. 1984:43 s. 7.

att rätten till målsägandebitråde skulle omfatta offer för *allvarligare sexualbrott*,²¹¹⁵ men att denna rättighet skulle tillkomma *alla* – oavsett ålder och kön. Eftersom det rörde sig om en enhetlig grupp, vars ”behov av hjälp vi vet är stort”, skulle någon ingående behovsbedömning inte vara nödvändig i det enskilda fallet.²¹¹⁶ Ett biträde skulle istället, enligt utredningens förslag, förordnas ”om det inte måste antas att behov av sådant biträde saknas”.²¹¹⁷ Med denna konstruktion – innefattande dubbla negationer²¹¹⁸ – ville kommittén ställa upp en presumtion för att målsäganden i normalfallet hade behov av, och därmed rätt till, biträde:

”Det finns således en presumtion för att målsäganden i dessa mål har behov av ett målsägandebitråde. Om målsäganden *redan har ett biträde* i målet måste det emellertid antas att behov av målsägandebitråde saknas. Detsamma gäller i regel om *målsäganden själv ... uppper* att hon inte vill ha ett målsägandebitråde.”²¹¹⁹

Vad gäller lagens tillämpningsområde i övrigt föreslog kommittén att rätten till målsägandebitråde skulle tillkomma målsäganden redan under förundersökningen (och således inte anknytas till den formella partsställningen). Lagen skulle dock inte omfatta målsägande som önskade föra ansvarstalan (varken om målsäganden ville biträda åtalet eller utnyttja sin subsidiära åtalsrätt).²¹²⁰ Något förenklat var skälet till detta att kommittén inte ville underminera den allmänna åtalsrätten.²¹²¹ Och med detta överlämnades utredningen till regeringen.

5.4.4.3 Införandet av lagen om målsägandebitråde

Det politiska klimatet under slutet på 1980-talet präglades av en stark politisk vilja att stärka brottsoffrets ställning.²¹²² I 1987 års regeringsförklaring hade ett särskilt program lagts fram, vilket sedermera följdes upp i budgetpropositionen.²¹²³ I denna konstaterade departementschefen, med hänvisning till Rättshjälpskommitténs

²¹¹⁵ Skälet för denna avgränsning var dels att sexualbrott hade en integritetskränkande karaktär, dels att målsägandens trovärdighet nästan alltid var avgörande för målets utgång; jfr SOU 2007:6 s. 110.

²¹¹⁶ Även i andra grova brott – grov misshandel, inbrott, rån m.m. – konstaterade kommittén att det visserligen kunde finnas behov av biträde, men givet den ”principiella nyordning” som en rätt till målsägandebitråde innebar ville kommittén ”starta med en reform, som tar sikte på de brottsoffer vilkas behov av hjälp vi vet är stort och vars konsekvenser relativt väl kan överblickas”. Se till det sagda SOU 1986:49 s. 95.

²¹¹⁷ Se 1 § i utredningens förslag till lag om målsägandebitråde, i SOU 1986:49 s. 17.

²¹¹⁸ Jfr i och vid fn. 1793 ovan om presumtionsregeln i LUL.

²¹¹⁹ Se även specialmotiveringen i SOU 1986:49 s. 116.

²¹²⁰ SOU 1986:49 s. 101 f.

²¹²¹ I likhet med vad PK och PLB en gång i tiden hade konstaterat, ansåg RHK (SOU 1986:49 s. 102) att det var statens – inte målsägandens – ansvar att beivra brott: ”Det är primärt samhällets ansvar att se till att brott som faller under allmänt åtal beivras. Vår uppfattning är att det vore olyckligt om man vidtog åtgärder som kunde ge intryck av, eller faktiskt leda till, att ansvaret för att brott blir uttömmade och riktigt utredda läggs över på målsäganden. [...] Att ge målsägandebiträdet rätt att bistå målsäganden om hon vill föra egen ansvarstalan skulle kunna uppmuntra till fler enskilda åtal i dessa mål. Det skulle även ge intrycket att man ifrågasatte samhällets förmåga att utreda och beivra just dessa svåra och känsliga brott.” Beträffande *enskilt åtal* anslöt sig DepC till RHK:s ståndpunkt; se NJA II 1988 nr 14 s. 221 f. där det konstateras att det saknas ”anledning att omfördela ansvaret mellan allmänna och enskilda resurser i fråga om de typer av brott som det här gäller”, liksom att det även framgent ”i första hand [skulle] vara det offentliga rättsväsendets uppgift” att beivra de aktuella brotten. Vad avser sådana fall, då målsäganden *biträdde åtalet*, menade dock DepC att målsägandebiträdet skulle kunna bistå målsäganden även i ansvarsdelen.

²¹²² Jfr NJA II 1988 nr 14 s. 215.

²¹²³ Se prop. 1987/88:100 bil. 4 s. 34 ff.

betänkande, att han ”i princip [ställde] sig positiv till att vissa särskilt utsatta grupper av målsägande ges rätt till juridiskt biträde i enlighet med förslaget”,²¹²⁴ samt att en proposition i ämnet snart skulle föreläggas riksdagen (vilket skedde redan samma år²¹²⁵).

Rättshjälpskommitténs förslag fick ett positivt remissutfall. Majoriteten av remissinstanserna invände dock mot att kretsen av målsägande, som var berättigade till målsägandebiträde, var för snävt avgränsad – framförallt restes invändningar mot att ett målsägandebiträde inte kunde förordnas i mål om kvinnomisshandel/vid relationsvåld.²¹²⁶ Departementschefen tog intryck av kritiken, och föreslog att lagen om målsägandebiträde inte bara skulle omfatta allvarligare sexualbrott, utan också vissa andra typer av kvalificerade brott med inslag av våld eller annan integritetskränkning.²¹²⁷ Sätillvida var regeringens förslag mer långtgående än kommitténs.²¹²⁸

Beträffande de grova sexualbrotten menade departementschefen, i likhet med Rätthjälpskommittén, att det fanns ”ett mera generellt behov av juridiskt biträde för målsäganden” som inte kunde tillgodoses inom ramen för den befintliga regleringen. I anslutning till kommitténs förslag ställde därför lagen upp en *stark presumtion* för att målsäganden skulle ha rätt till biträde i dessa mål:

”I mål av denna typ bör det ... vara *huvudregel* att målsäganden har rätt till biträde, låt vara att man behöver en möjlighet att avslå en framställning om biträde, om ett sådant med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet *undantagsvis* skulle vara obehövt.”²¹²⁹

Beträffande övriga brott fanns det, enligt departementschefen, inte något generellt behov av biträde. I det enskilda fallet kunde det däremot, vid viss särskilt kvalificerad brottslighet, finnas ”ett ungefär lika stort behov av biträde” som vid grova sexualbrott.²¹³⁰ Vad departementschefen hade åtanke var framförallt mål om kvinnomisshandel, som också var den måltyp som hade uppmärksamats av såväl Rätthjälpskommittén som vid remissbehandlingen av lagförslaget.²¹³¹ Det fanns dock, enligt departementschefens uppfattning, inte skäl att särbehandla denna grupp eftersom det, ”i det enskilda fallet [kunde finnas] nog så ömmande skäl att få hjälp” också i andra måltyper.²¹³²

För att uppnå en rimlig avvägning infördes en ”begränsad möjlighet” att förordna ett målsägandebiträde också vid vissa brott mot målsägandens liv och hälsa, samt vid rån. Departementschefen ville emellertid ”understryka att målsägandebiträde i dessa förhållandevis vanliga mål *inte bör förordnas regelmässigt* utan bara när det är

²¹²⁴ Prop. 1987/88:100 bil. 4 s. 37.

²¹²⁵ Prop. 1987/88:107. LMB finns kommenterad hos Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 235 ff.

²¹²⁶ Jfr SOU 2007:6 s. 111.

²¹²⁷ Prop. 1987/88:107 s. 1.

²¹²⁸ Jfr SOU 2014:86 s. 136.

²¹²⁹ Prop. 1987/88:107 s. 20. Se även NJA II 1988 nr 14 s. 217, där det talas om en ”stark presumtion”.

²¹³⁰ Prop. 1987/88:107 s. 20 f.

²¹³¹ Jfr SOU 2007:6 s. 112.

²¹³² Prop. 1987/88:107 s. 21.

starkt påkallat av förhållandena i det enskilda fallet”. För att ”markera vikten av restriktivitet” gavs behovsrekvisiten olika utformningar, och kom därmed att ställa upp presumtioner verkande i olika riktningar.²¹³³ Det sagda kan illustreras enligt följande:

Brottstyp:	Behovsrekvisit:
Grova sexualbrott ²¹³⁴	”om det inte på grund av särskilda omständigheter kan antas att målsäganden <i>saknar behov</i> av sådant biträde”
Andra brott med inslag av våld eller annan integritetskränkning ²¹³⁵	”om det med hänsyn till målsägandens personliga förhållanden och övriga omständigheter kan antas att målsäganden har ett <i>särskilt starkt behov</i> av biträde” ²¹³⁶

Det skulle dock inte dröja länge innan den restriktiva bedömningen, som följde med kravet på ett *särskilt starkt behov*, kom att kritiseras så till den grad att lagen blev föremål för sin första utvidgning.

5.4.4.4 Den första utvidgningen

Redan år 1989 konstaterade Justitieutskottet – som svar på ett antal motioner – att rätten till målsägandebiträde inte motsvarade behovet av sådant biträde, varken i sexualbrotts- eller misshandelsmål. Utskottet anförde:

”Med stöd av gjorda erfarenheter kan enligt utskottets mening redan nu konstateras att möjligheterna att få målsägandebiträde *inte motsvarar aktuella behov*. Rätten till målsägandebiträde bör således utvidgas till att utan begränsningar gälla i mål om sexualbrott enligt 6 kap. BrB. Rätten till målsägandebiträde bör också väsentligt utvidgas när det gäller mål om misshandel.”²¹³⁷

Mot denna bakgrund uppmanade utskottet regeringen att skyndsamt åtgärda problemet – ett krav som riksdagen ställde sig bakom.²¹³⁸ Lagstiftningsprocessen blev också snabb; efter att ha inbjudit till en hearing på Justitiedepartementet,²¹³⁹ lade regeringen fram den första propositionen *om utvidgad rätt till målsägandebiträde* (prop. 1989/90:158).

²¹³³ Prop. 1987/88:107 s. 21 f. Se även NJA II 1988 nr 14 s. 218, där det talas om ”stor restriktivitet”.

²¹³⁴ Brotten enligt (dåvarande) BrB 6 kap. 1-6 § eller försök till brott enligt 6 kap. 14 eller 6 §.

²¹³⁵ De berörda brottstyperna räknades upp under tre punkter: (1) brott enligt (dåvarande) BrB 6 kap. 7-10 §, försök till brott enligt 6 kap. 8 eller 9 § eller förberedelse eller stämpling till brott enligt 6 kap. 1 §, 4 § 2 st. eller 9 §; (2) brott enligt 3 eller 4 kap., på vilket fängelse kan följa, eller försök till sådant brott; samt (3) brott enligt 8 kap. 5 eller 6 § eller försök till sådant brott.

²¹³⁶ I specialmotiveringen förklarade DepC att det inte var tillräckligt att ett konstatera att det var frågan om ett sådant brott omfattades lagrummet – tvärtom skulle brottet ”i det enskilda fallet ha varit av kvalificerat slag och ha inneburit en svår kränkning av offret.” Dessutom krävdes det att bevisläget och det processuella läget i övrigt var sådant att man kunde förvänta sig att målsäganden skulle utsättas för ”pressande förhör”. Och inte nog med det; dessutom krävdes det att målsägandens fysiska eller psykiska tillstånd var sådant, att hon kunde förväntas ”ha väsentlig nytta av ett juridiskt biträde.” Se NJA II 1988 nr 14 s. 218.

²¹³⁷ JuU 1989/90:5 s. 22.

²¹³⁸ JuU 1989/90:5 s. 37. Se även SOU 2007:6 s. 113.

²¹³⁹ Vad som framkom vid hearingen redovisas som bil. 1 till prop. 1989/90:158 s. 13 ff.

Beträffande sexualbrotten innebar reformen att distinktionen mellan allvarliga och ”mindre allvarliga” (*sic!*) sexualbrott upphävdes; framöver skulle *alla* sexualbrott omfattas av den starka presumtionsregeln. Att sexualbrotten var att bedöma enligt olika behovsrekvisit ansågs mindre lämpligt, bland annat eftersom åklagarens initiala brottsrubricering i praktiken avgjorde om målsäganden skulle presumeras ha eller sakna behov av biträde.²¹⁴⁰ Trots att Justitiekontoret i sitt av riksdagen fastställa betänkande hade krävt en ”obligatorisk” rätt till biträde – så snart målsäganden begärde ett sådant – behöll dock regeringen den tidigare konstruktionen med ett presumerat biträdesbehov vid sexualbrott, men med följande förtydligande:

”Det skall alltså i mål om sexualbrott enligt 6 kap. BrB i *allmänhet inte ske någon prövning av målsägandens behov av biträde* fränsett den situationen att ett annat biträde redan är förordnat. Det bör emellertid rimligen finnas en mer allmänt utformad möjlighet för domstolen att avslå en begäran om målsägandebiträde, om det är *uppenbart att behov av biträde saknas*. Att målsäganden redan har ett biträde i målet är det mest tydliga exemplet på denna situation, men självfallet kan det tänkas fall där målet t.ex. rör en så obetydlig gärning att målsägandebiträde framstår som helt obehövligt.²¹⁴¹

För att ytterligare markera den starka presumptionen lades också ett uppenbarhetsrekvisit till i lagtexten,²¹⁴² enligt följande:

<i>Före reformen:</i>	<i>Efter reformen:</i>
”om det inte på grund av särskilda omständigheter kan antas att målsäganden saknar behov av sådant biträde”	”om det <i>inte är uppenbart</i> att målsäganden saknar behov av sådant biträde”

Vad sedan gäller övriga brott uttalade sig departementschefen mer kryptiskt. Å ena sidan skulle förutsättningarna att förordna ett biträde, i enlighet med vad Justitiekontoret föreslagit, ”mjukas upp generellt för att markera att bedömningen inte skall vara så restriktiv som lagtextens utformning i dag talar för”.²¹⁴³ Å andra sidan upprepade departementschefen i princip ordagrant vad denne tidigare hade anfört i de ursprungliga förarbetena, nämligen att det måste ske ”en verklig prövning av målsägandens behov av biträde i det enskilda fallet”. Departementschefen ville därvid understryka ”att det på *intet sätt kan anses sakligt motiverat* att mera regelmässigt

²¹⁴⁰ Prop. 1989/90:158 s. 4 ff. Av hearingen hade det dessutom framgått, att domstolarna redan förordnade målsägande i så gott som alla sexualbrott. Från ett statsfinansiellt perspektiv skulle reformen därmed inte medföra några ytterligare kostnader än vad som redan följde av rådande praxis.

²¹⁴¹ Prop. 1989/90:158 s. 6. Se härtill SOU 2007:6 s. 114. Enligt vad som anförs i Ds 1992:24 s. 32 innebar denna formulering att ”domstolen i princip skall förordna biträde för alla som önskar det”.

²¹⁴² Enligt SOU 2014:86 s. 137 innebar den första utvidgningen att ”rät[en] till målsägandebiträde i princip skulle gälla utan begränsningar i mål om sexualbrott”. Jfr diskussionen kring uppenbarhetsrequisitet i LUL, som inte alls var ägnat att medföra en lika generös bedömning; se avsnitt 5.3.4.4 ovan.

²¹⁴³ Prop. 1989/90:158 s. 7. Se härtill exv. SOU 2014:86 s. 137.

förordna målsägandebitråde i t.ex. mål om misshandel eller olaga hot”.²¹⁴⁴ Den ”generella uppmaningen” var således inte generell, utan i praktiken avsedd att träffa framförallt misshandelsmål där kvinnor och/eller barn var målsägande. Detta klargjordes i lagtexten, såtillvida att behovsrekvisitet anknöts till *målsägandens relation till den misstänkte*,²¹⁴⁵ samtidigt som kravet på ”särskilt starkt” behov slopades:

<i>Före reformen:</i>	<i>Efter reformen:</i>
”om det med hänsyn till målsägandens personliga förhållanden och övriga omständigheter kan antas att målsäganden har ett särskilt starkt behov av biträde”	”om det med hänsyn till målsägandens personliga relation till den misstänkte eller andra omständigheter kan antas att målsäganden <i>har behov</i> av biträde ²¹⁴⁶

5.4.4.5 Den andra utvidgningen

Även i sin utvidgade lydelse kom dock lagen om målsägandebitråde att kritiseras för att vara för snävt avgränsad, och år 1993 lade regeringen fram sin andra proposition om en (ännu mer) *utvidgad rätt till målsägandebitråde* (prop. 1993/94:26), varigenom lagen fick sin nuvarande utformning i tre punkter.²¹⁴⁷ Liksom vid tidigare reformer hade ett antal motioner i ämnet – efter hemställan från Justitiekotter²¹⁴⁸ – föranlett regeringen att ta utredningsinitiativ, som denna gången redovisades i departementspromemorian *Några brottsofferfrågor* (Ds 1992:24).²¹⁴⁹

I promemorian, som i princip ordagrant låg till grund för propositionen, hänvisades inledningsvis till det brottsofferprogram som antagits år 1988, och som sedermera fullföljts etappvis. Den nu ifrågasatt reformen betraktades som en fortsättning på det arbetet.²¹⁵⁰ Det konstaterades att målsäganden i vissa situationer kunde ha behov av biträde även vid sådan brottslighet som inte omfattades av lagen om målsägandebitråde, närmare bestämt när ”inslaget av sexuellt eller annat våld saknas men där integritetskränkningen likväl kan vara mycket betydande”.²¹⁵¹ För att ”täcka in” sådana fall övervägdes två alternativ: antingen att komplettera den befintliga uppräkningslistan med ytterligare brottstyper eller att införa en generell rätt till målsägandebitråde vid

²¹⁴⁴ Prop. 1989/90:158 s. 8.

²¹⁴⁵ Notera dock att det talas om personliga relation *eller* andra omständigheter (istället för personliga förhållanden *och* andra omständigheter).

²¹⁴⁶ Prop. 1989/90:158 s. 2.

²¹⁴⁷ SFS 1994:59. Jfr SOU 2007:6 s. 115 f.

²¹⁴⁸ JuU 1990/91:21 s. 17 f., där utskottet konstaterade att integritetskränkningen emellanåt kunde vara mycket stor, trots att ett brott inte innefattat inslag av sexuellt eller annat våld. Mot den bakgrunden ville utskottet förse lagen med en ”ventil”. Riksdagen biföll utskottets hemställan (rskr. 1990/91:217).

²¹⁴⁹ Promemorian kom också delvis att bygga på den s.k. Våldskommissionens arbete, som i sitt slutbetänkande *Våld och brottsoffer* (SOU 1990:92) hade föreslagit vissa utvidgningar av rätten till målsägandebitråde. Se vidare Ds 1992:24 s. 28 f. och SOU 1990:92 s. 177.

²¹⁵⁰ Ds 1992:24 s. 17. Se även prop. 1993/94:26 s. 10 och prop. 1993/94:143 s. 19.

²¹⁵¹ Ds 1992:24 s. 34 och prop. 1993/94:26 s. 17.

(i princip) alla brott.²¹⁵² Av dessa alternativ valdes den senare,²¹⁵³ men med följande två begränsningar:

”När det gäller frågan om vilka brott som bör omfattas av en sådan bestämmelse är det naturligt att sätta gränsen vid [1] mål om brott enligt BrB, på vilket [2] fängelse kan följa.”²¹⁵⁴

Vad gäller den lagtekniska utformningen av behovsrekvisitet gjorde man det enkelt för sig på departementet, genom att helt enkelt återanvända den äldre lagtexten (och de äldre motiven²¹⁵⁵), som tidigare hade omfattat våldsbrotten men som upphävdes genom den första utvidgningen av lagen, då kravet på särskilt starkt behov slopades. Således skulle ett målsägandebitråde kunna förordnas vid alla brottsbalksbrott på vilka fängelse kunde följa, ”om det med hänsyn till målsägandens personliga förhållanden och omständigheterna i övrigt kan antas att målsäganden har ett *särskilt starkt behov av biträde*”.²¹⁵⁶ Och i direkt anslutning till de äldre förarbetena, inskräpades det att något biträde inte skulle förordnas regelmässigt:

”Bestämmelsen bör ... utformas så att förordnanden i dessa fall [sker] med *restriktivitet* och efter en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det är viktigt att en ytterligare utvidgning verkligen täcker de fall där målsägandens behov av biträde är *särskilt starkt*.”²¹⁵⁷

Genom den föreslagna ordningen åstadkom man en ”trappstegsliknande konstruktion” omfattande tre steg, som skiljdes åt genom olika behovsrekvisit: (1) sexualbrott; (2) brott mot målsägande liv och hälsa, frid och frihet; samt (3) övriga brott enligt brottsbalken.²¹⁵⁸ Denna inledning i tre så kallade ”angelägenhetsgrader” har lagen om målsägandebitråde än idag,²¹⁵⁹ men med den skillnaden att den tredje punkten med tiden kom att utvidgas till att omfatta alla brott – inte bara brottsbalksbrott.²¹⁶⁰

5.4.4.6 Den tredje utvidgningen

Den tredje utvidgningen genomfördes på förslag av Brottsofferutredningen, som år 1998 lade fram sitt slutbetänkande *Brottsoffer – Vad har gjorts? Vad bör göras?* (SOU 1998:40). Utredningen hade inga invändningar att rikta mot den första eller andra

²¹⁵² Prop. 1993/94:26 s. 18.

²¹⁵³ Se även NJA II 1994 nr 2 s. 98.

²¹⁵⁴ Ds 1992:24 s. 35. Jfr prop. 1993/94:26 s. 18, där DepC anförde att detta var en ”ändamålsenlig avgränsning”.

²¹⁵⁵ Se prop. 1993/94:26 s. 18 samt jämför å ena sidan NJA II 1994 nr 2 s. 107 och 111, och å andra sidan prop. 1887/88:107 s. 38 samt NJA II 1988 nr 14 s. 218.

²¹⁵⁶ Ds 1992:24 s. 35.

²¹⁵⁷ Prop. 1993/94:26 s. 17 f. Se även a. prop. s. 18, där det talas om att målsägandens ”verkliga behov” skall tillgodoses.

²¹⁵⁸ Ds 1992:24 s. 36. Med DepC:s ord skulle bedömningarna enligt den tredje punkten bli ”betydligt mer restriktiva” än enligt andra punkten, som i sin tur var ”mer restriktiv” än enligt första punkten. Att behovsrekvisiten gavs olika utformning betraktades som en fördel, eftersom lagtexten därigenom ”klart markerar att förutsättningarna för att få ett målsägandebitråde skiftar beroende på brottets art”. Se till det sagda prop. 1993/94:26 s. 19. Se även SOU 2014:86 s. 138 samt Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 238, där det också talas om en ”trappstegsliknande konstruktion”.

²¹⁵⁹ Jfr SOU 2007:6 s. 145.

²¹⁶⁰ 1 § LMB i dess lydelse efter SFS 2001:230. Se här till prop. 2000/01:79 s. 39 ff. samt exv. SOU 2014:86 s. 137.

punkten (sexual- respektive våldsbrott, m.m.), men menade att den tredje punktens begränsning till brottsbalksbrott var ”svårförståelig”. Enligt utredningen kunde det nämligen finnas ett ”starkt behov” av målsägandebitråde även vid andra brottstyper, exempelvis vid överträdelse av besöksförbud. Av det skälet föreslog utredningen att den tredje punkten istället skulle omfatta alla brott med endast den kvarvarande begränsningen, att *fängelse skulle kunna följa därpå*.²¹⁶¹

I propositionen anslöt sig regeringen till utredningens förslag, varigenom lagen om målsägandebitråde gjordes generellt tillämplig enligt följande trestegsmodell:

Brottstyp:	Behovsrekvisit:
Sexualbrott	”om det <i>inte är uppenbart</i> att målsäganden <i>saknar behov</i> av sådant biträde” ²¹⁶²
Våldsbrott m.m.	”om det ... kan antas att målsäganden <i>har behov</i> av sådant biträde” ²¹⁶³
Övriga brott, på vilka fängelse kan följa.	”om det ... kan antas att målsäganden har ett <i>särskilt starkt behov</i> av sådant biträde” ²¹⁶⁴

Enligt den första punkten skall i princip ingen behovsprövning göras, medan en sådan förutsätts – med ökad grad av restriktivitet – enligt punkterna två och tre.

Enligt den andra punkten (som omfattar brott på vilket fängelse kan följa enligt brottsbalkens 3 eller 4 kapitel, samt 8 kapitlet 5 och 6 §§) skall ett målsägandebitråde förordnas om det med hänsyn till målsägandens personliga relation till den misstänkta *eller* andra omständigheter kan antas att målsäganden har behov av sådant biträde. Till skillnad från sexualbrotten skall således ett biträde inte förordnas regelmässigt vid brott mot målsägandens liv och hälsa, utan en ”verklig” behovsprövning skall göras mot bakgrund av samtliga omständigheter i målet. Vid denna helhetsbedömning skall särskild vikt fästas vid målsägandens personliga relation till den misstänkta, vilket framgår redan av lagtexten (och än tydligare i förarbetena).²¹⁶⁵ Användandet av konjunktionen ”eller” markerar dock att en nära relation mellan brottsoffret och den som är misstänks för brottet *inte* är en nödvändig förutsättning för att ett biträde skall förordnas.²¹⁶⁶ Däremot kan förekomsten en sådan relation vara en tillräcklig förutsättning.²¹⁶⁷

²¹⁶¹ SOU 1998:40 s. 124. Se även SOU 2007:6 s. 120. Varför det var ”naturligt” att anknypa rätten till målsägandebitråde till det för brottet föreskrivna *maximistrafvet*, medan reglerna om offentlig försvarare knyter an till *minimistrafvet*, utvecklades dock inte närmare.

²¹⁶² LMB 1 § 1 st. 1 p., som omfattar brott enligt BrB 6 kap.

²¹⁶³ LMB 1 § 1 st. 2 p., som omfattar brott enligt BrB 3 eller 4 kap., på vilket fängelse kan följa, eller enligt 8 kap. 5 eller 6 §§, eller försök, förberedelse eller stämpling till sådant brott.

²¹⁶⁴ LMB 1 § 1 st. 3 p., som omfattar andra brott på vilket fängelse kan följa (enligt både BrB eller specialstraffrätten)

²¹⁶⁵ Prop. 1989/90:158 s. 7 och 11. Den andra punkten har behandlats i ett förhållandevis stort antal avgöranden från hovrätterna; se RH 1997:120, RH 1998:104, RH 2000:1, RH 2001:13, RH 2002:1, samt mål nr Ö 645-05 (HovR:n för Övre Norrland).

²¹⁶⁶ I förarbetena nämns en rad andra omständigheter som kan beaktas, såsom: (1) målsägandens *ålder* (att målsäganden är mycket ung eller mycket gammal); (2) målsägandens *fysiska eller psykiska tillstånd* (att målsäganden lider av skador eller depression till följd av brottet, men också av ett förståndshandikapp eller en sjukdom som saknar anknytning till brottet); samt (3) att målsäganden har en *beroendeställning* till den tilltalade (antingen i arbetslivet eller i skolan).

²¹⁶⁷ Jfr SOU 2014:86 s. 140.

Vad slutligen avser den tredje punkten skall ett målsägandebitråde förordnas om det med hänsyn till målsägandens personliga förhållanden *och* övriga omständigheter kan antas att målsäganden har ett *särskilt starkt* behov av sådant biträde. I jämförelse med den andra punkten framträder här två skillnader: För det första att biträdesbehovet – genom användandet av konjunktionen ”och” – skall relateras till två kumulativa rekvisit; för det andra att biträdesbehovet skall vara kvalificerat (”särskilt starkt”). Det är med andra ord inte tillräckligt att målsäganden har en personlig relation till den misstänkta,²¹⁶⁸ utan omständigheterna i övrigt måste också tala för att målsäganden skulle ha en *väsentlig nytta* av ett juridiskt biträde, exempelvis därför att bevisläget och det processuella läget i övrigt är sådant att målsäganden kan förväntas bli utsatt för ingående eller pressande förhör.²¹⁶⁹ Bedömningen är således avsedd att vara än mer restriktiv än vid våldsbrott; enligt förarbetena är förutsättningarna att förordna ett målsägandebitråde vid övriga brott ”starkt begränsade”.²¹⁷⁰

5.4.4.7 Ytterligare utvidgningar

Trots den restriktivitet som, enligt vad som framgått ovan, präglar den tredje – och i viss mån även den andra – punkten i 1 § lagen om målsägandebitråde, så har lagen sammanfattningsvis blivit föremål för kontinuerliga utvidgningar under de dryga 30 år som har passerat sedan Rättshjälpskommittén år 1986 föreslog att ett sådant biträde skulle kunna förordnas åt målsäganden endast vid (grova) sexualbrott (enligt vad som numera omfattas av den första punkten). Denna utveckling är intressant eftersom den går stick i stäv med övriga reformer som har träffat anslaget för rättsliga biträden, som alla i princip har verkat i motsatt riktning – mot en inskränkning av rättshjälpen (i vid mening). Samtidigt som övriga regelverk har blivit alltmer restriktiva, har alltså målsägandebiträden kunnat förordnas enligt allt generösare regler. Och detta gäller inte enbart lagens formella tillämpningsområde, det vill säga vid *vilka typer av brott* ett målsägandebitråde överhuvudtaget kan komma ifråga. Härutöver har lagen nämligen blivit föremål för ett antal ytterligare utvidgningar, genom vilka *biträdet har fått ett alltmer omfattande uppdrag*.²¹⁷¹ Dessa ändringar (och i vissa fall förtydliganden) kan blott antydast enligt följande:

För det första: Enligt 3 § lagen om målsägandebitråde ankommer det på biträdet att ta tillvara målsägandens intressen i målet samt lämna stöd och hjälp till målsäganden. Hur detta stadgande skall förstås är inte alldeles uppenbart. Enligt Rättshjälpskommitténs ursprungliga förslag skulle det inte ingå i målsägandebiträdets uppgifter att ”biträda målsäganden med en talan i ansvarsdelen”.²¹⁷² Med detta uttalande avsåg kommittén, att målsägandebiträdet *varken* skulle bistå målsäganden när denna önskade biträda åtalet *eller* när målsäganden ville utnyttja sin

²¹⁶⁸ Prop. 1993/94:26 s. 50 f.

²¹⁶⁹ Prop. 2000/01:79 s. 40.

²¹⁷⁰ Jfr prop. 1993/94:26 s. 18 f. och SOU 2014:86 s. 140.

²¹⁷¹ Detta tema tangerar ramarna för denna studie, varför jag håller redogörelsen nedan kort. Målsägandebiträdets uppgifter diskuteras utförligt i exv. SOU 2014:86 s. 143 ff.

²¹⁷² SOU 1986:49 s. 15.

subsidiära åtalsrätt och själv föra talan i ansvarsdelen.²¹⁷³ Departementschefen delade dock inte kommitténs uppfattning, utan förklarade att det åtminstone borde ingå i målsägandebiträdets förordnande att utföra målsägandens talan, när denna väljer att biträda åtalet.²¹⁷⁴ Detta har således alltid ingått i bitrådets uppgifter, men innebar en utvidgning i jämförelse med det ursprungliga lagförslaget.

För det andra: Till en början vållade ansvarsfördelningen mellan åklagaren och målsägandebiträdet vissa svårigheter, eftersom det inte ansågs klarlagt om åklagaren eller målsägandebiträdet i första hand skulle bistå målsäganden i skadeståndsdelen.²¹⁷⁵ Detta föranledde en lagändring år 1994, genom vilken 3 § andra stycket fick sin nuvarande lydelse. Skillnaden kan illustreras enligt följande:

<i>Tidigare lydelse</i>	<i>Nuvarande lydelse</i>
I målsägandebiträdets uppgift <i>ingår inte</i> att bistå målsäganden med att föra talan om enskilt anspråk i anledning av brottet, om detta görs av åklagaren.	Målsägandebiträdet <i>skall</i> bistå målsäganden med att föra talan om enskilt anspråk i anledning av brottet, om detta inte görs av åklagaren.

Målsägandebiträdets skyldighet att bistå målsäganden i skadeståndsdelen är således allttjämt subsidiär i relation till åklagarens skyldighet att göra detsamma enligt rättegångsbalkens regler.²¹⁷⁶ I den mån ett målsägandebiträde har förordnats anses det dock, genom den nuvarande lydelsen jämte klara uttalanden i förarbetena, framgå att det primärt ankommer på biträdet att föra målsägandens skadeståndstalan.²¹⁷⁷ Det är också på detta vis lagregeln tillämpas i praktiken.²¹⁷⁸

För det tredje: Målsägandebiträdets behörighet att föra målsägandens skadeståndstalan förutsatte till en början att yrkandet om enskilt anspråk prövades inom ramen för brottmålet, eftersom målsägandebiträdets behörighet var begränsad till just ”målet”.²¹⁷⁹ Efter 1994 års reform framgår dock av lagtexten att bitrådets behörighet kvarstår även om talan om enskilt anspråk avskiljs för att istället handläggas enligt reglerna för tvistemål.²¹⁸⁰ Detsamma gäller, *för det fjärde*, om tingsrättens dom överklagas endast i fråga om det enskilda anspråket.²¹⁸¹ Sedan år 2013 finns det slutligen, *för det femte*, en rätt till målsägandebiträde även vid resning.²¹⁸²

²¹⁷³ SOU 1986:49 s. 101 f.

²¹⁷⁴ Prop. 1987/88:107 s. 125. Jfr RH 2000:1, där HovR:n gjorde följande klargörande uttalande: ”Av motiven till lagen i dess ursprungliga lydelse, vilka motivuttalanden fortfarande synes ha giltighet, framgår att biträdet har behörighet att för målsägandens räkning biträda ett allmänt åtal. Att biträdet getts sådan behörighet innebär enligt hovrättens mening att det ingår bland målsägandebiträdets uppgifter att – om målsägandens intressen gör det påkallat – biträda det allmänna åtalet.” Se även exv. SOU 2007:6 s. 152 f. Vid enskilt åtal kan dock ett målsägandebiträde inte förordnas, vilket uttryckligen framgår av LMB 2 §.

²¹⁷⁵ I prop. 1987/88:107 s. 125 hänvisade exv. DepC till att det nyligen införts nya regler (genom prop. 1987/88:1) som betonade vikten av att åklagaren så långt möjligt bistod målsäganden i skadeståndsdelen. Se härtill NJA II 1994 nr 2 s. 114 f.

²¹⁷⁶ Prop. 1993/94:26 s. 22 och härtill exv. SOU 2014:86 s. 145.

²¹⁷⁷ Se exv. NJA II 1994 nr 2 s. 115 f. och Ds 1992:24 s. 38 f.

²¹⁷⁸ Se SOU 2014:86 s. 150, där det m.h.t. Brottförebyggande rådets rapport 2009:4, *Målsägandebiträde*, konstateras att ”i praktiken har utvecklingen blivit så att i de fall där en målsägande med målsägandebiträde har skadeståndsanspråk så är det denne som för talan om skadestånd”.

²¹⁷⁹ SOU 1986:49 s. 101 och prop. 1987/88:107 s. 38 f. Se även Ds 1992:24 s. 39 f.

²¹⁸⁰ LMB 3 § 2 st. m.h.t. RB 22 kap. 5 §. Se till det sagda NJA II 1994 nr 2 s. 117 f. och SOU 2014:86 s. 145.

²¹⁸¹ LMB 3 § 2 st. Se härtill NJA II 1994 nr 2 s. 120 ff. och Ds 1992:24 s. 42 ff. Se även SOU 2014:86 s. 137 och 146.

²¹⁸² LMB 7 a §. Se härtill prop. 2011/12:156 och exv. SOU 2014:86 s. 142.

Under förhållandevis kort tid har vi således rört oss från en lag som var tillämplig i en begränsad typ av brottmål och som gav målsägandebiträdet ganska snäva ramar för sitt arbete, till en lag som är generell tillämplig i alla brottmål – samt till och med i vissa tvistemål – och som ger målsägandebiträdet tämligen vida ramar för sitt arbete. Under denna lagstiftningsprocess har det sällan rests några betänkligheter över kostnadsutvecklingen för målsägandebiträden, till skillnad från övriga poster inom anslaget för rättsliga biträden.²¹⁸³ Istället har regeringen – både i diverse regeringsförklaringar och budgetpropositioner – gång på gång framhållit lagen om målsägandebiträde som en *viktig satsning* inom ramen för det bredare arbetet med att förstärka brottsoffrets ställning. Att satsningen har betraktats som ”viktig” torde i sin tur bero på att det – vid sidan av den politiska opinionen – har funnits en bred allmän opinion för sådana reformer under den aktuella tidsperioden. Att utvidga lagen om målsägandebiträde har, annorlunda uttryckt, varit ett enkelt sätt att visa politisk handlingskraft.²¹⁸⁴ Att göra motsvarande satsningar på exempelvis den misstänkta rättssäkerhet har däremot inte varit lika politiskt opportunt, helt enkelt eftersom det inte har funnits någon stark folkrörelse som har hävdat misstänkta brottslingars intressen. Ungefär samtidigt som offerrörelsen etablerades under 1970-talets början övergavs nämligen behandlingstanken i relation till förövaren, vilket samfällt har inneburit en tydlig fokusförflyttning från förövaren till målsäganden. Detta har tagit sig en rad olika uttryck, men ett illustrativt exempel härpå är Ekobrottskommissionens försök att under 1980-talet omdefiniera hela rättssäkerhetsbegreppet – från att skydda misstänkta mot statens maktutövning, till att skydda presumtiva brottsoffer mot att utsättas för brott. Följande mening är talande:

”Att en skyldig får gå fri och på det viset kan vålla ytterligare skada *kan vara lika olyckligt [sic!]* som att en oskyldig döms.”²¹⁸⁵

²¹⁸³ Det är egentligen endast i SOU 2014:86 som kostnadsutvecklingen diskuteras.

²¹⁸⁴ Jfr Mellqvist (NJ 1/2013) s. 80, som menar att de medel som idag spenderas på målsägandebiträden skulle göra mer nytta för målsäganden utanför rättsväsendet. LMB är på så vis, enligt Mellqvist uppfattning, ”ett utmärkt exempel på något som kostar betydligt mer än det smakar”. Jag delar i och för sig inte denna uppfattning; enligt min mening tillför målsägandebiträden en betydande nytta för målsäganden inom rättsprocessen, vilket bekräftas av rad utvärderingar; se exv. Domstolsverkets rapport 1996:2, *Målsägandebiträde – en utvärdering av lagen om målsägandebiträde*, där det konstateras att lagen om målsägandebiträde haft en kvalitetshöjande effekt på rättsprocessen. Däremot är jag enig med Mellqvist, när han förklarar *varför* LMB tillåts kosta pengar, närmare bestämt därför att lagen ”är ett konkret sätt för politikerna att visa på handlingskraft inför krav på att tillgodose brottsoffrens intressen”.

²¹⁸⁵ SOU 1984:15 s. 131. I sitt betänkande konstaterade kommissionen, att ett ”återkommande argument” mot att vidta brottsbekämpande åtgärder i vid mening var att de kunde betraktas som ett ”hot mot rättssäkerheten”. Kommissionen menade dock att det ”traditionella rättssäkerhetsbegreppet” – som betonade lagöverträdarens rättigheter och såtillvida var gärningsmannainriktat – med fördel kunde överges till förmån för en mer offerinriktad begreppsbestämning, där rättssäkerhet var detsamma som ”att inte behöva utsättas för brott, dvs. rättsskydd”. Ett rättssäkert samhälle var således, med kommitténs ord (s. 130), ”ett samhälle där man effektivt skyddar medborgarna mot brott”. En sådan (offerinriktad) definition av rättssäkerhet – som således fokuserade på en effektiv brottsbekämpning – menade kommissionen var ”lika logisk och rationell” i 1900-talets samhälle, som den traditionella (gärningsmannainriktade) definitionen var på 1700-talet. Och därmed kunde kommissionen plötsligt motivera inskränkningar i rättssäkerheten (i bemärkelsen ”att skyddas mot staten”) med hänvisning till just medborgarnas intresse av rättssäkerhet (i bemärkelsen ”att skyddas mot brott”). Eller med kommissionens egna ord (s. 131): ”[D]en äldre rättssäkerhetssynen *kan komma att utgöra ett hinder* när man försöker förverkliga den moderna uppfattningen.” Se vidare prop. 1984/85:32, särskilt s. 24 och 36, där Ekobrottskommissionens synsätt fick visst genomslag, samt den kritiska redogörelsen hos Ottensten, Fredrik, *En ros är en ros är en ros. Rättssäkerhetsbegreppet, den akusatoriska processen och brottmålstaxan* (2015) s. 35 ff. Jag har själv diskuterat kommissionens försök till begreppsfröskjutning i Otter Johansen & Wejedal (SvJT 3/2016b) s. 228 ff.

Mellqvist har beskrivit den ifrågavarande tendensen i följande – kanske något väl långtgående – ordalag:

”[M]ålsäganden har blivit en alltmer betydelsefull aktör i brottmålsrättegången. I motsvarande mån har den tilltalades intressen hamnat i bakgrunden. Det har inneburit en klar och tydlig försämring av rättssäkerheten för dem som står åtalade för allvarliga brott. Straffprocessens fokus har i många fall flyttats från att med noggrannhet bena ut händelser och med omsorg jämföra dessa med brottsrekvisit till att vaska fram nyanser av upplevda kränkningar och i detalj diskutera olika smärre kroppsblussyrer och behov av läkarvård och sjukskrivningsdagar. Till detta kommer att det ibland ställs anspråk på att brottmålsprocessen ska utformas så att den utgör ett inslag i en kurativ process för målsäganden.”²¹⁸⁶

Med denna utläggning vill jag – och detta är viktigt – *inte* påstå att det *inte* har varit sakligt motiverat att förstärka brottsoffret ställning på det sätt som har skett. Snarare vill jag lyfta fram balansen i processen mellan de personer som den ytterst sett berör: brottsoffret å ena sidan och den misstänkt å andra sidan, eftersom jag uppfattar att balanserna i (den redan obalanserade straffprocessen) håller på att förskjutas ytterligare. Låt mig illustrera detta med ett konkret exempel – utanför den egentliga straffprocessen.

Som jag antydde ovan ändrades lagen om målsägandebiträde år 1994 på så vis, att målsägandebiträdets uppgifter i skadeståndsdelen numera kvarstår *även om det enskilda anspråket avskiljs* från brottmålet och istället handläggs som ett sedvanligt dispositivt tvistemål.²¹⁸⁷ Mot denna ordning invände Lagrådet, just med hänvisning till intresset av att vidmakthålla balansen mellan parterna:

”Mera betänkligt är emellertid att målsägandens tillgång till biträde i de fall då det enskilda anspråket har skilts ut i processen *leder till en viss obalans mellan parterna* i målet. Så länge det enskilda anspråket handläggs tillsammans med ansvarsfrågan är situationen normalt den att målsägandebiträdet hjälper målsäganden och en offentlig försvarare bistår den tilltalade beträffande det enskilda anspråket. *Parterna är relativt jämställda* ... Särbehandlas det enskilda anspråket, kan den offentlige försvararen inte längre i denna sin egenskap biträda svaranden. [...] Enligt lagrådets mening kan det ifrågasättas om denna ordning är förenlig med *den viktiga principen om likställighet mellan parterna* i en rättegång.”²¹⁸⁸

Sammanfattningsvis konstaterade Lagrådet, att intresset av att stödja den som har drabbats av brott inte bör få till konsekvens, att målsäganden ”får en favör” i processen mot den tilltalade.²¹⁸⁹

För att komma tillrätta med problemet diskuterade Lagrådet två alternativ: att antingen *inte utvidga* målsägandebiträdets uppgifter i enlighet med de remitterade

²¹⁸⁶ Mellqvist (NJ 1/2013) s. 78 f.

²¹⁸⁷ LMB 3 § 2 st.

²¹⁸⁸ Prop. 1993/94:26 s. 69.

²¹⁸⁹ Prop. 1993/94:26 s. 70.

lagförslaget, eller att *också utvidga* den offentliga försvararens uppgifter på motsvarande sätt. Lagrådet förordade den tidigare lösningen, men genom den senare skulle i vart fall en ”acceptabel” likställighet uppnås.²¹⁹⁰ Departementschefen valde dock att utvidga målsägandebiträdets behörighet, utan att ens kommentera Lagrådets förslag att också utvidga den offentliga försvararens behörighet. Som skäl härför anförde departementschefen att det förvisso skulle uppstå ”en viss skillnad mellan parterna om målsägandebiträdets uppgifter kvarstår även i avskilda tvistemål genom att målsäganden – käranden – har kostnadsfritt biträde medan svaranden är hänvisad till den allmänna rättshjälpen”. Detta till trots skulle förslaget *inte* innebära att en målsägande fick en ”starkare ställning i processen än motparten”. Den skillnad som uppstod var nämligen endast av ”ekonomisk art”, vilket – enligt min mening – får betraktas som ett anmärkningsvärt påstående. Avslutningsvis anförde departementschefen följande:

”Jag vill framhålla att det som motiverar den privilegierade form av bistånd som rätten till målsägandebiträde faktiskt utgör är utgångspunkten att målsäganden fått behov av juridiskt och annat bistånd utan egen förskyllan, *därför att han blivit offer för brott.*”²¹⁹¹

Hur detta uttalande förhåller sig till den grundläggande oskuldspresumtionen låter jag vara osagt.

Det går trender i allt – så även inom processrätten. Den starka viljan att förstärka brottsoffrets ställning, och den tendens i utvidgande riktning som jag har redogjort för ovan, tycks nu ha avstannat. I de senaste utredningsdirektiven kan man således för första gången skönja en viss attitydförändring hos regeringen. Jag skall därför tillåta mig att ägna några avslutande rader åt två offentliga utredningar som inte har resulterat i lagändringar: Först betänkandet *Målsägandebiträdet – ett aktivt stöd i rättsprocessen* (SOU 2007:6), som i likhet med tidigare utredningar föreslog ytterligare utvidgningar av lagen om målsägandebiträde, men med den skillnaden att några sådana inte kom till stånd; därefter betänkandet *Rättvisans pris* (SOU 2014:86), som är den första utredningen att föreslå ändringar i inskränkande riktning.

5.4.4.8 Den sista föreslagna (och icke genomförda) utvidgningen

År 2005 tillkallades regeringen en särskild utredare för att bland annat ”se över” lagens tillämpningsområde.²¹⁹² I direktiven anfördes – beträffandet behovet av en sådan översyn – att lagen om målsägandebiträde

²¹⁹⁰ Prop. 1993/94:26 s. 70: ”En acceptabel – fastän alltså inte fullständig – likställighet kan uppnås genom att den offentliga försvararen som sådan får fortsätta att biträda svaranden även sedan det enskilda anspråket har kommit att handläggas separat – i första instans eller efter fullföljd till högre rätt. Närmare till hands kan emellertid ligga att behålla nuvarande ordning i fråga om målsägandebiträdets befogenheter och hänvisa målsäganden till att, liksom hans motpart, söka allmän rättshjälpen och biträdesförordnande.”

²¹⁹¹ Prop. 1993/94:26 s. 25.

²¹⁹² Dir. 2005:19, i SOU 2007:6 bil. 1 s. 505 ff.

”... är konstruerad så att det vid olika typer av brott krävs olika starka skäl för att ett målsägandebitråde skall kunna förordnas. Det krävs således att domstolen *i varje enskilt fall gör en prövning* av målsägandens behov av ett biträde. För att säkerställa att lagen tillämpas *i enlighet med dess intentioner* finns det ett behov av att se över vilka faktorer som påverkar behovsbedömningen i enskilda fall.”²¹⁹³

Att det krävs ”olika starka skäl” för att ett målsägandebitråde skall förordnas är visserligen korrekt – detta följer av uppdelningen i olika punkter med olika behovsrekvisit. Att en behovsprövning skall göras ”i varje enskilt fall” står dock i strid med tidigare förarbetsuttalanden, där det tydligt framgår att någon sådan prövning *inte skall göras* enligt den första punkten.

Som framgått ovan hade bland andra Justitieutskottet krävt att rätten till målsägandebitråde i mål om sexualbrott skulle vara ovillkorlig. Detta till trots behöll regeringen i sitt lagförslag den tidigare presumtionsregeln, men med förtydligandet att det ”i mål om sexualbrott enligt 6 kap. BrB i allmänhet *inte [skall] ske någon prövning av målsägandens behov av biträde* fränsett den situationen att ett annat biträde redan är förordnat”.²¹⁹⁴ Endast i en situation skulle således ett biträde kunna vägras, närmare bestämt när målsäganden redan hade förordnats ett rättshjälpsbiträde. 2005 års direktiv ger således uttryck för en större restriktivitet än vad som framgår av förarbetena *till den nu gällande lagen*, som rimligtvis får anses ge uttryck för dess nuvarande ”intentioner”.

Läser man vidare i direktiven blir det tämligen otydligt var någonstans regeringen egentligen vill lägga ambitionsnivån, vilket kan illustreras av följande mening ur direktiven:

”Det finns ... anledning att överväga om målsägandebiträdesinstitutet används på det sätt som var avsett *vid lagens tillkomst* – att ge målsägande *med störst behov* av juridisk hjälp och stöd rätt till biträde under rättsprocessen.”²¹⁹⁵

Eftersom lagen om målsägandebitråde har utvidgats vid ett flertal tillfällen är naturligtvis intentionerna bakom *den nu gällande lagen* betydligt mycket mer långtgående än de var vid *lagens tillkomst* år 1988. Att endast målsäganden med ”störst behov” skall ha rätt till juridisk hjälp svarar således illa mot de senaste decenniernas lagändringar i utvidgande riktning. Ovanstående citat – och den tydliga fokuseringen på dem med ”störst behov” – är däremot väl förenliga med 1984 års utredningsdirektiv till Rättshjälpskommittén, där det likaså framgick att kommitténs arbete skulle inriktas på situationer där behovet av rättsligt biträde var som ”mest akut”.²¹⁹⁶ Förarbetena

²¹⁹³ Dir. 2005:19, i SOU 2007:6 bil. 1 s. 505.

²¹⁹⁴ Prop. 1989/90:158 s. 6. Se härtill SOU 2007:6 s. 114. Enligt vad som anförs i Ds 1992:24 s. 32 innebar denna formulering att ”domstolen i princip skall förordna biträde för alla som önskar det”.

²¹⁹⁵ Dir. 2005:19, i SOU 2007:6 bil. 1 s. 508.

²¹⁹⁶ Dir. 1984:43 s. 7.

till den ursprungliga lagen måste dock – åtminstone i denna del – betraktas som obsoleta genom senare lagändringar.²¹⁹⁷

Mot denna bakgrund inställer sig frågan om lagen om målsägandebitråde, enligt regeringens uppfattning, nu har utvidgats för mycket. Även om detta inte sägs uttryckligen, kan man mellan raderna läsa in en sådan uppfattning, bland annat på så vis att regeringen – genom en ”tydligare” roll- och ansvarsfördelning – tycks vilja flytta ansvaret för målsägandens intressen från målsägandebiträdet (tillbaka) till andra aktörer:

”Användningen av målsägandebiträden i rättsprocessen har blivit större än förväntat och antalet förordnanden som målsägandebitråde har ökat kraftigt under de senaste åren. För vissa målsägande kan behovet av stöd och hjälp variera under rättsprocessen. Inledningsvis kan målsägandens behov av att förstå hur rättsprocessen går till vara större än det personliga stödet. Vid huvudförhandlingen kan situationen vara den omvända. I dessa fall kan den bästa lösningen för målsägande vara att ett målsägandebitråde förordnas i ett tidigt skede av rättsprocessen för att öka målsägandens förståelse och kunskap om vad rättsprocessen kommer att innebära. Vid huvudförhandlingen kan målsägande *i stället åtföljas av en stödperson*. Målsägandens behov av juridisk hjälp vid huvudförhandlingen *bör många gånger kunna tillgodoses genom åklagarens försorg*. För att säkerställa att målsägandebiträden används i de fall där målsägande har störst behov av juridiskt biträde och stöd är det viktigt att biträdenas roller och arbetsuppgifter tydliggörs och renodlas.”²¹⁹⁸

Att flera tidigare offentliga utredningar har kommit fram till att målsägandens behov av juridisk hjälp vid huvudförhandlingen *inte kan tillgodoses genom åklagarens försorg* – vilket motiverat senare års utvidgningar i lagen om målsägandebitråde – tycks alltså vara glömt.

I sitt betänkande valde dock utredningen att (miss)tolka direktiven på så vis, att det istället föreslogs att lagen skulle utvidgas ytterligare för att därigenom svara bättre mot intentionerna *bakom senare års lagändringar*. I utredningens beskrivning av gällande rätt tog man således fasta på vad regeringen själv hade anfört i förarbetena till 1991 års utvidgning, snarare än i 2005 års utredningsdirektiv:

”När lagen utvidgades 1991 till att omfatta alla sexualbrott, uttalade regeringen i propositionen om utvidgad rätt till målsägandebitråde m.m. (prop. 1989/90:158) att *alla som önskade skulle få målsägandebitråde* och att någon behovsprövning i stort skett inte borde ske. Regeringen beskrev den då gällande ordningen som att det rådde en stark presumtion för att förordna målsägandebitråde vid vissa sexualbrott (ss. 4-5). Avsikten med 1 § 1 punkt i lagen om målsägandebitråde är således att målsägandebiträdet *alltid ska förordnas* när det gäller sexualbrott. [...] Regeringens

²¹⁹⁷ Jfr vad BKU anförde i SOU 2014:6 s. 180 f: ”När lagen om målsägandebitråde infördes ställdes som krav för att det skulle vara rimligt att samhället skulle ta på sig kostnaden för juridisk hjälp åt målsäganden, att själva brottet skulle vara av kvalificerat slag och ha inneburit en svår kränkning av offret. Vidare ansågs att situationen i målet borde vara sådan att det kunde förväntas att målsäganden skulle komma att bli utsatt för ingående och pressande förhör. Denna *restriktiva utgångspunkt har successivt övergivits.*”

²¹⁹⁸ Dir. 2005:19, i SOU 2007:6 s. 507.

exempel på när presumtionen inte gäller rör sådana fall där målsäganden redan har allmän rättshjälp med biträdesförordnande eller det förhållandet att målsäganden själv är åtalad och därför har en offentlig försvarare.”²¹⁹⁹

Utredningen kunde dock konstatera att lagen i praktiken inte tillämpas på detta sätt; i drygt 20 procent av de granskade våldtäktsmålen hade ett målsägandebitråde *inte* förordnats – i många fall trots att målsäganden begärt biträde.²²⁰⁰ Eftersom ett målsägandebitråde därmed inte förordnas regelmässigt ens enligt den första punkten – trots att offer för sexualbrott anses ha just ”störst behov” av biträde – kunde utredningen konstatera att lagen inte tillämpades i enlighet med dess intentioner.²²⁰¹ Av denna anledning föreslog utredningen att den första punkten skulle ändras enligt följande:

<i>Nuvarande lydelse:</i>	<i>Föreslagen lydelse:</i>
”om det inte är uppenbart att målsäganden saknar behov av sådant biträde”	”om inte brottet <i>rubriceras som sexuellt ofredande ... och det är uppenbart</i> att målsäganden saknar behov av sådant biträde” ²²⁰²

För att motivera den föreslagna lagändringen förklarade utredningen att förarbetena var ”motsägelsefulla”, eftersom ”de anger att rätten till målsägandebitråde i princip ska gälla utan begränsningar vid sexualbrott men att det samtidigt bör finnas en allmänt utformad möjlighet för domstolen att avslå en begäran om målsägandebitråde”.²²⁰³ Denna möjlighet att *inte* förordna ett biträde ville som synes utredningen ta bort, märk väl, *i alla sexualbrott utom sexuellt ofredande*. Den föreslagna regelkonstruktionen ovan innebär således att målsägande, förutom vid sexuellt ofredande, skulle få en ”obligatorisk” rätt till biträde vid begäran:

”Eftersom de målsägande som utsätts för sexualbrott har ett stort behov av stöd och juridisk hjälp menar utredningen att i § punkt 1 i lagen om målsägandebitråde måste ändras så att det inte uppstår någon tvekan om att det ska förordnas målsägandebitråde i dessa fall. [...] En behovsprövning är inte nödvändig och ett målsägandebitråde ska förordnas för alla målsägande som önskar det.”²²⁰⁴

Utredningens förslag har dock inte mynnat ut i några lagändringar,²²⁰⁵ gissningsvis eftersom utredningen delvis gick emot direktiven genom att föreslå ytterligare

²¹⁹⁹ SOU 2007:6 s. 260.

²²⁰⁰ SOU 2007:6 s. 260 f. I mål om grov kvinnofridskränkning var siffran ännu högre; i hälften av fallen hade ett målsägandebitråde inte förordnats. Utredningen kunde också konstatera att när ett biträde förordnades så skedde det förhållandevis sent i processen.

²²⁰¹ I denna del motiverades förslaget m.h.t. direktivens fokus på brottsoffer med ”störst behov”. Se SOU 2007:6 s. 263: ”Sexualbrottsoffer tillhör den grupp som har störst behov av hjälp och stöd men får inte sådan hjälp eftersom lagen inte tillämpas i enlighet med dess intentioner.”

²²⁰² Se utredningens förslag till ändring i lagen om målsägandebitråde, i SOU 2007:6 s. 43.

²²⁰³ SOU 2007:6 s. 264.

²²⁰⁴ SOU 2007:6 s. 265.

²²⁰⁵ Jfr SOU 2014:86 s. 176, där det anförs att SOU 2007:6 alltjämt – det vill säga sju år efter att utredningen lades fram – ”bereds inom regeringskansliet”.

utvidgningar – istället för inskränkningar – i lagens tillämpningsområde.²²⁰⁶ Kanske har vi därmed nått den punkten där regering och riksdag inte är beredda att utvidga rätten till målsägandebitråde ytterligare; utredningsdirektiven pekar i denna riktning, liksom det faktum att det konkreta lagförslaget inte har föranlett några ytterligare lagstiftningsåtgärder. När regeringen år 2013 utfärdade nya direktiv till Biträdeskostnadsutredningen, gjordes heller inga hänvisningar till att Utredningen om målsägandebitråde i SOU 2007:6 redan hade övervägt samma frågor, och därvid föreslagit en utvidgning av reglerna. Istället anfördes följande:

”För regeringen är arbetet med att stärka brottsoffers ställning och rättigheter prioriterat. Samtidigt är det viktigt att statens utgifter kontrolleras för att säkerställa att resurser så långt möjligt tillförs där de behövs bäst. Det betyder att *om det skulle finnas fall där dagens reglering ger rätt till målsägandebitråde fast behovet kan ifrågasättas*, så är det angeläget att upptäcka dessa.”²²⁰⁷

Och hos Biträdeskostnadsutredningen fick regeringen gehör.

5.4.4.9 Den första föreslagna inskränkningen

Närmare bestämt fick Biträdeskostnadsutredningen i uppgift att ”se över om det – med hänsyn till det övergripande målet om en god hushållning med statens resurser – är befogat att i någon mån *begränsa tillgången till målsägandebitråde* för vissa fall”.²²⁰⁸ Efter att ha redogjort dels för den rättsliga utvecklingen,²²⁰⁹ dels för kostnadsutvecklingen,²²¹⁰ konkretiserade utredningen diskussionen i relation till de tre punkternas skilda behovsrekvisit.

Beträffande den första punkten konstaterade utredningen att det inte var befogat att skärpa reglerna; en målsägande som blivit utsatt för ett sexualbrott borde ”även framledes ha en i princip ovillkorlig rätt att på begäran få ett målsägandebitråde”.²²¹¹ Vad avser de två övriga punkterna fanns det dock, enligt utredningens mening, skäl att inskränka rätten till målsägandebitråde – inte till färre brottstyper, men genom restriktivare behovsbedömningar som tydligare skulle markera

”... att en *reell behovsprövning* ska göras utifrån målsägandens hela situation, satt i relation till det brott som målet gäller. Målsägandebitråde i dessa mål ska *inte förordnas regelmässigt* utan bara när det är påkallat av förhållandena i det enskilda fallet.”²²¹²

²²⁰⁶ Utöver sexualbrotten föreslog utredningen en utvidgad rätt till målsägandebitråde för barn; om ett brott med fängelse i straffskalan riktades mot någon under 18 år skulle ett biträde, enligt utredningens förslag, förordnas ”om det inte är uppenbart att målsäganden saknar behov av sådant biträde. En sådan ändring menade utredningen bland annat var i linje med BK:s krav. Utredningens förslag till ändring i lagen om målsägandebitråde, i SOU 2007:6 s. 44 samt den allmänna motiveringen på s. 266 ff.

²²⁰⁷ Dir. 2013:12, i SOU 2014:86 bil. 1 s. 444.

²²⁰⁸ Dir. 2013:12, i SOU 2014:86 bil. 1 s. 444.

²²⁰⁹ Se SOU 2014:86 s. 136 ff.

²²¹⁰ Se SOU 2014:86 s. 161 ff.

²²¹¹ SOU 2014:86 s. 181, med tillägget att någon annan lösning ”inte [är] tänkbar mot bakgrund av de krav internationella instrument på området ställer”.

²²¹² SOU 2014:86 s. 184.

Beträffande den andra punkten – omfattande brott enligt brottsbalkens 3 och 4 kapitel, samt rånbroten – konstaterade utredningen att det nuvarande behovsrekvisitet var mer generöst än när lagen ursprungligen infördes, eftersom det inte längre krävs ett ”särskilt starkt behov” av biträde för att ett sådant skall förordnas. Utredningen ville dock inte återinföra kravet på *särskilt starkt* behov, utan föreslog istället att ett biträde skulle förordnas endast om det på grund av *särskilda omständigheter* kan antas att målsäganden har behov av sådant biträde. Den föreslagna ändringen kan illustreras enligt följande:

<i>Nuvarande lydelse:</i>	<i>Föreslagen lydelse:</i>
”om det med hänsyn till målsägandens personliga relation till den misstänkte eller andra omständigheter kan antas att målsäganden har behov av sådant biträde”	”om det med hänsyn till målsägandens personliga relation till den misstänkte eller andra <i>särskilda</i> omständigheter kan antas att målsäganden har behov av sådant biträde” ²²¹³

Genom att tala om ”särskilda omständigheter” – istället för ”omständigheter” – ville utredningen tydligare markera dels den restriktivitet med vilken ett förordnande skall ske, dels att målsägandens behov av målsägandebiträde skall prövas i varje fall – i första hand mot bakgrund av relationen mellan målsäganden och den misstänkta. För att exemplifiera andra ”särskilda omständigheter” nämnde utredningen att målsäganden är mycket ung, har psykiska problem eller har fått omfattande eller komplicerade skador.²²¹⁴

Vad sedan avser den tredje punkten – som omfattar alla andra brott med fängelse i straffskalan – förklarade utredningen att bedömningen redan enligt gällande rätt är ”än mer restriktiv” jämfört med föregående punkter, eftersom rätten till målsägandebiträde förutsätter att målsäganden har just ett särskilt starkt behov av biträde med hänsyn *både* till sina personliga förhållanden *och* övriga omständigheter (inte målsägandens personliga förhållanden *eller* övriga omständigheter som i punkten två).²²¹⁵ Att bedömningen är avsedd att vara restriktiv borde dock, enligt utredningens mening, förtydligas ytterligare genom två ändringar i lagtexten:

<i>Nuvarande lydelse:</i>	<i>Föreslagen lydelse:</i>
”om det med hänsyn till målsägandens personliga förhållanden och övriga omständigheter kan antas att målsäganden har ett särskilt starkt behov av sådant biträde”	”om det med hänsyn till målsägandens personliga förhållanden och andra <i>särskilda</i> omständigheter <i>står klart</i> att målsäganden har ett särskilt starkt behov av sådant biträde” ²²¹⁶

Bedömningen av om målsäganden har ett *särskilt starkt* behov av biträde skulle således, även vad avser punkten tre, relateras till vissa *särskilda omständigheter* (istället

²²¹³ Se utredningens förslag till ändring i lagen om målsägandebiträde, i SOU 2014:86 s. 41.

²²¹⁴ SOU 2014:86 s. 181 f. och 185.

²²¹⁵ SOU 2014:86 s. 183 f.

²²¹⁶ Se utredningens förslag till ändring i lagen om målsägandebiträde, i SOU 2014:86 s. 41.

för till ”övriga omständigheter”). Till skillnad från punkten två är det dock inte tillräckligt att målsäganden har en nära relation till den misstänkta, utan därutöver krävs det ytterligare särskilda omständigheter som tillsammans skall konstituera det särskilda starka behovet av biträde. Vad gäller detta behov ville utredningen dessutom höja beviskravet – från ”kan antas” till ”står klart” – varigenom bedömningen skulle bli mer restriktiv. Med utredningens ord:

”De föreslagna förtydligandena skulle inskräpa vikten av att domstolarna *verkligen prövar* de omständigheter som anförs för förordnande av målsägandebiträde enligt punkten 3. Förtydligandena innebär *en skärpning i förhållande till gällande rätt* men inte i förhållande till de förarbeten som ligger till grund för bestämmelsen. Förtydligandena syftar således till att återföra praxis till den nivå som lagstiftaren avsett i *tidigare lagstiftningsarbeten* men inte lyckats markera tillräckligt tydligt i lagtexten.”²²¹⁷

Även här inställer sig dock frågan: Till vilken ”nivå” skall praxis återföras? Lagen om målsägandebiträde har ju snart varit i kraft i 30 år, och under dessa år har ambitionsnivån med lagen höjts kontinuerligt. Det finns således flera ”tidigare lagstiftningsarbeten” som utmynnat i ett flertal olika förarbeten som alla, på olika sätt, ”ligger till grund” för bestämmelserna. Så om vi nu skall backa utvecklingen – hur långt skall vi då backa? Denna fråga går inte att besvara, eftersom SOU 2014:86 inte heller har resulterat i några lagstiftningsåtgärder. *Om* – eller kanske snarare *när* – lagen på sikt ändras, kommer dock ändringarna med all sannolikhet att innebära inskränkningar i rätten till målsägandebiträde. Regeringen har vid två tillfällen utfärdat direktiv i den riktning, och till skillnad från 2007 års utredning finns det nu – genom 2014 års utredning – ett konkret lagförslag som går i samma riktning. Efter denna hastiga titt i spåkulan skulle jag vilja avsluta diskussionen kring målsägandebiträdet genom att framhålla tre generella iakttagelser – eller kanske snarare funderingar – som läsaren gärna får ha i åtanke inför nästa del.

De kontinuerliga ändringarna av behovsrekvisiten i lagen om målsägandebiträde illustrerar, för det första, att ett i lagen (eller förarbetena) konstruerat ”biträdesbehov” inte ger uttryck för någonting annat än värderingar. För hur är det annars möjligt för lagstiftaren att beskriva målsägandens ”behov av biträde” i en viss brottstyp på diametralt olika sätt under olika tider, trots att de materiella och processuella reglerna har varit oförändrade? Justitiekottet uttryckte det på följande sätt:

”Med stöd av gjorda erfarenheter kan enligt utskottets mening redan nu konstateras att möjligheterna att få målsägandebiträde *inte motsvarar aktuella behov*.”²²¹⁸

Annorlunda uttryckt: Den enskilda kan, enligt en aktörs värderingar (här Justitiekottet) ha ett ”behov av biträde” som inte svarar mot den verklighetsbild

²²¹⁷ SOU 2014:86 s. 186.

²²¹⁸ JuU 1989/90:5 s. 22.

som rättskällorna förmedlar, eftersom rättskällorna likaså ger uttryck för värderingar – inte beskrivningar av verkligheten. Det sagda för oss över till min nästa iakttagelse:

En nyanserad diskussion kring parternas biträdesbehov fordrar, för det andra, empiriska studier – åtminstone om diskussionen kring biträdesbehovet skall kunna förankras i någonting ”verkligt”. I detta avseende utmärker sig förarbetena till lagen om målsägandebitråde från övriga lagstiftningsärenden avseende rättsligt biträde, eftersom den successivt utvidgade rätten till biträde många gånger har motiverats med hänvisning till just viktinologisk forskning.

För det tredje: I straffprocessen anses målsäganden ha behov av biträde trots att det ankommer på allmän åklagare att föra talan i både ansvars- och skadeståndsdelen (eventuellt som målsägandens medpart). Skälet till detta är att åklagarens objektivitetsplikt anses hindra ett aktivt stöd. Detta kan kontrasteras mot andra måltyper, där det istället ankommer på *domstolen att ”kompensera” frånvaron av biträde*. Men hur går detta resonemang ihop, när domstolen har att leva upp till ett ännu striktare objektivitetsideal än åklagaren?

Ovanstående frågor får vi anledning att återkomma till i nästa del. Dessförinnan skall vi dock behandla systemet med så kallade *offentliga biträden* i förvaltningsprocessen, som uppvisar betydande skillnader jämfört med straffprocessens offentliga försvarare/målsägandebiträden. I brottmål kan nämligen sådana biträden förordnas i det stora flertalet mål, låt vara att behovsprövningen skiljer sig åt mellan olika brottstyper. I förvaltningsmål är regelverket betydligt mer restriktivt, eftersom ett offentligt biträde endast kan förordnas i ett fåtal måltyper enligt särskilda bestämmelser i tillämplig specialförfattning, enligt vad vi nu skall diskutera.

5.5 Offentligt biträde

Dagens system med offentliga biträden regleras i den särskilda lagen (1996:1620) om offentligt biträde, som tillkom genom 1996 års rättshjälpsreform. Dessförinnan fanns rätten till offentligt biträde reglerad i den äldre rättshjälpslagen, som angav att *rättshjälp genom offentligt biträde* kunde beviljas i vissa mål- och ärendetyper (som fanns upptagna i en lång punktlista).²²¹⁹ Offentligt biträde betraktades och behandlades således som en form av rättshjälp. Detta kan jämföras med den nu gällande rättshjälpslagen, som istället stipulerar att rättshjälp inte får beviljas i sådana angelägenheter där *hjälp genom offentligt biträde* kan komma i fråga.²²²⁰ Med andra ord har vi numera att göra med två sidoordnade former av ”hjälp”, varav den ena utesluter den andra: rättshjälp och ”annan hjälp” (genom offentligt biträde).

Till skillnad från den äldre rättshjälpslagen avslöjar inte lagen om offentligt biträde i vilka måltyper ett sådant biträde kan förordnas; i dess 1 § anges endast att lagen äger tillämpning när ett offentligt biträde skall förordnas *enligt särskild föreskrift i lag*. Under vilka förutsättningar ett offentligt biträde kan förordnas – vilket indirekt

²²¹⁹ Se ÄRhjL 41 §.

²²²⁰ RhjL 7 § 2 st.

även avgör om rättshjälp kan beviljas – regleras således inte i lagen om offentligt biträde, utan i tillämplig specialförfattning. Denna ordning påminner om vad som gällde före den äldre rättshjälpslagen trädde ikraft; på 1960-talet fanns – liksom idag – reglerna om offentligt biträde utspridda i den materiellrättsliga lagstiftningen. För att förstå dagens spretiga system skall jag därför, i nästa avsnitt, måla upp en översiktlig kronologi över utvecklingen (5.5.1). Därefter skall vi studera den sektorsvisa regleringen som numera återfinns framförallt i utlänningslagstiftningen (5.5.2) och tvångsvårdslagstiftningen (5.5.3), men även i vissa övriga mål- och ärendekategorier (5.5.4).

5.5.1 Tillbakablick

Systemet med offentliga biträden har kronologiskt utvecklats inom ramen för tre välvägränsade faser: Först antogs bestämmelser om offentligt biträde sektorsvis – utanför det processrättsliga regelsystemet. I samband med att den äldre rättshjälpslagen antogs överfördes därefter dessa bestämmelser till rättshjälpssystemet, varigenom offentligt biträde blev en av flera rättshjälpsförmåner. När den nuvarande rättshjälpslagen sedermera ersatte den äldre lagen, friställdes slutligen systemet med offentligt biträde från rättshjälpssystemet, genom att återigen särregleras utanför rättshjälpslagen. I följande avsnitt skall jag kort utveckla denna kronologi, för att sedan närmare redogöra för i vilka måltyper, och under vilka förutsättningar, ett offentligt biträde kan förordnas enligt gällande rätt.

5.5.1.1 Offentligt biträde före införandet av 1972 års rättshjälpslag

De första bestämmelserna om offentligt biträde är av gammalt datum och kan spåras tillbaka till vår allra första utlänningslagstiftning, närmare bestämt lagen (1914:196) angående förbud för vissa utläningar att här i riket vistas ("utvisningslagen").²²²¹ Denna lag reglerade endast frågan om avvisning eller utvisning av sådana utläningar som inte ansågs önskvärda att ha i landet,²²²² vilket – enligt dåvarande ordning – förutsatte att personen ifråga underkastades ett obligatoriskt förhör. Och vid detta förhör hade utläningen en antingen villkorlig eller ovillkorlig rätt till offentligt finansierat biträde, beroende på om vederbörande var på fri fot eller inte. Motsvarande bestämmelser, som var utformade "efter mönster av nya rättegångsbalkens regler om offentlig försvarare", upptogs sedermera i den äldre utlänningslagen (1954:193), efter förslag från 1949 års Utlänningskommitté.²²²³

Ungefär samtidigt som den äldre utlänningslagen trädde i kraft under 1950-talet togs de första initiativen i riksdagen till att tillskapa en mer rättssäker förvaltningsprocess. Särskild uppmärksamhet kom därvid att ägnas förfarandet vid

²²²¹ Jfr SOU 1971:76 s. 71 och 153. Se även exv. Isaksson, Lena, *Advokaten som offentligt biträde*, i Ramberg, Anne, Knutson, Tom & Andersson, Magnus (red.), *Sveriges Advokatsamfund 125 år* (2012) s. 143-149 (s. 143).

²²²² Se inledningen till Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer* (Zetco 2016).

²²²³ SOU 1951:42 s. 143 f. och härtill prop. 1954:41.

administrativa frihetsberövanden – framförallt tvångsvård i olika former – vilket föranledde regeringen att tillkalla sakkunniga för att göra en generell översyn på området. I utredningsdirektiven anförde departementschefen, att

”... det inom straffprocessen under en sekellång utveckling framvuxit vissa principer, som ger största möjliga garantier för rättssäkerheten. Av grundläggande betydelse är i detta avseende ordningen med två mot varandra stående parter och ett beslutande organ, som är helt fristående från båda parterna. Denna ordning, som möjliggör ett *kontradiktoriskt förfarande*, är en av de viktigaste garantierna för ett objektivt bedömande. Även på många andra sätt tillgodoses i straffprocessen rättssäkerhetskravet, bl.a. genom ... *den tilltalades rätt till försvarare*. Utredningen torde böra undersöka i vad mån de straffprocessuella principerna lämpligen bör iakttas även då det gäller administrativa frihetsberövanden.”²²²⁴

I sitt betänkande *Rättssäkerheten vid administrativa frihetsberövanden* (SOU 1960:19) konstaterade de sakkunniga att vård- och skyddssynpunkter historiskt hade satts i främsta rummet när det kom till administrativa frihetsberövanden i Sverige, vilket hade medfört att ”rättssäkerhetskravet blivit i viss mån eftersatt”.²²²⁵ Efter att ha jämfört ett frihetsberövande på grund brott med andra former av frihetsberövanden – exempelvis på grund av alkoholmissbruk eller psykisk störning – konstaterade de sakkunniga att en sådan åtgärd var lika ingripande och därför borde uppfylla lika höga krav på rättssäkerhet:

”Bakom stadgandena om rättsskydd inom straffprocessen ligger övertygelsen, att den personliga friheten i vårt samhälle är en så högt skattad förmån, att intet får underlåtas, som kan göras för att bereda skydd mot obefogade ingrepp däri. Då vid de administrativa frihetsberövandena ofta förekommer ingrepp i den personliga friheten, *som är lika långtgående som frihetsstraffen*, kan med fog göras gällande, att det rättsskydd, som ingen vill undvara i samband med straffprocessen, även bör knytas till de nu aktuella ingripandena i administrativ väg, i den mån detta är förenligt med vårdsyftet.”²²²⁶

Mot denna bakgrund lämnade de sakkunniga, i enlighet med utredningsdirektiven, ett antal förslag som i korthet innebar att processen vid administrativa frihetsberövanden närmade sig straffprocessen. Detta bland annat genom inrättandet en särskild socialdomstol inför vilken processen skulle vara kontradiktorisk till sin struktur.²²²⁷ Och i likhet med allmän domstol skulle denna specialdomstol ha möjlighet att förordna ett offentligt biträde åt den enskilda parten, enligt en regel med följande lydelse:

²²²⁴ Återgivna i SOU 1960:19 s. 8.

²²²⁵ SOU 1960:19 s. 78.

²²²⁶ SOU 1960:19 s. 80 f. Som ytterligare stöd för sitt resonemang åberopade de sakkunniga Sveriges åtaganden enligt EKMR; se a. SOU s. 82.

²²²⁷ Om de föreslagna socialdomstolarna; se exv. Hollander, Anna, *Omhändertagande av barn – en studie av barnavårdsrättsmål vid förvaltningsdomstolarna åren 1974, 1977 och 1982* (1985) s. 19.

”Finnes det med hänsyn till sakens beskaffenhet eller eljest för tillvaratagande av enskild parts rätt vara av synnerlig vikt, må domstolen förordna offentligt biträde för parten.”²²²⁸

I specialmotiveringen till denna regel konstaterade de sakkunniga att införandet av ett mer ”utvecklat förfarande” med nödvändighet skulle föranleda ett ökat behov av biträde, liksom att detta behov inte kunde eller ens borde tillgodoses inom ramen för det dåvarande systemet med fri rättegång.²²²⁹ Av kostnadsskäl ansåg sig dock de sakkunniga vara förhindrade att föreslå en ovillkorlig rätt till biträde, vilket förklarar kravet på ”synnerlig vikt”.²²³⁰ Detta förslag innebar i sig ingen banbrytande nyhet – samma ståndpunkt hade tidigare framförts av en rad sektorsvisa utredningar, varav två kan noteras:

I sitt *förslag till lag om nykterhetsvård* (SOU 1948:23) hade Alkoholistsvårdsutredningen förordat att ett biträde skulle kunna förordnas vid tvångsvård av missbrukare ”enligt samma grunder, som gälla för offentlig försvarare i brottmål”,²²³¹ vilket var ägnat att ”tillfredsställa rättssäkerhetens krav”.²²³²

Motsvarande krav upprepades påföljande år i Lösdriveriutredningens *förslag om lösdrivarlagens upphävande* (SOU 1949:4), där utredningen bland annat anförde att den som är ”berövad friheten med de minskade möjligheter detta innebär för honom att framlägga sin sak ... i rättssäkerhetens intresse städse [bör] kunna få biträde på det allmännas bekostnad”.²²³³

Till samma ståndpunkt kom slutligen Sinnessjuklagstiftningskommittén, som några år senare ålades att genomföra en allmän översyn av ”mentalvården” i Sverige.

I kommittédirektiven till Sinnessjuklagstiftningskommittén uppmärksammade departementschefen ”särskilt reglerna om intagning på mentalsjukhus mot någons vilja” och underströk därvid ”vikten av att förfarandet omgärdades med så starka rättssäkerhetsgarantier som möjligt”.²²³⁴ För att åstadkomma en förstärkning av dessa garantier föreslog kommittén, i sitt betänkande *Mentalsjukvårdslag* (SOU 1964:40), att ett tvångsvårdsbeslut skulle kunna underkastas en ”domstolsliknande” prövning – dock inte i en (social)domstol enligt tidigare lagförslag, utan i en särskild (sjukhus)nämnd,²²³⁵ inför vilken förfarandet skulle ske ”under sådana former att, liksom

²²²⁸ Se 9 § i de sakkunnigas förslag till lag om socialdomstol, i SOU 1960:19 s. 343. Detta är också första gången termen *offentligt biträde* används i lagspråket. Om denna term; se vidare a. SOU s. 157 f., där det bl.a. anförts att ”[b]enämningen offentligt biträde [väl anger] den ställning, som tillkommer den som förordnats till biträde”.

²²²⁹ Se SOU 1960:19 s. 157 ff. Se även den allmänna motiveringen i a. SOU s. 103.

²²³⁰ Se SOU 1960:19 s. 158: ”Att förordnande av offentligt biträde begränsats till de fall, då detta finnes vara av synnerlig vikt för tillvaratagande av partens rätt, är motiverat av kostnadsskäl.”

²²³¹ SOU 1948:23 s. 164. Se även a. SOU s. 233 samt 27-28 §§ i utredningens förslag till lag (s. 23).

²²³² Jfr SOU 1948:23 s. 164 s. 55 och 161 f.

²²³³ SOU 1949:4 s. 183, där utredningen också anförde att det “[u]r rättssäkerhetssynpunkt är ... av största intresse att den vars omhändertagande ifrågasattes kan anlita sakkunnigt biträde”.

²²³⁴ SOU 1964:40 s. 8.

²²³⁵ Detta förslag motiverades också m.h.t. rätten till domstolsprövning enligt EKMR art. 5.4; se SOU 1964:40 s. 331 ff.

vid domstol, en objektiv och från rättssäkerhetssynpunkt betryggande utredning säkras”.²²³⁶ I likhet med de sakkunniga ville kommittén ge den domstolsliknande nämnden möjlighet att förordna ett biträde åt den enskilda. Enligt kommittén var det nämligen ”uppenbart” att det emellanåt kunde vara ”ett betydande rättssäkerhetsintresse för den som är intagen på mentalsjukhus att kunna vända sig till en utomstående person för att erhålla biträde”.²²³⁷ Eftersom detta biträdesbehov inte kunde eller borde tillgodoses inom ramen för det befintliga rättshjälpsystemet,²²³⁸ föreslog kommittén en – i jämförelse med de sakkunnigas förslag – betydligt mycket mer generös regel, med följande lydelse:

”Om så finnes erforderligt för tillvaratagande av intagens rätt, må sjukhusnämnd eller ordförande i sådan nämnd förordna offentligt biträde åt den intagne.”²²³⁹

I motiven anfördes följande:

”Såsom förut anförts kan i visa fall från rättssäkerhetssynpunkt vara av *väsentlig betydelse*, att intagen har biträde. Kommittén vill särskilt framhålla de situationer, då frågan om den intagnes kvarstannande på sjukhuset är beroende av viss utredning angående faktiska förhållanden. Det *synes obestriddligt*, att den intagne i dylika fall ofta torde ha svårt att utan biträde tillvarataga sina intressen. Särskilt bör framhållas, att han genom frihetsberövandet är förhindrad att själv verkställa utredning utanför sjukhuset. Härutöver bör erinras om att frihetsberövanden, varom nu är fråga, icke sällan kan sträcka sig över lång tid. Det är *otvivelaktigt angeläget*, att intagen, som saknar förmåga att av egna medel bekosta biträde eller som icke själv kan ombesörja att han erhåller dylik hjälp, genom det allmännas försorg får det biträde han behöver. Kommittén föreslår därför, att möjlighet införes att förordna offentligt biträde åt intagen.”²²⁴⁰

Departementschefen anslöt sig i stora delar till kommitténs förslag, vilket sedermera utmynnade i antagandet av lagen (1966:293) om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall,²²⁴¹ som bland annat upptog nya bestämmelser om särskilda utskrivningsnämnder med domstolsliknande sammansättning (motsvarande kommitténs sjukhusnämnder), vars beslut i sin tur kunde överklagas till den så kallade psykiatriska nämnden.²²⁴² Någon möjlighet för dessa nämnder att förordna offentligt biträde infördes dock *inte*. I propositionen förklarade nämligen departementschefen att han inte kunde biträda förslaget i den delen, med följande motivering:

”Någon sådan möjlighet finns inte när det gäller övriga administrativa frihetsberövanden. Frågan sammanhänger nära med möjligheten att erhålla fri rättegång

²²³⁶ SOU 1964:40 s. 360.

²²³⁷ SOU 1964:40 s. 360.

²²³⁸ SOU 1964:40 s. 361.

²²³⁹ Se 6 kap. 37 § 2 st. i kommitténs förslag till mentalsjukvårdslag, i SOU 1964:40 s. 22.

²²⁴⁰ SOU 1964:40 s. 361. Se även SOU 1971:76 s. 82.

²²⁴¹ Fortsättningsvis förkortad ”Psykl”.

²²⁴² Se Psykl 15, 21, 22 och 28 §§.

i förvaltningsprocessen, och i avvaktan på en samlad bedömning av dessa spörsmål finner jag mig inte böra förorda att möjlighet öppnas att förordna offentligt biträde på det nu aktuella området.”²²⁴³

Som framgått av tidigare avsnitt var den allmänna rättshjälpen föremål för ett flertal offentliga utredningar under 1950- och 60-talet. Rättegångskommittén hade år 1958 lagt fram betänkandet *Rättegångshjälp* (SOU 1958:40), och år 1962 tillsattes en ny utredning för att utarbeta ett reviderat lagförslag. Vid tidpunkten för den aktuella reformen av den psykiatriska tvångsvården hade med andra ord arbetet med att utforma den äldre rättshjälpslagen kommit förhållandevis långt, vilket alltså anfördes som ett argument *mot* sektorsvisa reformer. Detta argument framstår dock som något av ett skenargument med tanke på att förslaget till lag om rättegångshjälp med mera, som sedermera presenterades genom SOU 1965:13, *inte ens omfattade förvaltningsprocessen*.²²⁴⁴

Under slutet av 1960-talet uppmärksammades det, vid upprepade tillfällen i riksdagen, att enskilda i princip saknade alla möjligheter att få ersättning för biträdeskostnader i tvister med det allmänna. Att en rätt till offentligt finansierat biträde inte fanns med i lagförslaget avseende tvångsvård av psykiskt sjuka gav exempelvis upphov till oenighet mellan riksdagens två kammare, och ett flertal motioner lades fram med krav på generösare ersättningsregler.²²⁴⁵ Under ett antal år kunde dessa reformkrav avfärdas med hänvisning till ”pågående utredningar”,²²⁴⁶ men när man väl stod inför fullbordat faktum (genom SOU 1965:13) kunde regeringen inte längre förhålla sig passiv. År 1968 utfärdades därför de första direktiven till Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden. Angående reformbehovet anförde departementschefen att

”... det *inte är tillfredsställande* att den enskilde enligt nuvarande ordning – bortsett från vissa undantagsfall – under alla omständigheter själv måste stå för sina kostnader i förvaltningsförfarandet. Särskilt beträffande sådana förvaltningsärenden där den enskilde förhållandevis ofta kan ha befogad anledning att vidta mera kostnadskrä-

²²⁴³ Prop. 1966:53 s. 210. Se härtill SOU 1971:76 s. 82.

²²⁴⁴ Se exv. SOU 1965:13 s. 61, där utredningen – beträffande den föreslagna lagens tillämpningsområde – anförde följande: ”Frågan om rättshjälp inför administrativa myndigheter – bland dem förvaltningsdomstolarna – vilken fråga icke lär kunna lösas enligt regler med det generella innehåll som föreslås för rättegångshjälp inför de i 1 § angivna domstolarna, torde falla utanför det för utredningen utstakade arbetsområdet”.

²²⁴⁵ Se exv. SOU 1971:76 s. 60 f.

²²⁴⁶ Jfr DepC:s uttalande i SOU 1971:76 s. 45: ”Frågor om rättshjälp i förvaltningsärenden har i flera sammanhang prövats av riksdagen. Bl.a. har riksdagen behandlat motioner om fri rättshjälp i mål hos försäkringsdomstolen samt om rättshjälp i administrativa mål i allmänhet och om kostnadsfri process på det administrativa området. Dessa motioner har, *under hänvisning till pågående eller nyligen avslutade utredningar*, inte föranlett någon riksdagens åtgärd. Jag vill i detta sammanhang framhålla att första lagutskottet år 1964 uttalade att nuvarande ordning inte kan anses tillfredsställande och att särskilt beträffande vissa typer av mål, såsom i synnerhet mål om administrativa frihetsberövanden, det är påfallande hur mycket sämre den enskildes ställning kan vara i det administrativa förfarandet än i det judiciella. Även år 1965 uttryckte utskottet önskemål om förbättrade rättshjälpsmöjligheter för den enskilde. [...] Vid 1966 års riksdag väcktes motion med anledning av prop. 1966:53 med förslag till lag om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall, m.m. om att i lagen skulle införas bestämmelser om rätt för intagen att erhålla offentligt biträde. Motionen föranledde inte någon riksdagens åtgärd, sedan kamrarna först stannat i olika beslut. Av utskottsutåtandet i ämnet framgår att ett av skälen för riksdagens ställningstagande var att man *ville avvakta en samlad bedömning av frågan om fri rättegång i förvaltningsprocessen*. Samma skäl hade anförts i propositionen. Liknande ståndpunkt intog 1967 års riksdag vid behandling av motion i samma ämne.”

vande åtgärder för att tillvarata sina intressen finns det ett *påtagligt behov* av regler som möjliggör viss kostnadsersättning till den enskilde.”²²⁴⁷

Mot denna bakgrund fick utredningen ett tredelat uppdrag, närmare bestämt ”att utreda och göra en samlad bedömning av frågorna om [1] kostnaderna i förvaltningsförfarandet, [2] om rättshjälp i förvaltningsärenden samt [3] om förordnande av offentligt biträde åt part i vissa sådana ärenden”.²²⁴⁸

5.5.1.2 Offentligt biträde efter införandet av 1972 års rättshjälpslag

Parallellt med att utredningen påbörjade sitt arbete utarbetades dock internt inom Justitiedepartementet promemorian *med förslag till rättshjälpslag* (DsJu 1970:14), i vilken ett helt nytt och väsentligen utvidgat rättshjälpsystem föreslogs. Arbetet med denna promemoria skedde i samråd med Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden, vilket medförde att den andra frågeställningen ansågs få sin lösning redan inom ramen för den allmänna rättshjälpsreformen, det vill säga *innan* utredningen hann presentera sitt betänkande.²²⁴⁹ Genom antagandet av 1972 års rättshjälpslag föll således en stor del av utredningens uppdrag bort, helt enkelt eftersom den allmänna rättshjälpen kom att omfatta också förvaltningsmålen.²²⁵⁰ Vid departementsbehandlingen lämnades dock frågan om offentligt biträde öppen i avvaktan på utredningens betänkande; i promemorian förutsattes att eventuella regler om offentligt biträde utan svårighet skulle kunna inarbetas i den föreslagna rättshjälpslagen.²²⁵¹

I sin ursprungliga lydelse omfattade således den äldre rättshjälpslagen endast tre förmåner: allmän rättshjälp, rättshjälp åt misstänkt i brottmål samt rådgivning. Genom en följdreform samma år, som utgick ifrån utredningens nu framlagda betänkande, utvidgades dock lagen med en fjärde förmån (och ett antal paragrafer därom): offentligt biträde.²²⁵² Ändringen av 1 § kan illustreras enligt följande:

<i>Före följdreformen</i>	<i>Efter följdreformen</i>
Rättshjälpen enligt denna lag utgår såsom allmän rättshjälpen (6-34 §§), rättshjälpen åt misstänkt i brottmål (35-40 §§) och rådgivningen (41-43 §§).	Rättshjälpen enligt denna lag utgår såsom allmän rättshjälpen (6-34 §§), rättshjälpen åt misstänkt i brottmål (35-40 §§), <i>rättshjälpen genom offentligt biträde</i> (41-45 §§) och rådgivningen (46-48 §§). ²²⁵³

För att tillfullo förstå denna lagändring bör vi dock återgå till de ursprungliga utredningsdirektiven, där departementschefen anförde följande med avseende på just offentliga biträden:

²²⁴⁷ SOU 1971:76 s. 46.

²²⁴⁸ SOU 1971:76 s. 46. Se även a. SOU s. 69.

²²⁴⁹ Jfr prop. 1972:132 s. 31.

²²⁵⁰ SOU 1971:76 s. 69 f.

²²⁵¹ SOU 1971:76 s. 76.

²²⁵² Detta genom SFS 1973:118; prop. 1972:132.

²²⁵³ Jfr prop. 1972:132 s. 3.

”Det finns skäl som talar för att i varje fall i sådana förvaltningsärenden, som rör *den enskildes personliga frihet*, det bör finnas möjlighet att förordna offentligt biträde åt part. Även i vissa andra ärenden på förvaltningens område kan det tänkas att det allmänna vid behov bör sörja för att den enskilde förfogar över sakkunnigt biträde. De sakkunniga bör undersöka på vilka områden det föreligger ett *starkt framträdande behov* av offentligt biträde åt enskild part i förvaltningsärenden och under vilka närmare förutsättningar sådant biträde bör förordnas.”²²⁵⁴

I enlighet med direktiven fick utredningen i princip karaktären av en grundlig inventering, där behovet av offentligt biträde i förvaltningsmål prövades måltyp för måltyp, men med särskilt fokus på tvångsvårdsmål.²²⁵⁵ Den grundläggande premissen för denna inventering var dock att allmän rättshjälp skulle finnas att tillgå i samtliga måltyper enligt den nyligen antagna rättshjälpslagen.²²⁵⁶ Möjligheten att förordna ett offentligt biträde betraktades således som ett komplement till den generella möjligheten att erhålla ett rättshjälpsbiträde, eller med andra ord som *en förstärkning av rätten till biträde i vissa särskilt ingripande måltyper*.

I sin inventering identifierade utredningen i princip tre kategorier av mål/ärenden, med ett varierande behov av biträde: Först och främst beslut om tvångsvård, som jämfästades med en brottmålsdom på den grunden att ett administrativt frihetsberövande kunde vara lika ingripande som ett frihetsberövande på grund av brott.²²⁵⁷ Mot denna bakgrund gjorde utredningen följande principiellt intressanta jämförelse mellan brottmålen och mål om tvångsvård (här avseende missbrukare):

”När det gäller straffprocessen har det *inte ansetts tillräckligt* att polismyndigheten och åklagarmyndigheten skall beakta också förhållanden som talar till den enskildes förmån och att domstolen har ansvaret för utredningens fullständighet. Man har därutöver funnit rättssäkerheten kräva att den enskilde i vissa fall utrustas med försvarare. *Anledning finns då knappast* att i ärenden om tvångsintagning av alkoholmissbrukare enbart lita till att nykterhetsnämndens mål är att hjälpa alkoholmissbrukaren och att länsrätten har ansvaret för att utredningen i ärendena är fullständig. Liksom i straffprocessen bör i ärenden om tvångsintagning möjlighet finnas för den beslutande myndigheten att förse den enskilde med ett lämpligt biträde i fall då han synes ha behov av sådan hjälp.”²²⁵⁸

Vid sidan av tvångsvården gjorde utredningen en distinktion mellan å ena sidan beslut enligt utlänningslagstiftningen och å andra sidan övriga mål/ärenden som avsåg rättsförhållandet mellan stat och individ. Den förstnämnda beslutstypen

²²⁵⁴ SOU 1976:71 s. 47.

²²⁵⁵ Jfr SOU 1976:71 s. 70, där utredningen beskriver sin arbetsgång.

²²⁵⁶ SOU 1976:71 s. 69.

²²⁵⁷ Se SOU 1976:71 s. 70: ”I fråga om brottmålen har sedan länge gällt att en misstänkt skall ha offentlig försvarare om det på grund av sakens beskaffenhet eller eljest befinns att hans rätt inte kan tillvaratas utan biträde. [...] De frihetsberövanden och andra liknande åtgärder som kan förekomma inom nykterhetsvården och barnvården har visserligen inte karaktär av straffpåföljd men är likväl av så ingripande natur för den enskilde att de i fråga om sina verkningar väl kan jämfästas med frihetsberövanden på grund av brott.” Jfr prop. 1972:132 s. 41 f.

²²⁵⁸ SOU 1976:71 s. 107.

likställdes mer eller mindre med beslut om tvångsvård, eftersom prövningen avsåg den *enskilda partens person*, vilket ansågs motivera en rätt till offentligt biträde. Detta till skillnad från den andra kategorin, där biträdesbehovet istället fick tillgodoses inom ramen för den allmänna rättshjälpen, emedan målen i grund och botten var av *ekonomisk natur*. Något förenklat kan denna gränsdragning illustreras enligt följande:

<i>Offentligt biträde</i>	<i>Allmän rättshjälp</i>
Mål som avser den enskilda partens <i>personliga förhållanden/rörelsefrihet</i> (såsom tvångsvårdsmål och utlänningsmål).	Mål som avser den enskilda partens <i>ekonomiska förhållanden</i> (såsom skattemål och mål om fastighetsbildning).

Lagstiftningstekniskt förordade utredningen att reglerna om offentligt biträde inte skulle införas i rättshjälpslagen. Istället föreslog utredningen att vissa gemensamma bestämmelser samlades i en särskild lag om offentligt biträde,²²⁵⁹ medan rätten till sådant biträde skulle framgå av tillämplig specialförfattning.²²⁶⁰ Behovsrekvisitet gavs dock en enhetlig utformning, vilket kan illustreras genom följande uppställning (som även utvisar i vilka måltyper ett offentligt biträde skulle kunna förordnas enligt lagförslaget²²⁶¹):

PsykL: ”Om det *behövs för att tillvarataga patients rätt*, skall utskrivningsnämnd utse offentligt biträde åt den som för talan hos nämnden ...”²²⁶²

OmsorgsL: ”Om det *behövs för att tillvarataga dens rätt*, som ärendet avser, skall beslutsnämnd utse offentligt biträde åt den som för talan hos nämnden ...”²²⁶³

NvL: ”Om det *behövs för att tillvarataga dens rätt*, om vars tvångsintagning är fråga, skall länsrätten utse offentligt biträde åt honom ...”²²⁶⁴

BvL: ”Om det i underställningsmål *behövs för att tillvarataga dens rätt*, som målet rör, skall länsrätten utse offentligt biträde åt honom ...”²²⁶⁵

ÄUtl: ”I ärende om avvisning, förpassning eller utvisning [och] i ärende om utlännings hållande i förvar längre tid än en månad samt i verkställighetsärende ... skall den beslutande myndigheten utse offentligt biträde åt utlänningsen, *om det behövs för att tillvarataga dennes rätt*.”²²⁶⁶

²²⁵⁹ Se utredningens förslag till lag om offentligt biträde, i SOU 1971:76 s. 12 f. I 1 § i lagförslaget angavs att lagen skulle äga tillämpning i den mån föreskrift därom meddelats.

²²⁶⁰ I praktiken berördes fem lagar: lagen om (1966:293) om beredande av sluten psykiatriskvård i vissa fall (”PsykL”, även benämnd ”LSPV”), lagen (1967:940) angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda (”OmsorgsL”), lagen (1954:579) om nykterhetsvård (”NvL”), barnavårdslagen (1960:97) (”BvL”) och den äldre utlänningslagen (1954:193) (”ÄUtl”).

²²⁶¹ Utöver de större måltyper som listas här föreslogs motsvarande ändringar i lagen (1970:375) om utlämning till Danmark, Finland, Island eller Norge för verkställighet av beslut om vård eller behandling.

²²⁶² SOU 1971:76 s. 18.

²²⁶³ SOU 1971:76 s. 21.

²²⁶⁴ SOU 1971:76 s. 23.

²²⁶⁵ SOU 1971:76 s. 24.

²²⁶⁶ SOU 1971:76 s. 28.

Sammanfattningsvis föreslog alltså utredningen att en rätt till offentligt biträde skulle tillkomma den enskilda parten dels vid beslut om administrativa frihetsberövanden av psykiskt sjuka, missbrukare och barn enligt de äldre tvångsvårdslagarna, dels vid beslut om avvisning, utvisning med mera enligt den äldre utlänningslagen, allt under förutsättning att ett biträde *behövdes för att tillvarata partens rätt*. Departementschefen valde dock en annan lagteknisk lösning, genom att – med vissa smärre ändringar – istället införliva hela regelpaketet i den äldre rättshjälpslagen, som således både angav i vilka måltyper, och enligt vilka förutsättningar, ett sådant biträde kunde förordnas.²²⁶⁷

Vad först avser lagens tillämpningsområde anslöt sig departementschefen i mångt och mycket till utredningens förslag, men förespråkade en viss utvidgning av lagens tillämpningsområde. Övervägandena utmynnade i en lång punktlista i den äldre rättshjälpslagens 41 §, som utöver tidigare nämnda beslutstyper också kom att omfatta vissa beslut inom kriminalvården, liksom beslut om sterilisering och kastrering.²²⁶⁸

Vad sedan avser behovsprövningen infördes ett för alla mål-/ärendetyper gemensamt behovsrekvisit i lagens 42 §, enligt vilket ett offentligt biträde skulle utses åt den som åtgärden avsåg, *om det behövdes för tillvaratagande av dennas rätt*. Hur detta rekvisit skulle förstås – och särskiljas från rättshjälpslagens allmänna behovsrekvisit – ägnade departementschefen sedan åtskilliga sidor åt att förklara.

Som en allmän utgångspunkt för hela reformen konstaterade departementschefen, att behovet av biträde är ”mindre framträdande” i förvaltningsprocessen än i den allmänna processen. Detta påstående underbyggdes med de traditionella argumenten: med hänvisning dels till den ”officialprövning som i allmänhet åligger förvaltningsdomstolarna”, dels till den ”relativt informella handläggningen”.²²⁶⁹ För att kunna motivera införandet av ett system med offentliga biträden, trots att något behov av biträde ”generellt sett” inte förelåg, förklarade departementschefen att vissa förvaltningsmål och -ärenden var av ”synnerligen ingripande betydelse”, och att behovet av biträde i dessa måltyper framträdde ”med samma styrka” som i tvistemål och brottmål.²²⁷⁰ I dessa undantagsfall kunde visserligen allmän rättshjälp utgå enligt den generösa rättshjälpsreform som hade genomförts tidigare samma år – varigenom rättsskyddet i förvaltningsprocessen, enligt departementschefens uppfattning, hade ”stärkts i hög grad” – men för att förstärka ”rättsskyddsgarantierna” ytterligare skulle ett system med offentliga biträden fungera som en ”värdefull komplettering”.²²⁷¹

Mot denna bakgrund avgränsades rätten till offentligt biträde till de ”synnerligen ingripande” mål- och ärendetyper som på olika sätt avsåg enskildas rörelsefrihet, kroppsliga integritet eller eventuella avlägsnande ur landet. Även med denna avgränsning kunde det dock, enligt departementschefen, ”självfallet [uppkomma] många

²²⁶⁷ Prop. 1972:132 s. 211 f.

²²⁶⁸ Se prop. 1972:132 s. 170 ff.

²²⁶⁹ Prop. 1972:132 s. 170.

²²⁷⁰ Prop. 1972:132 s. 170.

²²⁷¹ Prop. 1972:132 s. 171.

situationer” där något behov av biträde *inte* förelåg.²²⁷² Den tidigare jämförelsen med straffprocessen var nu inte längre rättvisande.²²⁷³

”Brottmålsprocessen bygger på ett tvåpartsförfarande där den tilltalade ställs mot en allmän åklagare. Förfarandet förutsätter en ej obetydlig aktivitet från den tilltalades sida som ofta kräver att han biträds av sakkunnig försvarare. I förvaltningsförfarandet har vederbörande myndighet ett direkt ansvar för utredningen och har därvid självmant på ett särskilt sätt att beakta den enskildes intressen. Behovet av offentligt biträde är därför generellt sett mindre i förvaltningsförfarandet än i brottmålsprocessen.”²²⁷⁴

Att förordna ett offentligt biträde så snart den enskilda parten begärde biträde kunde därför ”inte komma ifråga”.²²⁷⁵ Inte ens för den som *redan var frihetsberövad* ville departementschefen införa en ovillkorlig rätt till offentligt biträde, eftersom förvaltningsprocessuella frihetsberövanden inte längre var jämförbara med straffprocessuella frihetsberövanden, varvid jämförelseobjektet skiftade från en frihetsberövande påföljd till häktning respektive anhållande:

”Ett frihetsberövande på de områden där offentligt biträde kan förordnas innebär ... i allmänhet inte en så sträng isolering som häktning eller anhållande. Förhållandena är här mycket skiftande och en jämförelse med häktning och anhållande är missvisande.”²²⁷⁶

I stället ansågs det angeläget att biträdesbehovet i varje enskilt fall bedömdes på objektiva grunder, varvid en viss restriktivitet anbefalldes.²²⁷⁷ Vad departementschefen hade i åtanke var framförallt sådana fall där sakförhållandena var av stor betydelse/svårutredda.²²⁷⁸ Om bedömningen däremot grundade sig på medicinska respektive social-, utlännings- eller kriminalpolitiska grunder, fanns det inget behov av – och därmed ingen rätt till – biträde.²²⁷⁹ I denna del gick departementschefen till och med så långt som att påstå, att ”flertalet” fall av tvångsvård enligt de dåvarande barna- och nykterhetsvårdslagarna i regel var så okomplicerade, att något behov av biträde inte förelåg.²²⁸⁰

²²⁷² Prop. 1972:132 s. 184.

²²⁷³ Om jämförelsen mellan administrativa frihetsberövanden och straff; se exv. Wieslander, Bengt, *Tolkningen av regler om administrativa frihetsberövanden* (FT 5/1977) s. 233-239.

²²⁷⁴ Prop. 1972:132 s. 185.

²²⁷⁵ Prop. 1972:132 s. 185. Samma uppfattning intog sedermera JuU, som svar på ett antal motioner om att rätten till biträde borde vara ovillkorlig. Se exv. JuU 1973:1 s. 34: "[E]nligt utskottets mening [är det] uppenbart att en ordning som innebär att offentligt biträde skall förordnas så snart det begärs inte kan komma i fråga. Biträdesfrågan måste i varje särskilt fall avgöras efter en objektiv bedömning av behovet i det föreliggande ärendet." Se även JuU 1974:18, JuU 1975/76:17 och JuU 1975/76:24.

²²⁷⁶ Prop. 1972:132 s. 187.

²²⁷⁷ Prop. 1972:132 s. 186, med samma klargörande på s. 187.

²²⁷⁸ Vilket förtydligades i lagtexten. Se ÄRHjL 42 §, i dess lydelse genom SFS 1973:118: "Offentligt biträde skall utses för den som åtgärden avser, om det behövs för tillvaratagande av dennes rätt. Vid bedömningen av behovet skall särskilt beaktas om i väsentligt hänseende motstridiga sakuppgifter lämnats under utredningen eller betydelsefulla sakförhållanden är oklara."

²²⁷⁹ Andra omständigheter än sakförhållandena kunde dock, enligt propositionen, i vissa fall, motivera ett biträde – framförallt att starka personliga skäl (såsom sjukdom eller hög ålder) hindrade den enskilda från att tillvarata sin rätt.

²²⁸⁰ Prop. 1972:132 s. 186.

Sammanfattningsvis utvidgades inom ramen för 1972 års rättshjälpsreform systemet med offentliga biträden från endast en ärendetyp (utlänningsärenden) till en handfull förvaltningsmål och -ärenden, i vilka behovet av biträde ansågs särskilt påtagligt till följd av deras ingripande karaktär.²²⁸¹ Samtidigt betonades vikten en restriktiv behovsprövning med skärpa i motiven. Under åren som sedan följde blev systemet föremål för ett flertal ändringar, intill dess den äldre rättshjälpslagen upphävdes år 1996. Det skulle föra för långt att här redogöra för samtliga reformer under denna mellantid, varför den fortsatta framställningen begränsas till vissa förändringar av större dignitet.

En allmän kritik som initialt riktades mot regelverket avsåg dess restriktivitet,²²⁸² framförallt vad avser behovsprövningen i de mål-/ärendetyper som omfattades av systemet. Vad lagstiftaren hade uttalat i förarbeten fick nämligen ett – kanske alltför – hårt genomslag i praxis.²²⁸³ I sitt betänkande anförde exempelvis 1975 års Rättshjälpsutredning, att

”[d]en restriktivitet beträffande användningen av rättshjälpsformen offentligt biträde som av *kostnadsmissiga skäl* har kommit till uttryck i förarbetena har slagit igenom också vid den praktiska tillämpningen av rättshjälpslagen. Det förefaller som om rättshjälpsformen offentligt biträde därigenom inte har kommit att helt motsvara den önskan om förstärkta rättsskyddsgarantier för den enskilde som låg bakom rättshjälpsreformen.”²²⁸⁴

Mot denna bakgrund föreslog utredningen en generell ”presumtionsregel”, enligt vilken ett offentligt biträde skulle förordnas i samtliga måltypen som omfattades av systemet, *om det ej var obehövt*.²²⁸⁵ Ett första steg i den riktningen togs påföljande år,²²⁸⁶ efter att Utlänningskommittén lagt fram ett motsvarande reformförslag beträffande utlänningsärendena.

I sitt betänkande *Kortare väntetider* (SOU 1977:28) konstaterade kommittén, att handläggningen av utlänningsärenden ofta drog ut på tiden på ett oacceptabelt sätt. Detta sakernas tillstånd hade en rad förklaringar, däribland att det tog alltför lång tid att förordna offentliga biträden, vilket i sin tur (bland annat) berodde på den noggranna behovsprövning som enligt förarbetena skulle göras i varje enskilt fall.²²⁸⁷

²²⁸¹ Jfr SOU 1985:4 s. 85: ”De ärenden det gäller är främst sådana som rör en enskilds personliga rörelsefrihet eller kroppsliga integritet, dvs. ärenden som kan vara av *synnerligen ingripande betydelse* för den enskilde.”

²²⁸² Se exv. redogörelsen över riksdagsmotioner och utskottsutlåtanden i SOU 1977:49 s. 221 ff.

²²⁸³ Se exv. JO 1975 s. 495: ”I propositionen 1972:132 sade departementschefen att det var angeläget att en viss restriktivitet iaktogs vid bedömning av biträdesbehovet. Uttalandet grundade sig främst på de kostnadsaspekter som var knutna till reformen och på de bristande erfarenheterna för bedömningen av biträdesbehov i förvaltningsärenden. Det synes mig som om man inte bör stirra sig blind på departementschefens uttalande i denna del utan se det i förening med vad han i övrigt sade om förutsättningarna för förordnande av biträde. Lästa i sin helhet lägger departementschefens uttalanden i propositionen enligt min mening inte hinder i vägen mot en liberalisering av ... praxis”.

²²⁸⁴ SOU 1977:49 s. 229.

²²⁸⁵ SOU 1977:49 s. 232.

²²⁸⁶ Se dessförinnan exv. SFS 1973:164; prop. 1973:37 (varigenom två ytterligare punkter adderades till ÅRhjL 41 §, vilket föränleddes av antagandet av lagen (1973:162) om särskilda åtgärder till förebyggande av vissa våldsdåd med internationell bakgrund).

²²⁸⁷ SOU 1977:28 s. 67 ff. och 92 ff.

Givet att offentliga biträden förordnades i de stora flertalet fall, ansåg kommittén att förfarandet med fördel kunde effektiviseras genom en presumptionsregel. En sådan regel var också ägnad att ytterligare förstärka rättssäkerheten:

”Den allmänna rättshjälpen ger enligt kommitténs mening goda möjligheter att förbättra rättssäkerheten. För utlänningen – som i allmänhet är helt okunnig om förhållandena i landet och som saknar kunskaper i svenska – är det av yttersta vikt att på ett så tidigt stadium som möjligt få hjälp av en person som är insatt i reglerna för utlännings rätt att vistas och arbeta i landet. *Få saker torde vara bättre ägnade att öka utlänningsens rättssäkerhet än att ge honom ett gott biträde på ett tidigt stadium.* Kommittén ... finner mot bakgrund av det anförda det önskvärt att rätten till offentligt biträde görs generösare än nu. Huvudprincipen bör vara att ingen ... skall kunna avlägnas ur riket utan att han erbjudits bistånd av ett offentligt biträde.”²²⁸⁸

I den efterföljande propositionen anslöt sig departementschefen till kommitténs förslag; ”få saker” var bättre ägnade att ”öka rättssäkerheten” för en enskild part än att få tillgång till ett juridiskt biträde, och ”grundprincipen” skulle därför vara att ingen fick avlägnas ur landet utan att ha blivit erbjuden ett sådant biträde.²²⁸⁹ Rättshjälpsutredningens förslag – att införa en generell presumptionsregel för samtliga måltyper – sköts dock på framtiden, med hänvisning till pågående remiss- och departementsbehandling av utredningens betänkande.²²⁹⁰ Följaktligen kom skilda behovsrekvisit att införas beroende på om prövningen avsåg utlänningslagstiftningen eller tvångsvårdslagstiftningen, enligt följande:

Mål-/ärendetyp:	Behovsrekvisit:
Tvångsvårdsmål/-ärenden	”om det behövs för tillvaratagande av partens rätt”
Utlänningsärenden	”om det ej måste antagas att behov av biträde saknas”

Med denna ändring kom således den initiala kritik som hade riktats mot den restriktiva behovsprövningen att bortfalla beträffande vissa ärendetyper, men ha fortsatt bäring beträffande andra mål- och ärendetyper, vilket gav upphov till massiv remisskritik.²²⁹¹ När frågan på nytt aktualiserades påföljande år, försökte departementschefen därför särskilja de två mål-/ärendekategorierna åt, genom att endast betona skillnaderna dem emellan:

²²⁸⁸ SOU 1977:28 s. 93.

²²⁸⁹ Prop. 1977/78:90 s. 67.

²²⁹⁰ Prop. 1977/78:90 s. 68: ”En omfattande rätt till offentligt biträde i utlänningsärenden är av *grundläggande betydelse* när det gäller att åstadkomma ett samtidigt både rättssäkert och skyndsamt förfarande i dessa ärenden. En reform i detta hänseende bör därför genomföras redan nu och inte vänta på den lagstiftning som rättshjälpsutredningens betänkande kan leda till. [...] En presumtion för rätt till biträde bör dock i detta skede införas endast i fråga om utlänningsärenden.”

²²⁹¹ Jfr prop. 1978/79:90 s. 185, där det konstaterades att ”*samtliga* remissinstanser som tar upp frågan med anledning av rättshjälpsutredningens förslag biträder tanken på en generösare inställning till offentligt biträde”, liksom att ”huvuddelen av remissinstanserna” anslöt sig till förslaget om en generell presumptionsregel.

”Som en följd av de nyligen företagna ändringarna i rättshjälpslagen är förutsättningarna för att förordna offentligt biträde i utlänningsärenden mer liberala än i övriga fall där offentligt biträde kan komma ifråga. Bakom ändringarna beträffande utlänningsärendena ligger *delvis annorlunda förhållanden som saknar motsvarighet* vid övriga fall av offentligt biträde. De ändrade reglerna *syftar bl.a. till att förkorta handläggningstiderna.*”²²⁹²

Som synes utelämnades en liten detalj, nämligen att presumtionsregeln hade ett tvådelat syfte: En omfattande rätt till offentligt biträde i utlänningsärenden var i och för sig ägnad att effektivisera handläggningen, men de ändrade reglerna syftade i lika hög – eller kanske rentav i högre – grad till att ”förbättra” respektive ”öka” rättssäkerheten.²²⁹³ Under förevändningen att presumtionsregeln i utlänningsärenden framförallt hade införts i syfte att förkorta handläggningstiderna, sköts dock frågan om att införa en motsvarande regel vid beslut om tvångsvård återigen på framtiden. Och återigen skedde detta med hänvisning till pågående remiss- och departementsbehandling – denna gång av Socialutredningens nyligen avslutade arbete, som departementschefen sa sig inte vilja föregripa.²²⁹⁴

I samband med att de äldre tvångsvårdslagarna blev föremål för en allmän översyn inom ramen 1980 års socialtjänstreform,²²⁹⁵ restes på nytt frågan om en utvidgad rätt till offentligt biträde vid administrativa frihetsberövanden.²²⁹⁶ Och i detta lagstiftningsärende fick Rättshjälpsutredningens förslag om en enhetlig presumtionsregel – för tredje gången gillt – genomslag.

Liksom i den tidigare propositionen konstaterade departementschefen, att ”den praktiska tillämpningen av rättshjälpslagen varit relativt återhållsam” och att ”den önskan om förstärkta rättssäkerhetsgarantier för den enskilde som låg bakom rättshjälpsreformen” därför inte hade realiserats i de sociala målen, som föll utanför presumtionsregeln. Nu fanns det dock ”starka gemensamma motiv” för att förordna ett offentligt biträde i alla de mål och ärenden som omfattades av systemet, och därför ”ingen anledning” att göra åtskillnad mellan dessa.²²⁹⁷ Den tidigare inställningen – att ”delvis annorlunda förhållanden” hade motiverat presumtionsregeln i

²²⁹² Prop. 1978/79:90 s. 186.

²²⁹³ Eller för att citera RHK (SOU 1985:4 s. 143), som i ett senare sammanhang konstaterade att ”presumtionsregeln först [infördes] i utlänningsärendena. Detta torde inte ha varit en tillfällighet. Dessa ärenden har alltid intagit en central roll inom denna rättshjälpsform. Särskilt rättssäkerhetsaspekten har vägt tungt beträffande utlänningar som åberopar politiska skäl för att få stanna i riket och det torde ha varit denna faktor som var av avgörande betydelse vid införandet av presumtionsregeln.”

²²⁹⁴ Prop. 1978/79:90 s. 186. Se härtill SOU 1985:4 s. 92.

²²⁹⁵ Prop. 1979/80:1. Genom denna reform kom insatser av tvångskaraktär att falla utanför SoL (1980:620, numera 2001:453), som framöver skulle bygga helt på frivillighet. BvL och NvL upphävdes, och i samma lagstiftningsärende antogs istället lagen (1980:621) med särskilda bestämmelser om vård av unga, som sedermera (genom prop. 1989/90:28) ersattes av den nu gällande lagen (1990:52) med samma namn (”LVU”). En ny lag (1981:1243) om vård av missbrukare i vissa fall antogs året efter socialtjänstreformen (genom prop. 1981/82:8), och ersattes sedermera av den nu gällande lagen (1988:870) med samma namn (”LVM”). Beträffande psykiskt störda medförde socialtjänstreformen vissa ändringar i den dåvarande PsykL, som sedermera (genom prop. 1990/91:58) ersattes av de nu gällande lagarna (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård (”LPT”) resp. (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård (”LRV”).

²²⁹⁶ Exv. av Socialutredningen, som i sitt slutbetänkande *Socialtjänst och socialförsäkringsställägg* (SOU 1977:40) förespråkade en utvidgning av rätten till offentligt biträde. Bl.a. föreslog utredning en obligatorisk – istället för fakultativ – regel vid vissa former av tvångsvård av barn; se a. SOU s. 825 samt specialmotiveringen på s. 905.

²²⁹⁷ Prop. 1979/80:1 s. 514.

utlänningsärenden, och att dessa ”sakna[de] motsvarighet vid övriga fall av offentligt biträde” – hade alltså övergivits.²²⁹⁸

Med ovanstående motivering beslutades att den presumtionsregel som ursprungligen infördes endast för utlänningsärendena skulle ges generell tillämpning; från och med år 1982 skulle ett offentligt biträde förordnas i alla mål- och ärendetyper som omfattades av systemet, *om det ej måste antagas att behov av biträde saknas*.²²⁹⁹ Denna lydelse hade 42 § i den äldre rättshjälpslagen intill dess bestämmelserna om offentligt biträde bröts ut ur den allmänna rättshjälpen, genom antagandet av 1996 års rättshjälpslag.²³⁰⁰ Anmärkningsvärt är dock att regeringen redan år 1981, det vill säga året innan den generella presumtionsregeln trädde i kraft, utfärdade direktiv till Rättshjälpskommittén, varvid departementschefen – dock för ett annat departement – anförde följande:

”Kommittén bör ... särskilt uppmärksamma presumtionsregeln att offentligt biträde skall förordnas om det inte framgår att behov av biträde saknas. [...] Kommittén bör överväga om det går att införa en mer *restriktivt utformad regel* än presumtionsregeln utan att befoga rättskyddsintressen åsidosätts.²³⁰¹

Efter att riksdagen hade fattat beslut om att göra regelverket mer generöst genom införandet av den generella presumtionsregeln, men före denna regel ens hade hunnit träda i kraft, ville alltså regeringen undersöka om regelverket kunde göras mer restriktivt. Och detta just genom att (åter)införa en särreglering i olika beslutstyper. Ställer man dessa direktiv i relation till vad departementschefen uttalade i 1979 års proposition – att det fanns *starka gemensamma motiv* för offentligt biträde i alla de ärenden som omfattades av systemet – får man ett tämligen ambivalent intryck:

Chefen för socialdepartementet (år 1979): ”Det finns enligt min mening *ingen anledning att göra åtskillnad* mellan olika typer av ärenden i fråga om förutsättningarna för offentligt biträde.”²³⁰²

Chefen för justitiedepartementet (år 1981): ”Eventuellt kan förutsättningarna för offentligt biträde *vara olika på skilda områden* och för olika grupper inom samma område.”²³⁰³

²²⁹⁸ Se även SoU 1980/81:15 s. 5.

²²⁹⁹ ÅRhjL 42 §, i dess lydelse efter SFS 1981:23. När LVM antogs året därpå infogades denna mälytp också i systemet, genom ett tillägg till 41 §; se SFS 1981:1256; prop. 1981/82:8. Detsamma gäller LPT och LRV, när dessa 10 år senare ersatte PsykL; se SFS 1991:1131; prop. 1990/91:58.

²³⁰⁰ Presumtionsregeln diskuterades bl.a. av RHK i SOU 1985:4 s. 90: ”Det föreligger alltså en presumtion för att rättshjälp skall beviljas. Endast om man måste anta att vederbörande inte har behov av biträde kan en ansökan därom avslås.”

²³⁰¹ Dir 1981:75 s. 9, i SOU 1985:4 bil. 1 s. 237.

²³⁰² Prop. 1979/80:1 s. 514.

²³⁰³ Dir 1981:75 s. 9, i SOU 1985:4 s. s. 237

5.5.1.3 Offentligt biträde efter införandet av 1996 års rättshjälpslag

Genom 1981 års utredningsdirektiv började pendeln svänga. Med hänsyn till ”den ekonomiska utvecklingen” var det, enligt departementschefen, ”angeläget att en grundlig översyn av rättshjälpen [kom] till stånd”.²³⁰⁴ Likaså var det ”angeläget att också rättshjälpsformen rättshjälp genom offentligt biträde” omfattades av ”avvägningen av hur tillgängliga resurser bäst [skulle] användas”.²³⁰⁵ Och för detta ändamål – helt enkelt att spara pengar²³⁰⁶ – tillsattes Rättshjälpskommittén. Såvitt avsåg just offentliga biträden fanns det dock, enligt kommitténs mening, inga pengar att spara – i delbetänkandet *Rättshjälp – offentligt biträde, organisationsfrågor med mera* (SOU 1985:4²³⁰⁷) föreslogs snarare vissa smärre utvidgningar av det aktuella regelsystemet.²³⁰⁸

Som utgångspunkt konstaterade kommittén att presumtionsregelns stegvisa införande hade medfört en successiv ökning av kostnaderna; i utlänningsärenden fördubblades kostnaderna mellan budgetåren 1977/78 och 1978/79, och när presumtionsregeln sedermera utsträcktes till samtliga mål- och ärendetyper år 1982 kunde kommittén notera en ”markant” kostnadsökning.²³⁰⁹ Detta till trots ansåg kommittén inte att det var motiverat att försöka nedbringa kostnaderna genom en restriktivare behovsprövning. Till stöd för denna ståndpunkt anförde kommittén ett principiellt resonemang kring behovsrekvisitets lämpliga utformning (som återges in extenso eftersom det har bäring på den fortsatta diskussionen i nästa del):

”Till en början vill vi här redovisa vår principiella syn på förekomsten av en presumtionsregel. Om det vanliga är att det i en viss ärendekategori finns behov av ett biträde är det lämpligt att föreskriva att biträde skall förordnas om det inte i det enskilda fallet kan antas att behov saknas. Med en sådan regel följer handläggningssmässiga vinster i form av minskad byråkrati, förkortad handläggningstid osv. Är det å andra sidan så att behov vanligtvis inte föreligger bör regeln i stället formuleras så att biträde skall förordnas om det i det enskilda fallet finns behov därav. En presumtionsregel bör med andra ord *avspegla det faktiska behovet av biträde* i den ärendekategori som den är avsedd för. Det är självklart också så att en presumtionsregel *verkar styrande på de tillämpande myndigheterna*, eftersom den markerar lagstiftarens syn på behovet.”²³¹⁰

Mot denna principiella bakgrund diskuterade kommittén sedan om det ”faktiska behovet av biträde” svarade mot presumtionsregeln i de olika måltyper som omfattades av regeln, och kom därvid till delvis olika slutsatser.

Vad först avser utlänningsärendena konstaterade kommittén att den sökande ”mycket ofta” hade behov av biträde och att presumtionsregeln därför avspeglade det

²³⁰⁴ Dir 1981:75 s. 3, i SOU 1985:4 s. s. 231.

²³⁰⁵ Dir 1981:75 s. 9, i SOU 1985:4 s. s. 237

²³⁰⁶ Jfr SOU 1985:4 s. 11: ”Ett genomgående tema i de ursprungliga direktiven för vårt arbete är kraven på att vi skall lägga fram förslag som leder till besparingar för rättshjälpen”. Se även a. SOU s. 57 f.

²³⁰⁷ Delbetänkandet kompletterade kommitténs tidigare framlagda huvudbetänkande *Den allmänna rättshjälpen* (SOU 1984:66).

²³⁰⁸ Se sammanfattningen i SOU 1985:4 s. 13.

²³⁰⁹ SOU 1985:4 s. 127.

²³¹⁰ SOU 1985:4 s. 142.

faktiska behovet.²³¹¹ Följaktligen saknades det skäl att frångå presumtionen om att ett biträde som utgångspunkt skulle förordnas. Samma ståndpunkt intog kommittén beträffande tvångsvårdsmålen/-ärendena;²³¹² det var enligt kommitténs mening ”svårt att komma till någon annan slutsats än att behov av biträde oftast föreligger i dessa mål och ärenden”, vilket motiverade att presumptionsregeln behölls även för denna mål/-ärendekategori.²³¹³ Därmed återstod en liten grupp av ”övriga fall”, som inte var särskilt vanligt förekommande och där offentligt biträde inte heller förordnades med samma regelbundenhet.²³¹⁴ Och endast vad gäller denna kategori föreslog kommittén att presumptionsregeln avskaffades, enligt en regel med följande lydelse:

”Rättshjälp skall beviljas i ärende enligt social vårdlagstiftning eller utlänningslagstiftning ... om det inte måste antas att behov av biträde saknas. I övriga fall beviljas rättshjälp då behov av biträde föreligger.”²³¹⁵

Kommittén var dock tydlig med att den föreslagna ändringen ”inte [var avsedd] att åstadkomma en minskning av antalet förordnanden av offentligt biträde” jämfört med dåvarande förhållanden, utan endast att behovsrekvisitet – i den lilla gruppen ”övriga fall” – skulle återspegla rådande praxis.²³¹⁶

Inte heller vad gäller systemets ”omfattning” fann kommittén – efter en noggrann inventering – skäl till större restriktivitet.²³¹⁷ Den enda ändring som föreslogs gick i motsatt riktning och innebar en smärre utvidgning av rätten till biträde enligt utlänningslagstiftningen.²³¹⁸ Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera att kommittén – såvitt avser offentliga biträden – inte lade fram några förslag som var ägnade att leda till kostnadsminskningar (trots att det av utredningsdirektiven framgick att hela syftet med utredningen var att ”undersöka vilka förändringar i rättshjälpslagstiftningen som kan göras för att ... åstadkomma besparingar”).²³¹⁹ Istället föreslog kommittén vissa ändringar som var ägnade att leda till smärre kostnadsökningar (trots att den enda uttryckliga ”begränsningen” som uppställdes i direktivet var just ”kravet på att åstadkomma besparingar”).²³²⁰

Under åren som sedan följde kom regeringen att inta en än mer vacklande inställning till presumptionsregeln, vilket kan illustreras genom diskussionen kring

²³¹¹ SOU 1985:4 s. 143.

²³¹² Detta dock med undantag för tvångsvård av psykiskt sjuka enligt dåvarande PsykL resp. OmsorgsL, vilket motiverades m.h.t. att det vid tidpunkten var oklart hur denna vårdform skulle hanteras framöver; se utredningens utförliga resonemang i SOU 1985:4 s. 144 ff.

²³¹³ SOU 1985:4 s. 144. Eller uttryckt mer i klartext (a. st.): ”Självfallet är behovet av offentligt biträde i sådana mål och ärenden framträdande.”

²³¹⁴ SOU 1985:4 s. 146.

²³¹⁵ Se 4 kap. 9 § i kommitténs förslag till lag om rättshjälp, i SOU 1958:4 s. 42.

²³¹⁶ SOU 1985:4 s. 13. Se även a. SOU s. 146: ”Vi vill dock här betona att vi med denna ändring inte åsyftar en nedgång i antalet förordnanden av offentligt biträde jämfört med förhållandena i dag. Ett sådant biträde bör alltså förordnas så snart behov därav föreligger.”

²³¹⁷ Se SOU 1985:4 s. 130 (ang. psykiatrisk tvångsvård), s. 131 (ang. tvångsvård av barn och missbrukare) och s. 137 (ang. övriga mål/-ärendetyper).

²³¹⁸ SOU 1985:4 s. 131 ff., ang. rätten till biträde när en utlännings tagits i förvar.

²³¹⁹ Dir 1981:75 s. 3, i SOU 1985:4 s. s. 231.

²³²⁰ Dir 1981:75 s. 3, i SOU 1985:4 s. s. 231.

utlänningslagstiftningen. I de ursprungliga förarbetena anförde departementschefen följande:

”I likhet med kommittén anser jag huvudprincipen böra vara att ingen ... skall kunna avlägsnas ur riket utan att ha erbjudits bistånd av ett offentligt biträde. Erbjudandet bör ske så snart man börjar sätta i fråga om utlänningslagstiftningen skall avlägsnas. [...] Vill utlänningslagstiftningen då ha biträde, skall han få det. [...] Framstår det som klart att utlänningslagstiftningen skall få stanna bör biträde inte utses. Förhållandena kan även annars *undantagsvis* vara sådana att något behov av biträde inte föreligger. I sådana fall skall biträde inte heller förordnas. Så kan vara fallet om det är *uppenbart* att någon grund för uppehållstillstånd inte föreligger ...”²³²¹

I en rad offentliga utredningar som därefter presenterades förespråkades också att presumtionsregeln skulle behållas i den aktuella ärendekategorin, och senast i raden var Rättshjälpskommittén år 1985. I den efterföljande propositionen anslöt sig också departementschefen till kommitténs ståndpunkt, med hänvisning till det ”faktiska behovet” av biträde:

”Kommittén föreslår sammanfattningsvis ... att den nuvarande presumtionsregeln behålls för ärenden inom den sociala vårdlagstiftningen och utlänningslagstiftningen men för övriga angelägenheter ersätts med en regel som innebär att offentligt biträde skall förordnas endast när det finns ett faktiskt behov av sådant biträde. Enligt min mening *saknas det anledning att ifrågasätta* presumtionsregeln såvitt gäller ärenden inom den sociala vårdlagstiftningen och utlänningslagstiftningen. Den nuvarande regeln *återspeglar inom dessa områden väl det faktiska behovet.*”²³²²

I den proposition som påföljande år låg till grund för antagandet av den äldre utlänningslagen (1989:529), anslöt sig likaså departementschefen till vad som hade framförts i ovan citerade förarbeten, under anförande av att det ”faktiska behovet” av biträde skulle förbli oförändrat:

”Jag vill ... inledningsvis framhålla att utgångspunkten även fortsättningsvis bör vara den huvudprincip som har kommit till uttryck i prop. 1977/78:90, att ingen skall kunna avlägsnas ur riket utan att ha erbjudits bistånd av ett offentligt biträde. [...] Även med de ändringar i utlänningslagstiftningen som jag nu föreslår kommer behov av biträde att föreligga i flertalet av de avvísings- och utvisningsärenden som skall prövas av invandrarverket i första instans. Presumtionsregeln i 42 § rättshjälpslagen kommer således *fortfarande att avspegla det faktiska behovet.*”²³²³

Vid 1990-talets ingång började dock de ekonomiska hänsynen göra sig påtagligt gällande, och i 1992 års reform av rättshjälpslagen antydde departementschefen den framtida utvecklingen. Som utgångspunkt konstaterades att systemet med offentliga

²³²¹ Prop. 1977/78:90 s. 67. Se även prop. 1978/79:90 s. 185, där vad som anfördes i prop. 1977/78:90 bekräftades.

²³²² Prop. 1987/88:73 s. 84.

²³²³ Prop. 1988/89:86 s. 134 f.

biträden ”knappast alls” hade berörts av de ”åtstramningar” som träffat rättshjälpen i övrigt, vilket hade sin förklaring i att systemet endast omfattade synnerligen ingripande mål- och ärendetyper. Avseende behovsprövningen inom ramen för systemet ville dock departementschefen erinra om

”... att den nuvarande generella presumptionsregeln inte befriar den som har att besluta om rättshjälp genom offentligt biträde från skyldigheten att göra en individuell prövning i det enskilda fallet. Om regeln ändras och istället utformas som en omvänd presumtion, dvs. att biträde skall förordnas om det behövs, skulle i och för sig den avsedda individuella prövningen *bättre återger lagstiftarens intentioner*. Därmed skulle också de tillämpande myndigheterna få ett *bättre stöd* för att underlåta förordnanden när bistånd genom offentligt biträde inte behövs”.²³²⁴

I samma proposition reste också departementschefen frågan om inte systemet med offentliga biträden lämpligen borde lyftas ut ur rättshjälpssystemet helt och hållet – för att istället regleras i den materiella lagstiftningen – vilket skulle möjliggöra både en anpassning av regelverket till biträdesbehovet i varje måltyp, och en tydligare fördelning av kostnadsansvaret mellan olika myndigheter.²³²⁵ Inom ramen för det aktuella lagstiftningsärendet föreslogs dock inga ändringar i antydd riktning. Departementschefen ville tills vidare inte införa skilda presumptionsregler i de olika mål-/ärendetyperna, och med hänvisning till att en särskild utredare vid tidpunkten gjorde en översyn av utlänningslagstiftningen,²³²⁶ fick frågan anstå i den delen.²³²⁷ På motsvarande sätt sköts frågan på framtiden vad gäller den sektorsvisa regleringen av rätten till offentligt biträde, med en åtföljande uppdelning av kostnadsansvaret på olika myndigheter; inte heller i den delen ville departementschefen gå fram med skilda lösningar inom olika verksamhetsområden, med hänvisning till andra pågående utredningar.²³²⁸ Vad departementschefen hade uttalat skulle dock få stor betydelse för den fortsatta utvecklingen, såtillvida att Justitiekammaren vid den efterföljande riksdagsbehandlingen ställde sig bakom departementschefens förslag.

I sitt betänkande konstaterade utskottet att kostnaderna för offentligt biträde ”har stigit avsevärt under senare år” och att orsaken härtill ”främst är den stora ökningen av antalet s.k. utlänningsärenden”. Mot den bakgrunden fanns det, enligt utskottets mening

”... skäl att ifrågasätta om det är lämpligt att kostnaderna för offentligt biträde även framdeles skall belasta rättshjälpsanslaget. [...] En annan tänkbar ordning är den ovan nämnda där kostnaderna belastar resp. myndighets anslag och rätten till

²³²⁴ Prop. 1992/93:109 s. 36.

²³²⁵ Prop. 1992/93:109 s. 37.

²³²⁶ Se dir. 1992:51.

²³²⁷ Prop. 1992/93:109 s. 37.

²³²⁸ Prop. 1992/93:109 s. 42 ff. I denna del hänvisade DepC till den pågående remissbehandlingen av Ds 1992:38. Det förslag som låg på bordet innebar att kostnaderna för offentliga biträden enligt UtL skulle skiljas ut från anslaget för rättsliga biträden och överföras till Statens invandrarverk, som därigenom skulle bära kostnadsansvaret inom sin egen sektor. Här finner vi alltså embryot till dagens särbehandling av dessa kostnader i statsbudgeten; se i och vid fn. 1289 ovan.

offentligt biträde regleras i den materiella lagstiftningen på olika områden. Den sistnämnda ordningen har den fördelen att resurser och verksamhetsansvar följs åt, och den skulle göra det möjligt att *anpassa de materiella reglerna till behoven inom det aktuella rättsområdet*. Utskottet anser att regeringen närmare bör överväga de frågor som utskottet nu har aktualiserat. Det får ankomma på regeringen att avgöra formerna härför. Vad utskottet här har anfört bör riksdagen som sin mening ge regeringen till känna.”²³²⁹

Riksdagen biföll utskottets hemställan,²³³⁰ och när regeringen år 1993 tillkallade en särskild utredare för att på nytt ”se över” rättshjälpslagen uppmärksammades utskottets betänkande i utredningsdirektiven.²³³¹ Reformbehovet likställdes – över hela anslaget – mer eller mindre med ett sparbehov,²³³² och det konstaterades att kostnaderna för offentligt biträde var den kostnadspost som hade ökat mest.²³³³ I enlighet med vad Justitieutskottet föreslagit uppdrog departementschefen därför åt utredaren att ”undersöka möjligheterna att överföra regleringen beträffande offentliga biträden för var och en av mål-/ärendekategorierna till respektive materiell lagstiftning och föreslå de lagändringar som kan vara befogade”.²³³⁴

I betänkandet *Ny rättshjälpslag (SOU 1995:81)* föreslog 1993 års Rättshjälpsutredning genomgripande förändringar av regelverket som i mångt och mycket påminner om vad Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden hade föreslagit år 1971, i samband med att systemet med offentliga biträden ursprungligen infördes. För det första ville utredaren bryta ut bestämmelserna om offentligt biträde ur rättshjälpslagen; rätten till sådant biträde skulle istället framgå i den materiella lagstiftningen, medan vissa gemensamma bestämmelser – däribland behovsprövningen – samlades i en särskild lag om offentligt biträde.²³³⁵ Såvitt avser denna prövningen skulle ett offentligt biträde, enligt den föreslagna lagen, ”förordnas *om det behövs* i sådana mål och ärenden där det är särskilt föreskrivet att så kan ske”.²³³⁶ Lagförslaget innebar således, för det andra, att presumtionsregeln övergavs i alla mål- och ärendetyper som – enligt reglerna i tillämplig specialförfattning – omfattades av systemet. Härigenom ville utredaren åstadkomma en ordning, där offentligt biträde *inte* förordnades i sådana mål/ärenden där den enskilda parten *saknade* behov av biträde. Beträffande utlänningsärendena anfördes följande:

”Det är angeläget att offentligt biträde förordnas *endast när det föreligger ett reellt behov* av biträde. Om biträde förordnas även i en del fall där något egentligt behov inte föreligger medför det både en onödig tidsutdräkt i ärendet och ökade kostnader. Presumtionsregeln bör därför i enlighet med vad jag anser lämpligt som allmän

²³²⁹ JuU 1992/93:26 s. 11 f.

²³³⁰ Rskr. 1992/93:291.

²³³¹ Dir. 1993:77 s. 11, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 293.

²³³² Dir. 1993:77 s. 6 f, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 288 f.

²³³³ Dir. 1993:77 s. 11, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 293.

²³³⁴ Dir. 1993:77 s. 11, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 293.

²³³⁵ SOU 1995:81 s. 214 och 257.

²³³⁶ Se 1 § i utredningens förslag till lag om offentligt biträde, i SOU 1995:81 s. 39.

regel för behovsprövningen ändras så att biträde skall förordnas endast för den som behöver offentligt biträde.”²³³⁷

Ett i princip identiskt resonemang anfördes sedan beträffande övriga mål-/ärendetyper:

”En allmän utgångspunkt för en reform av rättshjälpsystemet är att statligt stöd till rättsligt bistånd *bara skall ges när det verkligen behövs*. Också lagen om offentligt biträde bör utformas i enlighet härmed. [...] Även om det saknas belegg för att domstolar och myndigheter i den nuvarande tillämpningen brister i behovsprövningen medför varje fall där offentligt biträde förordnas utan att något egentligt behov föreligger att samhället åsamkas onödiga kostnader. Jag anser att det är angeläget att det i lagtexten tydligare markeras att en verklig behovsprövning skall göras och bedömer att detta kan ske utan att några rätts säkerhetsintressen träds för när.”²³³⁸

Regeringen delade utredningens ståndpunkt att systemet med offentligt biträde inte längre borde behandlas eller betraktas som en form av rättshjälp.²³³⁹ I propositionen valdes dock en något annorlunda lagteknisk lösning, genom att behovsprövningen också flyttades till den materiellrättsliga lagstiftningen, samtidigt som presumptionsregeln behölls. Det sistnämnda beslutet motiverades framförallt²³⁴⁰ med hänvisning till en lång rad pågående utredningar avseende både utlännings- och tvångsvårds lagstiftningen, som antogs kunna påverka behovet av biträde i de aktuella mål- och ärendetyperna. Resultatet av detta arbete ville regeringen inte föregripa inom ramen för den aktuella rättshjälpsreformen.²³⁴¹ Skillnaden i relation till utredningens förslag kan illustreras enligt följande:

<i>RHU:s förslag till lag om offentligt biträde</i>	<i>Lagen (1996:1620) om offentligt biträde</i>
”Offentligt biträde förordnas <i>om det behövs</i> i sådana mål och ärenden där det är särskilt föreskrivet att så kan ske.” ²³⁴²	”Denna lag tillämpas när offentligt biträde skall förordnas i ett mål eller ärende enligt särskild föreskrift i lag.” ²³⁴³

Som synes kom lagen om offentligt biträde *varken* att ange i vilka måltyper ett offentligt biträde kan förordnas *eller* enligt vilka närmare förutsättningar ett sådant förordnande skall ske. Istället får svaret på båda dessa frågor numera sökas i tillämplig specialförfattning. I sitt betänkande förespråkade dock Rättshjälpsutredningen vare sig en utvidgning eller en inskränkning av systemet med offentliga biträden till att omfatta fler respektive färre mål- eller ärendetyper än tidigare.²³⁴⁴ Inte heller inom

²³³⁷ SOU 1995:81 s. 197.

²³³⁸ SOU 1995:81 s. 211 f.

²³³⁹ Se prop. 1995/96:9 s. 181: ”Regeringen förordar alltså i likhet med utredningen att rätten till offentligt biträde bör brytas ut från rättshjälpslagstiftningen och inte längre utgöra en form av rättshjälp.”

²³⁴⁰ Förslaget att avskaffa presumptionsregeln hade också kritiserats vid remissbehandlingen; se prop. 1996/97:9 s. 183.

²³⁴¹ Prop. 1995/96:9 s. 183 f.

²³⁴² Se 1 § i utredningens förslag till lag om offentligt biträde, i SOU 1995:81 s. 39.

²³⁴³ LOB 1 §. LOB finns kommenterad av Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 210 ff.

²³⁴⁴ Se SOU 1995:81 s. 196 (ang. utlänningsmål/-ärenden) samt s. 210 (ang. övriga mål/ärenden).

ramen för 1996 års rättshjälpsreform gjordes några sådana justeringar.²³⁴⁵ Alltjämt gäller således att offentligt biträde kan förordnas i mål/ärenden som berör ”enskildas personliga rörelsefrihet eller kroppsliga integritet”,²³⁴⁶ eller närmare bestämt i två huvudkategorier av mål/ärenden: dels enligt utlänningslagstiftningen; dels enligt tvångsvårdslagstiftningen. Härutöver förekommer en mindre restkategori, som vi även fortsättningsvis kan benämna ”övriga fall”. I det följande kommer jag att behandla dessa under skilda rubriker (5.5.2-5.5.4).

5.5.2 Rätt till biträde enligt utlänningslagstiftningen

Som framgått av framställningen hittills är hela systemet med offentliga biträden sprunget ur utlänningslagstiftningen där det kan spåras tillbaka till 1914 års utvisningslag, som innehöll regler om offentligt finansierat biträde för utlänningslag som riskerade att avlägsnas ur landet. Jag kommer därför i detta avsnitt att ta avstamp i denna mål/-ändekategori, men raskt hoppa fram till den nu gällande utlänningslagen (2005:716).

5.5.2.1 Den rättsliga regleringen

2005 års utlänningslag föregicks av drygt ett decennium av offentliga utredningar och innebar att en helt ny process- och instansordning tillskapades genom inrättandet av särskilda migrationsdomstolar (samt en Migrationsöverdomstol), som ersatte den tidigare Utlänningsnämnden.²³⁴⁷ Såvitt avser rätten till offentligt biträde innebar dock reformen inga direkta förändringar jämfört med äldre rätt.²³⁴⁸

Den nu gällande utlänningslagen upptar bestämmelser om offentligt biträde i 18 kapitlet.²³⁴⁹ Av 1 § första stycket framgår att ett sådant biträde kan förordnas enligt fem olika punkter – i samtliga fall under förutsättning att det *inte måste antas att behov av biträde saknas*. Den nuvarande punktlistan ersatte motsvarande bestämmelser i den tidigare utlänningslagens (1989:529) 11 kapitel, dock utan någon ändring i sak.²³⁵⁰ De sistnämnda reglerna infördes i sin tur då systemet med offentliga biträden bröts ut ur rättshjälpsystemet genom antagandet av 1996 års rättshjälpslag, men innebar

²³⁴⁵ Se specialmotiveringen till LOB 1 § i prop. 1996/97:9 s. 226, där det först anges enligt vilka lagar ett offentligt biträde kan förordnas, varefter det konstateras att "[r]egleringen motsvaras av 41 § i 1972 års rättshjälpslag". Sedan rätten till offentligt biträde frikopplades från den allmänna rättshjälpen har det dock skett vissa smärre sektorsvisa reformer, till vilka jag får anledning att återkomma.

²³⁴⁶ Prop. 1996/97:9 s. 181. Se även SOU 1995:81 s. 210: "Utgångspunkten för att offentligt biträde skall förordnas bör vara den att offentligt biträde endast skall förordnas i ärenden som rör tvångsingripanden eller andra starkt integritetskänsliga åtgärder inom förvaltningsområdet."

²³⁴⁷ Inom ramen för prop. 2004/05:170 behandlades bl.a. NIPU-kommitténs betänkande *Ökad rättssäkerhet i asylärenden* (SOU 1999:16), departementspromemorian *En specialdomstol för utlänningsärenden* (Ds 2000:45), Verkställighetsutredningens betänkande *Verkställighet vid oklar identitet* (SOU 2003:25) och Översynsutredningens betänkande *Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv* (SOU 2004:74). Se till det sagda i inledningen till Wikrén & Sandesjö (Zeteo 2016).

²³⁴⁸ Prop. 2004/05:170 s. 240 och 314.

²³⁴⁹ Kompletterande bestämmelser finns också i lagen (1991:572) om särskild utlänningskontroll ("LSU"); se 5 och 27 §§. Dessa regler infördes i samband med 1996 års rättshjälpsreform.

²³⁵⁰ Se prop. 2004/05:170 s. 239 f., där det förklaras att rätten till offentligt biträde i allt väsentligt skall kvarstå oförändrad. Se även a. prop. s. 314.

inte heller någon ändring i relation till vad som under många år hade gällt enligt den äldre rättshjälpslagen.²³⁵¹ Följaktligen har de mål-/ärendekategorier som omfattas av systemet varit mer eller mindre desamma under de senaste årtiondena, och framförallt fokuserat på *riskan att avlägsnas ur riket*. Likaså har presumptionsregeln – under en period av närmare 30 år – överlevt ett flertal reformer både av utlännings- och rättshjälpslagstiftningen.

I det följande skall jag först diskutera i vilka beslutstyper ett offentligt biträde kan förordnas enligt utlänningslagstiftningen, och lika viktigt, när ett sådant förordnande *inte* kan ske. Därefter skall jag kort utveckla behovsprövningen enligt den presumptionsregel som alltjämt gäller enligt utlänningslagen: När anses den enskilda sakna behov av – och därmed rätt till – biträde? Gränsdragningen mellan dessa två teman går dock inte att upprätthålla helt strikt. Till följd av europarättens utveckling har exempelvis systemet, å ena sidan, successivt utvidgats till att omfatta fler beslutstyper än tidigare. I dessa har dock presumptionsregeln, å andra sidan, övergivits. Konsekvensen har således blivit att offentligt biträden i teorin kan förordnas i alltfler beslutstyper, men till följd av den restriktiva behovsprövningen är skillnaderna i praktiken inte så stora. Låt oss dock initialt hålla isär dessa två teman.

5.5.2.2 Biträde åt den som riskerar att avvisas eller utvisas, m.m.

Enligt utlänningslagstiftningen kan offentligt biträde förordnas dels vid vissa mål-/ärendetyper enligt utlänningslagen, dels vid vissa mål/ärenden enligt lagen om särskild utlänningskontroll. De aktuella beslutstyperna i respektive regelverk överlappar till stor del varandra, men det finns också vissa marginella avvikelser dem emellan. En schematisk uppställning – med särskilt fokus på utlänningslagens regler – ser ut som följer:²³⁵²

För det första kan ett offentligt biträde förordnas i mål/ärenden som kan utmynna i ett beslut om *avvisning* enligt utlänningslagen. Den så kallade ”huvudprincipen” att ingen skall kunna avlägsnas ur Sverige utan att ha erbjudits biträde är dock försedd med ett betydande undantag: Rätten till biträde omfattar inte sådana avvisningsärenden som handläggs av Polismyndigheten (så kallade ”direktavvisningar”). Har polisen beslutat att ta utlänningen i *förvar* finns det dock ett undantag från undantaget: Om så är fallet kan offentligt biträde förordnas, under förutsättning att utlänningen har hållits i förvar i minst tre dagar.²³⁵³ Vid Polismyndighetens handläggning är det således

²³⁵¹ Se prop. 1996/97:9 s. 240, där det i specialmotiveringen till ÄUtlL 11 kap. 8 § anförs att paragrafen har justerats i anledning av den nya lagtekniska lösningen (med en sektorsvis reglering av rätten till offentligt biträde), men att några sakliga ändringar inte har gjorts i övrigt i förhållande till ARhJL 41 §.

²³⁵² Se till det följande Wikrén & Sandesjö (Zeteo 2016) UtlL 18 kap. 1 § samt Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 213 ff.

²³⁵³ Reglerna om avvisning finns i UtlL 8 kap. Se härtill 18 kap. 1 § 1 st. 1 p.

frihetsberövandet (som följer med ett beslut om förvar) som motiverar förordnande av biträde – inte avvisningen som sådan.²³⁵⁴

Om en utlänning inte avvisas kan ett offentligt biträde, för det andra, förordnas om det sedermera blir aktuellt att istället *utvisa* vederbörande och detta oavsett om utvisningsbeslutet grundar sig på reglerna i utlänningslagen eller lagen om särskild utlänningskontroll.²³⁵⁵

För det tredje kan ett offentligt biträde förordnas vid *verkställighet* avseende beslut om avvisning eller utvisning, men endast under vissa förutsättningar. Vid verkställighet av beslut enligt utlänningslagen måste antingen ett beslut om *inhibition* ha meddelats eller en *ny prövning* ha beviljats.²³⁵⁶ Om verkställighet istället sker enligt lagen om särskild utlänningskontroll, gäller på motsvarande sätt att ett beslut om inhibition skall ha meddelats, alternativt att ett *tidsbegränsat uppehållstillstånd* har beviljats.²³⁵⁷ Enligt båda lagarna kan dessutom ett offentligt biträde, för det fjärde, förordnas ifråga om *förvar under verkställighetsstadiet* (så kallat ”verkställighetsförvar”²³⁵⁸), under förutsättning att utlänningen har hållits i förvar i minst tre dagar.²³⁵⁹ Beträffande andra former av förvar framstår rättsläget som förhållandevis oklart, och det går att notera en betydande glidning i Migrationsverkets inställning:

År 2010: ”Det framgår ... av bestämmelserna att lagstiftaren inte avsett ge rätt till offentligt biträde för alla som sitter i förvar. Bestämmelserna om offentligt biträde tangerar inte alla situationer i 10 kap. 1 § utlänningslagen när en utlänning kan placeras i förvar. I första stycket finns bestämmelser om förvar för att utreda en persons identitet när utlänningens rätt att resa in i eller vistas i Sverige inte kan bedömas ändå. Om den bestämmelsen utgör grund för förvaret finns ingen möjlighet att förordna om offentligt biträde i förvarsfrågan. Att det är fråga om en tvångsåtgärd torde alltså inte i sig ge rätt till offentligt biträde.”²³⁶⁰

År 2015: ”Frågan om offentligt biträde i andra fall där utlänningen hålls i förvar, såsom sannolika skäl för avvisning, id- eller utredningsförvar, regleras inte i utlänningslagen. Men även i dessa fall bör regeln om att förordna ett offentligt biträde efter tre dagar i förvar kunna tillämpas eftersom den sökande är frihetsberövad. En behovsprövning ska göras så snart som möjligt efter att beslutet om förvar har verkställts, dock senast efter tre dagar.”²³⁶¹

²³⁵⁴ Denna tredagarsgräns gäller generellt; se nedan. I 1980 års utlänningslag aktualiserades rätten till offentligt biträde först då utlänningen hållits i förvar i en vecka. I SOU 1985:4 s. 134 ff., samt sedermera i prop. 1987/88:73 s. 80 f., föreslogs en utvidgning av rätt till biträde vid förvar, som istället skulle inträda efter tre dagar. Att rättigheten inte inträder omedelbart motiverades av kostnadsskäl; tre dygns frihetsberövande utan biträde innebar ”en rimlig avvägning”.

²³⁵⁵ Se UtL 18 kap. 1 § 1 st. 2 p., m.h.t. 8 kap. 6 och 10 §§, samt 11 § 2 st., samt LSU 27 § 1 p.

²³⁵⁶ Se UtL 18 kap. 1 § 1 st. 3 p. och härtill prop. 2004/05:170 s. 239 samt prop. 2009/10:31 s. 287.

²³⁵⁷ Se LSU 27 § 3 p.

²³⁵⁸ Vid verkställighetsförvar finns det ett beslut om avvisning eller utvisning.

²³⁵⁹ Se UtL 18 kap. 1 § 1 st. 4 p., m.h.t. enligt 10 kap. 1 och 2 §§ samma lag, samt LSU 27 § 4 p.

²³⁶⁰ Se MV:s yttrande i MIG 2010:9.

²³⁶¹ Se Migrationsverket rättsliga kommentar (SR 37/2015), *Rättslig kommentar angående förordnande av offentligt biträde i asylärenden*, s. 4.

Utöver ovan nämnda beslutstyper kan ett offentligt biträde, för det femte, förordnas i mål/ärenden enligt utlänningslagens regler om *hemsändande* (enligt vilka en utlänningslag som är underkastad tvångsvård i vissa fall kan sändas hem),²³⁶² liksom för det sjätte vid beslut om *anmälningsplikt* eller vid tillämpning av *tvångsmedel* enligt lagen om särskild utlänningskontroll.²³⁶³

Sammantaget kan man därmed konstatera att rätten till offentligt biträde enligt punktlistan i utlänningslagens 18 kapitel 1 § knyter an till den målbild som tecknades i förarbetena under 1970-talet, där det konstaterades att ingen skall kunna avlägsnas ur riket utan att ha erbjudits rättsligt biträde. Idag sker ett sådant avlägsnande huvudsakligen – men inte uteslutande – genom beslut om avvisning eller utvisning,²³⁶⁴ vartill reglerna om offentligt biträde är starkt kopplade.²³⁶⁵ Att så är fallet blir förståeligt vid beaktande av att dagens system med offentliga biträden har utvecklats ur 1914 års lag angående förbud för vissa utlänningslag att här i riket vistas, som just reglerade under vilka förutsättningar icke önskvärda personer fick *visas ut ur landet*. Annorlunda uttryckt upptog den så kallade utvisningslagen endast bestämmelser om den ”individuella utlänningskontrollen”. Under denna aktuella perioden upprätthöll dock Sverige ett ”fritt folkutbyte” med andra länder, vilket i praktiken innebar att vem som helst fick *ta sig in i landet*; någon ”generell utlänningskontroll” förekom i princip inte.²³⁶⁶ Följaktligen fanns det inte heller något behov av juridiskt biträde för den som önskade ta sig till Sverige, eftersom det i princip inte fanns några rättsliga hinder häremot. Idag är förhållandena naturligtvis diametralt annorlunda.

5.5.2.3 Biträde åt den som (bl.a.) riskerar att inte kunna återförenas med sin familj

I det ovan sagda ligger egentligen den viktigaste avgränsningen av systemet med offentliga biträden enligt utlänningslagstiftningen. Rättsligt biträde ges till den som riskerar att *inte få stanna kvar i landet*, och en grundläggande förutsättning härför är förstås att vederbörande befinner sig i landet. Däremot ges inte rättsligt biträde till *den som befinner sig i utlandet*, men önskar komma till Sverige.²³⁶⁷ Det sagda ger vid handen att ett offentligt biträde som utgångspunkt inte kan förordnas i mål eller ärenden om exempelvis familjeåterförening, eftersom en ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning som huvudregel skall skickas till Migrationsverket

²³⁶² Se UtL 18 kap. 1 § 1 st. 5 p., m.h.t. 23 kap. 2 §.

²³⁶³ Se LSU 2 och 5 p.

²³⁶⁴ Med *avvisning* avses ett avlägsnande som beslutas av en förvaltningsmyndighet i första instans inom tre månader efter det att den första ansökan om uppehållstillstånd gjorts efter utlänningslagens ankomst till Sverige, medan *utvisning* betecknar avlägsnandebeslut som fattas efter denna tidpunkt; se UtL 8 kap. 5-6 §§ och härtill Wikrén & Sandesjö (Zetec 2016) UtL 8 kap.

²³⁶⁵ De kompletterande bestämmelser som finns avser i princip olika former av ingrepp i den sökandes rörelsefrihet under förfarandets gång, det vill säga innan ett slutligt beslut har fattats och sedermera verkställts (förvar resp. anmälningsplikt).

²³⁶⁶ Se redogörelsen för äldre rätt i inledningen till Wikrén & Sandesjö (Zetec 2016).

²³⁶⁷ Denna logik kommer även till uttryck i vissa regler som enligt sin ordalydelse endast gäller om sökanden befinner sig i Sverige; se 18 kap. 1 a § 1-2 st.

från utlandet.²³⁶⁸ Och befinner sig utlänningen redan i utlandet kan ju vederbörande inte avvisas eller utvisas från landet, och därmed inte heller beviljas offentligt biträde. Denna ordning har bland annat kritiserats av Röda korset,²³⁶⁹ liksom i ett flertal riksdagsmotioner, enligt följande exempel:

”Idag har den som ansöker om familjeåterförening inte rätt till offentligt biträde. De sökande ska utan rättshjälp ta sig genom en komplicerad process där varje avgörande kan få stora konsekvenser för dem personligen. Exempelvis kan migrationsmyndigheternas bedömning att de muntliga uppgifter de sökande lämnat inte är tillräckligt samstämmiga eller detaljrika leda till ett beslut att inte göra någon dna-analys. Det är därför rimligt att den som ansöker om familjeåterförening får rätt till offentligt biträde. Detta bör riksdagen som sin mening ge regeringen till känna.”²³⁷⁰

Några lagstiftningsåtgärder har emellertid inte vidtagits med anledningen av kritiken.

Sammantaget kan vi därmed konstatera en tydlig koppling mellan rätten till biträde och risken för avvisning/utvisning – en koppling som kan spåras tillbaka till 1914 års utvisningslag. Denna konstruktion medför, för det första, att personer som redan befinner sig utanför landet inte kan beviljas biträde, eftersom denna personkrets inte kan avlägsnas ur landet. Konstruktionen träffar dock även personer som, för det andra, visserligen befinner sig i landet men som ändå *inte riskerar att avvisas/utvisas*. Inte heller denna personkrets kan nämligen förordnas ett biträde enligt 18 kapitlet 1 § alldeles oavsett vad de riskerar – exempelvis att inte kunna återförenas med sin familj, vilket blir fallet när en utlänning har fått sin ansökan om uppehållstillstånd beviljad, men har fått avslag ifråga om flyktingstatus.²³⁷¹

Att ett offentligt biträde enligt svensk rätt inte kunde förordnas i mål om statusförklaring – trots att denna fråga kan vara synnerligen betydelsefull – ansågs dock inte förenligt med kraven i det ursprungliga asylprocedurdirektivet,²³⁷² där rätten till biträde har konstruerats på ett annat sätt. Enligt direktivet uppkommer nämligen en sådan rätt när beslutsmyndigheten *har fattat ett beslut som går den sökande emot*.²³⁷³ Den ifrågasatt diskrepansen mellan rätten till biträde enligt utlänningslagens 18

²³⁶⁸ Se UtlL 5 kap. 18 § 1 st., som stadgar att en utlänning som vill ha uppehållstillstånd i Sverige skall ha ansökt om och beviljats ett sådant tillstånd *före inresan i landet*, med tillägget att en ansökan om uppehållstillstånd *inte får bifallas* efter inresan. I andra stycket finns dock vissa undantag.

²³⁶⁹ Röda korset, *Vägen till familjeåterförening – Nulägesrapport från arbetet med att återförena splittrade flyktingfamiljer* (2012) s. 27: ”Kraven på samstämmighet är som vi ser tämligen långtgående. Samtidigt ser vi inte att kompletterande utredningar görs i någon större omfattning för att utreda uppgifter som ifrågasätts. Då sökanden inte beviljas rättshjälp, alltså inte får ett offentligt biträde som är fallet vid asylsökningar *riskerar rätts säkerheten att bli lidande*. [...] Mot bakgrund av den komplexitet som präglar rättsområdet och de konsekvenser som beslutet får för den enskilde borde offentligt biträde kunna förordnas.”

²³⁷⁰ Mot. 2013/14:Sf220. Motsvarande gäller om ansökan om uppehållstillstånd görs via en svensk ambassad. Detta förhållande har också kritiserats av enskilda riksdagsledamöter. Se exv. mot. 2014/15:82, där det anförs att rådande ordning ”är otillfredsställande eftersom det i vissa av dessa ärenden föreligger ett starkt behov av rättsligt biträde”.

²³⁷¹ Se härtill Wikrén & Sandesjö (Zeteo 2016) UtlL 18 kap. 1 a §.

²³⁷² Rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfarande för beviljande och återkallande av flyktingstatus.

²³⁷³ Rådets direktiv 2005/85/EG art. 15.2. Se även art. 38.3, där det framgår att en sökande som får ett beslut om återkallelse av flyktingstatus skall ha samma rätt till juridiskt bistånd enligt vad som följer av art. 15.2.

kapitel 1 § respektive asylprocedurdirektivet kommenterade regeringen i följande ordalag:

”Rätten till biträde är mer omfattande i svensk rätt än vad som föreskrivs i direktivet. Rätten till biträde i utlänningslagen gäller, till skillnad från den i direktivet, i alla instanser. Rätten till biträde i utlänningslagen är dock kopplad till frågan om avvisning eller utvisning medan direktivet tar sikte på förfarandet för att bevilja eller återkalla flyktingstatus. De svenska bestämmelserna utesluter inte att Migrationsverket kan avslå en ansökan om asyl utan att ha förordnat något offentligt biträde. Om migrationsdomstolen gör samma bedömning av biträdesbehovet får den enskilde inte heller något offentligt biträde hos domstolen. Rätten till biträde enligt direktivet gäller även om den beslutande myndigheten har beviljat sökanden uppehållstillstånd i de fall beslutet innebär ett avslag i fråga om flyktingstatus.”²³⁷⁴

Med denna motivering kompletterades utlänningslagens 18 kapitel med ett ytterligare lagrum (§ 1 a) år 2010, enligt vilken ett offentligt biträde numera kan förordnas dels beträffande beslut om statusförklaring, dels avseende Migrationsverkets beslut att inte bevilja ny prövning.²³⁷⁵ Till skillnad från 1 § omfattar dock 1 a § endast domstolarnas överprövning av Migrationsverkets beslut. Det sagda kan illustreras med ett exempel:

Sökanden från Syrien beviljas idag vanligtvis uppehållstillstånd såsom alternativt skyddsbehövande, vilket – sedan antagandet av lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (”begränsningslagen”) – bland annat innebär att de saknar rätt till familjeåterförening. Vid MV:s prövning förordnas sällan offentligt biträde, eftersom det anses vara uppenbart att ansökan om uppehållstillstånd kommer att bifallas. Vid besvär över statusförklaringen kan ett biträde inte heller förordnas enligt utlänningslagen 18 kap. 1 §, eftersom den sökande inte riskerar att avvisas/utvisas. Med tillämpning av 1 a § kan dock ett biträde numera förordnas hos migrationsdomstolen.

Att rätten till biträde på detta sätt har utvidgats till att också omfatta vissa personer som inte riskerar att avvisas/utvisas var tidigare av marginell betydelse, men är alltsedan antagandet av ”begränsningslagen” (2016:752) av stor vikt. Detta då ett antal centrala rättsverkningar numera är anknutna till den skyddsstatus som den sökande får, vilket således gör det motiverat att överklaga ett avslag ifråga om flyktingstatus.²³⁷⁶ För att ett offentligt biträde skall förordnas i samband med överklagan krävs det dock i praktiken att sökanden *begär biträde*, vilket i sin tur förutsätter att vederbörande *känner till* sin rätt till biträde. Så är naturligtvis inte alltid fallet – i synnerhet inte när sökanden, liksom i exemplet ovan, inte har haft tillgång till biträde vid Migrationsverkets prövning.

²³⁷⁴ Prop. 2009/10:31 s. 194.

²³⁷⁵ Detta dock, återigen, under förutsättning att utlänningslagen *befinner sig i Sverige*.

²³⁷⁶ Exv. längden på uppehållstillståndet och möjligheten till familjeåterförening.

5.5.2.4 Biträde åt den som riskerar att överföras enligt Dublinförordningen

Genom införandet av 1 a § i utlänningslagen i 8 kapitlet ansåg regeringen att svensk rätt uppfyllde EU-rättens krav på tillgång till rättsligt biträde. Detta skulle dock visa sig vara en felaktig slutsats. Även för den som både befinner sig i riket och riskerar att avlägsnas ur riket, är nämligen rätten till offentligt biträde försedd med betydande undantag. Ett sådant har jag redan berört, nämligen Polismyndighetens direktavvisningar (förutsatt att utläningen inte är satt i förvar). Härutöver var tidigare en mycket omfattande personkrets generellt undantagen från systemet med offentligt biträde, närmare bestämt personer som riskerade *överföring* enligt den så kallade Dublinförordningen. Till följd av europarättens utveckling har dock det sistnämnda undantaget luckrats upp en aning, vilket bäst låter sig illustreras med avstamp i Migrationsöverdomstolens dom i MIG 2008:7.

I det aktuella avgörande beslutade Migrationsöverdomstolen att entlediga ett offentligt biträde som hade förordnats av migrationsdomstolen i ett överklagat mål om överföring enligt den dåvarande Dublinförordningen²³⁷⁷ ("Dublin II"²³⁷⁸). Till stöd för beslutet anförde Migrationsöverdomstolen följande:

"i 8 kap. 1 § utlänningslagen innehåller en *uttömmande uppräknin*g av i vilka fall offentligt biträde kan förordnas i mål och ärenden enligt utlänningslagen. Med tillämpning av 1 kap. 9 § utlänningslagen ersätter – men likställs inte – ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen ett beslut om avvisning eller utvisning. Migrationsdomstolen förordnade den 25 september 2007 ett offentligt biträde för klaganden. Det saknas emellertid förutsättningar enligt 18 kap. 1 § utlänningslagen för en domstol att förordna offentligt biträde i mål om överföring enligt Dublinförordningen. Förordnandet av offentligt biträde i målet *saknar laga grund* och skall därför upphävas."

Av utlänningslagen 1 kapitlet 9 § framgår att vad som föreskrivs om avvisning och utvisning "i tillämpliga delar" gäller också för beslut om överföring enligt Dublinförordningen. Enligt Migrationsöverdomstolens äldre praxis var det dock "inte självklart" att alla regler i utlänningslagen avseende avvisning och utvisning var tillämpliga i ärenden som utmynnar i ett beslut om överföring enligt Dublin II.²³⁷⁹ Och när frågan sedermera uppkom huruvida bestämmelserna om offentligt biträde

²³⁷⁷ Rådets förordning (EG) nr 343/2003 av den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat

²³⁷⁸ Denna förordning ersatte Konvention rörande bestämmandet av den ansvariga staten för prövningen av en ansökan om asyl som framställdes i en av medlemsstaterna i de Europeiska gemenskaperna av den 15 juni 1990 ("Dublinkonventionen" eller "Dublin I").

²³⁷⁹ Se exv. MIG 2007:4: "Ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen ersätter ett beslut om avvisning eller utvisning från Sverige. Enligt 1 kap. 9 § utlänningslagen skall dock vad som föreskrivs om avvisning och utvisning i lagen gälla i tillämpliga delar också för beslut om överföring. Mot bakgrund av syftet med Dublinförordningen ... är det inte självklart att 13 kap. 1 § utlänningslagen är tillämplig i ärenden som utmynnar i ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen." Jfr även MIG 2008:32.

kunde tillämpas i ett ärende om överföring ansåg domstolen – i 2008 års avgörande – att svaret var nej; uppräknningen i 18 kapitlet 1 § betraktades som ”uttömmande”.

Efter att Migrationsöverdomstolen meddelat dom i MIG 2008:7 skedde en gradvis förskjutning av rättsläget. I avgörandet MIG 2010:9 kom nämligen domstolen till slutsatsen, att en rätt till offentligt biträde ”kan föreligga” för en utlänning *som har hållits i förvar i mer än tre dagar vid verkställighet av ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen*. Som framgått ovan gäller motsvarande enligt 18 kapitlet 1 § vid verkställighet av ett beslut om avvisning/utvisning. Omständigheterna var som följer:

MV beslutade att avvisa den sökandes (A:s) ansökan om arbets- och uppehållstillstånd samt att överföra honom till Grekland enligt Dublinförordningen. Dessutom beslutade MV dels att ta A i förvar med stöd av utlänningslagens regler i avvaktan på att beslutet verkställdes,²³⁸⁰ dels att avslå A:s begäran om offentligt biträde. Beslutet att inte förordna offentligt biträde motiverades på ett flertal grunder (som närmast kan beskrivas som en helgardering): (1) med hänvisning till att det enligt MiÖD:s praxis saknades laga grund att förordna offentligt biträde i ärenden avseende överföring enligt Dublinförordningen (och att A därför saknade rätt till biträde); (2) med hänvisning till att A saknade behov av biträde; samt (3) med hänvisning till det inte heller fanns några andra skäl att förordna ett biträde åt honom.

A anförde besvär över MV:s beslut att inte förordna ett offentligt biträde, varvid MD:n avslog överklagandet med hänvisning till MIG 2008:7. Enligt domstolen saknades det laga grund att förordna ett biträde, eftersom saken i målet inte förändrades av att A var tagen i förvar. MiÖD delade dock inte denna bedömning. Ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen var nämligen inte jämförbart med ett beslut om förvar vid verkställighet (av ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen):

”Det finns en betydelsefull skillnad mellan den process som leder till ett beslut om avvisning eller utvisning och den som leder till ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen, på så sätt att det i det senare fallet inte sker någon materiell prövning av sökandens asylskäl. Dublinförordningen syftar till att på ett tydligt och praktiskt genomförbart sätt fastställa vilken medlemsstat som är ansvarig för prövningen av en asylansökan. Ett beslut om förvar föregås, till skillnad mot ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen, av en materiell prövning av om de förutsättningar som anges i 10 kap. 1 § utlänningslagen är uppfyllda. Ett beslut om förvar innebär dessutom ett frihetsberövande, vilket för den enskilde utgör en ingripande åtgärd.”

Med hänvisning till att den enskilda befann sig i en särskilt utsatt situation ”ansåg” domstolen i 2010 års fall (till skillnad från 2008 års avgörande) att bestämmelsen i utlänningslagens 1 kap. 9 § ”under dessa omständigheter medför att det kan föreligga en rätt till offentligt biträde med stöd av 18 kap. 1 § första stycket 4 utlänningslagen,” enligt en sedvanlig behovsprövning.

²³⁸⁰ UtLL 10 kap. 1 § 2 st. 3 p. samt 3 st.

Några år senare antogs 2013 års omarbetade Dublinförordning²³⁸¹ ("Dublin III") som, i jämförelse med den äldre versionen, innefattar mer utvecklade rättssäkerhetsgarantier. Bland dessa märks en rätt att få beslut om överföring domstolsprövade,²³⁸² och vid denna prövning har klaganden en uttrycklig rätt till (kostnadsfritt) juridiskt biträde om vederbörande inte själv kan bekosta ett sådant.²³⁸³ Rättigheten är dock inte ovillkorlig utan får vägras om klaganden "saknar rimliga utsikter till framgång".²³⁸⁴

Genom antagandet av Dublin III-förordningen stod vi alltså inför en situation där det (enligt MIG 2008:7) saknades "laga grund" att förordna ett offentligt biträde vid överföringar enligt Dublin II-förordningen, men däremot fanns sådan grund (enligt MIG 2010:9) vid beslut om förvar vid verkställighet enligt samma förordning,²³⁸⁵ samtidigt som Dublin III-förordningen innehöll en uttrycklig rätt till biträde vid dublinöverföringar.

Antagandet av 2013 års förordning föranledde regeringen att, påföljande år, lägga fram propositionen 2013/14:197 om *ändringar i utlänningslagen med anledning av den omarbetade Dublinförordningens ikraftträdande*. Mot bakgrund av rubriken hade man kanske kunnat förvänta sig att denna proposition skulle innehålla just ändringar i utlänningslagen med anledning av den omarbetade Dublinförordningens ikraftträdande (exempelvis avseende reglerna om offentligt biträde), men så blev inte fallet. Propositionen medförde endast ändringar i två paragrafer i utlänningslagen: dels i 1 kapitlet 9 § (som i och för sig motiverades med hänvisning till den omarbetade Dublinförordningen); dels i 5 kapitlet 1 § (som istället motiverades med hänvisning till det omarbetade asylprocedurdirektivet). Antagandet av Dublin III-förordningen föranledde således *endast en lagändring*, och denna ändring var dessutom *rent redaktionell*:

²³⁸¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat.

²³⁸² Se Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 art. 27.1: "En sökande eller annan person som avses i artikel 18.1 c eller d ska ha rätt till ett effektivt rättsmedel, i form av överklagande eller omprövning i domstol".

²³⁸³ Detta biträde skall, enligt förordningen, "åtminstone inbegripa sammanställning av de handlingar som krävs inom ramen för förfarandet samt företrädande i domstol".

²³⁸⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 art. 27.5-6.

²³⁸⁵ MIG 2010:9 (som avsåg Dublin II-förordningen) får numera betraktas som obsolet beträffande frågan om förvar – och därmed även beträffande frågan om offentligt biträde vid förvar – enligt Dublin III-förordningen. I UM 9855-14 konstaterade nämligen MiÖD att reglerna om förvar i UtL 10 kap. inte är tillämpliga för personer som förvarstas inom ramen för ett dublinärende, eftersom Dublin III-förordningen numera innehåller regler om förvar som avviker från UtL. Enligt MV:s rättsliga kommentar (SR 37/2015) s. 4 medför detta att UtL reglerna om offentligt biträde inte heller kan tillämpas, eftersom dessa hänvisar direkt till reglerna om förvar i lagens 10 kap. Offentliga biträden skall därför, enligt samma ställningstagande (a. st.) förordnas med stöd av art. 28.4 i Dublinförordningen, som i sin tur hänvisar till reglerna om rättsligt biträde i art. 9.6 i det så kallade "Mottagandedirektivet" (Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/33/EU av den 26 juni 2013 om normer för mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd).

<i>1 kap. 9 § i dess tidigare lydelse:</i>	<i>1 kap. 9 § i dess nuvarande lydelse:</i>
<p>Vad som föreskrivs om avvisning och utvisning i denna lag gäller i tillämpliga delar också för beslut om överföring enligt rådets förordning (EG) nr 343/2003 av den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat (Dublinförordningen).</p>	<p>Det som föreskrivs om avvisning och utvisning i denna lag gäller i tillämpliga delar också för beslut om överföring enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat (omarbetning) (Dublinförordningen).</p>

Som framgått ovan hade tolkningen av ovanstående lagrum delvis legat till grund för utgången i både MIG 2008:7 och MIG 2010:9. Följaktligen hade regeringen kunnat komma tillrätta med den aktuella problematiken genom att – antingen i lagen eller dess förarbeten – klargöra om (och i så fall hur) det som föreskrivs om offentligt biträde vid avvisning, utvisning och förvar skall tillämpas vid beslut enligt den omarbetade Dublinförordningen. Något sådant klargörande kom dock inte.

Vilken betydelse som skall tillmätas den inledande ändringen från *vad* till *det* utvecklades inte i motiven. Inte heller diskuterade regeringen hur den nu uttryckliga rätten till biträde enligt Dublin III-förordningen skulle tillgodoses i svensk rätt.²³⁸⁶ Detta bristfälliga lagstiftningsarbete kom att kritiserats av migrationsdomstolarna, varvid Migrationsöverdomstolen ansåg sig föranlåten att själv justera sin tidigare praxis inom ramen för två avgöranden senare samma år (refererade som MIG 2014:29 I-II).

I det första avgörandet (MIG 2014:29 I) hade en sökande (A) ansökt om arbets- och uppehållstillstånd i Sverige och åberopat asylskäl. Under asylutredningen framkom att A tidigare hade vistats i Ungern. MV beslutade därför att dels avvisa A:s ansökan för att istället överföra honom till Ungern med hänvisning till Dublin III-förordningen; dels att avslå A:s begäran om offentligt biträde. Som skäl för det senare beslutet anförde verket:

”A:s ärende handläggs enligt Dublinförordningens bestämmelser. Av MiÖD:s avgörande MIG 2008:7 framgår att det saknas förutsättningar enligt 18 kap. 1 § utlänningslagen för en domstol att förordna offentligt biträde i mål om överföring enligt Dublinförordningen. Detta gäller enligt Migrationsverket också ärenden

²³⁸⁶ Motiven är knapphändiga. Specialmotiveringen (prop. 2013/14:197 s. 15) består i princip av en ordgrann återgivning av lagtexten: ”Av paragrafen följer att det som gäller för avvisning och utvisning i tillämpliga delar också gäller för beslut om överföring enligt Dublinförordningen. Övervägandena finns i avsnitt 7. Ändringen innebär att paragrafen hänvisar till den omarbetade Dublinförordningen istället för Dublinförordningen 343/2003. Bestämmelserna om avvisning och utvisning gäller därmed i tillämpliga delar för beslut om överföring enligt den omarbetade Dublinförordningen.” De s.k. ”övervägandena” i avsnitt 7 består dock endast av två meningar, och är således mer kortfattade än specialmotiveringen (a. prop. s. 13): ”Enligt 1 kap. 9 § UtlL gäller vad som föreskrivs om avvisning och utvisning i lagen i tillämpliga delar också för beslut om överföring enligt Dublinförordningen 343/2003. I och med att den omarbetade Dublinförordningen har börjat tillämpas bör 1 kap. 9 § UtlL i stället hänvisa till den förordningen.”

som handläggs av verket som första instans. Det saknas även förutsättningar enligt Dublinförordningen att förordna ett offentligt biträde för honom.”

A anförde besvär både över beslutet att överföra honom till Ungern och att inte förordna ett biträde åt honom. I sin dom konstaterade MD:n, inledningsvis, att MIG 2008:7 avsåg Dublin II-förordningen, medan A:s ansökan skulle prövas enligt Dublin III-förordningen. MiÖD:s tidigare praxis var därför inte ”direkt tillämplig”. Därefter anförde domstolen följande:

”Under de nu rådande förhållandena anser domstolen att Dublinförordningens regler om juridiskt biträde *äger direkt tillämplighet*. Av artikel 27.6 i Dublinförordningen följer en skyldighet för medlemsstaterna att, med vissa undantag, förordna om offentligt biträde när ett ärende handläggs enligt förordningen. Enligt migrationsdomstolens uppfattning ger förordningens ordalydelse inte något tydligt stöd för att rätten till bistånd skulle vara begränsad till endast ett överklagandeförfarande och således, i Sveriges fall, till prövningen i domstol. En sådan begränsning skulle inte heller vara ändamålsenlig med tanke på att prövningens tyngdpunkt ska ligga i första instans.”

MD:n tillade sedan att det ”naturligtvis varit önskvärt” att förändringarna i förordningen föranlett nödvändiga ändringar i utlänningslagstiftningen, men att den ”oklarhet som får anses råda” inte fick ”drabba enskilda”. Utrymmet att förordna biträde skulle därför inte tolkas restriktivt. Och med denna motiveringen fann domstolen att omständigheterna i målet var sådana, att A var ”berättigad till offentligt biträde” – dock inte enligt nationell rätt, utan på grundval av Dublin III-förordningen.

MV överklagade MD:ns dom till MiÖD, och vidhöll sin uppfattning att ett offentligt biträde inte kunde förordnas åt A. Visserligen avsåg MIG 2008:7 mål om överföringen enligt Dublin II-förordningen, men enligt MV ”borde [avgörandet] fortfarande vara tillämbart”. Detta eftersom

”... Migrationsöverdomstolen fann att ett beslut om överföring inte är att likställa med ett beslut om avvisning eller utvisning. Att det nu är fråga om en ny Dublinförordning borde inte ändra detta förhållande. Den ändring av 1 kap. 9 § utlänningslagen som träder i kraft den 1 augusti 2014 är dessutom enbart en redaktionell justering med anledning av den nuvarande Dublinförordningen och *reglerna för förordnande av offentligt biträde har inte ändrats*. Möjligheterna att förordna offentligt biträde med stöd av utlänningslagen saknas således fortfarande.”

Därefter diskuterade MV om det direkt av Dublin III-förordningen går att härleda en rätt till offentligt biträde. I denna del konstaterade verket att reglerna om rättsligt bistånd finns upptagna under rubriken ”Rättsmedel”, och därför i vart fall *inte omfattar prövningen i första instans*.

I det andra avgörandet (MIG 2014:29 II) var omständigheterna likartade:

En sökande (A) hade ansökt om uppehålls- och arbetsstillstånd, varvid MV fattade beslut om att överföra prövningen av hans ansökan till Tyskland. A anförde besvär

och yrkade inför MD:n att ett offentligt biträde skulle förordnas åt honom. Domstolen avslog A:s begäran, men huvudsakligen på den grunden att A *saknade behov* av biträde. A anförde på nytt besvär, och vidhöll sitt yrkande om offentligt biträde. Inför MiÖD intog MV – återigen med hänvisning till 2008 års avgörande – i princip samma inställning som i mål I:

”Migrationsöverdomstolen har i MIG 2008:7 uttalat att det saknas möjlighet att enligt 18 kap. utlänningslagen (2005:716) förordna ett offentligt biträde i mål om överföring enligt Dublinförordningen. Att det nu är fråga om en ny Dublinförordning torde inte ändra detta förhållande. Frågan blir därför om det direkt från Dublinförordningen kan härledas en rätt till offentligt biträde i ärende eller mål enligt förordningen. Reglerna i artikel 27 i Dublinförordningen är tillämpliga endast efter det att Migrationsverket skilt sig från ärendet. Migrationsverket kan därför inte förordna offentligt biträde i ärenden om överföring enligt Dublinförordningen.”

Huruvida det ur Dublin III-förordningen kan härledas en rätt till offentligt biträde *inför domstol* hade dock verket ”ingen särskild inställning” till.

Migrationsöverdomstolen upptog båda målen till avgörande, och konstaterade att Sverige – utöver den rent redaktionella ändringen i utlänningslagen 1 kapitlet 9 § – inte hade vidtagit några lagstiftningsåtgärder med anledning av den omarbetade Dublinförordningen, enligt vilken medlemsstaterna är skyldiga dels att tillhandahålla kostnadsfritt rättsligt bistånd i mål om överföring enligt förordningen, dels att fastställa förfaranden för detta i nationell rätt. Frågan i båda målen preciserades därefter enligt följande: Kan 18 kap. 1 § utlänningslagen tillämpas när det är fråga om en överföring enligt Dublinförordningen? Denna fråga besvarade domstolen jakande, men med viss kvalificering:

För det första konstaterade MiÖD en diskrepans mellan Dublin II och III. Den tidigare förordningen saknade regler om rättsligt bistånd och ”präglades mer av att förfarandet skulle vara enkelt”. I den omarbetade förordningen hade dock ”rätts-säkerhetsgarantierna utökats”, bl.a. genom att medlemsstaterna ålagts att tillhandahålla kostnadsfritt rättsligt bistånd. Med hänsyn till denna förändring ansåg domstolen att bestämmelsen om offentligt biträde i 18 kap. 1 § UtL, (jämförd med 1 kapitlet 9 §), ”måste kunna tillämpas” även i mål om överföring enligt Dublinförordningen.

För det andra konstaterade domstolen en diskrepans mellan Dublin III-förordningens rätt till biträde vid överföring och den rätt till biträde som följer av UtL ifråga om avvísning och utvisning. I enlighet med vad MV fört fram inför underinstanserna förutsätter nämligen förordningens regler om effektiva rättsmedel att det finns ett beslut om överföring, som således kan domstolsprövas. Detta till skillnad från utlänningslagens 18 kapitel 1 §, som även omfattar prövningen i första instans (från och med ”den tidpunkt då Migrationsverket börjar överväga att personen ska avvisas eller utvisas”). Trots att rätten till biträde enligt Dublin III därmed inträder vid ett senare stadium, menade dock domstolen att den svenska ordningen ”måste gälla” såväl vid överföring som vid avvísning och utvisning. I så måtto gick alltså domstolen

längre än vad som krävs enligt förordningen; en alternativ lösning hade förstås varit att begränsa rätten till biträde på samma sätt som enligt 1 a §, där avgränsningen till domstol – som framgått ovan – motiverades med hänvisning till att asylprocedurdirektivet inte heller ålägger medlemsstaterna en skyldighet att tillhandahålla biträde i första instans.

Sammanfattningsvis ansåg Migrationsöverdomstolen att utlänningslagens regler om offentligt biträde vid avvisning och utvisning ”måste” äga tillämpning även vid överföring enligt Dublin III-förordningen, och att denna rättighet ”måste” omfatta prövningen hos både Migrationsverket och Migrationsdomstol. Denna långtgående slutsats försågs dock med en lika långtgående begränsning, som domstolen formulerade på olika sätt i de två målen – beroende på om prövningen ankom på Migrationsverket (mål I) eller på migrationsdomstol (mål II):

<i>MIG 2014:29 I:</i>	<i>MIG 2014:29 II:</i>
I dessa ärenden bör det dock i första hand kunna förutsättas att behov av biträde saknas. Endast i undantagsfall bör det anses finnas ett sådant behov, t.ex. då det finns indikationer på att en överföring inte bör genomföras med hänsyn till förhållandena i mottagarlandet eller att det av annan anledning skulle vara olämpligt att genomföra en överföring. ²³⁸⁷	När frågan om behov av biträde enligt 18 kap. 1 § utlänningslagen prövas måste det ... kunna antas att det, i ett överklagat mål gällande överföring enligt Dublinförordningen, saknas behov av biträde om överklagandet bedöms sakna rimliga utsikter till framgång. ²³⁸⁸

Enligt utlänningslagens 18 kapitel 1 § skall biträdesbehovet presumeras; vid avvisning och utvisning skall offentligt biträde förordnas för den som åtgärden avser, *om det inte måste antas att behov av biträde saknas*. Enligt MIG 2014:29 skall denna bestämmelse ”tillämpas” även vid överföring enligt Dublin III-förordningen, men med den betydelsefulla skillnaden att det vanligtvis *kan förutsättas/antas att behov av biträde saknas*. Det sagda för oss osökt över på det sista problemkomplexet, nämligen behovsprövningen i de mål- och ärendetyper som omfattas av systemet.

5.5.2.5 Behovsprövningen

Utgångspunkten enligt utlänningslagen är att sökanden har rätt till offentligt biträde om det inte måste antas att behov av biträde saknas.²³⁸⁹ Som framgått ovan kan denna presumptionsregel spåras tillbaka till 1974 års Utlänningskommitté, som för första gången myntade ”huvudprincipen” att ingen skall kunna avlägsnas ur riket utan

²³⁸⁷ UM 5998-14.

²³⁸⁸ UM 3055-14.

²³⁸⁹ Ensamkommande barn har dock i vissa fall en absolut rätt till biträde. Enligt UtL 18 kap. 1 § 2-3 st. skall således offentligt biträde *alltid förordnas* i mål och ärenden enligt 1 st. 1-2 p. (avvisning resp. utvisning) för barn som har ansökt om uppehållstillstånd som flykting eller som annan skyddsbehövande, om barnet saknar vårdnadshavare här i landet, samt om ny prövning har beviljats barnet eller om barnet hålls i förvar. Enligt 18 kap. 2 § 2 st. gäller motsvarande i mål som rör överklagande av MV:s beslut i fråga om statusförklaring och beslut att inte bevilja ny prövning; om barnet befinner sig i Sverige och saknar vårdnadshavare skall i sådana fall ett offentligt biträde *alltid förordnas*.

att ha erbjudits bistånd av ett offentligt biträde.²³⁹⁰ Till dessa tankegångar anslöt sig sedermera 1975 års Rättshjälpsutredning,²³⁹¹ som förklarade att det av kommittén eftersträvade syftet kunde ”uppnås” genom att behovsprövningen ändrades på så vis, att offentligt biträde skulle förordnas *om det inte var obehövt*.²³⁹² På basis av dessa offentliga utredningar infördes presumtionsregeln i utlänningsärenden år 1978 – i samband med att 1954 års utlänningslag reformerades – varvid departementschefen bekräftade ”huvudprincipen” att ingen (med undantag för direktavvisningar enligt ovan) skall kunna avlägsnas ur riket utan att ha erbjudits bistånd av offentligt biträde.

En grundtanke bakom presumtionsregeln har varit att behovsrekvisitet lämpligen skall svara mot det ”faktiska biträdesbehovet”,²³⁹³ vad nu detta innebär. I mål och ärenden enligt utlänningslagstiftningen anses också den sökande ”mycket ofta” ha (ett faktiskt) behov av biträde, vilket således motiverar en presumtion, dels av effektivitetsskäl; dels eftersom en sådan presumtion verkar styrande på de beslutande myndigheterna.²³⁹⁴ Denna uppfattning har likaså, vid ett flertal tillfällen, bekräftats av departementschefen.²³⁹⁵ Även Migrationsöverdomstolen talar i termer av en ”presumtion” för biträde.²³⁹⁶

Mot denna bakgrund inställer sig dock frågan när den aktuella presumptionen kan brytas, eller annorlunda uttryckt, under vilka förutsättningar ett behov av biträde *inte* skall anses föreligga. Beträffande denna fråga anfördes följande i de ursprungliga förarbetena:

”Framstår det som *klart* att utlännen skall få stanna bör biträde inte utses. Förhållandena kan även annars *undantagsvis* vara sådana att något behov av biträde inte föreligger. I sådana fall skall biträde inte heller förordnas. Så kan vara fallet om det är *uppenbart* att någon grund för uppehållstillstånd inte föreligger och att hinder inte finns mot förpassning till hemlandet.”²³⁹⁷

²³⁹⁰ SOU 1977:28 s. 93.

²³⁹¹ SOU 1977:49 s. 231: ”Rättshjälpsutredningen ansluter sig i princip till de nu redovisade övervägandena från utlänningslagkommitténs sida. Även rättshjälpsutredningen anser således att förutsättningarna för att få offentligt biträde ... bör göras generösare.”

²³⁹² SOU 1977:49 s. 231.

²³⁹³ SOU 1985:4 s. 142.

²³⁹⁴ SOU 1985:4 s. 143.

²³⁹⁵ Se exv. prop. 1987/88:73 s. 84 (”Den nuvarande regeln återspeglar inom dessa områden väl det faktiska behovet.”) samt prop. 1988/89:86 s. 135 (”Presumtionsregeln i 42 § rättshjälpslagen kommer således fortfarande att avspegla det faktiska behovet.”).

²³⁹⁶ Se exv. MIG 2006:2, där MiÖD konstaterade att äldre förarbetsuttalanden alltjämt är vägledande: ”Det står emellertid klart att tanken fortfarande var att ett offentligt biträde borde förordnas i ett utlänningsärende, bl.a. om det var frågan om avvisning till hemlandet och detta inte var en stabil demokrati präglad av rättskultur i svensk mening (se prop. 1988/89:86 s. 135). Den nu gällande utlänningslagen har inte medfört några förändringar i detta avseende (se prop. 2004/05:170 s. 239).” Härefter hänvisade domstolen till ”presumtionen skall ha rätt till bistånd av ett offentligt biträde i ett mål där en fråga om utvisning aktualiseras”.

²³⁹⁷ Prop. 1977/78:90 s. 67.

I mångt och mycket återspeglar detta dagens rättsläge.²³⁹⁸ Den sökande skall således anses sakna behov av biträde endast om det är klart/uppenbart att ansökan antingen skall bifallas eller avslås/avvisas. Detta framgår numera också av Migrationsverkets egna rättsliga kommentar,²³⁹⁹ där det även ges ett antal exempel på sådana uppenbara fall.²⁴⁰⁰ Om det däremot råder tveksamhet i dessa frågor föreligger ett behov av – och därmed en rätt till – biträde. Det sagda ger vidare vid handen att ett förordnande regelmässigt skall ske redan vid ett tidigt stadium, eftersom det är just osäkerheten beträffande utgången som ger upphov till biträdesbehovet (och därmed rätten till offentligt biträde).

När ”huvudprincipen” formulerades på 1970-talet förklarade Utlänningskommittén, att ett erbjudande om offentligt biträde skall ges ”så snart man *börjar överväga* att han skall avlägsnas”,²⁴⁰¹ vilket naturligtvis markerar en mycket låg tröskel. I likhet med kommittén ansåg departementschefen, att ett sådant erbjudande skall ske ”så snart man *börjar sätta ifråga* om utlänningen skall avlägsnas”.²⁴⁰² Samma inställning har sedermera bekräftats i praxis; i MIG 2014:29 anförde exempelvis Migrationsöverdomstolen, att den enskilda ”anses ha rätt till offentligt biträde redan från den tidpunkt då Migrationsverket *börjar överväga* att personen ska avvisas eller utvisas”. Även Migrationsverkets rättsliga ställningstaganden ger uttryck för samma ståndpunkt – att ett offentligt biträde skall förordnas ”så snart *det finns omständigheter som innebär* att en utlänning kan komma att avvisas eller utvisas”.²⁴⁰³ Eller mer utvecklat:

”[D]et offentliga biträdet [har] en viktig roll i asylprocessen för att värna om rättssäkerheten. Det är viktigt för den asylsökande att få tillgång till ett offentligt biträde *så tidigt som möjligt* i processen. Det kan därför konstateras att tidpunkten för förordnande av offentligt biträde inträder så snart det finns omständigheter som kan komma att innebära att utlänningen avvisas eller utvisas. Vid denna tidpunkt *uppstår ett behov av offentligt biträde* och såvida inte något av undantagen är för handen ska den sökande erbjudas ett offentligt biträde.”²⁴⁰⁴

²³⁹⁸ När biträde förordnas i bl.a. mål om statusförklaring på grundval av UtlL 18 kap. 1 a § följer det redan av lagtextens ordalydelse att ett biträde skall förordnas ”om det inte är uppenbart att överklagandet inte kommer att bifallas”. Se härtill prop. 2009/10:31 s. 194 och prop. 2016/17:17 s. 54 f. Se även MiÖD:s avgörande i mål nr UM 2484-17, där domstolen fick anledning att uttala sig om uppenbarhetsrekvisitet. Domstolen konstaterade att detta rekvisit innebär att ”utrymmet för att avslå en begäran om offentligt biträde är mycket litet”, och anförde därefter följande: ”[K]ravet på att det ska vara uppenbart att ett överklagande inte kommer att bifallas ska tolkas så att det ska stå klart utan en närmare prövning i det enskilda fallet att det inte finns förutsättningar för att bevilja skyddsstatusförklaring. Några mer ingående överväganden av de skäl som åberopas ska inte behöva göras. När en mer individuell bedömning av skälen måste göras för att avgöra frågan om skyddsstatus kan det inte anses uppenbart att överklagandet kommer att avslås.”

²³⁹⁹ MV:s rättsliga kommentar (SR 37/2015) s. 2. Även när det undantagsvis framstår som uppenbart obehövt att förordna ett biträde skall det dock, enligt ifrågavarande kommentar (a. st.) uppmärksammas att omständigheterna i det enskilda fallet ändå kan motivera ett biträdesförordnande, exv. när ”låg ålder, psykisk ohälsa eller andra skäl påverkar den sökandes förmåga att ta tillvara sina rättigheter”.

²⁴⁰⁰ Se MV:s rättsliga kommentar (SR 37/2015) s. 3 ff., där följande exempel ges: ärenden där omedelbar verkställighet enligt UtlL 8 kap 19 § kan komma ifråga, ärenden där ansökan avvisas på formell grund med stöd av UtlL 5 kap. 1 b §, ärenden om överföring enligt Dublinförordningen.

²⁴⁰¹ SOU 1977:28 s. 93.

²⁴⁰² Prop. 1977/78:90 s. 67.

²⁴⁰³ MV:s rättsliga kommentar (SR 37/2015) s. 1.

²⁴⁰⁴ MV:s rättsliga kommentar (SR 37/2015) s. 2.

Osäkerheten beträffande utgången måste dock vara åtminstone någotsånär underbyggd. Att det vid ärendets anhängiggörande – innan några utredningsåtgärder har hunnit vidtas – är oviss hur ärendet skall sluta är en självklarhet, men knappast tillräckligt för att ett biträde skall förordnas. Tvärtom skall det finnas *omständigheter* i ärendet som ger upphov till tvivlet, vilket innebär att ”viss inledande utredning” måste tillåtas.²⁴⁰⁵

Med detta har jag försökt att – på en övergripande nivå – illustrera i vilka beslutstyper ett offentligt biträde kan förordnas enligt utlänningslagstiftningen, samt hur presumptionsregeln tolkas och tillämpas i dessa. Diskussionen hade naturligtvis kunnat fördjupas ytterligare, i synnerhet avseende behovsprövningen. Detta hade dock förutsatt betydligt mycket mer information – inte minst landinformation.²⁴⁰⁶ Att addera den typen av fakta till analysen vore dock att föra för långt. Istället nöjer jag mig här, och vad som därmed återstår att diskutera i nästkommande avsnitt är rätten till offentligt biträde vid beslut om tvångsvård.

5.5.3 Rätt till biträde enligt tvångsvårdslagstiftningen

I tvångsvårdsmål föreligger en rätt till offentligt biträde enligt särskilda regler i inte mindre än fyra olika lagar: lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga;²⁴⁰⁷ lagen om vård av missbrukare i vissa fall;²⁴⁰⁸ samt enligt lagarna (1991:1128 och 1991:1129) om psykiatrisk tvångsvård,²⁴⁰⁹ respektive rättspsykiatrisk vård.²⁴¹⁰ Dessa regelverk uppvisar både likheter och olikheter. Av utrymmesmässiga skäl skall jag dock behandla dem gemensamt inom ramen för kommande avsnitt.

5.5.3.1 Den rättsliga regleringen

Utvecklingen mot en ”modernare” syn på tvångsvård kan spåras tillbaka till Socialutredningens principbetänkande *Socialvården – mål och medel* (SOU 1974:39), som utgör ett intressant tidsdokument. I sitt betänkande skildrade utredningen ingående hur synen på samhällets socialvård successivt hade förändrats under 1950- och 60-talet,²⁴¹¹ vilket kom att påverka avvägningen mellan individens intresse av ”frihet” i relation till sociala normer, och samhällets intresse av ”social kontroll”. Den allmänna tongången kan illustreras genom ett citat ur betänkandet:

²⁴⁰⁵ MV:s rättsliga kommentar (SR 37/2015) s. 2.

²⁴⁰⁶ I relation till landet X kan exv. utgången betraktas som oviss, medan det är uppenbar att en ansökan kommer att bifallas i relation till länderna Y och Z, men avslås i relation till länderna Å, Ä och Ö. I det första fallet, men inte i det två senare, skall i så fall ett biträde förordnas.

²⁴⁰⁷ LVU 39 §. Av 2 st. framgår att ett gemensamt biträde skall förordnas för unga och dennas vårdnadshavare, om det inte finns motstridiga intressen mellan dem. Regelmässigt förordnas dock separata biträden.

²⁴⁰⁸ LVM 42 §.

²⁴⁰⁹ LPT 38 a §.

²⁴¹⁰ LRV 22 a §. Se till det följande Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 215 ff.

²⁴¹¹ Om utvecklingen; se exv. Björkman, Jenny, *Vård för samhällets bästa – debatten om tvångsvård i svensk lagstiftning 1850-1970* (2001) s. 270 ff.

”Det har framhållits att i ett pluralistiskt samhälle som det svenska kan eller bör en alltför hög grad av likformighet i värderingar och konventioner inte krävas. Detta innebär att toleransmarginalerna i fråga om ’avvikande beteenden’ måste vara relativt vida. Den sociala kontrollen från samhällets sida bör med hänsyn härtill inte drivas för långt. Särskilt bör man vara återhållsam med de former av social kontroll som uppfattas som ingrepp i och kränkning av den personliga integriteten.”²⁴¹²

Vid tidpunkten reglerades den så kallade sociala tvångsvården i barnavårdslagen respektive nykterhetsvårdslagen.²⁴¹³ Den sistnämnda lagen omfattade dock endast alkoholmissbrukare. Narkotikamissbruk betraktades således som en sjukdom, varför missbrukare av narkotika – liksom psykiskt sjuka – behandlades enligt sjukvårdslagstiftningen; i den mån tvång var påkallat föll båda dessa personkategorier under lagen om beredande av sluten psykiatrisk vård. Under den aktuella tidsperioden tilldrog sig dock samtliga dessa tvångsvårdslagar allt skarpare kritik, framförallt för deras paternalistiska – närmast auktoritära – prägel.²⁴¹⁴ Inte sällan karaktäriserades de som ”klass-” eller ”skamlagar”, som enbart riktade sig mot samhällets mest utsatta.²⁴¹⁵ Kritiken mot lagarna avspeglade såtillvida den dåvarande samhällskritiken.²⁴¹⁶

Mot denna bakgrund förordade Socialutredningen en helt ny inriktning på socialvården i allmänhet, och på tvångsvården i synnerhet. Dessa tankegångar konkretiserades sedermera i utredningens slutbetänkande *Socialtjänst och socialförsäkringstillägg* (SOU 1977:40) som – efter en omfattande remissbehandling²⁴¹⁷ – bildade grundvalen för 1980-talets stora socialtjänstreform.²⁴¹⁸ Genom denna reform kom ett antal lagar att ersättas av en enhetlig socialtjänstlag (1980:620), som sedermera ersattes av den nu gällande socialtjänstlagen (2001:453).²⁴¹⁹

Gemensamt för både 1980 och 2001 års socialtjänstlagar är att de helt saknar bestämmelser om tvångsvård. En grundläggande tanke bakom socialtjänstreformen var nämligen att *tydligt skilja frivilligheten från tvånget*,²⁴²⁰ vilket kan betraktas som ett utflöde av den behandlingsideologi som genomsyrade reformen.²⁴²¹ Inslaget av

²⁴¹² SOU 1974:39 s. 98 f. Jfr även SOU 1984:64 s. 149: ”Vår svenska tradition har ett snävt normalitetsbegrepp med en stram vakthållning mot det avvikande och bråkiga. Vår svenska myndighetstradition med dess starkt patriarkala inslag har färgat vår inställning till det annorlunda, främmande och okända. Traditionen av förmynderi ... var i praktiken ofta ett kontrollsystem. Handlingar som utåt verkar ha till syfte att hjälpa en människa som är sjuk kan i verkligheten stå för en önskan att få bort den som väcker oro. Det som ser ut som en humanitär åtgärd kan i praktiken vara dess motsats.”

²⁴¹³ För redogörelse över den äldre BvL och dess utveckling fram till dagens LVU; se Hollander (1985) s. 80 ff., Mattsson, Titti, *Barnet och rättsprocessen - rätts säkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård av barn* (2002) s. 41 ff. samt Singer, Anna, *Barnets bästa – om barnets rättsliga ställning i familj och samhälle* (2012) s. 189 ff. En motsvarande redogörelse över missbruksvårdens framväxt finns hos Gustafsson (2001) s. 25 ff. Den psykiatriska tvångsvårdens historia tecknas hos Grönwall, Lars & Holgersson, Leif, *Psykiatri, tvånget och lagen – en lagkommentar i historisk belysning* (2009) s. 13 ff.

²⁴¹⁴ Gustafsson (2001) s. 29.

²⁴¹⁵ Jfr SOU 1974:39 s. 99.

²⁴¹⁶ Björkman (2001) s. 242.

²⁴¹⁷ DsS 1975:15.

²⁴¹⁸ Se även DsS 1978:8.

²⁴¹⁹ Detta genom prop. 1979:80:1.

²⁴²⁰ Se t.ex. prop. 1979/80:1 s. 1, SOU 1977:40 s. 168 och härtill Gustafsson (2001) s. 32.

²⁴²¹ Ett annat utflöde av behandlingsideologin var att intresset av samhällsskydd inte längre ansågs kunna motivera tvångsvård; se exv. SOU 1977:40 s. 391. Om den s.k. ”samhällsskyddsaspekten” vid tvångsvård; se Hollander (1985) s. 23 ff. och vidare Mattsson (2002) s. 51 och 69 ff.

tvång skulle minimeras och den enskildas eget inflytande över sin behandling skulle maximeras.²⁴²²

Beträffande unga människor rådde det dock redan vid tidpunkten för socialtjänstreformens enighet om att kompletterande bestämmelser – som möjliggjorde tvångsvård när erforderligt samtycke saknades – var nödvändiga.²⁴²³ Av detta skäl antogs, inom ramen för samma lagstiftningsärende, lagen (1980:621) med särskilda bestämmelser om vård av unga, som efter viss omarbetning ersattes av den nu gällande lagen (1990:52) med samma namn.²⁴²⁴

Under vilka förutsättningar, och i vilka former, vuxna skulle kunna bli föremål för tvångsvård var mer kontroversiellt – så till den grad att regeringen inte fick riksdagens stöd för sitt förslag att komplettera lagen om beredande av sluten psykiatrisk vård med ytterligare bestämmelser avseende bland annat missbrukare. För att hantera situationen tillsattes därför ännu en offentlig utredning – benämnd Socialberedningen – med uppgift att snabbutreda hur tvångsvården av vuxna skulle utformas. Utredningens förslag, som presenterades i betänkandet *LVM* (SOU 1981:7), utmynnade i antagandet av lagen (1981:1243) om vård av missbrukare i vissa fall,²⁴²⁵ som sedermera ersattes av den nu gällande lagen (1988:870) med samma namn.²⁴²⁶

Vad slutligen avser psykiskt sjuka skulle det visa sig vara ännu svårare att komma bort ifrån gamla paternalistiska tankebanor och, i så hög utsträckning som möjligt, involvera den enskilda i sin egen behandling på frivillig basis.²⁴²⁷ Genom tilläggsdirektiv fick därför Socialberedningen i uppgift att också göra en översyn av lagen om beredande av sluten psykiatrisk vård, som var den enda kvarvarande ”resten” från tiden innan socialtjänstreformerna. År 1984 lade beredningen fram betänkandet *Psykiatrin, tvånget och rättssäkerheten* (SOU 1984:64), som låg till grund för antagandet av de alltjämt gällande lagarna (1991:1128 och 1991:1129) om psykiatrisk tvångsvård respektive rättspsykiatrisk vård.²⁴²⁸

Den som tar del av ovanstående offentliga utredningar, med efterföljande propositioner, finner vissa gemensamma nämnare. Genom socialtjänstreformerna lanserades nämligen idén om *helhetssyn*,²⁴²⁹ vilket innebar ett minskat fokus på den enskilda individens konkreta ”fel och brister” – såsom dessa manifesterade sig genom specifika försummelse – och ett ökat fokus på individens hela sociala kontext.²⁴³⁰

²⁴²² Se t.ex. SOU 1974:39 s. 99 ff. och SOU 1987:22 s. 195 ff. Se här till exv. Hollander (1985) s. 9, som konstaterar att antalet tvångsplaceringar av barn halverades efter socialtjänstreformerna, samtidigt som antalet frivilliga placeringar mer än fördubblades.

²⁴²³ SOU 1977:40 s. 388 f. och 420 ff. samt här till Hollander (1985) s. 160 m.h.t. DsS 1975:15 s. 382.

²⁴²⁴ Den sistnämnda lagen tillkom genom prop. 1989/90:28.

²⁴²⁵ Prop. 1981/82:8.

²⁴²⁶ Prop. 1987/88:147 och SOU 1987:22.

²⁴²⁷ Se SOU 1984:64 s. 135 ff. och här till Grönwall & Holgersson (2009) s. 34 ff.

²⁴²⁸ Prop. 1990/91:58. Efter sitt antagande har dock lagarna reviderats vid flera tillfällen; se exv. prop. 1994/95:194, SOU 1998:32 och prop. 1999/00:44.

²⁴²⁹ Att en helhetssyn skulle prägla socialvården slås fast redan på s. 1 i prop. 1979/80:1. Se även a. prop. s. 116: ”Socialutredningen söker i sitt principbetänkande konsekvent tillämpa en helhetssyn. Helhetssynen innebär enligt betänkandet att varje enskilt ärende skall bearbetas i alla sina aspekter och med insats av alla de resurser socialvården förfogar över. Även insatser från andra samhällsorgan skall initieras och samordnas. Helhetssynen innebär också en ökad uppmärksamhet på de miljöfaktorer som kan skapa sociala svårigheter.” Se till det sagda även Hollander (1985) s. 162 och Mattsson (2002) s. 51.

²⁴³⁰ Jfr exv. SOU 1974:39 s. 107 ff., SOU 1977:40 s. 168 och SOU 1984:64 s. 147.

För tvångsvårdens vidkommande medförde denna principiella omställning att de materiella förutsättningarna för tvångsvård gavs en *mindre precis utformning* än enligt de äldre lagarna, vilket dock ansågs medföra ”vissa komplikationer”. Med Socialutredningens ord:

”De grunder som utredningen förordar förutsätter för ett omhändertagande en helhetsbedömning i stället för kriterier av typen antal begångna fylleriförseelser. Det är emellertid med en sådan målsättning svårare att precisera grunderna för ingripande. Detta medför i sin tur viss risk för osäkerhet i tillämpningen av bestämmelserna. Bl.a. på grund härav bör *förfarandet* i ärenden av denna art vara noggrant reglerat.”²⁴³¹

De faror för rättssäkerheten som med nödvändighet följer av ”luddigare” vårdrekvisit ville man alltså kompensera genom *en mer rättssäker beslutsprocess*.²⁴³² Och för att skapa en sådan återkommer i princip alla utredningar och propositioner till tre faktorer: (1) att beslutsmakten skall förläggas hos en *domstol*; (2) att processen inför domstolen skall vara *kontradiktorisk* till sin struktur; samt (3) att den enskilda parten skall ha *tillgång till (offentligt) biträde*. Följande uttalande från Socialberedningen (angående tvångsvård av missbrukare) är illustrativt, och kan tjäna som en sammanfattning av det sagda:

”Enligt beredningens förslag skall frågan om att bereda någon vård med stöd av lagen prövas i en *tvåpartsprocess inför länsrätten*. Länsstyrelsen skall därvid utföra det allmännas talan. Den enskilde får den *nödvändiga juridiska hjälpen* genom att han garanteras rätt till offentligt biträde. Bakgrunden till detta beredningens förslag är att ett tvåpartsförfarande – som ju är regel vid allmän domstol – är ägnat att leda till en mera kritisk granskning av utredningsmaterialet och därigenom *ökad rättssäkerhet* för den enskilde. Det blir dessutom lättare för domstolen att sätta sig in i det ofta omfattande och komplicerade materialet och att dra egna slutsatser därav.”²⁴³³

5.5.3.2 Biträde vid beslut om att inleda tvångsvård, m.m.

Ovanstående tre komponenter fick med tiden fullt genomslag i alla tvångsvårdsmål. Som utgångspunkt är följaktligen tvångsvårdsprocessen idag utformad som ett *ansökningsförfarande*, där det allmänna (socialnämnden respektive chefsöverläkaren) har att ansöka om tvångsvård hos förvaltningsrätten.²⁴³⁴ I den mån det föreligger fara i dröjsmål kan förvisso socialnämnden fatta beslut om ett så kallat omedelbart omhändertagande av både unga och missbrukare, men om så sker säkerställs rätten

²⁴³¹ SOU 1974:39 s. 326. Se även exv. SoU 1979:80:44 s. 62 och direktiven till Socialberedningen (dir. 1980:45).

²⁴³² Jfr Hollander (1985) s. 25, som konstaterar att Socialutredningen kritiserades för sin alltför snäva förståelse av rättssäkerhet; med Hollanders ord reducerades rättssäkerheten till det ”formella planet” (domstolsprövning m.m.) medan de materiella förutsättningarna för ett ingripande gavs en oprecis utformning. Se även Mattsson (2002) s. 51 i och vid fn. 154.

²⁴³³ SOU 1981:7 s. 45 och härtill prop. 1981/82:8 s. 1, 77 och 100 samt Gustafsson (2001) s. 254.

Se även SOU 1977:40 s. 420 och 811 ff. och prop. 1979/80:1 del A s. 122 och 513 (ang. tvångsvård av unga) samt SOU 1984:64 s. 153 och prop. 1990/91:58 s. 161, 321 och 332 (ang. tvångsvård vid psykisk störning). Se även exv. SOU 2004:3 s. 146.

²⁴³⁴ LVM 11 § (se även 5 §), LVU 4 § och LPT 7 §.

till domstolsprövning genom ett efterföljande *underställningsförfarande*.²⁴³⁵ Såvitt avser människor som lider av en psykisk störning är ordningen något annorlunda; ett beslut om intagning kan fattas av chefsöverläkaren utan domstolsprövning, under förutsättning att det finns ett vårdintyg utfärdat (av en annan läkare).²⁴³⁶ Rätten till domstolsprövning tillgodoses dock dels genom att den enskilda har rätt att överklaga ett sådant beslut,²⁴³⁷ dels genom att chefsöverläkaren måste ansöka om medgivande till fortsatt vård, om patienten skall tvångsvårdas längre tid än fyra veckor.

Sammanfattningsvis kan ett tvångsvårdsmål anhängiggöras inför en förvaltningsdomstol på tre olika sätt: (1) genom *ansökan* hos domstol (LVM-/LVU-/LPT-mål); (2) genom att socialnämndens beslut om omedelbart omhändertagande *underställs* domstol (LVM-/LVU-mål); samt (3) genom att den enskilda överklagar chefsöverläkarens intagningsbeslut till domstol (LPT-mål). I samtliga dessa mål kan också offentligt biträde förordnas.²⁴³⁸ Vi kan därmed konstatera att den enskilda alltid kan förordnas ett biträde när domstolen har att pröva grundfrågan *om tvångsvård överhuvudtaget skall ske*. Däremot kan ett biträde inte alltid förordnas vid prövningen av om inledd tvångsvård skall upphöra. Till detta kommer att samtliga vårdlagar tillåter överklagan också av en rad andra beslut som kan fattas under pågående tvångsvård, och i sådana mål kan ett offentligt biträde inte heller alltid förordnas. Ställer man rätten till biträde i respektive lag i relation till dess överklaganderegler framträder således vissa intressanta skillnader, vilket jag skall utveckla i nästa avsnitt.

5.5.3.3 Biträde vid vissa beslut under (och efter) tvångsvård

Vad först gäller tvångsvård av missbrukare är rätten till biträde som mest restriktiv – en sådan rätt finns endast i ovanstående två situationer, det vill säga när socialnämnden antingen ansöker om eller underställer ett beslut om vård domstols prövning. Den enskildas klagorätt omfattar dock fler beslutstyper, som kan fattas under pågående vård, vilket kan illustreras enligt följande:

<i>Rätt till biträde:</i>	Offentligt biträde kan förordnas i mål angående: (1) beredande av vård (enligt 4 §) och (2) omedelbart omhändertagande (enligt 13 §). ²⁴³⁹
<i>Överklagbara beslut:</i>	Beslut av SIS får överklagas om beslutet: (1) gäller överflyttning eller avslag på begäran om utskrivning från ett LVM-hem (enligt 25 §); (2) innebär inskränkningar i särskilt fall av rätten för den som vistas i ett LVM-hem att föra telefonsamtal eller ta emot besök (enligt 33 a §); (3) gäller vård i enskildhet eller avskildhet (enligt 34 §); samt (4) gäller förstörande eller försäljning av egendom (enligt 36 §). ²⁴⁴⁰

²⁴³⁵ LVM 15 § och LVU 7 §.

²⁴³⁶ LPT 6 b §. Att ett sådant beslut inte får fattas utan att ett vårdintyg har utfärdats följer av 4 §.

²⁴³⁷ LPT 32 §. Det sagda gäller vård enligt LPT. Eftersom rättspsykiatrisk vård enligt LRV utgör en brottspåföljd tillgodoses rätten till domstolsprövning (och rätten till biträde) enligt sedvanliga straffprocessuella regler; jfr LRV 1 och 3 §§.

²⁴³⁸ LVM 42 §, LVU 39 § och LPT 38 a §.

Av uppställningen ovan framgår att ett antal beslut har betraktats som *så pass ingripande* att den enskilda har tillerkänts klagorätt, men inte som *tillräckligt ingripande* för att ett offentligt biträde skall kunna förordnas för att bistå den enskilda vid överklagandet, trots att vederbörande är frihetsberövad vid tidpunkten för besluten och därmed torde ha särskilt svårt att tillvarata sitt intresse. Av dessa kan särskilt noteras punkten 1 (avslag på begäran om utskrivning från ett LVM-hem) samt punkten 3 (beslut om vård i ”enskildhet”, som innebär att den intagna hindras från att träffa andra).

Vid tvångsvård av unga är situationen densamma som vid tvångsvård av missbrukare, såtillvida att rätten till offentligt biträde inte omfattar alla överklagbara beslut. Jämfört med missbrukare kan dock biträde förordnas åt den unga (och dennas vårdnadshavare) vid betydligt fler beslutstyper:

Rätt till biträde:

Offentligt biträde kan förordnas i mål (eller ärende) angående: (1) beredande av vård (enligt 2 eller 3 §§); (2) omedelbart omhändertagande (enligt 6 §); (3) upphörande av vård (enligt 21 §); (4) flyttningsförbud (enligt 24 §) eller upphörande av flyttningsförbud (enligt 26 §); samt (5) vid överklagande av nämndens beslut i fråga om att flytta den unga från det hem där han eller hon vistas (jfr 41 § 1 st. 1 p.).²⁴⁴¹

Överklagbara beslut:

Beslut av socialnämnd får överklagas när nämnden har: (1) beslutat om var vården av den unga ska inledas eller beslutat i fråga om att flytta den unga från det hem där vederbörande vistas (jfr 11 §); (2) beslutat i fråga om fortsatt vård med stöd av lagen (jfr 11 och 21 §§); (3) beslutat om umgänge eller att den ungas vistelseort inte ska röjas (enligt 14 §); (4) beslutat om förebyggande insatser (enligt 22 §) eller prövat om ett sådant beslut ska upphöra att gälla; samt (5) beslutat i fråga om fortsatt flyttningsförbud (jfr 26 §) samt beslutat om umgänge i samband med flyttningsförbud (enligt 31 §).²⁴⁴² Dessutom får beslut av SIS överklagas, om beslutet: (1) innebär inskränkningar i särskilt fall av rätten för den som vistas i hemmet att (enligt 15 a §) föra telefonsamtal eller ta emot besök; (2) gäller vård i enskildhet eller avskildhet (enligt 15 b-c §§); eller (3) avser förstörande eller försäljning av egendom (enligt 20 §).²⁴⁴³

Till skillnad från missbrukaren har som synes den unga/den ungas vårdnadshavare rätt till offentligt biträde i tre situationer utöver socialnämndens initiala ansökan/underställning. Sålunda kan ett biträde, för det första, förordnas i ett mål angående *upphörande av vård* enligt 21 §. Denna skillnad mellan vårdlagarna får dock sin förklaring om vi ställer aktuellt lagrum i relation till dess motsvarighet i lagen om vård av missbrukare i vissa fall. Av dessa lagrum framgår nämligen att tvångsvård av

²⁴³⁹ LVM 42 §.

²⁴⁴⁰ LVM 44 §. Härfter anger lagrummet vilka beslut som inte får överklagas: ”*Andra beslut enligt denna lag av Statens institutionsstyrelse får inte överklagas. Beslut om läkarundersökning enligt 9 § eller 11 § tredje stycket får inte överklagas. Beslut om omhändertagande enligt 13 § första eller andra stycket får inte överklagas.*”

²⁴⁴¹ LVU 39 §.

²⁴⁴² Av LVU 41 § 2 st. framgår att övriga nämndbeslut inte får överklagas.

²⁴⁴³ LVU 41-42 §§. Jfr Mattsson (2002) s. 178.

missbrukare skall upphöra senast när den har pågått i sex månader.²⁴⁴⁴ I den mån vårdbehovet kvarstår efter denna vårdtid måste således socialnämnden på nytt ansöka om tvångsvård, och som framgått av föregående avsnitt har den enskilda rätt till biträde vid en sådan ansökan. Vad gäller barn och unga skall istället vården fortgå till dess den inte längre behövs, med den enda begränsning som följer av att den unga inte skall ha uppnått en viss ålder.²⁴⁴⁵ Följaktligen har det ansetts motiverat att möjliggöra överklagan av ett beslut att inte upphöra med redan inledd vård.

För det andra kan ett offentligt biträde förordnas i mål avseende så kallade *flyttningsförbud* enligt lagens 24 § (samt i mål avseende upphörande av flyttningsförbud enligt 26 §),²⁴⁴⁶ vilket har sin förklaring i att ett sådant förbud anses vara jämförbart med ett beslut om tvångsvård, eftersom det i praktiken får ungefär samma konsekvenser.²⁴⁴⁷ Med departementschefens ord:

”Reglerna om flyttningsförbud skall enligt mitt förslag flyttas från socialtjänstlagen till LVU. Anledningen till detta är att ett flyttningsförbud bör betraktas som en tvångsåtgärd gentemot föräldrar och barn av samma karaktär som ett beslut om vård enligt LVU. För många föräldrar framstår det som obegripligt att de – sedan nämnden har funnit att förutsättningar för vård inte längre finns – kan mötas av ett flyttningsförbud som till sina verkningar kan upplevas som ett beslut om tvångsvård men med ett begränsat rättsskydd. Jag har bl.a. *av rättssäkerhetsskäl* föreslagit att prövningen av en fråga om flyttningsförbud läggs på länsrätten. Därmed underkastas sådana åtgärder samma prövning som en ansökan om vård. Det finns för närvarande inga möjligheter att förordna offentligt biträde vid prövning av fråga om flyttningsförbud. Jag anser med hänvisning till det sagda att *starka skäl* talar för att en sådan möjlighet öppnas. Jag föreslår därför att rättshjälp genom offentligt biträde skall kunna beviljas även när socialnämnden har ansökt om ett flyttningsförbud.”²⁴⁴⁸

Slutligen kan ett biträde, för det tredje, förordnas vid överklagande av nämndens beslut i fråga om att flytta den unga från det hem där vederbörande vistas. I likhet med missbrukare omfattar dock rätten till offentligt biträde inte alla överklagbara

²⁴⁴⁴ Se LVM 20 §: ”Tvångsvården skall upphöra så snart syftet med vården är uppnått och senast när vården har pågått i sex månader (vårdtid).”

²⁴⁴⁵ Se LVU 21 §: ”När vård med stöd av denna lag inte längre behövs, skall socialnämnden besluta att vården skall upphöra. [...] Vård som har beslutats med stöd av 2 § skall upphöra senast när den unge fyller 18 år. Vård som har beslutats med stöd av 3 § skall upphöra senast när den unge fyller 21 år.” Jfr dock LVU 3 §, där det framgår att nämnden vid tvångsvård enligt 2 § en gång var sjätte månad skall överväga om vård enligt lagen fortfarande behövs, och vid vård enligt 3 § inom sex månader från dagen för verkställighet av vårdbeslutet skall pröva om vård med stöd av lagen skall upphöra samt därefter fortlöpande prövas frågan var sjätte månad.

²⁴⁴⁶ Om dessa former av tvångsringripanden; se exv. Singer (2012) s. 224 ff.

²⁴⁴⁷ Ett flyttningsförbud – som meddelas av FR:n efter ansökan från socialnämnden – innebär att vårdnadshavarna för viss tid eller tills vidare förbjuds att flytta den unga från ett familjehem där denna vistas. En sådan ansökan kan aktualiseras om föräldrarna vill avbryta en familjehemsplacering som de initialt har samtyckt till, men också när tidigare beslutad tvångsvård skall upphöra därför att det inte längre finns behov av vård; jfr RÅ 1988 ref. 79. Trots att det inte finns skäl för fortsatt tvångsvård kan det således, med hänsyn till barnets bästa, finnas skäl att ändå inte återföra barnen till föräldrarna. Se till det sagda prop. 1989/90:28 s. 81 f.

²⁴⁴⁸ Prop. 1989/90:28 s. 89. Se även specialmotiveringen på s. 133.

beslutstyper,²⁴⁴⁹ vilket kan illustreras med ett konkret exempel: så kallad *umgängesbegränsning* enligt 14 §.²⁴⁵⁰

Vid tvångsvård har socialnämnden ett ansvar för att den ungas behov av umgänge med sina föräldrar så långt möjligt tillgodoses under vårdtiden.²⁴⁵¹ Utgångspunkten är att nämnden i samråd med föräldrarna skall komma överens om en umgängesplan,²⁴⁵² men det finns ingen skyldighet för föräldrarna att acceptera en sådan plan.²⁴⁵³ I den mån en överenskommelse inte kan träffas har nämnden att fatta ett formellt beslut om hur umgängesrätten skall utövas,²⁴⁵⁴ varvid begränsningarna i umgänget tydligt skall anges.²⁴⁵⁵ Utöver att ange var och när det reguljära umgänget skall utövas kan ett sådant beslut även reglera utrymmet för brev- och telefonkontakter,²⁴⁵⁶ och umgänget kan förenas med villkor (exempelvis att det skall ske i närvaro av en utomstående person, eller att föräldrarna skall kommunicera med sitt barn på svenska²⁴⁵⁷). Att nämnden på detta vis får begränsa umgänget har i praxis tolkats som att nämnden har rätt att begränsa umgänget *helt och hållet*,²⁴⁵⁸ varvid umgängesbegränsningen förvandlas till ett *umgängesförbud* som således kan omfatta alla former av umgänge, och dessutom gälla tills vidare. Vanligtvis kombineras ett sådant beslut dessutom med ett beslut att inte berätta var den unga befinner sig.²⁴⁵⁹

Om socialnämnden finner att ett umgängesförbud är ”nödvändigt med hänsyn till ändamålet med vården” kan således en förälder och ett barn *tills vidare* helt förvägras att träffa, eller på något annat sätt kommunicera med, varandra.²⁴⁶⁰ Ett sådant beslut får naturligtvis betraktas som oerhört ingripande, vilket förklarar varför beslutet är överklagbart.²⁴⁶¹ Av uppställningen ovan följer dock att offentligt biträde *inte* kan förordnas, vilket i praktiken medför att den unga (och dennas vårdnadshavare) får föra sin egen talan. För barnet medför detta naturligtvis att överklaganderätten blir rent illusorisk.²⁴⁶² Mot denna bakgrund har både BO och Utredningen om tvångsvård

²⁴⁴⁹ Jfr Mattsson (2002) s. 178 fn. 625.

²⁴⁵⁰ Om den unga istället vistas på ett så kallat § 12-hem har SIS enligt LVU 15 a § ett motsvarande mandat att reglera om och i vilken utsträckning den unga får ta emot besök, telefonsamtal och brev. I redogörelsen som följer utgår jag ifrån att föräldrarna är vårdnadshavare. Om så ej är fallet gäller delvis andra regler.

²⁴⁵¹ LVU 14 § 1 st. Umgängesrätten har också stöd i BK art. 9 p. 3, som i sin tur återspeglas i SoL 6 kap. 1 § 3 st. Om umgängesbegränsning; se vidare Singer (2012)s. 236 f.

²⁴⁵² Se exv. SOSFS 1997:15 s. 71 samt Socialstyrelsens handbok om socialnämndens ansvar och uppgifter (2012), *Barn och unga i familjehem och HVB*, s. 144 f.

²⁴⁵³ SOU 2015:71 s. 540.

²⁴⁵⁴ Se LVU 14 § 2 st. 1 p., som stadgar att nämnden *om det är nödvändigt med hänsyn till ändamålet med vården* får besluta hur den ungas umgänge med vårdnadshavare skall utövas, samt härtill SOU 2015:71 s. 540.

²⁴⁵⁵ Jfr JO dnr 5230-2012 och dnr 3177-2015

²⁴⁵⁶ SOSFS 1997:15 s. 73 och JO dnr 413-2009.

²⁴⁵⁷ Jfr JO dnr 4505-1994.

²⁴⁵⁸ RÅ 1990 ref. 97.

²⁴⁵⁹ LVU 14 § 2 st. 2 p. och härtill SoS:s handbok (2012) s. 145 f.

²⁴⁶⁰ LVU 14 § 2 st.

²⁴⁶¹ Se 41 § 1 st. 3 p. (ang. beslut av socialnämnden) och 42 § 1 st. 1 p. (ang. beslut av SIS). Se härtill prop. 1979/80:1 s. 506.

²⁴⁶² Vilket BO har noterat i följande ordalag: ”Umgänge med vårdnadshavare och föräldrar under den tiden barnet är placerat är en grundläggande mänsklig rättighet för barnet. Det är av yttersta vikt att barnet har möjlighet att överklaga inskränkningar i denna rättighet och tillgången till ett offentligt biträde i sådana situationer är en förutsättning för att barnet ska ha *reella möjligheter* att ifrågasätta en umgängesbegränsning. Se BO:s remissyttrande över SOU 2015:71 (S2015/04694/FST), dnr 3.9:0539/1.

för barn och unga förespråkat att rätten till offentligt biträde skall utvidgas till att också omfatta beslut om just umgängesbegränsning (samt vid hemlighållande av barnets vistelseort).²⁴⁶³ Några lagstiftningsåtgärder har dock ännu inte vidtagits.

Vad slutligen gäller personer som lider av en psykisk störning är förhållandena snarlika dem vid tvångsvård av barn; biträde kan förordnas vid fler beslutstyper än det initiala tvångsvårdsbeslutet, men inte vid alla överklagbara beslut enligt respektive lag:

<i>Rätt till biträde:</i>	Offentligt biträde kan förordnas om målet gäller: (1) överklagan av chefsöverläkarens beslut om intagning för tvångsvård (enligt 6 b, 11 eller 14 §§); (2) medgivande till fortsatt tvångsvård (enligt 7, 9, 12 eller 14 §§), (3) beslut om slutna psykiatrisk tvångsvård (enligt 26 a §); (4) avslag på en begäran om att tvångsvården ska upphöra; (5) beslut om inskränkningar i rätten att använda elektroniska kommunikationstjänster (enligt 20 a §); samt (6) beslut om övervakning av patientens försändelser (enligt 22 a §). ²⁴⁶⁴
<i>Överklagbara beslut:</i>	Den enskilda får överklaga chefsöverläkarens beslut: (1) om intagning för tvångsvård (enligt 6 b, 11 eller 14 §§, varvid överklagandet skall anses innefatta även en begäran om att tvångsvården skall upphöra); (2) att en patient som ges öppen psykiatrisk tvångsvård åter ska ges slutna psykiatrisk tvångsvård enligt (enligt 26 a §, varvid överklagandet skall anses innefatta en begäran om att den slutna psykiatriska tvångsvården ska upphöra); (3) att inskränka en patients rätt att använda elektroniska kommunikationstjänster (enligt 20 a §); (4) att övervaka patientens försändelser (enligt 22 a §); (5) att avslå patientens begäran om att tvångsvården ska upphöra; (6) att förstöra eller försälja viss egendom (enligt 24 §); (7) att avslå patientens begäran om tillstånd att vistas utanför vårdinrättningens område eller meddelande av villkor i samband med en sådan vistelse (enligt 25 §); (8) att återkalla ett tillstånd att vistas utanför vårdinrättningens område (enligt 25 § 3 st.); samt (9) om villkor i samband med öppen psykiatrisk tvångsvård (enligt 26 § 2 och 3 st.). ²⁴⁶⁵

Som framgår av tabellen ovan kan ett flertal beslut överklagas, utan att det finns någon tydlig koppling till reglerna om offentligt biträde; ibland kan biträde förordnas,

²⁴⁶³ SOU 2015:71 s. 559 och BO:s remissyttrande dnr 3.9:0539/1. Se även a. SOU s. 462: "Yrkesverksamma inom socialtjänsten och offentliga biträden har framfört till utredningen att barn och föräldrar även bör ha rätt till offentligt biträde vid mål om umgängesbegränsningar. Umgängesbegränsningar är mycket ingripande för såväl barn som föräldrar och därför finns behov av juridiskt biträde även i dessa mål." Samma uppfattning på s. 544: "Advokater med erfarenhet av uppdrag som offentligt biträde har framfört till utredningen att det är otillfredsställande ur rättssäkerhetssynpunkt att vårdnadshavare och barn inte har rätt till offentligt biträde i ärenden om umgängesbegränsning."

²⁴⁶⁴ LPT 38 a §.

²⁴⁶⁵ LPT 32-33 §§ (p. 1-4 kan utläsas ur LPT 32 §, medan p. 5-9 kan utläsas ur 33 §).

ibland inte.²⁴⁶⁶ Ställer man regelverket i relation till tvångsvård av barn uppstår också vissa frågor, som jag strax skall återkomma till.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att ett offentligt biträde alltid kan förordnas när en enskild riskerar att berövas friheten genom tvångsvård. När ett vårdsbeslut väl föreligger kan dock ett offentligt biträde inte alltid förordnas, exempelvis i samband med överklagan av olika beslut under pågående tvångsvård. Följaktligen finns det skäl att skilja huvudfrågan (om tvångsvård alls skall beslutas), från efterföljande frågor (som närmast tycks betraktas som ”verkställighetsfrågor” inom ramen för den beslutade vården). Det sagda kan möjligen liknas med vad som gäller inom straffprocessen, där den enskilda kan förordnas biträde vid domstolens prövning av skuldfrågan (genom systemet med offentliga försvarare), men därefter – vid fällande dom – i princip saknar rätt till (offentligt) biträde under verkställigheten av straffet.²⁴⁶⁷ Detta trots att så gott som samtliga beslut enligt exempelvis fängelselagen (2010:610) får överklagas genom förvaltningsbesvär.²⁴⁶⁸ Denna principiella inställning sammanfattas väl av departementschefen, i följande uttalande:

”Kriminalvård kan ej komma till stånd utan ett *grundläggande beslut* av allmän domstol. Den enskildes behov av biträde är i detta sammanhang väl tillgodosett genom reglerna i RB om offentlig försvarare. Som huvudregel gäller vidare att beslut av domstol är erforderligt för att påföljd skall kunna förändras och även härvid kan offentlig försvarare utses. De *verkställighetsfrågor* som hör samman med de av domstol beslutade påföljderna prövas däremot i administrativ ordning ...”²⁴⁶⁹

Som departementschefen därefter konstaterade kan det dock ”inte förnekas att den administrativa handläggningen i många situationer innefattar beslut som är av

²⁴⁶⁶ Situationen är densamma vid *rättspsykiatrisk vård* enligt LRV. Enligt 18 § får beslut av chefsöverläkaren överklagas, om beslutet innebär (1) intagning för sluten rättspsykiatrisk vård (enligt 3 c eller 3 d §), (2) intagning för rättspsykiatrisk vård (enligt 5 § varvid överklagandet ska anses innefatta en begäran om att vården ska upphöra), (3) avslag på en begäran om att den rättspsykiatriska vården ska upphöra (i fall som avses i 13 eller 15 §), (4) avslag på en begäran om tillstånd att vistas utanför vårdinrättningens område (i fall som avses i 9 § eller 10 § 4 st. 1 mening) eller meddelande av villkor i samband med en sådan vistelse, (5) återkallelse av tillstånd att vistas utanför vårdinrättningens område (enligt 9 § eller 10 § 4 st. tredje mening), (6) förordnande om förstöring eller försäljning av egendom (enligt 8 §), (7) inskränkning i rätten att använda elektroniska kommunikationstjänster (enligt 8 §), (9) övervakning av försändelser (enligt 8 §), samt (9) meddelande av villkor i samband med öppen rättspsykiatrisk vård (enligt 12 a § 3 st. eller 16 a § 4 st.). Patienten får också, enligt 19 §, överklaga Kriminalvårdens respektive SIS:s beslut enligt 8 § 2 st., 10 b §, 11 a § och 11 b §. Ett biträde kan dock, enligt 22 a §, bara förordnas om målet gäller (1) medgivande till fortsatt vård (enligt 3 c eller 12 a §), (2) upphörande av vård (enligt 16 a §), (3) överklagande av beslut enligt 18 § 1 st. 1, 2, 3, 7 eller 8 p., samt tillstånd eller återkallelse av tillstånd att vistas utanför vårdinrättningens område.

²⁴⁶⁷ Ett offentligt biträde kan endast förordnas i ärende om förverkande av villkorligt medgiven frihet (enligt BrB 37 kap. 9 § m.h.t. 26 kap. samma lag), samt enligt 36 § lagen (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m., resp. 27 § lagen (1972:260) om internationellt samarbete rörande verkställighet av brottmålsdom.

²⁴⁶⁸ Se fängelselagen 14 kap.

²⁴⁶⁹ Prop. 1972:132 s. 182. Samma resonemang i prop. 1981/82:8 s. 128: ”De tre typer av mål i vilka jag har funnit det motiverat att föreslå möjlighet till rättshjälp genom offentligt biträde avser alla prövning om ett på det allmänna vägnar yrkat *frihetsberövande över huvud skall komma till stånd* eller – i det sista fallet – förlängas. De av lagrådet föreslagna tilläggen har inte samma karaktär. Överflyttningsfallen är närmast att se som *frågor om vårdens utformning* i det enskilda fallet. Utskrivningsärendena har också – sedan väl vårdbehovet har fastslagits och med hänsyn till de korta vårdtider som lagen avser – närmast denna karaktär. De frågor som kan komma upp i dessa ärendetyper är såvitt kan bedömas knappast av den beskaffenhet att juridiskt biträde är påkallat. Jag är därför inte beredd att föreslå en utvidgning av rätten till biträde ...”

ingripande betydelse” för den enskilda.²⁴⁷⁰ Med denna motivering infördes också en rätt till offentligt biträde bland annat vid förverkande av villkorligt medgiven frihet, och enligt samma tankegångar har den enskilda i vissa fall rätt till biträde även under pågående tvångsvård enligt vad jag har redogjort för i detta avsnitt. Enligt min mening framstår det dock som tämligen slumpartat i vilka situationer ett biträde kan respektive inte kan förordnas, efter att ett beslut om tvångsvård väl har fattats. För att bara ta två exempel:

Det kan, enligt min mening, starkt ifrågasättas varför offentligt biträde kan förordnas vid överklagan av chefsöverläkarens beslut att inskränka *rätten att använda elektroniska kommunikationstjänster/övervaka försändelser*,²⁴⁷¹ men inte vid överklagan av socialnämndens beslut att *förbjuda alla former av umgänge* – till och med brev- och telefonkontakter – mellan förälder och barn. Båda dessa beslut får fattas av chefsöverläkaren/socialnämnden ”om det är nödvändigt med hänsyn till vården”²⁴⁷² respektive ”om det är nödvändigt med hänsyn till ändamålet med vården”,²⁴⁷³ och i båda fallen får besluten överklagas – just eftersom de betraktas som ingripande.²⁴⁷⁴ Endast i det tidigare fallet kan dock ett offentligt biträde förordnas,²⁴⁷⁵ vilket DepC motiverade med hänsyn till ”beslutens karaktär” – däribland att beslutens giltighetstid var ”väsentligt längre än för befintliga tvångsåtgärder”.²⁴⁷⁶ Chefsöverläkarens beslut att inskränka en patients rätt att använda elektroniska kommunikationstjänster respektive övervaka patientens försändelser är dock tidsbegränsat och får gälla i högst två månader,²⁴⁷⁷ vilket kan jämföras med socialnämndens beslut om umgängesbegränsning/-förbud som inte har någon föreskriven maxfrist och därmed kan gälla tillsvidare – i praktiken till dess tvångsvården upphör därför att barnen fyller 18 respektive 21 år.

Det ovan sagda skall inte förstås som att jag förespråkar inskränkningar i rätten till offentligt biträde för den som är underkastad psykiatrisk tvångsvård/rättspsykiatrisk vård; att få sina kommunikationer inskränkta eller förbindelser undersökta är naturligtvis integritetsnära frågor. Däremot finns det, enligt min mening, skäl att starkt ifrågasätta varför offentligt biträde inte kan förordnas vid umgängesbegränsning/-förbud, som torde vara ett av de mest ingripande besluten som överhuvudtaget kan fattas – åtminstone om begränsningen är så omfattande att den i praktiken innebär ett totalt förbud mot alla former av kontakter. Till detta kommer att barnets rätt till umgänge, i bemärkelsen ”ett personligt förhållande till och direkt kontakt med

²⁴⁷⁰ Prop. 1972:132 s. 182.

²⁴⁷¹ Som framgår av fn. 2466 ovan kan även vid vård enligt LRV ett biträde förordnas i båda dessa fall; se 22 a § som hänvisar till överklagande enligt 18 § 1 st. 7-8 p. Dessa punkter hänvisar i sin tur LRV 8 §, som reglerar både inskränkningar i rätten att använda elektroniska kommunikationstjänster och övervakning av försändelser.

²⁴⁷² LPT 20 a § och 22 a §. Jfr LRV 8 §:

²⁴⁷³ LVU 14 §.

²⁴⁷⁴ LPT 32 § 4 st. resp. LVU 41 § 1 st. 3 p.

²⁴⁷⁵ LPT 38 a § 1 st. 5-6 p. jfr med LVU 39 § 1 st.

²⁴⁷⁶ Prop. 2005/06:195 s. 31 f.

²⁴⁷⁷ LPT 22 b §.

båda föräldrarna”, är en grundläggande rättighet, som bland annat är skyddad av Barnkonventionen.²⁴⁷⁸

En rätt till biträde vid beslut om umgänge under pågående tvångsvård kan dock även motiveras med rakt motsatta utgångspunkter – när ett barn som är föremål för tvångsvård *inte* vill ha någon kontakt med sina föräldrar. I den mån föräldrarna, eventuellt med stöd av socialnämnden, har en annan uppfattning än barnet kommer den unga naturligtvis att ha ytterst begränsade möjligheter att hävda sin ståndpunkt; är barnet under 15 år saknar det till och med processbehörighet och därmed möjlighet att själv överklaga socialnämndens beslut i umgängesfrågan. Förvisso kan i en sådan situation en god man förordnas åt barnet enligt föräldrabalkens regler,²⁴⁷⁹ men i praktiken sker inte detta.²⁴⁸⁰ Har socialnämnden beslutat om ett umgänge som enligt barnets uppfattning *är för omfattande*, men som accepteras av barnets föräldrar, kommer den unga därmed inte att kunna angripa beslutet överhuvudtaget. Oavsett om barnet önskar få till stånd ett mer eller mindre omfattande umgänge, är således rådande ordning otillfredsställande.

Sammantaget finns det, enligt min mening, starka skäl att utvidga rätten till offentligt biträde efter beslutad tvångsvård, varvid en lämplig avgränsning vore *de beslutstyper som är överklagbara enligt tvångsvårdslagarna*. Detta ligger i linje med vad Lagrådet föreslog i samband med att lagen om vård av missbrukare i vissa fall antogs; enligt Lagrådet var det ”knappast motiverat” att undanta ett antal beslutstyper som kan överklagas till domstol från systemet med offentligt biträde.²⁴⁸¹ Motsvarande reformkrav har sedermera framställts avseende lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga, i följande ordalag:

”Om barnet i en fråga har en annan önskan än föräldrarna och socialnämnden är det enligt min mening viktigt att barnet företräds av ett offentligt biträde som kan hjälpa det att föra dess talan. Mot denna bakgrund anser jag att barnets rätt till offentligt biträde bör utvidgas till att omfatta *alla ärenden hos socialnämnden där socialnämndens beslut är överklagbara* och i vilka ärenden barnet inte redan i dag har rätt till ett offentligt biträde.”²⁴⁸²

²⁴⁷⁸ Se BK art. 9.3. Artikeln kommenteras i relation till LVU av Mattsson, Titti, *Barnet som subjekt och aktör – en rättslig studie om barn i familjehem* (2006) s. 58 f.

²⁴⁷⁹ FB 11 kap. 2 § 3 st.

²⁴⁸⁰ Ds 2002:13 s. 147: ”Enligt vad jag har erfarit företräds barnet emellertid i princip aldrig av en god man i de mål och ärenden enligt LVU där barnet inte har rätt till ett offentligt biträde.” Se även Forsman, Maria, *Rättsliga ingripanden vid föräldrars våld och övergrepp mot barn* (2013) s. 547 f.

²⁴⁸¹ Se prop. 1981/82:8 s. 128: ”Enligt förslaget till ändring i 41 § rättshjälpslagen kan rättshjälp genom offentligt biträde beviljas i tre fall, nämligen i mål om omhändertagande, i mål om beredande av vård och vid överklagande av beslut om förlängning. Lagrådet har uppmärksammat att förutom beslut om förlängning två andra typer av beslut som fattas av institutionsledningen kan överklagas vid domstol, nämligen beslut som avser överflyttning från ett hem till ett annat och beslut varigenom en begäran om utskrivning avslås. Lagrådet menar att det *knappast är motiverat* att undanta dessa två fall från möjligheten att få rättshjälp genom offentligt biträde vid överklagande.”

²⁴⁸² Ds 2002:13 s. 148.

Jag delar ovanstående uppfattning; en illusorisk klagorätt fyller ingen funktion, och den enskilda torde – till följd av frihetsberövandet – ha ännu sämre möjligheter att tillvarata sina intressen *efter* att ett beslut om tvångsvård väl har fattats, än innan.

5.5.3.4 Behovsprövningen

Enligt samtliga tvångsvårdslagar föreskrivs att ett offentligt biträde skall förordnas (i ovanstående situationer) om det *inte måste antas att behov av biträde saknas*.²⁴⁸³ Som framgått av den allmänna redogörelsen i tidigare avsnitt föreslog redan Rättshjälpsutredningen i sitt år 1977 framlagda betänkande att en generell presumptionsregel med denna konstruktion skulle gälla i alla måltyper som omfattades av systemet med offentliga biträden.²⁴⁸⁴ I kontrast till utredningens förslag infördes dock initialt en sådan regel endast i utlänningsärenden.²⁴⁸⁵ För tvångsvårdsmålen vidkommande sköts förslaget vid upprepade tillfällen på framtiden – antingen med hänvisning till nyligen avslutande eller nära förestående offentliga utredningar.²⁴⁸⁶ I samband med socialtjänstreformen fick dock Rättshjälpsutredningens förslag till slut genomslag, efter att både Socialutredningen och Socialberedningen hade lagt fram motsvarande lagförslag. Båda de sistnämnda utredningarna ville dock gå längre än Rättshjälpsutredningen, genom att göra rätten till biträde ovillkorlig/absolut:

Socialutredningen (ang. LVU): ”Beslut om vård som nu sagts aktualiseras först sedan samförstånd ej kunnat vinnas rörande behovet av vård eller vårdens utformning. Länsrättens beslut kan leda till väsentliga ingrepp i den enskildes rätt att själv bestämma rörande sina personliga förhållanden. SU finner med hänsyn härtill att *offentligt biträde alltid bör förordnas*, när fråga om omedelbart omhändertagande eller om vård enligt den föreslagna lagen med särskilda bestämmelser om vård av underårig uppkommer hos socialnämnden.”²⁴⁸⁷

Socialberedningen (ang. LVM): ”Enligt beredningens uppfattning bör den enskilde ha *en ovillkorlig rätt till offentligt biträde* i mål om beredande av vård och detta redan från den tidpunkt när länsstyrelsen inleder utredning om beredande av vård. Den enskilde kan behöva juridisk hjälp även under utredningen och inte bara vid själva processen i länsrätten.”²⁴⁸⁸

Fullt så långt var dock lagstiftaren inte beredd att gå, varken inom ramen för socialtjänstreformen – som utmynnade i antagandet av LVU – eller den påföljande

²⁴⁸³ Lagtekniskt är dock behovsrekvisiten inte helt identiska i sin konstruktion. Vid LVU/LVM gäller att ett offentligt biträde skall förordnas för den som åtgärden avser (samt för den ungas vårdnadshavare vid LVU) *om det inte måste antas att behov av biträde saknas*. LPT och LRV föreskriver istället att ett offentligt biträde skall förordnas för den som åtgärder avser. I nästa mening stadgas sedan ett undantag: Offentligt biträde ska dock *inte* förordnas, *om det måste antas att det inte finns något behov av ett biträde*. Denna språkliga skillnad torde dock vara utan betydelse. Se till det sagda LVM 42 § och LVU 39 § och jfr LPT 38 a § och LRV 22 a §.

²⁴⁸⁴ Enligt utredningens förslag (SOU 1977:49 s. 232) skulle ett biträde förordnas *om det ej var obehövligt*.

²⁴⁸⁵ Jfr prop. 1977/78:90 s. 67 f.

²⁴⁸⁶ Prop. 1977/78:90 s. 68 och prop. 1978/79:90 s. 186.

²⁴⁸⁷ SOU 1977:40 s. 823.

²⁴⁸⁸ SOU 1981:7 s. 63.

LVM-reformen.²⁴⁸⁹ Istället anslöt sig departementschefen till Rättshjälpsutredningens förslag om en generell presumtionsregel, enligt vilken ett biträde skulle förordnas *om det ej måste antagas att behov av biträde saknas*.²⁴⁹⁰ Denna lydelse hade 42 § i den äldre rättshjälpslagen intill dess bestämmelserna om offentligt biträde bröts ut ur den allmänna rättshjälpen genom antagandet av 1996 års rättshjälpslag, för att istället spridas ut i tillämpliga specialförfattningar enligt dagens modell. Rättshjälpsreformen medförde dock inga materiella förändringar vad gäller behovsprövningen; de respektive behovsrekvisiten har – med endast smärre språkliga modifieringar – samma lydelse idag som då.²⁴⁹¹ Den fråga som därmed återstår att diskutera är när en enskild kan antas sakna behov av biträde i ett tvångsvårdsmål.

Förarbetena till tvångsvårdslagarna lämnar lite vägledning vad gäller behovsprövningens närmare utformning, och till detta kommer att praxis på området är begränsat.²⁴⁹² Klart är dock att behovsrekvisitens konstruktion alltjämt anses ge uttryck för en *presumtion*,²⁴⁹³ innebärande att biträde *regelmässigt* skall förordnas.²⁴⁹⁴ I litteraturen beskrivs förhållandet inte sällan i termer av huvudregel/undantag, exempelvis enligt följande:

Huvudregel: ”Någon ovillkorlig rätt till offentligt biträde finns ... inte. *Huvudregeln* skall dock vara att rättshjälpen genom offentligt biträde skall beviljas barnet och vårdnadshavaren.”²⁴⁹⁵

Undantag: ”Missbrukaren avses få den nödvändiga juridiska hjälpen eftersom offentligt biträde regelmässigt skall förordnas om det inte måste antas att behov av biträde saknas. [...] Endast i *rena undantagsfall* kan det komma ifråga att avvika från huvudregeln.”²⁴⁹⁶

²⁴⁸⁹ Prop. 1979/80:1 del C s. 88: ”När det gäller att ta ställning till på vilket sätt de nuvarande reglerna bör ändras är det som bl.a. rättshjälpsutredningen har framhållit *nödvändigt att iaktta viss försiktighet*. Det är enligt min uppfattning inte lämpligt att nu införa bestämmelser som innebär att offentligt biträde alltid skall förordnas. Jag ansluter mig istället till förslaget från rättshjälpsutredningen ... att införa en presumtionsregel för att offentligt biträde skall utses i de uppräknade ärendetyperna.” När LVM sedermera antogs intogs DepC samma ståndpunkt (prop. 1981/82:8 s. 69): ”[B]ehovet av rättshjälpen i mål om frihetsberövanden är angeläget. [...] Jag har visserligen förståelse för beredningens förslag att tillförsäkra den enskilde en ännu längre gående rätt till biträde i mål om beredande av vård. Jag menar emellertid att en tillräckligt omfattande rätt till biträde i sådana situationer ryms redan inom den nya lydelsen av 42 § rättshjälpslagen.”

²⁴⁹⁰ ÄRHjL 42 §, i dess lydelse efter SFS 1981:23. När LVM antogs året därpå (jfr föregående fn.), infogades denna måltyp i systemet genom ett tillägg till 41 §; se SFS 1981:1256; prop. 1981/82:8. Detsamma gäller LPT och LRV, när dessa 10 år senare ersatte PsykL; se SFS 1991:1131; prop. 1990/91:58.

²⁴⁹¹ Se exv. JO dnr 2410-1997: ”Regler om offentligt biträde när det gäller ärenden enligt LVU finns sedan årsskiftet 1997/98 i 39 § LVU. Reglerna *motsvarar* i de aktuella delarna de bestämmelser som tidigare fanns i rättshjälpslagen.” I sitt betänkande – som låg till grund för rättshjälpsreformen – förespråkade 1993 års RHU att presumtionsregeln skulle avskaffas; se SOU 1977:40 s. 823. Detta till trots valde lagstiftaren att inte införa restriktivare regler; se prop. 1996/97:9 s. 183 f. och härtill Mattsson (2002) s. 181.

²⁴⁹² Se dock RÅ 2002 not. 120. I detta avgörande hade KamR:en meddelat dom i ett mål utan att ta ställning till den enskildas behov av biträde. RegR undanröjde KamR:ns dom och återförvisade målet. I övrigt finns det rikligt med praxis avseende (1) frågan om ersättning till offentligt biträde samt (2) byte av offentligt biträde.

²⁴⁹³ Se t.ex. prop. 1979/80:1 del A s. 630 och prop. 1990/91:58 s. 161 och 321. Se även exv. Mattsson (2002) s. 181, som (ang. LVU) förklarar att det i lagen ”finns en inbyggd presumtionsregel för rätten att beviljas offentligt biträde” samt (ang. LPT/LRV) Grönwall & Holgersson (2009) s. 159 resp. 237, som likaså talar om en presumtion.

²⁴⁹⁴ Se t.ex. prop. 1987/88:147 s. 35.

²⁴⁹⁵ Hollander (1985) s. 245 f. Jfr Singer (2012) s. 225, som anför att ett biträde skall förordnas ”i de flesta fall”.

²⁴⁹⁶ Gustafsson (2001) s. 254.

I de delvis parallella förarbetena rättshjälpslagen har lagstiftaren dock inskräpft att biträde *inte skall förordnas slentrianmässigt* – tvärtom skall biträdesbehovet (eller snarare avsaknaden av biträdesbehov) prövas individuellt i varje enskilt fall.²⁴⁹⁷ Frågan är således vilka omständigheter som bryter igenom presumptionen, eller med andra ord, när undantaget från huvudregeln är tänkt att aktualiseras.²⁴⁹⁸

I den proposition som låg till grund för socialtjänstreformen nämndes endast ett konkret exempel: *att beslutet inte kommer att gå den enskilda emot*.²⁴⁹⁹ Detta är också ett återkommande exempel i litteraturen – inte sällan det enda som ges.²⁵⁰⁰ Kraven tycks dock vara högt ställda; det skall redan från början ”klart framgå”/”stå klart” att myndigheten kommer att meddela ett för den enskilda ”positivt” beslut, för att ett biträde inte skall förordnas.²⁵⁰¹

I lagrådsremissen *om vård utan samtycke inom socialtjänst och sjukvård* – som återfinns som del C i/bilaga 4 till den proposition som låg till grund för socialtjänstreformen – förde departementschefen ett något mer utvecklat resonemang kring biträdesbehovet i tvångsvårdsmål. Följande passus förtjänar att återges i sin helhet:

”Regeln bör lämpligen utformas på samma sätt som den särskilda regel som nyligen har införts i utlänningsärenden, nämligen att offentligt biträde skall förordnas, om det inte måste antas att behov av biträde saknas. Detta innebär att offentligt biträde skall förordnas om det inte av omständigheterna *klart framgår* att behov av offentligt biträde inte föreligger. Endast *särskilda omständigheter* kan föranleda avsteg från denna huvudregel. Det ligger i sakens natur att offentligt biträde inte skall förordnas, om det redan från början *klart framgår* att myndighetens beslut kommer att gå i den riktning som den enskilde önskar. [...] En annan omständighet som kan föranleda att offentligt biträde inte förordnas är att *några nya omständigheter inte har tillkommit* sedan ärenden tidigare prövades av myndigheten. Har t.ex. den som omhändertagits för vård enligt LVU fått sin begäran om vårdens avslutande avslagen och väcker han kort tid därefter talan i samma sak, kan omständigheterna vara sådana att offentligt biträde inte skall förordnas.”²⁵⁰²

I ovanstående utdrag framkommer som synes ytterligare en ”särskild omständighet” som bryter igenom presumptionen, nämligen *att några nya omständigheter inte*

²⁴⁹⁷ Se prop. 1992/93:109 s. 36 där DepC m.h.t. SoU 1980/81:15 s. 5 förklarade ”att den omständigheten att det infördes en generell presumptionsregel om rätt till offentligt biträde inte befriar den som har att besluta om rättshjälpen från *skyldigheten att göra en individuell prövning i varje mål eller ärende*”. Se även SOU 1985:4 s. 147 och SOU 1995:81 s. 211. Samma uppfattning hos Hollander (1985) s. 245.

²⁴⁹⁸ Jfr Lundgren, Lars, Sunesson, Per-Anders & Thunved, Anders, *Nya sociallagarna – med kommentarer* (2014) s. 427 och 498, som anför att ”[e]ndast särskilda omständigheter kan föranleda avsteg från huvudregeln” (ang. LVU) resp. att det ”endast i rena undantagsfall [kan] komma ifråga att göra avsteg från ... huvudregeln”.

²⁴⁹⁹ Prop. 1979/80:1 del A s. 630. Detta uttalande återges i princip ordagrant i SOU 2015:71 s. 462.

²⁵⁰⁰ Se t.ex. Mattsson (2002) s. 181.

²⁵⁰¹ Jfr Lundgren, Sunesson & Thunved (2014) s. 427: ”Det ligger i sakens natur att offentligt biträde inte ska förordnas om det redan från början *står klart* att myndighetens beslut kommer att innefatta ett bifall till den enskildes talan.”

²⁵⁰² Prop. 1979/80:1 del C s. 88.

har tillkommit i ärendet/målet.²⁵⁰³ Denna grund att inte förordna biträde har också accepterats i överrättspraxis, vilket kan illustreras med ett exempel.

I RÅ Bb-19/85 hade en förälder (A) begärt dels att vården om hennes dotter (B) skulle upphöra, dels att hon skulle förordnas ett offentligt biträde. LR:n beslutade (i april 1984) att inte förordna ett biträde, med följande motivering:

”Frågan om [A:s] lämplighet att handha vårdsnaden om dottern [B] har prövats ett flertal gånger av såväl länsrätten som kammarrätt och regeringsrätt. Synnerligen omfattande utredning har föregått domsluten. Domstolarna har varit eniga om att [A], trots uttalade ambitioner, saknar förmåga att fostra [B]. Då frågan om hennes lämplighet som vårdnadshavare senast prövades i oktober 1983 och flera av de omständigheter som nu åberopas då var kända, anser länsrätten att [A] inte har behov av offentligt biträde för att ånyo få beslutet om vård av [B] omprövat.”

I det aktuella målet hade det således gått cirka ett halvår sedan frågan om A:s lämplighet som vårdnadshavare senast hade prövats, och enligt LR:ns motivering hade ”flera” av de omständigheter som åberopades till stöd för att vården skulle upphöra (i april 1984) redan prövats (i oktober 1983). Sammantaget ansågs A därför sakna behov av biträde. A anförde besvär över LR:s beslut till KamR som avlog överklagandet, varvid A fullföljde sin talan hos RegR. I sitt beslut anförde domstolen följande (i mars 1985):

”[A:s] dotter [B] omhändertogs för samhällsvård den 19 maj 1981. Frågan om vårdens upphörande har därefter prövats av länsrätten som i beslut den 6 oktober 1983 fann att vården om [B] enligt lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga skulle bestå. [A] var vid tiden för länsrättens dom nyligen gift och bosatt i Karlskrona. Hon har *därefter* tillsammans med sin make flyttat till Kalmar där de har tillgång till en trerumslägenhet. I Kalmar genomgår [A] utbildning i barnavård. Regeringsrätten finner med hänsyn till den förändring som skett i [A:s] levnadsförhållanden att det inte kan antas att hon saknar behov av offentligt biträde.”

Av RegR:s beslutsskäl är det svårt att avgöra om domstolen instämde i LR:ns och KamR:ns initiala bedömning eller inte. Vid tidpunkten för RegR:s prövning (mars 1985) hade det nämligen dels förflutit en väsentligt mycket *längre tid* sedan den senaste prövningen i LR (oktober 1983), dels tillkommit nya omständigheter *efter underinstansernas prövning*, som ansågs innebära en sådan förändring av A:s levnadsförhållanden att hon inte saknade behov av biträde

Som exemplet ovan illustrerar är det en grannlaga uppgift att avgöra om en senare prövning avviker från en tidigare *i tillräcklig grad* för att den enskilda parten inte skall anses sakna behov av biträde. Av länsrättens beslutsskäl framgår, å ena sidan, att ”flera av de omständigheter” som åberopades av klaganden inför domstolen var kända vid

²⁵⁰³ Även denna omständighet finns (ordagrant) återgiven i litteraturen; se exv. Lundgren, Sunesson & Thunved (2014) s. 427: ”Har t.ex. den som omhändertagits för vård enligt LVU fått sin begäran om vårdens avslutande avslagen och kort därefter väcker talan i samma sak, kan omständigheterna vara sådana att offentligt biträde inte ska förordnas.”

tidigare prövningar, vilket kan förstås som att *inte alla* återopade omständigheter redan hade prövats. Både länsrätten och kammarrätten ansåg dock att den senare prövning inte i tillräcklig grad avvek från den tidigare, varför A saknade behov av biträde vid den förnyade prövningen. Av Regeringsrättens beslutsskäl framgår, å andra sidan, att A *därefter* skaffade nytt boende och genomgick föräldrautbildning – två omständigheter som tillsammans innebar en sådan förändring i A:s levnadsförhållanden, att hon inte (längre?) saknade behov av biträde. Och någonstans mellan dessa bedömningar går således gränsen mellan att sakna och inte sakna biträdesbehov.

Sammanfattningsvis påminner behovsbedömningen i tvångsvårdsmålen om utlänningsmålen såtillvida att den enskilda parten anses sakna behov av biträde om utgången är uppenbar. Vid en för den enskilda parten ”negativ” utgång krävs dock ytterligare kvalificering för att ett biträde inte skall förordnas i tvångsvårdsmål. Vid socialnämndens/chefsöverläkarens initiala ansökan om tvångsvård är det med andra ord inte tillräckligt att det för domstolen framstår som uppenbart att ansökan skall bifallas; utgången i målet skall vara uppenbar *därför att* frågan om tvångsvård nyligen har prövats och några nya omständigheter – som kan föranleda en annan bedömning – inte har tillkommit.²⁵⁰⁴ Som framgått av föregående avsnitt uppställs inte det senare kravet i utlänningsmål, där ett offentligt biträde inte behöver förordnas om det för domstolen är uppenbart att utlänningsen inte kommer vinna bifall med sin talan (exempelvis därför att vederbörande uppenbart saknar asylskäl). Utrymmet att inte förordna biträde får därmed betraktas som mer begränsat enligt tvångsvårdslagstiftningen än enligt utlänningslagen, när det handlar om sådana beslut som med säkerhet kommer att gå parten emot.

5.5.4 Starkt framträdande behov – något ytterligare om systemets avgränsning

Som framgått av det föregående avviker systemet med offentliga biträden på en avgörande punkt från straffprocessens system med offentliga försvarare/målsägandebiträden: Offentligt biträde kan endast förordnas i vissa särskilda måltyper. Att detta system inte skulle göras generellt tillämpligt i förvaltningsprocessen framgår också redan av de ursprungliga direktiven till Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden:

”Det finns skäl som talar för att *i varje fall i sådana förvaltningsärenden*, som rör den enskildes personliga frihet, det bör finnas möjlighet att förordna offentligt biträde

²⁵⁰⁴ Att *vårdnadsfrågan inte är utredd* kan också utgöra en omständighet som medför att ett offentligt biträde inte förordnas åt den som påstår sig vara vårdnadshavare för ett barn som är aktuellt för tvångsvård. Denna omständighet befrägar dock inte socialnämnden från att anmäla behovet av biträde *åt barnet ifråga*, vilket framgår av JO dnr 2410-1997. I detta beslut klargjorde också JO, att det ankommer på socialnämnden att så tidigt som möjligt anmäla behovet av biträde till förvaltningsrätten: ”Ett offentligt biträde kan redan på ett tidigt stadium i ett LVU-ärende göra viktiga insatser genom att bidra till att socialnämndens utredning blir fullständig och nyanserad. Frågor om förordnande av offentligt biträde bör därför prövas så snart som möjligt.” Se även JO dnr 570-2011, där JO riktade kritik mot en socialnämnd för att den inte anmälde behovet av offentligt biträde *redan vid insikten* om att en förälder inte skulle lämna sitt samtycke till en familjehemsplacering.

åt part. Även i vissa andra ärenden på förvaltningens område kan det tänkas att det allmänna vid behov bör sörja för att den enskilde förfogar över sakkunnigt biträde. De sakkunniga bör undersöka på vilka områden det föreligger ett starkt framträdande behov av offentligt biträde åt enskild part i förvaltningsärenden och under vilka närmare förutsättningar sådant biträde bör förordnas.”²⁵⁰⁵

Inom ramen för sin grundliga inventering fann utredningen att ett sådant ”starkt framträdande behov” förelåg framförallt vid vissa beslutstyper enligt utlännings- och tvångsvårdslagarna. Det som förenade dessa mål-/ärendetyper var att de berörde den enskildas person, till skillnad från övriga förvaltningsmål som snarare ansågs röra ekonomiska förhållanden:

”Även utanför nyss nämnda områden förekommer helt visst situationer, där förordnande av offentligt biträde kan synas motiverat för tillvaratagande av enskild rätt. Man är emellertid då nästan alltid inne på områden som ytterst rör rättigheter och förpliktelser av ekonomisk natur. Ärendena har därigenom en annan karaktär; med viss rätt kan en skiljelinje dras mellan dessa ärenden och de förut nämnda som berör vederbörandes egen person.”²⁵⁰⁶

Den antydda ”skiljelinjen” måste dock förstås i sin historiska kontext. Det huvudsakliga syftet med gränsdragningen var nämligen inte att göra åtskillnad mellan olika mål-/ärendetyper utifrån partens biträdesbehov, utan snarare att hänföra dessa till ”lämpligt” ersättningssystem. Som framgått ovan utgick nämligen hela utredningens betänkande från den grundläggande premissen, att allmän rättshjälp skulle finnas att tillgå i så gott som alla förvaltningsmål genom 1972 års rättshjälpsreform (som dessutom skulle omfatta betydligt fler människor än tidigare).²⁵⁰⁷ Möjligheten att förordna ett offentligt biträde betraktades således endast som ett komplement i vissa mål-/ärendetyper av personlig natur. Mål- och ärenden av i grunden ekonomisk natur hörde däremot ”mera hemma under den allmänna rättshjälpen”.²⁵⁰⁸ Eller mer utvecklat:

”Vi har sålunda kommit till den uppfattningen att begreppet offentligt biträde bör begränsas till ärenden som angår den personliga rörelsefriheten och att i övrigt biträdesfrågan bör lösas såsom en rättshjälpsfråga av allmän natur.”²⁵⁰⁹

Att utredningen inte ansåg att det fanns ett särskilt starkt framträdande behov av offentligt biträde vid beslut enligt exempelvis socialtjänst- och socialförsäkringslagstiftningen måste alltså förstås mot bakgrund av att utredningen utgick ifrån att rättshjälpsbiträden skulle finnas att tillgå i dessa. Beträffande socialförsäkringsmålen anförde exempelvis utredningen följande:

²⁵⁰⁵ SOU 1971:76 s. 47.

²⁵⁰⁶ SOU 1971:76 s. 71.

²⁵⁰⁷ SOU 1976:71 s. 69.

²⁵⁰⁸ SOU 1971:76 s. 71.

²⁵⁰⁹ SOU 1971:76 s. 71.

”Om den ersättningskrävande vill anlita advokat eller annat rättegångsbiträde i ett dylikt mål, kan han vända sig till vederbörande rättshjälpsmyndighet och där få fri eller subventionerad rättshjälp, innefattande bl.a. biträdeshjälp.”²⁵¹⁰

Att det fanns ett behov av biträde i dessa mål tog utredningen för självklart:

”Emellertid kan ej förbises att *behovet av rättshjälp på socialförsäkringsområdet är avsevärt*. Rättsreglerna är ingalunda lättillgängliga. De enskilda parterna utgörs i stor utsträckning av sjuka eller gamla, som har ringa förmåga att själva tillvarata sin rätt.”²⁵¹¹

Utredningen kom därför till slutsatsen, att det ”alltid på detta område [måste] finnas ett *påtagligt behov av rättshjälp* i egentlig mening, alltså biträde i form av en utomstående expertis”.²⁵¹²

En motsvarande inventering gjordes sedermera av Rättshjälpskommittén i dess år 1985 framlagda delbetänkande angående offentliga biträden. Enligt sina direktiv skulle dock kommittén inte överväga en utvidgning av systemet – syftet med utredningen var närmast den omvända (att spara pengar).²⁵¹³ Kommitténs genomgång omfattade därför endast de mål-/ärendetyper som redan omfattades av systemet, och ledde till endast ett ändringsförslag (avseende utlänningsärenden).²⁵¹⁴ Vid remissbehandlingen blev dock förslaget föremål för kritik; ett flertal remissinstanser föreslog utvidgningar av systemet till att också omfatta exempelvis mål om bistånd enligt socialtjänstlagen. Departementschefen avfärdade dock förslagen, med följande kortfattade motivering:

”De skäl som har åberopats till stöd för dessa och vissa andra liknande förslag har ... enligt min mening inte en sådan styrka att de föreslagna utvidgningarna bör genomföras nu.”²⁵¹⁵

Inte heller har dylika ändringar genomförts vid något senare tillfälle. Senaste gången frågan om en utvidgning av systemet på allvar diskuterades var av 1993 års Rättshjälpsutredning. Utredningens resonemang är principiellt intressant, och återges därför in extenso:

”På senare år har förvaltningsprocessen alltmer tenderat att utvecklas till en tvåpartsprocess. I takt med en sådan utveckling torde den utredningsskyldighet som i dag präglar förvaltningsprocessen tunnas ut och det kan bli svårare för den enskilde att själv ta tillvara sin rätt. Om utvecklingen fortsätter i denna riktning kan det ifrågasättas om inte ett behov av rättshjälp kan uppstå i ökad omfattning. Det finns också de som anser att tvåpartsprocessen underlättar den enskildes möjligheter att urskilja de relevanta frågorna och därmed ökar hans förmåga att ta tillvara sin rätt. Det vore förmätet av mig att redan nu redovisa någon mer bestämd uppfattning i denna

²⁵¹⁰ SOU 1971:76 s. 188.

²⁵¹¹ SOU 1971:76 s. 185.

²⁵¹² SOU 1971:76 s. 185.

²⁵¹³ SOU 1985:4 s. 58 f.

²⁵¹⁴ SOU 1985:4 s. 131 ff. Se här till prop. 1987/88:73 s. 78 och SOU 1995:81 s. 209.

²⁵¹⁵ Prop. 1987/88:73 s. 78 f.

fråga. Det finns skäl att avvakta regeringens förslag om ändringar i förvaltningsprocesslagen och effekterna av detta innan man tar ställning. Om ett förslag läggs fram angående förändringar i utredningsskyldigheten inom förvaltningsprocessen torde det dock snarast vara fråga om att öka utrymmet för det som i dag utgörs av allmän rättshjälp. Utgångspunkten för att offentligt biträde skall förordnas bör vara den att offentligt biträde endast skall förordnas i ärenden som rör tvångsingripanden *eller andra starkt integritetskänsliga åtgärder* inom förvaltningsområdet. För närvarande finns det enligt min mening inte några ärendekategorier där det saknas möjlighet att förordna offentligt biträde där det behövs.²⁵¹⁶

Enligt Rättshjälpsutredningen fanns det således ett intimt samband mellan partens behov av biträde i förvaltningsmål och den tvåpartsreform som genomfördes påföljande år. Givet att reformen ännu inte hade genomförts vore det dock vid tidpunkten ”förmädet” att redovisa någon bestämd uppfattning. Idag har det gått 20 år sedan reformen genomfördes, och det går därför numera att på goda grunder uttala sig om reformens effekter. Till detta resonemang får vi därför anledning att återknyta i nästkommande del; det finns enligt min mening starka skäl att återuppta diskussionen om en utvidgning av systemet med offentligt biträde – framförallt till att omfatta vissa frågor enligt socialtjänst- och socialförsäkringslagstiftningen (vilket redan har antytts ovan), men också till att omfatta sådana förvaltningsmål som står brottmålen nära. Innan vi lämnar de offentliga ersättningssystemen skall jag dock dryfta ett utstående spörsmål, närmare bestämt hur ersättningen till offentligt finansierade biträden bestäms.

5.6 Skäligt arvode vid offentlig finansiering

Som framgått i föregående kapitel kan vinnande part i tvistemål, i likhet med frikänd tilltalad i brottmål, endast få ersättning för sådana biträdeskostnader som har varit *skäligen påkallade/motiverade* för tillvaratagande av partens rätt.²⁵¹⁷ Vid offentlig finansiering gäller motsvarande ordning, men enligt en betydligt mycket striktare reglering, enligt vad jag skall utveckla i detta avsnitt.

5.6.1 Skälig ersättning – några utgångspunkter

Ersättning till rättshjälpsbiträden regleras i rättshjälpslagens 27 §, som genom kors hänvisningar i lagarna om målsägandebiträde respektive offentligt biträde också skall tillämpas ifråga om målsägandebiträden och offentliga biträden.²⁵¹⁸ Beträffande offentliga försvarare finns i princip likalydande bestämmelser i rättegångsbalkens 21 kapitel 10 §:

²⁵¹⁶ SOU 1995:81 s. 209 f.

²⁵¹⁷ RB 18 kap. 8 § och 31 kap. 2 §.

²⁵¹⁸ Se LMB 5 § och LOB 5 §.

Ett rätts hjälpsbiträde har rätt till *skäligen ersättning* för arbete ... Ersättningen för arbete ska bestämmas med utgångspunkt i [1] den *tidsåtgång* som är rimlig med hänsyn till uppdragets art och omfattning och [2] med tillämpning av en *timkostnadsnorm*.²⁵¹⁹

En offentlig försvarare har rätt till *skäligen ersättning* av allmänna medel för arbete ... Ersättningen för arbete ska bestämmas med utgångspunkt i [1] den *tidsåtgång* som är rimlig med hänsyn till uppdragets art och omfattning och [2] med tillämpning av en *timkostnadsnorm*.²⁵²⁰

Ett offentligt finansierat biträde har således rätt till ”skäligen ersättning” för sitt arbete. Vad som utgör skäligen ersättning skall som utgångspunkt bestämmas utifrån två parametrar: (1) tidsåtgången och (2) timkostnadsnormen. Det totala arvudet motsvarar således, något förenklat, antalet arbetade timmar multiplicerat med kostnadsnormen (som bestämmer ersättningsnivån per arbetad timme). Detta system innebär en förhållandevis strikt likriktning vad gäller det belopp som en advokat kan debitera *per timma*, men inte i lika hög grad beträffande *antalet timmar* som kan debiteras; tidsåtgången skall vara ”rimlig”, vilket inbjuder till viss skönsmässighet. Av både rätts hjälpslagen och rättegångsbalken framgår dock att ersättningen ”i vissa fall” skall bestämmas enligt (3) en särskild taxa.²⁵²¹ Till grund för denna taxa ligger timkostnadsnormen, men inom det taxereglerade området har också tidsåtgången schabloniserats. I sådana mål som omfattas av taxeregleringen har således standardiseringen drivits som längst, genom att arvudet helt bestäms enligt på förhand givna tabeller.

I följande avsnitt skall jag ta mig an ovanstående tre punkter under skilda rubriker, varav de två första (tidsåtgången multiplicerad med timkostnadsnormen) i förening reglerar ersättningen utanför det taxereglerade området (avsnitt 5.6.2), medan den sista punkten avgör ersättningen i de fall som omfattas av taxa (avsnitt 5.6.3). Denna distinktion går dock inte att upprätthålla fullt ut, eftersom det finns ett flertal kopplingar mellan det taxereglerade och icke-taxereglerade området, vilket kommer att framgå i detta introducerande avsnitt.

5.6.1.1 Principen om skäligt arvode för utfört arbete

I lagen om fri rättegång stadgades att biträdet hade rätt att erhålla arvode för det arbete som nedlagts på rättegången, samt att arvudet skulle bestämmas till det belopp som – med avseende på det arbete som uppdraget hade krävt, den omsorg och skicklighet varmed arbetet hade utförts samt övriga omständigheter – kunde anses utgöra *skäligen ersättning för uppdraget*.²⁵²² På motsvarande sätt framgick av rättegångsbalkens 21 kapitel 10 § (i dess dåvarande lydelse) att offentlig försvarare av allmänna

²⁵¹⁹ RhjL 27 § 1 st.

²⁵²⁰ RB 21 kap. 10 § 1 st.

²⁵²¹ RhjL 27 § 5 st. och RB 21 kap. 10 § 3 st.

²⁵²² LRF 14 §. Om talan hade väckts eller fullföljts utan skäl, och biträdet därigenom brustit i nödig aktsamhet, kunde ersättningen sättas ned eller vägras helt.

medel skulle åtnjuta arvode för sitt arbete *efter vad rätten prövar skäligt*.²⁵²³ Denna princip om ”skälig ersättning för utfört arbete” ville lagstiftaren inte rubba genom 1972 års rättshjälpsreform. Följaktligen stadgades i den äldre rättshjälpslagens 22 § (i dess ursprungliga lydelse), att ett biträde hade rätt till *skälig ersättning* för sitt arbete.²⁵²⁴ I samband med att den äldre rättshjälpslagen antogs förutsattes det dock i förarbetena, att skälighetsbedömningen i hög utsträckning skulle bestämmas genom taxor. Båda de ovan nämnda kostnadsreglerna – i äldre rättshjälpslagen respektive rättegångsbalken – försågs således med följande tillägg:

”Konungen eller, efter Konungens bemyndigande, centralmyndigheten för rättshjälpen, fastställer taxa som skall tillämpas vid bestämmande av ersättning.”²⁵²⁵

Införandet av äldre rättshjälpslagen var alltså inte avsedd att rubba principen om skälig ersättning. Däremot ville lagstiftaren övergå från en påtagligt *skönsmässig* bedömning av skäligheten i yrkad ersättning, till en *schabloniserad* bedömning enligt bestämda taxor. Denna (ny)ordning motiverades med hänvisning till intresset av *effektiv kostnadskontroll*, vilket hamrades in i förarbetena:

”Kostnaderna har nu nått en nivå som gör att varje möjlighet till *kostnadskontroll* måste tillvaratas. Att en effektiv sådan kontroll etableras är givetvis än viktigare när en vidgning av samhällets rättshjälpsplaneras. [...] Olika åtgärder föreslås för att tillgodose behovet av en *effektiv kostnadskontroll*. En *effektiv kostnadskontroll* förutsätter emellertid i sista hand ett annat system för beräkning av arvode till biträde och offentlig försvarare. Detta system föreslås bygga på taxor.”²⁵²⁶

Enligt den departementspromemoria som låg till grund för reformen borde visserligen ”gällande grundsatser” behållas; att arvodet bestämdes efter en individuell bedömning av advokatens arbete i det enskilda fallet var ”givetvis önskvärt och riktigt”. En skälighetsprövning *utan kompletterande regler* var dock till sin karaktär ”rent skönsmässig” och därför ägnad att leda till ett ”betydande mått av osäkerhet”. Att genom taxor fastställa så kallade ”normalarvoden” – som domstolen kunde frångå i det enskilda fallet – betraktades som en rimlig avvägning.²⁵²⁷ Till dessa grundtankar anslöt sig departementschefen i den efterföljande propositionen; rättshjälpsreformen skulle medföra en väsentlig utvidgning av den allmänna rättshjälpen, och det var därför ”nödvändigt” att det nya rättshjälpsystemet innefattade ”en så *effektiv kontroll* över kostnaderna som möjligt”. Eftersom huvuddelen av rättshjälpskostnaderna

²⁵²³ Se RB 21 kap. 10 i dess lydelse fram till SFS 1969:671, och härtill det ursprungliga författningsförslaget i SOU 1938:43 s. 47, med specialmotivering i SOU 1938:44 s. 277. Se även prop. 1972:4 s. 171 f.

²⁵²⁴ Se ÅRhjL 22 § i dess lydelse genom SFS 1972:429 och härtill författningsförslaget i prop. 1972:4 s. 7, med specialmotivering på s. 329 ff. Förslaget härrör från SOU 1965:13; se 16 § i utredningens förslag till lag om rättegångshjälpslag i a. SOU s. 16.

²⁵²⁵ Se lagförslagen i prop. 1972:4 s. 7 (ang. ÅRhjL) resp. s. 14 (ang. RB).

²⁵²⁶ Prop. 1972:4 s. 175.

²⁵²⁷ Prop. 1972:4 s. 175 ff.

bestod av arvoden till rättsliga biträden, var det också ”naturligt” att dessa kostnader tilldrog sig ”det största intresset från *kostnadskontrollsympunkt*”.²⁵²⁸

I likhet med vad som hade anförts i promemorian hade departementschefen, som utgångspunkt, ingenting att erinra mot grunderna för arvodesbestämningen, det vill säga att hänsyn togs till uppdragets omfattning och svårighetsgrad, den omsorg och skicklighet varmed det hade utförts, samt övriga omständigheter. Ty biträdet skulle, med departementschefens ord ”givetvis ha rätt till skälig ersättning för sitt arbete”.²⁵²⁹ Däremot fanns det skäl att kritisera *metoden* för arvodesprövningen, som i princip innebar att den beslutande myndigheten fick hemfalla åt ”en rent skönsmässig bedömning av arvodets skälighet”, vilket i sin tur gav upphov till ”ett betydande mått av osäkerhet”.²⁵³⁰ I teorin hade advokaten rätt till *skälig* ersättning, men i praktiken jämkades ersättningen endast när domstolarna ansåg sig kunna visa, att yrkad ersättning var *oskälig*. Enligt departementschefen borde förhållandena vara det omvända – det borde ankomma på advokaten att styrka sin rätt till ersättning. Mot denna bakgrund introducerades genom den äldre rättshjälpslagen

”... en annan metod för arvodesprövningen, en metod som i praktiken *verkligen ålägger den som begär ersättning att visa att det av honom begärda arvodet är skäligt*. En sådan metod torde förutsätta ett taxsystem som komplement till de gällande ersättningsreglerna. Taxorna bör ses som utgångspunkter eller riktpunkter vid arvodesprövningen. Avvikelse bör kunna ske från dessa riktpunkter i den mån den arvodesberättigade *visar att detta är befogat*. Genom att möjlighet ges till avvikelser i höjande men även i sänkande riktning bör det enskilda bitrådets arbetsinsats kunna beaktas i skälig omfattning och ett taxsystem följaktligen kunna förenas med principen om skälig ersättning för utfört arbete.”²⁵³¹

Det föreslagna systemet med så kallade *saktaxor* skulle användas i alla mål- och ärendetyper där ett enhetligt normalarvode kunde räknas fram (det vill säga de flesta mål- och ärendetyper där arbetsinsatsen var någorlunda begränsad). Taxorna skulle i sin tur räknas fram med beaktande av två faktorer: dels den *arbets tid* som en genomsnittsadvo kat lade ned på ett genomsnittsmål (eller -ärende) inom varje kategori; dels den genomsnittliga *kostnaden* per timme för sedvanlig advokatverksamhet.²⁵³² Beträffande sådana mål- och ärendetyper som inte lämpade sig för taxereglering, skulle arvodesprövningen ske enligt tidigare regler, det vill säga enligt en ren skälighetsprövning där framförallt tidsåtgången – såsom ett mått på uppdragets omfattning – utgjorde den viktigaste faktorn.²⁵³³

²⁵²⁸ Prop. 1972:4 s. 274 f. Jfr även prop. 1981/82:28 s. 14.

²⁵²⁹ Prop. 1972:4 s. 275.

²⁵³⁰ Prop. 1972:4 s. 275.

²⁵³¹ Prop. 1972:4 s. 275.

²⁵³² Prop. 1972:4 s. 278.

²⁵³³ Prop. 1972:4 s. 177.

5.6.1.2 Tidsåtgången

Under den efterföljande 10-årsperioden kom skarp kritik att riktas mot grunderna för arvodesprövningen *utanför* det taxereglerade området, vilket utmynnade i en lagändring år 1982. Kritiken gick ut på att den starka betoningen av tidsfaktorn medförde att ”medelmåttigheten premiera[des] på effektivitetens och skicklighetens bekostnad”.²⁵³⁴ Eller mer utvecklat:

”Det har hävdats att hänsynen till ett uppdrags svårighetsgrad och till den skicklighet varmed det har utförts har eftersatts när tidsfaktorn blivit avgörande för arvodets storlek. Trots uttalanden i rättshjälps-propositionen mot renodlade tidstaxor har i praktiken sådana kommit att gälla.”²⁵³⁵

Som ett svar på denna kritik anförde departementschefen att tidsåtgången ”alltid måste vara en viktig faktor” vid bedömningen av vad som utgör skäligt arvode, men att större uppmärksamhet borde ägnas övriga faktorer.²⁵³⁶ För att åstadkomma en sådan ändring i praxis infördes följande, i princip likalydande, förtydligande (*kursiverat* nedan) i äldre rättshjälpslagen respektive rättegångsbalken:

<i>ÄRhjL 22 §</i>	<i>RB 23 kap. 10 §</i>
<i>”Biträde ... har rätt till den ersättning för arbete ... som visas ha varit skälig för att utföra uppdraget. Vid bedömningen av vad som är skäligt arvode skall uppdragets art och omfattning beaktas. Hänsyn skall också tas till andra omständigheter av betydelse, såsom den skicklighet och den omsorg som uppdraget har utförts med samt den tid som har lagts ner på uppdraget.”²⁵³⁷</i>	<i>”Offentlig försvarare har rätt till den ersättning för arbete ... som visas ha varit skälig för att utföra uppdraget. Vid bedömningen av vad som är skäligt arvode skall uppdragets art och omfattning beaktas. Även övriga omständigheter som är av betydelse skall inverka på bedömningen, såsom den skicklighet och den omsorg som uppdraget har utförts med samt den tid som har lagts ned på uppdraget.”²⁵³⁸</i>

För att till fullo förstå detta tillägg måste vi dock beakta vilken betydelse timkostnadsnormen fick vid arvodesprövningen utanför det taxereglerade området.

5.6.1.3 Timkostnadsnormen

När kostnadsnormen introducerades var dess syfte att ligga till grund för fastställandet av de saktaxor som regeringen, vid 1972 års rättshjälpsreform, förutsatte skulle komma till användning inom ett flertal olika mål- och ärendetyper, genom att slå fast en skälig timersättning. I praktiken utarbetades dock endast två sådana taxor: en taxa för ersättning till rättshjälpsbiträden i mål om äktenskapsskillnad efter gemensam ansökan (”äktenskapsskillnadstaxan”) samt en taxa för ersättning till offentliga försvarare i vissa brottmål i tingsrätt, som sedermera även kom att omfatta processen

²⁵³⁴ Prop. 1981/82:28 s. 16.

²⁵³⁵ Prop. 1981/82:28 s. 16.

²⁵³⁶ Prop. 1981/82:28 s. 16.

²⁵³⁷ Prop. 1981/82:28 s. 6 (kurs. *där*).

²⁵³⁸ Prop. 1981/82:28 s. 8 (kurs. *där*).

i hovrätt ("brottmålstaxan").²⁵³⁹ Att inte fler taxor utarbetades innebar således att arvodet i det stora flertalet mål/ärenden som utgångspunkt fick bestämmas genom en ren skälighetsprövning.

Redan tidigt fastslog dock Högsta domstolen, genom en serie avgöranden, att den timkostnadsnorm som ligger till grund för det taxereglerade området alltid "bör tjäna som utgångspunkt" för bedömningen av vad som utgör skäligt arvode per timme när ersättning till biträde utgår av allmänna medel.²⁵⁴⁰ På så vis blev timkostnadsnormen – genom praxis – normerande över *hela rättshjälpsanslaget*, och fick därmed kanske störst praktisk betydelse *utanför* det taxereglerade området. Samtidigt framgick dock av Högsta domstolens avgöranden, att timkostnadsnormen endast skall tjäna som en "utgångspunkt" för bedömningen.²⁵⁴¹

Genom utvecklingen i praxis skedde således en viss standardisering vad gäller skälig timersättning för offentligt finansierade biträden. Denna utveckling i *kombination* med vad som hade uttalats i förarbetena till den äldre rättshjälpslagen – att tidsfaktorn, såsom ett mått på uppdragets omfattning, skulle tillmätas störst betydelse vid bedömningen – gav upphov till vad som ovan beskrevs som en "timtaxa". Denna ordning premierade långsamt arbetande advokater, vilket regeringen ville komma ifrån genom att, inom ramen 1982 års reform, betona att också övriga faktorer skulle påverka bedömningen. Detta motsvarar i princip rättsläget idag, men med en betydelsefull skillnad: Genom en lagändring år 1995 gjordes timkostnadsnormen, med hänvisning till rådande praxis, formellt tillämplig också utanför det taxereglerade området.

5.6.2 Skälig (eller oskälig?) ersättning utanför det taxereglerade området

1995 års reform skedde – för ovanlighetens skull – inom ramen för den (kompletterings)proposition varigenom regeringen slutligt reglerade statsbudgeten, vilket antyder det bakomliggande ekonomiska motivet.²⁵⁴² I den föregående budgetpropositionen

²⁵³⁹ Se prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 5, prop. 1992/92:109 s. 39 och prop. 1981/82:28 s. 14.

²⁵⁴⁰ Närmare bestämt fastslogs att den timkostnadsnorm som låg till grund för äktenskapsskillnadstaxan skulle tjäna som utgångspunkt även i sådana tvistemål, som *inte* omfattades av denna taxa, medan brottmålstaxans timkostnadsnorm skulle tjäna som vägledning även i sådana brottmål, som inte omfattades av denna taxa. Beträffande tvistemålen, se exv. NJA 1976 s. 640, där HD ansåg att timkostnadsnormen som låg till grund för äktenskapsskillnadstaxan skulle tjäna som utgångspunkt även vid fastställande av motsvarande ersättning i "annat tvistemål", samt RH 1987:56, där HovR:n anförde att "[d]en av domstolsverket fastställda taxan för bestämmande av ersättning åt biträde enligt rättshjälpslagen i mål om äktenskapsskillnad efter gemensam ansökan ... bör tjäna som utgångspunkt vid prövning av ersättning till biträde enligt rättshjälpslagen även i andra civila mål och ärenden". Beträffande brottmålen, se exv. NJA 1979 s. 584, där HD ansåg att det saknades skäl att inte lägga brottmålstaxans timkostnadsnorm till grund för ersättningsbestämmande, trots att målet inte omfattades av taxan samt NJA 1989 s. 14, där HD konstaterade att "[e]rsättning till offentlig försvarare för arbete brukar ... normalt bestämmas med utgångspunkt i brottmålstaxans timkostnads norm även om taxan inte är tillämplig". Samma konstaterande i NJA 1993 s. 237: "Den fastställda taxan för ersättning till offentlig försvarare i TR och HovR är inte tillämplig i målet. Ersättningen brukar emellertid normalt bestämmas med utgångspunkt i brottmålstaxans timkostnadsnorm även i fall då taxan inte är tillämplig." HD:s praxis byggde på vissa principavgöranden från besvärnämnden för rättshjälpen, som utvecklat en motsvarande praxis; se exv. SOU 1977:49 s. 80.

²⁵⁴¹ I ett flertal fall har också HD dömt ut ersättning med belopp som överskrider kostnadsnormen; se exv. NJA 1989 s. 14 och NJA 1993 s. 237.

²⁵⁴² Prop. 1994/95:150 bil. 3.

hade regeringen nämligen aviserat om besparingar inom rättsväsendet på cirka en miljard under den kommande treårsperioden. Detta sparkrav fördelades på de olika anslagen – däribland anslaget för rättsliga biträden, där åtskilliga miljoner skulle sparas redan under samma budgetår.²⁵⁴³ Syftet med att reglera timersättningen till offentligt finansierade biträden inom ramen för budgetarbetet var således att snabbt spara pengar.²⁵⁴⁴ Detta på basis av ett inom Justitiedepartementet utarbetat utkast till lagrådsremiss, som inte hade föregåtts av någon offentlig utredning (eller ens en departementsskrivelse), och inte heller av ett sedvanligt remissförfarande.²⁵⁴⁵ Regeringen noterade förvissat att 1993 års Rättshjälpsutredning redan samma år skulle lägga fram sitt betänkande med förslag till en helt ny rättshjälpslag, samt att detta förslag omfattade samma frågor. Detta till trots lade regeringen fram sitt lagförslag, således utan att först invänta utredningens resultat, med följande motivering:

”Timkostnadsnormens utveckling de senaste tiotalet åren har varit orsak till en stor andel av den ökande belastningen på rättshjälpsanslaget. Redan mycket blygsamma förändringar när det gäller timersättningen ger kraftiga förändringar på den totala kostnadsnivån. En förändring med några kronor motsvarar flera miljoner på rättshjälpsanslaget.^[2546] Det är mot den bakgrunden angeläget att se till att regeringen ges de instrument som krävs för en *effektiv kontroll* över nivån på ersättningen. Det handlar framförallt om att skapa förutsättningar för att dämpa den årliga höjningen av timersättningen ... Rättshjälpsutredningens uppdrag omfattar visserligen även dessa frågor. Det är dock möjligt att göra vissa förändringar redan nu.”²⁵⁴⁷

I syfte att uppnå den *effektiva kontroll* som eftersträvades lagfästes Högsta domstolens praxis beträffande timkostnadsnormen, som således blev formellt styrande vid *all arvodesprövning* – såväl inom som utom det taxereglerade området.²⁵⁴⁸ Timkostnadsnormen är nämligen ett synnerligen effektivt instrument för kostnadskontroll, eftersom normen beslutas av regeringen.²⁵⁴⁹

Som svar på bland annat Advokatsamfundets kritik – att en lagstadgad bundenhet vid kostnadsnormen skulle medföra en alltför stark bundenhet vid just kostnadsnormen – framhöll regeringen skillnaden mellan *timkostnadsnormen* å ena sidan och den *timersättning* som domstolen beslutar å andra sidan. I likhet med samfundet menade nämligen regeringen att ersättningssystemet måste premiera effektivitet och skicklighet (snarare än långsamhet/oskicklighet), vilket förutsatte att domstolarna betraktade kostnadsnormen som ett ”normalarvode” som skulle utgå i de fall som arbetet utförts med ”normal skicklighet”. I onormala fall skulle således domstolarna

²⁵⁴³ Prop. 1994/95:100 bil. 3 s. 15 och 73.

²⁵⁴⁴ Se redogörelsen över de ekonomiska konsekvenserna i prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 12.

²⁵⁴⁵ Detta kritiserades av de fåtal instanser som särskilt hade bjudits in att lämna synpunkter på förslaget; se prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 5.

²⁵⁴⁶ Jfr Domstolsverkets rapport (2006:1), *Uppföljning av metoden för beräkning av timkostnadsnormen*, s. 32, där det konstateras att ”en kronas höjning av timkostnadsnormen ökar utfallet på rättshjälpsanslaget med en miljon kronor”.

²⁵⁴⁷ Prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 4.

²⁵⁴⁸ Jfr prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 9.

²⁵⁴⁹ Se dock den begränsning som diskuteras i och vid fn. 2557-2558 nedan.

vara fria att frånga normen, i både höjande och sänkande riktning, vilket också angavs i lagtexten.²⁵⁵⁰

Vid beräkningen av det totala arvudet skulle timersättningen (baserad på timkostnadsnormen) även framgent multipliceras med *tidsåtgången*. I likhet med timkostnadsnormen skulle dock domstolarna vikta tidsfaktorn mot övriga faktorer, för att på så vis kunna fastställa ett skäligt arvode. Eftersom 1982 års reform inte hade fått avsedd effekt i sistnämnt avseende,²⁵⁵¹ omformulerades båda de aktuella lagrummen enligt följande:

<i>Före reformen:</i>	<i>Efter reformen:</i>
Vid bedömningen av vad som är skäligt arvode skall uppdragets art och omfattning beaktas. Hänsyn skall också tas till andra omständigheter av betydelse, såsom den skicklighet och den omsorg som uppdraget har utförts med samt den tid som har lagts ner på uppdraget.	Ersättning för arbete skall bestämmas med utgångspunkt i den <i>tidsåtgång</i> som är rimlig med hänsyn till uppdragets art och omfattning och med tillämpning av den <i>timkostnadsnorm</i> som regeringen fastställer. Timersättningen får avvika från timkostnadsnormen, om den skicklighet och den omsorg som uppdraget har utförts med eller andra omständigheter av betydelse ger anledning till det.

Ovanstående lydelse har rättegångsbalken 21 kapitel 10 § än idag, och när den nya rättshjälpslagen trädde ikraft året efter 1995 års reform gavs 27 § en i princip identisk lydelse som 22 § i den äldre lagen.²⁵⁵² Hur skall man då förstå dessa likalydande lagrum?

Enligt dagens konstruktion skall bedömningen av vad som utgör skäligt arvode utanför det taxereglerade området göras i två steg: Först skall domstolen fastställa en *rimlig tidsåtgång* med beaktande av uppdragets art och omfattning. Därefter skall domstolen fastställa en *skälig timersättning* med beaktande av sådana omständigheter som kan motivera avsteg från timkostnadsnormen, såsom att uppdraget har utförts särskilt skickligt/oskickligt. Låt mig kort utveckla dessa två steg:

Vad först gäller tidsåtgången innebär rimlighetsprövningen att domstolen skall jämföra den arbetstid för vilken advokaten yrkar ersättning med den arbetstid som en ”normalskicklig” advokat behöver för ett uppdrag av motsvarande art och omfattning. Om domstolen, vid denna prövning, finner att advokaten har yrkat ersättning för *fler timmar* än vad som är rimligt – det vill säga har arbetat orimligt långsamt – skall den yrkade ersättningen jämkas, genom att det antal timmar på vilket arvudet beräknas sätts ned. Detsamma gäller naturligtvis om advokaten har ”överarbetat” målet, genom att utföra arbete som inte har varit påkallat för att tillvarata klientens

²⁵⁵⁰ Jfr prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 10 f.

²⁵⁵¹ Jfr prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 11.

²⁵⁵² Jfr prop. 1996/97:9 s. 191, där det helt konstateras att de ”nuvarande bestämmelserna för ersättning till biträden och offentliga försvarare behålls”.

intressen.²⁵⁵³ Om advokaten däremot har yrkat ersättning för *färre timmar* än en normalskicklig advokat – kanske därför att advokaten i det enskilda fallet har lång erfarenhet/är osedvanligt skicklig – kan detta kompenseras genom ett timarvode som överstiger timkostnadsnormen, inom ramen för det andra steget.²⁵⁵⁴

Vad avser timkostnadsnormen fastställs denna av regeringen varje år; 2016 uppgick kostnadsnormen till 1 323 kronor per timme (exklusive mervärdesskatt) till advokater som är godkända för F-skatt, och den 1 januari 2017 justerades beloppet till 1 342 kronor per timme.²⁵⁵⁵ Som framgått ovan skall detta belopp motsvara ett skäligt ”normalarvode”, vilket således skall utbetalas till alla ”normalskickliga” advokater (som har utfört sitt uppdrag med normal omsorg och skicklighet). Liksom vid prövningen av tidsåtgången måste domstolens därmed värdera advokatens arbetsinsats, för att därigenom kunna fastställa timersättningen. Om uppdraget har utförts med bristande omsorg/skicklighet, kan domstolen å ena sidan utdöma en ersättning per timma som understiger timkostnadsnormen. Och på motsvarande sätt kan timersättningen fastställas till ett belopp som överstiger normen, om arbetet har utförts med särskilt stor skicklighet.²⁵⁵⁶

Att timkostnadsnormen skall motsvara ett skäligt normalarvode innebär en begränsning i regeringens handlingsutrymme, helt enkelt eftersom regeringen inte kan fastställa en timkostnadsnorm som är oskäligt låg. Följande passage i förarbetena belyser detta:

”Regeringen får naturligtvis inte bestämma en timkostnadsnorm som är lägre än vad som utgör skälig ersättning per timme för arbete utfört med ’normal’ omsorg och skicklighet. Bestämmelsens konstruktion, att ersättningen skall vara skälig och

²⁵⁵³ Se exv. NJA 1977 s. 221, NJA 1980 s. 346 och NJA 1987 s. 365 I och II. I RÅ 81 Bb 94 hade en advokat i egenskap av offentlig biträde begärt in ett rättsutlåtande, vilket betraktades som överflödigt. Biträdet tillerkändes varken ersättning för den kostnad som utlåtandet gett upphov till eller för den tid som biträdet själv studerat utlåtandet. Jfr även HD:s avgörande i mål nr T 4309-02, där domstolen anförde följande: ”[A]:s ombud har i Högsta domstolen fordrat ersättning med 77 448 kr för arbete. Enligt kostnadsräkningen har han lagt ner 64 timmar på målet. Det kan konstateras att [A]:s ombud efter överklagandeskriften gett in sex skrifter till Högsta domstolen men att innehållet i dessa endast i mindre omfattning handlat om den rättsfråga som Högsta domstolen formulerat i sitt beslut om prövningstillstånd. Med hänsyn härtill samt med beaktande av uppdragets art och omfattning anser Högsta domstolen att [A]:s ombud får anses skäligen tillgodosedd med en ersättning för arbete om 8 000 kr.”

²⁵⁵⁴ Prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 11 och 13, prop. 1996/97:9 s. 192 och SOU 2014:63 s. 303.

²⁵⁵⁵ Normen fastställs årligen genom regeringens beslut om ändring i 2 § förordningen (2009:1237) om timkostnadsnorm inom rättshjälpsområdet. Årets höjning beslutades således genom förordning (2016:975) om ändring i förordningen (2009:1237) om timkostnadsnorm inom rättshjälpsområdet. Se till det sagda SOU 2014:86 s. 310 ff., samt Domstolsverkets broschyr *Rättshjälp och taxor* (2017), s. 62, där förändringarna mellan åren 2008-2017 framgår. För ett längre perspektiv på utvecklingen; se Dv-rapport (2006:1) s. 33 ff.

²⁵⁵⁶ Prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 10 f., samt specialmotiveringen på s. 13. Se även prop. 1996/97:9 s. 192 och SOU 2014:63 s. 304. I praktiken innebär denna bedömning i två steg att en advokat kan få sin ersättning prutad på två fristående grunder: först genom att tidsåtgången bestäms till ett lägre antal timmar än vad advokaten har yrkat på (därför att denna har arbetat orimligt långsamt); därefter genom att timersättningen fastställs till en lägre nivå än vad som följer av timkostnadsnormen (därför att advokaten dessutom har visat bristande skicklighet/omsorg). Vanligtvis sker dock prutning endast på den tidigare grunden, därför att oskicklighet tenderar att leda till just långsamhet. Jfr prop. 1996/97:9 s. 193 där det konstateras att ”ett biträde inte [kan] få några ’lärpengar’ eftersom ersättning skall bestämmas med utgångspunkt i den tidsåtgång en ’normalskicklig’ advokat behöver för ett motsvarande uppdrag och inte ge ersättning för fler timmar”. Detta bekräftas i praxis, där både HD och HFD har konstaterat att tid för att exv. studera rättspraxis, göra rättsutredningar eller studera rättsutlåtanden som huvudregel inte ersätts; se NJA 1983 not. C 28, NJA 1997 s. 629 samt RÅ 81 Bb 94.

bestämmas med tillämpning av timkostnadsnormen, förutsätter att timkostnadsnormen håller sig inom ramen för vad som är skäligt.”²⁵⁵⁷

Om regeringen – i strid med sina egna förarbetsuttalanden – fastställer en oskälig timkostnadsnorm anses principen om skäligt arvode (som alltjämt kommer till uttryck i lagtexten) vara överordnad timkostnadsnormen. Konsekvensen blir således att domstolarna får åsidosätta kostnadsnormen, för att därigenom kunna fastställa ett skäligt arvode.²⁵⁵⁸

Huruvida dagens timkostnadsnorm är skälig (eller oskälig) går naturligtvis inte att besvara vetenskapligt, eftersom begreppet ”skälighet” är alltför diffust. Tre saker kan dock konstateras: För det första att ”arvode” i denna kontext *inte* skall förstås som ”lön” till den enskilda advokaten, vilket tycks vara en vanlig missuppfattning – åtminstone i dagens alltmer polariserade samhällsdebatt.²⁵⁵⁹ Tvärtom är normalarvodet, något förenklat, avsett att täcka kostnaderna för hela advokatverksamheten. Och inte vilken advokatverksamhet som helst, utan de *allmänna advokatbyråernas* kostnadsläge när de avskaffades år 2000²⁵⁶⁰ – dock med vissa justeringar med hänsyn till dessa byråers särställning, samt med årliga uppräknings.²⁵⁶¹ Normen beräknas följaktligen på grundval av ett stort antal kostnadskomponenter, som ersättningen skall täcka, närmare bestämt:

- (1) lönekostnader och lönebikostnader (sociala avgifter) för jurister (dvs. byråns delägare, anställda advokater och biträdande jurister);
- (2) lönekostnader och lönebikostnader (sociala avgifter) för biträden (dvs. administrativ personal);
- (3) lokalkostnader; samt
- (4) övriga kostnader (vilket exv. inkluderar kostnader för resor, inventarier, telefon, internet, databaser, m.m.).

I praktiken kan således endast en bråkdel av arvodet utbetalas som bruttolön till den advokat som uppbär ersättningen.²⁵⁶² Till detta kommer att normen (på intäktssidan) utgår ifrån grundantagandet att ett rättsligt biträde kan debitera drygt 1 200 timmar på ett år, motsvarande 72,5 procent av en heltid. Endast om så sker går ekvationen ihop (i den bemärkelsen att advokaten kan ta ut en lön motsvarande timkostnadsnormens beräkningsmodell). Enligt Advokatsamfundet går dock inte uträkningen

²⁵⁵⁷ Prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 10.

²⁵⁵⁸ Prop. 1994/95:150 bil. 3 s. 14. Jfr även de något säregna omständigheterna i NJA 1993 s. 114 och NJA 1993 s. 260 och härtill Strömberg, Håkan, *Ett rättsfall om prövning av ett regeringsbesluts lagenlighet* (JT 3/1993-94) s. 364-368. Det regeringsbeslut som Strömbergs artikel handlar om är regeringens beslut om fastställd timkostnadsnorm.

²⁵⁵⁹ Se exv. Forsnes, Chris, *Asylmälen – en guldgruva för advokater*, ledarsidorna.se den 30 september 2016, ang. kostnaderna för offentliga biträden i utlänningsmål och -ärenden. M.h.t. ett antal kostnadsräkningar konstaterar Forsnes, helt onyanserat, att det finns ”hundratals advokatbyråer som lever gott på invandringen till Sverige och de asylmål som tas upp i migrationsdomstolarna”.

²⁵⁶⁰ Se Ds 1992:51.

²⁵⁶¹ Uppräkning sker inom respektive kostnadskomponent för sig med hänsyn till bl.a. löneutvecklingen inom åklagar- och domstolsväsendet, ändringar i lagstadgade arbetsgivaravgifter, utvecklingen för hyreskostnader samt prisutvecklingen generellt. Uppräkningsmetoden enligt ett s.k. ”glidande medelvärde”, vilket motsvarar den genomsnittliga kostnadsutvecklingen de tre senaste åren inom respektive komponent.

²⁵⁶² Se Dv-rapport (2006:1) s. 33 ff., där metoden för beräkning av timkostnadsnormen beskrivs. Se även SOU 2014:86 s. 310 f. samt Statskontorets rapport (2012:5), *Rätt ersättning till rättsliga biträden – En översyn av beräkningsmodellen för timkostnadsnormen*, s. 25.

ihop – tvärtom leder timkostnadsnormen *till för låga ersättningsnivåer* i relation till de *verkliga kostnaderna*. Detta har en rad förklaringar (på både kostnads- och intäktssidan), framförallt:

Att timkostnadsnormen, å ena sidan, utgår ifrån en *för låg kostnadsnivå*. De allmänna advokatbyråerna är nämligen inte jämförbara med dagens privata advokatbyråer: Advokaterna på de allmänna advokatbyråerna hade en statlig tjänst, rätt till betald semester och andra sociala förmåner, erhöll lön under fortbildning, med mera. De allmänna advokatbyråerna fick dessutom administrativt stöd från Domstolsverket och gick detta till trots med förlust (dock utan att riskera konkurs).²⁵⁶³

Att timkostnadsnormen, å andra sidan, utgår ifrån *en alltför hög debiteringsgrad*. Enligt Advokatsamfundets och Domstolsverkets enkätundersökningar uppgår den debiterbara tiden i genomsnitt till ca 65 procent.²⁵⁶⁴

Att beräkningen av timkostnadsnormen därmed både utgår ifrån för låga kostnader och förutsätter för höga intäkter medför – enligt samfundet²⁵⁶⁵ – att ersättningen helt enkelt blir för låg, vilket för oss över till nästa punkt.

Det kan nämligen, för det andra, konstateras att humanjuridiskt verksamma biträden i genomsnitt inte bara tjänar mindre än sina affärsjuridiska motsvarigheter (vilket möjligen vore ”skäligt”), utan också mindre än andra aktörer i rättsprocessen med likvärdig kompetens, som också uppbär statlig ersättning (såsom rådmän och åklagare).²⁵⁶⁶ I en av Domstolsverket utförd enkätstudie bland advokater framgick exempelvis, att

”... den som enbart ägnar sig åt offentligt försvar/rättshjälp omöjligen kan ta ut en lön som ens till viss del motsvarar övriga aktörers inkomst. I en kommentar anfördes att många advokater knappt kan ta ut en lön på 30 000 kr per månad och en annan anser att det är sorgligt att efter 30 år som humanjurist bara kunna ta ut en årlön på ca 300 000 kr. Ytterligare en svarande säger sig ha arbetat som familjerättsadvokat under 19 år och har en lön på ca 25 000 kr per månad. Några nämner också att det är stor skillnad mellan affärsjurister och humanjurister. Detta gör att blivande advokater helst vill ägna sig åt affärsjuridik.”²⁵⁶⁷

²⁵⁶³ SK-rapport (2012:5) s. 28 samt Advokatsamfundets *yttrande till Statskontoret* (2011-11-03) s. 1 (”2011 års yttrande”), återgivet som bil. 4 till Statskontorets rapport (2012:5) s. 107 ff. (s. 107). Se även samfundets *yttrande till Domstolsverket* (2006-02-03) s. 3 (”2006 års yttrande”), återgivet som bil. 1 till Dv-rapport (2006:1) s. 45 ff. (s. 47). I SK-rapport (2012:5) finns en utförlig redogörelse över de allmänna advokatbyråernas verksamhet i bil. 2 s. 103 ff.

²⁵⁶⁴ Siffran 65 procent nämns i SK-rapport (2012:5) s. 27, m.h.t. den enkätundersökning som Advokatsamfundet (med hjälp av Temo) har låtit genomföra under flera år, och som finns redovisad i 2011 års yttrande s. 2, i SK-rapport (2012:5) s. 108. Till samma enkätundersökning hänvisar också samfundet i 2006 års yttrande s. 2, i Dv-rapport (2006:1) s. 46. Av nämnda yttranden framgår också att endast 37 procent av samfundets ledamöter uppgav sig kunna debitera mer än 75 procent. I DV:s egen enkätundersökning framgick ett medelvärde för andelen debiterbar tid på 64 procent; se Dv-rapport (2006:1) s. 30.

²⁵⁶⁵ Se även Ramberg, Anne, *Rättssäkerhet i brottmål*, i Jacobsson, Jörn (red.), *Rättssäkerheten i brottmål – ifrågasatt av Justitiekanslern* (2007) s. 147-162 (s. 158 f.).

²⁵⁶⁶ Se exv. Advokatsamfundets yttrande (2006) s. 1, i Dv-rapport (2006:1) bil. 1 s. 45, samt samfundets yttrande (2011) s. 2, i SK-rapport (2012:5) s. 108.

²⁵⁶⁷ Dv-rapport (2006:1) s. 20 f.

Jämförelsen med rådmän/åklagare lider av vissa problem, eftersom lönespannet på en advokatbyrå (mellan delägare, anställd advokat och biträdande jurist) torde vara större än bland rådmän och åklagare. Detta till trots har timkostnadsnormen varit en kontinuerlig källa till kritik – både från enskilda advokater enligt ovan och från Advokatsamfundet.²⁵⁶⁸ Detta framförallt eftersom den låga ersättningen anses ge upphov till en låg återväxt inom det humanjuridiska fältet, eller i vart fall till att de humanjuridiska byråerna har svårt att konkurrera med andra arbetsgivare om de skickligaste juristerna.²⁵⁶⁹ Denna kritik avfärdar somliga på den grunden, att samfundet i allmänhet, och enskilda ledamöter i synnerhet, naturligtvis har ett ekonomiskt egenintresse av en så hög timkostnadsnorm som möjligt. Jag vill därför slutligen, för det tredje, konstatera att metoden för att framräkna timkostnadsnormen har kritiserats också av *andra instanser* än Advokatsamfundet – senast av Statskontoret i en rapport från 2012, där det bland annat anförs att den nuvarande timkostnadsnormen ”bör överges”.²⁵⁷⁰

Mot denna bakgrund överlämnar jag åt läsaren att begrunda huruvida det arvode som bestäms enligt timkostnadsnormen är skäligt eller oskäligt. Till saken hör dock att vad jag nu har anfört endast har avsett ersättningar utanför det taxereglerade området. Rör vi istället inom det område som idag omfattas av taxa, finner vi ett ännu striktare ersättningsystem, där båda stegen i bedömningen av vad som utgör skäligt arvode bestäms genom schabloner – inte bara timersättningen (genom kostnadsnormen), utan också tidsåtgången. Detta genom att ersättningen fastställs genom på förhand givna tabeller, som i sin tur bygger dels på den timkostnadsnormen, dels på *statens uppfattning om rimlig tidsåtgång*. Den faktiska arbetstiden, liksom den omsorg och skicklighet med vilken uppdraget har utförts, är således – som utgångspunkt – utan betydelse.

5.6.3 Skälig (eller oskälig?) ersättning innanför det taxereglerade området

Av både rättshjälpslagen och rättegångsbalken framgår att en taxa ”i vissa fall” skall tillämpas när ersättningen till offentligt finansierade biträden bestäms, liksom att regeringen *eller den myndighet som regeringen bestämmer* meddelar föreskrifter om denna taxa.²⁵⁷¹ Ett sådant bemyndigande har också regeringen gett till Domstolsverket

²⁵⁶⁸ Regeringsbeslut I:7, dnr Ju2011/2954/DOM, *Uppdrag till Statskontoret om en översyn av timkostnadsnormens beräkningsmodell* (2011-04-14), s. 3. Beslutet återfinns som bil. 1 till SK-rapport 2012:5 s. 97 ff.

²⁵⁶⁹ Se SK-rapport (2012:5) s. 28 samt Advokatsamfundets yttranden (2006) s. 5, i Dv-rapport (2006:1) s. 49 och samfundets yttrande (2011) s. 4, i SK-rapport (2012:5) s. 110.

²⁵⁷⁰ Se exv. sammanfattningen i SK-rapport (2012:5) s. 7. Framförallt vänder sig SK emot kopplingen till de allmänna advokatbyråernas kostnadsläge, men också andra inslag i beräkningen kritiserar.

²⁵⁷¹ RhjL 27 § 5 st. och RB 21 kap. 10 § 3 st.

i samtliga de förordningar som reglerar ersättningar till rättshjälpsbiträden, målsägandebiträden, offentliga biträden och offentliga försvarare.²⁵⁷²

Som framgått ovan förutsattes det, vid antagandet av den äldre rättshjälpslagen, att sådana biträdeskostnader som belastar rättshjälpsanslaget i *betydande utsträckning* skulle regleras genom taxor.²⁵⁷³ Detta var i och för sig inte någon revolutionerande idé; redan på 1920-talet lades motsvarande förslag fram för att stävja kostnadsutvecklingen enligt dåvarande lagen om fri rättegång.²⁵⁷⁴ Detta förslag blev dock föremål för omfattande kritik – det ansågs bland annat möta ”oöverstigligen svårigheter” att upprätta en lämpligt avvägd taxa för hela riket. Med anslutning till remisskritiken förklarade också departementschefen, att ”någon taxa för biträdesersättning inte borde fastställas”.²⁵⁷⁵

Frågan om att införa taxor upptogs därefter till förnyad behandling på 1940-talet, sedan Riksdagens revisorer påtalat att de utdömda arvodena till biträden vid fri rättegång ”i en del fall varit väl höga” samt att det ”vore angeläget att för nedbringande av de dryga kostnaderna åtgärder vidtoges för att ernå en möjligast *enhetlig reglering* av ersättningen till dessa rättegångsbiträden”.²⁵⁷⁶ Departementschefen tog intryck av det sagda; i 1940 års statsverksproposition hette det, att anslagsöverskridandena påkallade ”den största uppmärksamhet”,²⁵⁷⁷ och i syfte att stävja kostnadsutvecklingen tillsattes sedermera 1941 års utredning om fri rättegång.²⁵⁷⁸ I likhet med föregående lagstiftningsärendet motsatte sig dock återigen de sakkunniga införandet av enhetliga taxor, med följande motivering:

”Vad först angår förslaget om fasta grunder för ersättning åt biträden låter det sig enligt de sakkunnigas mening med hänsyn till målens skiftande beskaffenhet knappast göras att på detta område fastställa bestämda ersättningstaxor.”²⁵⁷⁹

I den efterföljande propositionen anslöt sig också departementschefen till de sakkunnigas uttalande, och några taxor infördes inte.²⁵⁸⁰

Efter att frågan såldes hade avhandlats (och avfärdats) vid upprepade tillfällen i anslutning till lagen om fri rättegång, dröjde det fram till 1972 års rättshjälpsreform innan införandet av taxor återigen föreslogs – nu i den departementspromemoria som sedermera låg till grund för den äldre rättshjälpslagen. Och även denna gång

²⁵⁷² Se rättshjälpsförordningen (1997:404) 19 § (som anger att DV meddelar föreskrifter om den taxa som avses i RhJL 27 § 5 st. på grundval av en timkostnadsnorm som beslutas av regeringen) samt den i princip likalydande förordningen (1997:406) om offentlig försvarare m.m. 2 § (som likaså anger att DV fastställer den taxa som avses i RB 21 kap. 10 § på grundval av en timkostnadsnorm som beslutas av regeringen). Se även förordningen (1997:405) om offentligt biträde 6 § samt förordningen (1997:408) om målsägandebiträde 3 § (som båda hänvisar 19 § i rättshjälpsförordningen).

²⁵⁷³ Prop. 1972:4 s. 2.

²⁵⁷⁴ Jfr Ottensten (2015) s. 24.

²⁵⁷⁵ Prop. 1929:191 s. 28. Se även prop. 1972:4 s. 172.

²⁵⁷⁶ SOU 1942:50 s. 25. Se även Westman, K. G., *Utredning om fri rättegång* (SvJT 1/1942) s. 59-63 (s. 59 f.)

²⁵⁷⁷ SOU 1942:50 s. 26.

²⁵⁷⁸ Jfr direktiven (återgivna i SOU 1942:50 s. 29 f.): ”Stor uppmärksamhet måste ägnas frågan huruvida det är möjligt att begränsa statsverkets utgifter för den fria rättegången utan förfång för den obemedlade rättssökande allmänheten.” Se även Westman (SvJT 1/1942) s. 61.

²⁵⁷⁹ SOU 1942:50 s. 104. Se även prop. 1972:4 s. 173.

²⁵⁸⁰ Prop. 1944:12 s. 59. Se även prop. 1972:4 s. 173.

syftade förslaget framförallt till att uppnå en bättre kostnadskontroll,²⁵⁸¹ vilket ansågs än mer motiverat givet den utvidgning av rättshjälpen som föreslogs i den nya lagen. Tongångarna hade dock skärpts:

”En effektiv kostnadskontroll *förutsätter* ... ett annat system för beräkning av arvode till biträde och offentlig försvarare. Detta system föreslås bygga på taxor.”²⁵⁸²

Vad gäller taxornas närmare utformning skulle utgångspunkten vara den arbetstid som en ”genomsnittsadvokat” lägger ner på ett ”genomsnittsärende” inom den mål- eller ärendekategori som taxan avsåg. Denna schabloniserade arbetstid skulle i sin tur ersättas enligt det genomsnittliga ”normalarvode” som fastställdes genom timkostnadsnormen.²⁵⁸³

Det föreslagna taxesystemet fick ett blandat mottagande vid remissbehandlingen. Bland de kritiska rösterna märks Advokatsamfundet, Riksåklagaren, JK samt ett flertal domstolar – däribland Högsta domstolen, som underströk att vad frågan ytterst handlade om var ”den i lag fastslagna principen att biträde och försvarare har rätt till skälig ersättning för sitt arbete”. Vad som hade uttalats i promemorian om möjligheten att i vissa fall på förhand förutse och värdera detta arbete var, enligt domstolens ledamöter, ”inte ... övertygande”. Förslaget ingav därför ”knappast några större förhoppningar om möjligheten att konstruera systemet så, att det på en gång blir rimligt och får verklig praktisk betydelse”.²⁵⁸⁴

Även Advokatsamfundets kritik utgick från den lagstadgade rätten till skälig ersättning; enligt samfundet var det ”praktiskt omöjligt” att upprätthålla skälighetsprincipen inom ramen för ett system där ersättning bestäms enligt en enhetlig taxa, helt enkelt eftersom ”det är omöjligt att i en sådan ta hänsyn till alla de faktorer som bör påverka arvodet”.²⁵⁸⁵ Det föreslagna ordningen skulle därför inte – ”annat än slumpvis” – ge uttryck för vad som i det enskilda fallet kunde anses skäligt.²⁵⁸⁶ Denna uppfattning delades av JK, som framhöll att en bedömning av skälighet måste utgå ifrån en rad omständigheter som ”inte [låter sig] passas in i något på förhand bestämt schema”.²⁵⁸⁷

Riksåklagarens kritik var av delvis annorlunda karaktär, och fokuserade istället på taxesystemets konsekvenser för *den tilltalade*. Enligt Riksåklagaren kunde nämligen ett sådant system ”leda till att försvararen inte med tillräcklig omsorg tillvaratar den misstänktes intresse”.²⁵⁸⁸

²⁵⁸¹ Att kostnadsberäkningen skedde enligt fast taxa ansågs dock även gagna advokaterna (prop. 1972:4 s. 175): ”Även för advokatkåren måste det ... vara värdefullt att ett kontrollsystem etableras som ger en enhetlig praxis i fråga om värderingen av advokaternas arbete.”

²⁵⁸² Prop. 1972:4 s. 175.

²⁵⁸³ Prop. 1972:4 s. 175.

²⁵⁸⁴ Prop. 1972:4 s. 181.

²⁵⁸⁵ Prop. 1972:4 s. 181.

²⁵⁸⁶ Prop. 1972:4 s. 181 f.

²⁵⁸⁷ Prop. 1972:4 s. 182.

²⁵⁸⁸ Prop. 1972:4 s. 182. Samma uppfattning hos Göta hovrätt (s. 183): ”Göta hovrätt ifrågasätter starkt om det är lämpligt att tillämpa ett taxesystem i den utsträckning som har föreslagits i promemorian. Ett omfattande taxesystem kan medföra risk för minskat intresse för målet från biträdets eller försvararens sida.”

Remisskritiken till trots anslöt sig departementschefen till vad som hade anförts i promemorian; rättshjälpsreformen skulle, å ena sidan, medföra en väsentlig ökning av samhällets kostnader och det var därför, å andra sidan, ”nödvändigt att det nya rättshjälpsystemet innefatta[de] en så effektiv kontroll över kostnaderna som möjligt”.²⁵⁸⁹ Och i likhet med vad som hade anförts i departementspromemorian, ansåg departementschefen att en sådan kontroll ”torde *förutsätta* ett taxesystem som komplement till de gällande ersättningsreglerna”.²⁵⁹⁰

Närmare bestämt förordade departementschefen ett system med så kallade ”saktaxor”,²⁵⁹¹ det vill säga att ett på förhand bestämt arvode utgår till biträdet i sådana mål- respektive ärendetyper där bitrådets arbetsinsats är på förhand förutsebar. I kontrast till vad exempelvis Högsta domstolen uttalade i sitt remissyttrande, utgick således departementschefen från det grundläggande antagandet, att det i vissa fall *går att förutse advokatens arbetsinstans*.²⁵⁹² Givet detta grundantagande genomfördes det, internt inom Justitiedepartementet, en undersökning som syftande till att identifiera just sådana mål- och ärendetyper, där bitrådets arbetsinsats kunde förutses.²⁵⁹³ Det var också denna inventering som sedermera utmynnade i äktenskapsskillnads- respektive brottmålstaxan. Den senare utformades dock inte som en saktaxa utan som en timtaxa, enligt vad jag strax skall återkomma till.

Beträffande tvistemålen noterades det, att

”... i mål om gemensam ansökan om hemskillnad och äktenskapsskillnad arvodet i det stora flertalet fall är förhållandevis enhetligt. Arvodena varierar i dessa fall inom en ram på 100 kr. Domarna i mål om gemensam ansökan uppgår till drygt hälften av totala antalet undersökta tvistemålsdomar och arvodena i dessa mål utgör omkring 35 % av den biträdesersättning som totalt har utgått av allmänna medel.”²⁵⁹⁴

Äktenskaps- och hemskillnadsmål som initierats genom gemensam ansökan var således en tänkbar måltyp som lämpade sig väl för taxereglering. Hur taxan skulle utformas ansågs dock kräva ytterligare utredningar.²⁵⁹⁵ Efter att sådana hade verkställts utfärdade Domstolsverket föreskrifter om taxa för mål om äktenskapsskillnad efter gemensam ansökan, som därefter kom att justeras årligen. I samband med att den nu gällande rättshjälpslagen antogs, inskränktes dock möjligheterna att överhuvudtaget beviljas rättshjälp i mål om äktenskapsskillnad (genom kravet på särskilda skäl,

²⁵⁸⁹ Prop. 1972:4 s. 274.

²⁵⁹⁰ Prop. 1972:4 s. 275.

²⁵⁹¹ Detta i kontrast till s.k. *tidstaxor* resp. *värdetaxor*.

²⁵⁹² Prop. 1972:4 s. 276, där DepC anförde följande: ”Med saktaxor avses då att normalarvodet bestäms för sådana grupper av mål och ärenden som normalt kräver *en ... på förhand förutsebar arbetsinsats av biträdet*.” Och vidare: ”Ett system med renodlade saktaxor kan ... komma till användning för sådana grupper av mål och ärenden där *bitrådets arbetsprestationer normalt kan förutses*.”

²⁵⁹³ Prop. 1972:4 s. 276. Eller mer utvecklat (a. st.): ”Undersökningarna har haft till syfte att söka belysa i vad mån speciella grupper av mål vid domstolarna, som är lämpade för en fast arvodessättning, kan särskiljas samt hur antalet mål och kostnaderna inom sådana grupper förhåller sig till det totala antalet mål där ersättning utgått av allmänna medel resp. till den ersättning som totalt har utgått av allmänna medel.”

²⁵⁹⁴ Prop. 1972:4 s. 276.

²⁵⁹⁵ Prop. 1972:4 s. 276.

enligt vad jag har diskuterat ovan), varför taxan avskaffades år 1999 efter förslag från Rättshjälpsutredningen.²⁵⁹⁶ Jag kommer därför inte att fördjupa diskussionen kring denna taxa. Någon annan taxa har heller aldrig tillämpats i tvistemål.

Beträffande brottmålen gjordes en motsvarande inventering i förarbetena till 1972 års rättshjälpslag, som dock resulterade i en annorlunda slutsats. Undersökningen visade nämligen

”... ett starkt samband mellan arvodet och *förhandlingstiden i domstolen*, åtminstone i mål med en förhandlingstid av högst fyra timmar. För dessa mål bör sålunda finnas *goda möjligheter att sätta en taxa där ersättningen i princip ställs i relation till förhandlingstiden* vid domstolen. En taxesättning som avser mål med högst fyra timmars förhandlingstid skulle enligt undersökningen täcka 60 % av totalkostnaderna för offentlig försvarare och 82 % av antalet mål med offentlig försvarare.”²⁵⁹⁷

I brottmål diskuterades således inte – såsom i tvistemål – införandet av saktaxor för specifika måltyp/ brottskategorier; vad som fördes på tal var istället en generell taxa, vars tillämplighet anknöts till *huvudförhandlingens längd*. Efter viss ytterligare utredning²⁵⁹⁸ antog Domstolsverket år 1973 en sådan taxa för ersättning till offentlig försvarare i vissa brottmål i tingsrätt, som sedermera utvidgades till att också omfatta rättegången i hovrätt. Därefter har endast mindre ändringar gjorts. Samma principer som låg till grund för den ursprungliga brottmålstaxan präglar således den idag gällande taxan.²⁵⁹⁹ I det följande skall jag först förklara hur denna är konstruerad, för att därefter redogöra för viss kritik som har riktats mot dess tillämpning.

5.6.3.1 Brottmålstaxan

De empiriska undersökningarna som genomfördes i samband med 1972 års rättshjälpsreform visade att den utdömda ersättningen till offentliga försvarare varierade betydligt dels i mål med flera tilltalade, dels i mål där förhandlingstiden översteg fyra timmar.²⁶⁰⁰ Därför kom taxan att omfatta mål med (1) endast en tilltalad, och där förhandlingstiden (2) inte överstiger 3 timmar och 45 minuter. Denna konstruktion har försvarartaxan än idag.²⁶⁰¹

I sådana brottmål som omfattas av taxan skall arvodet till offentlig försvarare bestämmas enligt en fast schablon utifrån förhandlingens längd (beräknat i 15-minutersintervaller).²⁶⁰² Taxan är således en ren timtaxa, där arvodet utgörs av ett

²⁵⁹⁶ Se DV:s föreskrift om *upphävande av taxa för gemensam ansökan om äktenskapsskillnad* (DVFS 1997:17, B 33) samt härtill SOU 1995:81 s. 16 och 241 ff. (särskilt s. 245 ff.) samt prop. 1996/97:9 s. 138. Se även SOU 2014:86 s. 298 f.

²⁵⁹⁷ Prop. 1972:4 s. 277.

²⁵⁹⁸ Dessa utredningar genomfördes av DON; se promemorian XIV, *Brottmålstaxor*, dnr 4673.

²⁵⁹⁹ Den idag gällande taxan regleras i Domstolsverkets föreskrifter om *brottmålstaxa för offentlig försvarare i tingsrätt och hovrätt* (DVFS 2016:9).

²⁶⁰⁰ SOU 2014:86 s. 298.

²⁶⁰¹ Se DVFS 2016:9 1 §, där det stadgas att taxan gäller vid bestämmande av ersättning till offentlig försvarare i brottmål i TR och HovR med en tilltalad och en offentlig försvarare när huvudförhandlingar har förekommit, om den sammanlagda förhandlingstiden i berörd instans inte överstiger 3 timmar och 45 minuter.

²⁶⁰² DVFS 2016:9 4 §. Beloppen anges exklusive moms och avser försvarare med F-skattsedel (10 §).

grundbelopp med påslag baserat på förhandlingstid (som båda förhåller sig till den av regeringen fastställda timkostnadsnormen).²⁶⁰³ Viss hänsyn tas dock till målets beskaffenhet genom en uppdelning i fyra olika *arvodesnivåer*, där utgångspunkten är det ”basarvode” som följer av nivå 1. Om det i den sammanlagda förhandlingstiden ingår andra förhandlingar än huvudförhandling, såsom häktningsförhandling eller särskild förhandling rörande kvarstad, beslag eller reseförbud, tillämpas nivå 2. Har rätten förordnat om rättspsykiatrisk undersökning (”RPU”) tillämpas nivå 3. Är förutsättningarna samtidigt sådana som beskrivs enligt både nivå 2 och nivå 3 (såväl häktningsförhandling och/eller särskild förhandling som RPU), tillämpas arvodesnivå 4. Det sagda kan (för år 2017) illustreras enligt följande:

<i>Förhandlingstid (min):</i>	<i>Nivå 1 (kr)</i>	<i>Nivå 2 (kr)</i>	<i>Nivå 3 (kr)</i>	<i>Nivå 4 (kr)</i>
0-14	2 320	3 450	4 515	5 646
15-29	2 485	3 615	4 680	5 810
30-44	2 920	4 050	5 115	6 245
45-59	3 360	4 490	5 555	6 685
60-74	3 800	4 930	5 995	7 125
75-89	4 240	5 370	6 435	7 565
90-104	4 675	5 805	6 870	8 000
105-119	5 115	6 245	7 310	8 440
120-134	5 555	6 685	7 750	8 880
135-149	5 990	7 120	8 185	9 315
150-164	6 430	7 560	8 625	9 755
165-179	6 870	8 000	9 065	10 195
180-194	7 310	8 440	9 505	10 635
195-209	7 745	8 875	9 940	11 070
210-225	8 185	9 315	10 380	11 510

Vad kan man då utläsa ur ovanstående tabell? Först och främst kan konstateras att det arvode som framgår ovan omfattar ersättning för *allt arbete i målet* samt normala kostnader för telefon, fotokopiering med mera.²⁶⁰⁴ Eftersom någon ytterligare ersättning inte utgår går det – åtminstone mellan tummen och pekfingeret – att

²⁶⁰³ Se Domstolsverkets rapport (2002:3), *Reglering av ersättning till målsägandebiträde i en särskild taxa*, s. 11.

²⁶⁰⁴ DVFS 2016:9 5 §. Arvudet omfattar också en timmes tidspärr. De moment som skall rymmas inom den totala tidsåtgången är exv. följande (SOU 1995:81 s. 243 f.): ”Sammanträffande med klienten, genomgång av bevisning och eventuellt sammanträffande med vittnen, införskaffande av ytterligare bevisning, i förekommande fall sammanställande av bevisuppgift och komplettering av personalia, deltagande vid huvudförhandling samt genomgång av domen.”

räkna ut den totala tidsåtgång som en advokat kan ägna ett taxemål *och samtidigt få timersättning motsvarande timkostnadsnormen*. Två exempel kan ges (enligt nivå 1):

Vid en förhandlingstid på en timma ersätts advokaten med 3 800 kr. Givet att timkostnadsnormen är 1 342 kr, förväntas således advokaten ägna målet ca totalt 2 timmar och 50 i minuter (varav en timma spenderas i rättssalen).²⁶⁰⁵ Vid en förhandlingstid på 3 timmar och 45 minuter ersätts advokaten med 8 185 kr, vilket motsvarar ersättning för en total tidsåtgång på 6 timmar enligt timkostnadsnormen (varav 3 timmar och 45 minuter spenderas i rättssalen).²⁶⁰⁶

Frågan är dock vad som händer om advokaten anser sig behöva nedlägga mer tid på målet för att kunna tillvarata klientens intressen på det sätt som både rättegångsbalken och det advokatetiska regelverket kräver. Svaret på denna fråga är att det i så fall – åtminstone i teorin – går att avvika från taxan vid arvodesprövningen, men att utrymmet för detta i praktiken är ytterst begränsat.

I förarbetena till 1972 års rättshjälpslag förklarade visserligen departementschefen att det var av ”stor betydelse” att den taxereglerade ersättningen var skälig. Följaktligen var det nödvändigt att förse systemet med en säkerhetsventil:

”När det gäller brottmålen kan omständigheterna vara sådana att det knappast kan råda någon osäkerhet om påföljden. I andra fall kan påföljdsfrågan vara tveksam och kräva en helt annan arbetsinsats från biträdets sida. [...] Arvodet till biträdet eller försvararen för hans arbete med visst mål eller ärende bör alltså som redan nämnts kunna höjas och sänkas i förhållande till normalarvodet.”²⁶⁰⁷

För att taxesystemet skulle få avsedd effekt kunde det dock inte komma ifråga att domstolarna i vart och vartannat mål avvek från taxan. ”Smärre variationer” i förhållande till ett genomsnittligt mål skulle därför inte beaktas – tvärtom förklarade departementschefen, att taxan borde kunna frångås endast om målet hade medfört ”väsentligt mer arbete” än ett normalfall.²⁶⁰⁸ I sådana situationer skulle det också ankomma på advokaten att noggrant redogöra för de särskilda omständigheter som motiverade avsteg från taxan. I praktiken ville således departementschefen, genom det föreslagna taxesystemet, inte rubba principen om ”skälig ersättning”, men däremot *kasta om bevisbördan för arvodets skälighet*. Med Rättshjälpsutredningens ord:

”När taxorna konstruerades utgick man från att försvarar/biträdeskollektivet som grupp varken skulle förlora eller vinna på den ersättning som utgick så länge avvikelser inte gjordes från taxan. Fördelen med taxorna skulle ligga i att biträdet fick

²⁶⁰⁵ Beräkning: 3 800 (schabloniserat fast arvode) / 1 342 (timkostnadsnormen) = 2,831 (total tidsåtgång i timmar som ersätts enligt timkostnadsnormen).

²⁶⁰⁶ Beräkning: 8 185 (schabloniserat fast arvode) / 1 342 (timkostnadsnorm) = 6,099 (total tidsåtgång i timmar som ersätts enligt timkostnadsnormen).

²⁶⁰⁷ Prop. 1972:4 s. 278.

²⁶⁰⁸ Prop. 1972:4 s. 278 f.

I bevisbördan för att den begärda ersättningen var skälig om ersättning över taxans nivå begärdes.²⁶⁰⁹

Ett arvode enligt taxan presumeras således vara skäligt, och om advokaten vill frångå presumptionen – därför att taxan anses ge ett oskäligt resultat i det enskilda fallet – har denna att visa varför ett högre arvode är skäligt.²⁶¹⁰ Detta i kontrast till den tidigare ordningen, där yrkad ersättningen jämkades endast när domstolarna ansåg sig kunna visa att yrkandet var oskäligt.

I enlighet med uttalandena i propositionen framgår av nu gällande föreskrifter, att domstolen får frångå taxan i båda riktningar: Ett lägre arvode kan således dömas ut om den offentliga försvararen varit vårdslös, försumlig eller visat oskicklighet vid utförandet av uppdraget.²⁶¹¹ Ett högre arvode kan också dömas ut, men endast om målet krävt *avsevärt mer arbete än normalt* och skälig ersättning i målet överstiger ett visst *gränsbelopp*, som också framgår av bilagan.²⁶¹² Beträffande arvodesnivå i kan gränsbeloppet (under den första timman) illustreras följande:

Förhandlingstid (min)	0-14	15-29	30-44	45-59
Arvode (kr)	2 320	2 485	2 920	3 360
Gränsbelopp (kr)	3 480	3 725	4 385	5 040

Med *avsevärt mer arbete* avses alltså en arbetsinsats som med mer än (cirka) 50 procent överskrider det normala.²⁶¹³ Om det merarbete som advokaten har utfört *inte* når upp till denna nivå, ersätts inte den faktiska arbetstiden utöver vad som följer av taxan, vilket för oss över till kritiken. Ty ”[m]ånga försvarare anser idag att taxorna inte ger full kompensation för det arbete som läggs ned”, för att citera Rättegångsutredningen år 1995.²⁶¹⁴

Under de drygt fyra decennier som försvarartaxan har funnits har den tilldragit sig avsevärd kritik – framförallt från Advokatsamfundet och dess medlemmar. För denna kritik har jag delvis redogjort ovan; eftersom timkostnadsnormen ligger till grund för timtaxan har alla invändningar som kan riktas mot kostnadsnormen också bäring på taxan. En tillämpning av taxan innebär dock en strikt schablonisering *även av tidsåtgången*, vilket öppnar upp för delvis annorlunda resonemang. I det följande skall jag också försöka renodla den kritik som avser just advokatens arbetsinsats.

En inte ovanlig uppfattning bland advokater är att offentliga försvarare i taxemål (medvetet) ”underbetalas”, vilket enskilda ledamöter med jämna mellanrum har förts

²⁶⁰⁹ SOU 1995:81 s. 242.

²⁶¹⁰ Jfr SOU 1995:81 s. 246, där det anförs att taxor har ”den fördelen att bevisbördan för att ett ersättningsanspråk utöver taxan är skäligt åvilar biträdet”. Se även SOU 2014:86, där det likaså anförs att taxor har ”den fördelen att bevisbördan för att ett ersättningsanspråk utöver taxan är skäligt åvilar biträdet”.

²⁶¹¹ DVFS 2016:9 7 §.

²⁶¹² DVFS 2016:9 6 §.

²⁶¹³ Beräkning: 2 320 x 1,5 = 3 480 osv.

²⁶¹⁴ SOU 1995:81 s. 243.

fram – exempelvis i tidskriften Advokaten.²⁶¹⁵ I detta påstående – som förvisso kan förstås på lite olika sätt – har samfundets dåvarande ordförande Calissendorff instämt (”jag tror också att ... taxsystemet utgör en, kanske medveten, underbetalning av advokater”), med följande intressanta tillägg (som återges in extenso):

”Taxsystemet är inte bra. Det är de flesta överens om. När det infördes för offentliga försvarare i början på 1970-talet fanns som underlag utförliga statistiska analyser av sambanden mellan utdömt arvode och förhandlingstid i domstolen. De relationerna har sannolikt förändrats under de år som gått och det borde finnas anledning – för det fall man vill behålla systemet – att i grunden göra om taxan ... Dessa förhållanden har av samfundet påpekats för de ansvariga i många sammanhang. Taxsystemet grundas på timkostnadsnormen, som regeringen beslutar på grundval av ett underlag som Domstolsverket tillhandahåller. Advokatsamfundet har återkommande kritiserat beräkningsunderlaget för timkostnadsnormen, bl.a. i de årliga förhandlingarna med Domstolsverket om underlaget och i de synpunkter som samfundet därefter lämnar till Justitiedepartementet. De kontakter som nu nämnts har bl.a. varit en bidragande orsak till *det försök med slopade taxor* som numera pågår i västra Sverige. [...] Även om samfundets synpunkter vinner gehör och möter förståelse i Justitiedepartementet, är det inte självklart att samma inställning finns i Finansdepartementet. Den sakliga argumentation som samfundet strävar efter underlättas inte heller av att media ibland finner anledning att fokusera på vad man anser vara advokaters utan skäl höga ersättningar ... Självfallet skall rättsväsendet och rättssäkerheten få kosta pengar, men *alla har inte samma syn på vilka prioriteringar som bör göras.*”²⁶¹⁶

Detta uttalande knyter samman många av de trådar som jag diskuterar i denna avhandling – framförallt att rätten till (offentligt finansierat) biträde i praktiken är en fråga om ekonomiska prioriteringar. Till denna diskussion skall jag dock återkomma i nästa del. Vad jag här vill knyta an till är det *försök med slopade taxor*, som Calissendorff omnämner. Genom denna försöksverksamhet producerades nämligen vissa statistiska data, som vi kan använda för att göra diskussionen mindre normativ.

5.6.3.2 Konsekvenserna av slopad brottmålstaxa

Att försvarartaxan i princip har samma konstruktion idag som när de infördes på 70-talet noterades av Rättshjälpsutredningen i det betänkande som låg till grund för 1996 års rättshjälpslag. Med hänvisning till att de empiriska undersökningar som genomfördes i samband med att den äldre rättshjälpslagen antogs var så väldigt ”omfattande”,²⁶¹⁷ ansåg sig dock utredaren alltså kunna utgå ifrån dessa:

”Taxorna infördes i samband med rättshjälpslagens införande efter *omfattande undersökningar* av tidsåtgången i olika mål. Det är *föga meningsfullt* och både tids- och kostnadskrävande att nytt göra sådana undersökningar. Jag har i stället utgått från

²⁶¹⁵ Se exv. Wahlgren, Gustaf, *Taxsystemet – medveten underbetalning?* (TSA 4/2003a) s. 26.

²⁶¹⁶ Calissendorff, Axel, *Taxsystemet är inte bra men samfundet är ingen fackförening* (TSA 5/2003) s. 28.

²⁶¹⁷ Se, utöver citaten nedan, SOU 1995:81 s. 241: ”Båda taxorna ... konstruerades efter *omfattande undersökningar* av den tid som gick i respektive målkategori.”

att de bedömningar som då gjordes var någorlunda riktiga samt *försökt att uppskatta* vilka faktorer som de senaste 20 åren kan ha påverkat tidsåtgången i taxesatta mål.”²⁶¹⁸

Istället för att göra nya undersökningar – vilket karaktäriserades som ”föga meningsfullt” – ägnade sig alltså utredaren åt att ”försöka uppskatta” (det vill säga gissa) hur samhällsutvecklingen under en dryg 20-årsperiod hade påverkat advokatens faktiska arbetstid i de taxesatta brottmålen.

Enligt utredaren fanns det, å ena sidan, vissa omständigheter som talade för att advokater idag lägger ner *mindre tid* på varje mål än på 70-talet, och således blir *överkompenserade* genom taxans schablonisering av arbetsinsatsen.²⁶¹⁹ Å andra sidan fanns det omständigheter som talade i motsatt riktning – att advokater idag lägger ner *mer tid* på varje mål och därmed blir *underkompenserade*.²⁶²⁰ Vid en sammantagen bedömning ansåg dock utredaren att tidsåtgången inte ”torde” ha påverkats på något avgörande sätt – varken i den ena eller den andra riktningen. Avvägningen utmynnade därför i följande slutsats:

”Brottmålstaxan baseras på *omfattande undersökningar* utförda av Justitiedepartementet och Domstolsväsendets organisationsnämnd DON under åren 1969-1972. [...] Jag har inte hittat några bärande argument mot de slutsatser som då drogs angående tidsåtgången.”²⁶²¹

Mot utredarens uppskattning/allmänna resonering kring samhällsutvecklingen har jag i och för sig inga invändningar att rikta – de omständigheter som diskuteras tycks alla vara relevanta. Däremot vill jag invända mot metodiken, där en person – säkerligen på goda grunder – ”försöker att uppskatta” komplexa samhälleliga samband i en statlig offentlig utredning, istället för att faktiskt utreda dessa samband. Detta till trots lades utredarens ”avvägningar” till grund för 1996 års rättshjälpsreform, som därmed inte kom att medföra några ändringar vad gäller de dåvarande taxornas konstruktion.²⁶²² Vad utredningen uttalat beträffande taxornas kostnadsdämpande funktion skulle dock föranleda nya utredningar:

”Huruvida taxorna i dag är kostnadsdämpande eller inte beror ... i första hand på taxornas konstruktion. Frågan är om taxan innebär en över- eller underkompensation eller med andra ord om biträdet skulle tillerkännas mer eller mindre ersättning, *om taxan inte fanns*.”²⁶²³

Några år senare – närmare bestämt 30 år efter de ”omfattande undersökningarna” – utfärdade regeringen direktiv till Domstolsverket att genomföra en försöksverksamhet

²⁶¹⁸ SOU 1995:81 s. 241.

²⁶¹⁹ Exv. digitalisering, effektivisering, ökad materiell processledning, etc.

²⁶²⁰ Exv. ökad invandring/språksvårigheter, mer krävande klienter, annorlunda brottslighet, ändringar i BrB, etc.

²⁶²¹ SOU 1995:81 s. 243.

²⁶²² Jfr prop. 1996/97:9 s. 138: ”Rättshjälpsutredningen gör i betänkandet en utvärdering av taxan. Efter avvägning av olika förändringar som skett sedan taxan skapades kommer utredningen fram till att tidsåtgången i dessa ärenden inte förändrats på något avgörande sätt.” Se även (ang. den taxa enligt RB 21 kap. 10 §) a. prop. s. 194.

²⁶²³ SOU 1995:81 s. 242.

utan taxa vid vissa domstolar, vars syfte var att undersöka eventuella skillnader mellan sådan ersättning som bestäms enligt brottmålstaxan och sådan ersättning som istället bestäms enligt den allmänna regeln i rättegångsbalken om skälig ersättning (för en rimlig arbetsinsats).²⁶²⁴

Den aktuella undersökningen pågick i ett år, omfattade Hovrätten för Västra Sverige samt de tingsrätter som var underställda hovrätten, och verkställdes helt enkelt genom att dessa domstolar inte tillämpade brottmålstaxan. Utfallet blev synnerligen intressant, och kan illustreras enligt följande:²⁶²⁵

	Antal	Procent
<i>Yrkanden under taxa:</i>	446	12
<i>Yrkanden motsvarande taxa:</i>	221	6
<i>Yrkanden över taxa:</i>	3 164	82
<i>Totalt</i>	3 831	100

Av tabellen framgår att offentliga försvarare yrkade ersättning enligt *samma nivå* som taxan i endast 6 procent av målen. I 94 procent avvek således kostnadsyrkandet från schablonen, genom att antingen understiga eller överstiga taxan. Beträffande dessa avvikelser yrkade advokaten ersättning med ett belopp som *understeg* taxan i 12 procent av samtliga fall där taxan normalt skulle ha varit tillämplig. I dessa fall skulle således advokaten ha blivit *överkompenserad*, om ersättningen istället bestämdes enligt schablonen. I 82 procent av fallen yrkades dock ersättning med ett belopp som istället *översteg* vad som normalt hade utgått enligt taxa.²⁶²⁶ Det kanske mest intressanta är dock att domstolarna tillerkände försvararna yrkad ersättning i 94 procent av dessa fallen.²⁶²⁷ I alla dessa fall hade således advokaterna blivit *underkompenserade* om ersättningen istället hade bestämts enligt schablonen. Eller i rena siffror:

”I försöket har de offentliga försvararna, i mål där taxan normalt skulle ha varit tillämplig, för arbete yrkat totalt 22 751 294 kr och tillerkänts 22 142 615 kr. För det fall taxan varit tillämplig skulle de ha tillerkänts 16 362 938 kr. Differensen mellan det tillerkända beloppet för arbete och vad som normalt skulle utgått enligt taxa är 5 779 677 kr.”²⁶²⁸

Med vissa korrigeringar konstaterade Domstolsverket att den kostnadsökning som föranleddes av att domstolarna *inte* tillämpade brottmålstaxan kunde bestämmas

²⁶²⁴ Regeringsbeslut 11 dnr Ju2001/8642/DOM, *Uppdrag att förbereda och genomföra en försöksverksamhet utan taxa för offentliga försvarare och målsägandebiträden i tingsrätt och hovrätt* (2002-10-03). Beslutet återfinns som bil. 1 till Domstolsverkets rapport (2012:15), *Försöksverksamhet utan taxa*, s. 25 ff.

²⁶²⁵ Dv-rapport (2012:15) s. 10.

²⁶²⁶ Dv-rapport (2012:15) s. 2 och 10.

²⁶²⁷ Dv-rapport (2012:15) s. 10.

²⁶²⁸ Dv-rapport (2012:15) s. 11.

till hela 31,8 procent.²⁶²⁹ Verkets sammantagna slutsats blev därför att taxan ”verkar kostnadshämmande för staten”.²⁶³⁰

Försöksverksamheten, såsom den redovisats ovan, gav naturligtvis Advokatsamfundet en stabilare grund för sin kritik av taxan i brottmål – framförallt därför att domstolarna faktiskt betraktade den yrkade ersättning som skälig i 9/10 fall, trots att ersättningen översteg taxan i drygt 8/10 fall.²⁶³¹ Vilka slutsatser kan man då dra av undersökningen?

Om vi för tillfället bortser från timkostnadsnormen – genom att ta för givet att normen motsvarar skälig timersättning – kan taxan förstås som en schablonisering av *vad som utgör en rimlig arbetsinsats* i ett mål med en viss förhandlingstid.²⁶³² Detta då taxan utgår ifrån, och förutsätts vara förenlig med, den överordnade regeln i rättegångsbalken 21 kapitlet 10 §, som anger just att advokaten skall få skälig ersättning för den *tidsåtgång som är rimlig*. I offentliga utredningar hittar man således uttalanden som antyder att advokaten bör förhålla sig till taxan som en gräns, bortom vilken arbetsinsatsen inte är rimlig:

”En taxa medför även en ökad förutsägbarhet för det enskilda biträdet som därmed lättare kan planera och begränsa sitt arbete till en rimlig nivå.”²⁶³³

Med andra ord anses det som utgångspunkt orimligt för en advokat att ägna mer tid än 2 timmar och 48 minuter (varav en timma i rättssalen) åt ett mål där förhandlingstiden är en timma (enligt mitt exempel ovan). I drygt 80 procent av målen som ingick i Domstolsverkets försök begränsade dock advokaterna *inte* sin arbetsinsats till taxans schablon, men fick *ändå* (i det stora flertalet fall) ersättning i enlighet med sina yrkanden, vilket förutsätter att domstolarna betraktade tidsåtgången som rimlig. Detta ger upphov till två tänkbara slutsatser: Om advokaten, å ena sidan, låter sig begränsas av taxan genom att inte ägna ett mål mer arbetstid än vad som faktiskt ersätts – oavsett om det vore motiverat med hänsyn till den tilltalades intresen – hamnar vi i det scenario som Riksåklagaren beskrev i sitt remissyttrande, där

²⁶²⁹ Dv-rapport (2012:15) s. 16.

²⁶³⁰ Dv-rapport (2012:15) s. 24.

²⁶³¹ Jfr SOU 2014:86 s. 334: ”Under åren har såväl taxorna som timkostnadsnormen, på vilken taxorna beräknas, kraftigt kritiserats, främst från advokatkåll. Det har bl.a. gjorts gällande att ersättningen inom ramen för taxan inte längre utgör en skälig ersättning i många fall. Sveriges advokatsamfund har i denna del hävdade att uppfattningen *vinner stöd* av den försöksverksamhet utan taxor som genomfördes år 2003. Av slutrapporten från försöksverksamheten framgår bl.a. att beviljad ersättning avsevärt översteg de belopp som skulle ha utgått om taxan hade varit tillämplig. [...] En *viktig omständighet att beakta* i detta sammanhang är enligt Sveriges advokatsamfund att domstolarna i 94 ... procent av fallen tillerkände de offentliga försvararna ... den begärda ersättningen.”

²⁶³² Jfr Ottensten (2015) s. 6: ”Den praktiska innebörden av ett system där ersättningen bestäms utifrån på förhand givna parametrar är inte bara att kostnaderna dämpas och blir mer förutsägbara. Det innebär också att man schabloniserar vad som är en rimlig arbetsinsats från försvarers sida. På så vis blir brottmålstaxan till syvende och sist en av flera metoder för att reglera principen om *audiatur et altera pars*.”

²⁶³³ SOU 2014:86 s. 331.

den tilltalades intressen riskerar att inte tas tillvara med tillräcklig omsorg.²⁶³⁴ Om advokaten, å andra sidan, *inte* låter sig begränsas av taxan – genom att ägna målet den arbetstid som faktiskt behövs, oavsett om den ersätts eller inte – medför taxan istället en underbetalning i relation till (den redan låga) timkostnadsnormen, såvida domstolen inte frångår taxan i det enskilda fallet.

Alltså: Antingen får misstänkta (1) inte ett fullgott försvar i många taxemål, eftersom deras advokater inte kan ägna målet den tidsåtgången behövs; eller så får misstänkta ett fullgott försvar även i taxemålen, därför att deras advokater (2) inte får lön för en viss del av arbetet. En annan plausibel förståelse av Domstolsverkets undersökning är förstås att det (3) inte alls är fel på taxan – utan på både advokaterna och domstolarna. För i en värld där taxan är perfekt kalibrerad kan förstås resultatet av undersökningen förklaras av att advokaterna ”passade på” att yrka oskäligt hög ersättning för en orimlig tidsåtgång, och att domstolarna därefter helt fallerade i sin kontroll genom att också tillerkänna advokaterna oskäligt hög ersättning för en orimlig tidsåtgång i 9 fall av 10. Dessa tre förklaringar är i och för sig inte ömsesidigt uteslutande; förmodligen förekommer alla tre alternativen, i olika grad.²⁶³⁵ För egen del ansluter jag mig dock till följande uttalande av Advokatsamfundets generalsekreterare (som närmast förenar alternativ 1 och 2):

”Att offentliga försvarare [...] inte får ersättning för det arbete de lägger ner i sina ärenden leder ofrånkomligt till att de inte kan lägga ner den tid som skulle behövas för att på ett fullgott sätt tillvarata sina klienters intressen, något som i sin tur leder till att den misstänkte [...] inte kan garanteras den rätts säkerhet som de[n] har rätt till i en rättsstat.”²⁶³⁶

Trots utfallet i Domstolsverkets försök, och den kritik mot taxans konstruktion som försöket gav upphov till, har brottmålstaxan inte justerats nämnvärt sedan 1970-talet. Så sent som år 2014 uttalade därför Biträdeskostnadsutredningen följande, som får avsluta diskussionen om försvarartaxan:

”De undersökningar som taxan bygger på är cirka 40 år gamla. Under denna tid har åtskilliga förändringar ägt rum, inte bara inom rättsväsendet utan även i samhället i stort, inte minst vad gäller tekniska hjälpmedel. Enligt vår uppfattning finns skäl att överväga förnyade undersökningar om taxans konstruktion och innehåll. Taxorna borde med andra ord analyseras utifrån dagens process. Ett sådant uppdrag kan lämpligtvis lämnas till Domstolsverket.”²⁶³⁷

²⁶³⁴ Prop. 1972:4 s. 182. I SOU 2004:122 s. 241 gör Ungdomsbrottsutredningen gällande att så är fallet vad gäller unga lagöverträdare, låt vara i försiktiga ordalag: ”I ungdomsmål där brottmålstaxan skall tillämpas kan således möjligheterna för försvararen att ta hänsyn till att klienten på grund av sin låga ålder kräver särskild uppmärksamhet uppfattas som begränsade.” Jfr även SOU 1995:81 s. 246, där det konstateras att taxor kan ”medverka till att ett biträde inte vidtar åtgärder som ett mer ambitiöst biträde skulle ha vidtagit eftersom han eller hon ändå får samma ersättning”. Även i SOU 2004:122 s. 241 konstateras att det idag saknas ”ekonomiska incitament för försvarare att lägga kraft på målen med de yngsta lagöverträdarna”.

²⁶³⁵ Ottensten (2015) s. 54 f.

²⁶³⁶ Ramberg (2007) s. 160 f.

²⁶³⁷ SOU 2014:86 s. 333.

Jag instämmer till fullo i detta uttalande.

5.6.4 Utvidgning av det taxereglerade området?

Som framgått ovan infördes brottmåls- och äktenskapskillnadstaxorna i samband med 1972 års rättshjälpsreform. När den äldre rättshjälpslagen ersattes av den nu gällande rättshjälpslagen avskaffades sedan skillnadstaxan. Några andra taxor – utöver brottmålstaxan – infördes inte under 1900-talet, i kontrast till vad departementschefen hade räknat med vid rättshjälpsreformen. I sitt betänkande föreslog dock 1993 års Rättshjälpsutredning en betydande utvidgning av det taxereglerade området. Detta låg också helt i linje med vad regeringen hade anfört i utredningsdirektiven, där åtskilliga sidor ägnades rubriken ”kostnadskontroll och taxor”. Bland annat anfördes följande:

”Möjligheten till en effektiv kostnadskontroll är en central faktor när det gäller att hålla kostnaderna nere. Ett sätt att åstadkomma kostnadskontroll kan vara taxereglering. [...] I översynen bör ingå en förutsättningslös granskning av de olika slagen av taxor. Om taxor kan visas vara kostnadsdämpande bör det undersökas om ytterligare områden kan taxesättas.”²⁶³⁸

I sitt betänkande föreslog utredningen dels en utvidgning av den befintliga timtaxan avseende ersättning till offentliga försvarare,²⁶³⁹ dels att saktaxor skulle införas för att reglera ersättningar till offentliga biträden i vissa mål/ärendetyper, närmare bestämt i tvångsvårdsfall avseende psykiskt sjuka (i utredningen benämnda ”psykiatrimålen”) samt i utlänningsärenden.²⁶⁴⁰ Att taxor föreslogs i just dessa två mål/ärendekategorier framstår inte som en tillfällighet. I en av alla de talrika propositioner varigenom lagstiftaren successivt trasade sönder den äldre rättshjälpslagen hade nämligen departementschefen anfört: (1) att det borde undersökas ”om inte också rättshjälpsärenden på *utlänningslagstiftningens område* lämpar sig för taxereglering”, samt (2) att ”möjligheten att taxereglera rättshjälpsärenden inom den *psykiatriska tvångsvårdslagstiftningen*” borde undersökas.²⁶⁴¹ Vad 1993 års Rättshjälpsutredning, liksom av en slump, kom fram till (i sitt betänkande år 1995) var alltså precis vad regeringen hade antytt att en framtida utredning borde komma fram till (i propositionen år 1992),

²⁶³⁸ Dir. 1993:77 s. 7 ff., i SOU 1995:81 bil. 1 s. s. 289 ff.

²⁶³⁹ Detta genom att vissa begränsningar togs bort. Jfr sammanfattningen SOU 1995:81 s. 16: ”Enligt förslaget bör därför den nuvarande brottmålstaxan finnas kvar och utökas till att gälla även när försvararbyte skett eller när flera tilltalade förekommer i samma mål.” Se även a. SOU s. 225.

²⁶⁴⁰ SOU 1995:81 s. 16 och 189.

²⁶⁴¹ Prop. 1992/93:109 s. 45.

och dessutom hade påmint om (i direktiven år 1993), när Rättshjälpsutredningen sedermera tillkallades.²⁶⁴²

Vad först avser utlänningsärendena konstaterade utredningen att det visserligen förelåg ”stora skillnaderna i tidsåtgång i olika ärenden”,²⁶⁴³ eller mer utvecklat:

”Den tidsåtgång som krävs i ett avvisningsärende kan variera *högst väsentligt*. I ett enkelt, okomplicerat ärende kan 2-3 timmar vara en normal tidsåtgång. I ett komplicerat ärende kan det röra sig om 15-20 timmar.”²⁶⁴⁴

Detta skulle naturligtvis ha kunnat åberopas som ett starkt argument *mot* att införa en taxa för denna ärendetyp; när sådana taxor föreslogs i skillnadsmål och brottmål var det ju just med hänvisning till att ”omfattande undersökningar” hade visat att det *inte* förelåg några stora skillnader i yrkad ersättning. Rättshjälpsutredningen lät sig dock inte hejdas av detta – att systemet inte skulle bli rättvist låg nämligen ”i sakens natur”.²⁶⁴⁵

I utredningen konstaterades att det i praxis hade utvecklats en närmast informell taxa, enligt vilken kostnadsräkningar på åtta timmar sällan ifrågasattes. Denna ordning ställde sig utredningen kritisk till, eftersom det faktiskt inte kunde ”uteslutas att vissa biträden lägger ner och får betalt för mer arbete än vad som egentligen hade varit nödvändigt”, enligt den av utredningen myntade devisen ”åtta timmars arbete kan man alltid få betalt för”. För att komma bort ifrån denna praxis rekommenderade utredningen en saktaxa motsvarande ”ungefär fyra timmars arbete”. Detta förslag utgick sannerligen inte från några ”omfattande undersökningar” liknande dem som låg till grund för 70-talets brottmålstaxa. Istället baserades förslaget på ”diskussioner med personer som är insatta sakområdet”, som inte ens nämndes vid namn.²⁶⁴⁶

Vad därefter avser tvångsvårdsmålen ansåg utredaren likaså att dessa ”borde lämpa sig väl” för en saktaxa. Argumentationen var dock delvis den omvända; vid tvångsvård av psykiskt sjuka fanns det nämligen också en informell taxa motsvarande 1-2 timmar, vilket dock talade *mot* införandet av en formell taxa (det kunde ”synas onödigt att formalisera förfarandet”). Detta till trots föreslog utredningen en saktaxa beräknad på en tidsåtgång om 1,5 timmar. För att motivera denna siffra hänvisade dock utredaren inte till några ”omfattande undersökningar”, eller ens till några insatta personer.²⁶⁴⁷ Den som arbetar som offentligt biträde och undrar varifrån ”skäliga 1-2 timmar” (som idag närmast fungerar som en förtäckt taxa i denna måltyp) egentligen kommer

²⁶⁴² Se dir. 1993:77 s. 9, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 191: ”I 1992 års proposition om ändring i rättshjälpslagen m.m. tas frågor om utökad användning av taxor upp. Det sägs bl.a. att frågan om *utvidgning av brottmålstaxans* tillämpningsområde skall undersökas närmare. Vidare anförts att det kunde vara lämpligt att ... undersöka om ytterligare områden, t.ex. underhållsmål och ärenden på *utlänningslagstiftningens* och den *psykiatriska tvångsvårdslagstiftningens* områden, kan lämpa sig för taxereglering.” Beträffande mål om underhållsbidrag föreslog RHU ingen taxa, men detta berodde på att utredningen (i praktiken) valde att istället helt avskaffa möjligheten att beviljas rättshjälp i denna måltyp; se avsnitt 5.2.3.3 ovan.

²⁶⁴³ SOU 1995:81 s. 201.

²⁶⁴⁴ SOU 1995:81 s. 200.

²⁶⁴⁵ SOU 1995:81 s. 201.

²⁶⁴⁶ SOU 1995:81 s. 200 f. I ett annat avseende var dock utredaren mer transparent, genom att framhålla (a. st.) ”att det från advokathåll riktats invändningar mot mina slutsatser i taxefrågan.”

²⁶⁴⁷ SOU 1995:81 s. 213.

ifrån, är alltså svaret att 1993 års Rättshjälpsutredning *ansåg att denna tidsåtgång var skälig utan någon motivering*. Att en sådan informell taxa tillämpas verkar förstås begränsande på de offentliga biträdenas utrymme att kritiskt granska sin allmänna motpart. Följande uttalande från ett offentligt biträde, återgivet i Jacobssons intervjstudie, illustrerar hur åtminstone vissa advokater upplever situationen:

”Jag har inte tid att kontrollera källor, får inte betalt för den tid som läggs ned, länsrätten anser på något sätt att även om du lagt ned tre, fyra timmars arbete i det här så är det mål av den karaktären att du får bara för två timmars arbete. Dom har tydligen någon egen liten taxa dom tillämpar på länsrätten, så det hämmar ju alla försök [att kontrollera källor].”²⁶⁴⁸

Det sagda ligger i linje med en annan av Jacobssons delstudier, där hon istället analyserade hur de offentliga biträdena faktiskt uppträdde vid de muntliga förhandlingarna. Mot bakgrund av denna studie drar Jacobsson för egen del följande slutsats:

”En anledning till att den försvarande rollen underordnas kan vara de organisatoriska begränsningar som gör det svårt för biträdet att på allvar göra en kritisk belysning av myndighetens utredning. [...] Få kritiska frågor ställs ... till den offentliga parten och ifrågasättanden av fakta och slutsatser i de skriftliga utredningarna. [...] När biträden väjer från den försvarande rollen är risken uppenbar att enskilda parter lider rättsförluster och att människor utsätts för illegitimt tvång.”²⁶⁴⁹

I samband med att den nya rättshjälpslagen sedermera infördes bröts, som framgått ovan, systemet med offentliga biträden ut ur den allmänna rättshjälpen, genom antagandet av lagen om offentligt biträde. I denna lag infördes en hänvisning till rättshjälpslagens 29 §,²⁶⁵⁰ med den lagtekniska konsekvensen, att Domstolsverket – efter regeringens bemyndigande – *får* utfärda taxor för offentliga biträden.²⁶⁵¹ Regeringen konstaterade dock att införandet av sådana taxor inte kräver några lagändringar, och att frågan därför inte behövde diskuteras närmare i propositionen.²⁶⁵² Några taxor för de förvaltningsrättsliga måltyper där offentliga biträden kan förordnas har ännu inte utfärdats (vilket dock inte utesluter att domstolarna tillämpar ”informella” taxor enligt ovan). Däremot utfärdades, år 2002, en *ytterligare brottmålstaxa*, som reglerar

²⁶⁴⁸ Jacobsson, Maritha, *Konflikten som inte blev av - argumentation och kommunikation i LVM-förhandlingar*, i Terapeutens rätt – rättslig reglering och terapeutisk logik i domstolsförhandlingar (2006b) s. 61-125 (delstudie IV) (s. 116), med tillägget: ”Att det är svårt att granska källor med tanke på den tid biträdena har till sitt förfogande bekräftas av flera biträden ...”

²⁶⁴⁹ Se s. 57 i avhandlingens kappa, som refererar till delstudie II; nedan citerad som Jacobsson (2006a). Se även a.a. s. 63: ”Få eller inga granskande frågor ställdes till motparten. Biträdena agerade med andra ord inte utifrån en rättslig logik, med förväntningar att socialsekreteraren/psykiatrikern är en motpart vars argument borde ifrågasättas.”

²⁶⁵⁰ LOB 5 §.

²⁶⁵¹ Prop. 1996/97:9 s. 227.

²⁶⁵² Prop. 1996/97:9 s. 194: ”Utredningen har lämnat vissa förslag om utvidgning av den s.k. brottmålstaxan samt om införande av nya taxor. Frågor om taxor kräver inte några lagändringar. Dessa frågor behandlas därför inte i detta ärende.”

ersättningen till målsägandebiträden.²⁶⁵³ Något kort skall avslutningsvis sägas om denna taxa, som knyter an till försvarartaxan.²⁶⁵⁴

Redan i förarbetena till lagen om målsägandebiträde klargjordes det, att hänvisningen i lagens 5 § till den äldre rättshjälpslagen 22 § innebar att regeringen, eller Domstolsverket, kunde reglera ersättningen till målsägandebiträdet genom taxa.²⁶⁵⁵ Skillnaden i relation till lagen om offentligt biträde är således endast att Domstolsverket har utnyttjat denna möjlighet. En kort bakgrund till taxan är som följer:

I sitt betänkande anförde Rättshjälpsutredningen att det var en vanlig uppfattning att målsägandebiträden ersattes generöst i jämförelse med offentliga försvarare – i synnerhet när den sistnämnda erhöll ersättning enligt taxa. Om så var fallet kunde målsägandebiträdets kostnadsyrkande många gånger överstiga försvararens:

”Mot bakgrund av att den offentlige försvararens uppdrag är mer heltäckande och generellt måste anses vara mer krävande ter sig denna konsekvens många gånger olycklig.”²⁶⁵⁶

Detta ”problem” ville utredningen lösa genom att underkasta också målsägandebiträdet brottmålstaxan.²⁶⁵⁷

Samma år som nya rättshjälpslagen infördes genomförde Domstolsverket – på uppdrag av regeringen – en utvärdering av lagen om målsägandebiträde. I rapporten framgick att lagen i allt väsentligt fungerade väl. Kostnaderna för denna form av biträde hade dock ökat dramatiskt, och det fanns mot den bakgrunden anledning att kritisera bland annat hur ersättningen till målsägandebiträden reglerades.²⁶⁵⁸ År 2001 uppdrog därför regeringen åt Riksrevisionen att ytterligare granska kostnadsutvecklingen. Granskningen utmynnade i en rekommendation till Domstolsverket att så snart som möjligt utfärda en taxa för målsägandebiträden,²⁶⁵⁹ och ett sådant förslag lämnades redan påföljande år.²⁶⁶⁰ Följaktligen finns det idag två olika brottmålstaxor, varav den ena reglerar ersättningen till offentliga försvarare och den andra ersättningen till målsägandebiträden. I sak är dock dessa taxor i de närmaste identiska,²⁶⁶¹

²⁶⁵³ Den idag gällande taxan regleras i Domstolsverkets föreskrifter *om brottmålstaxa för målsägandebiträde i tingsrätt och hovrätt* (DVFS 2016:11).

²⁶⁵⁴ Se även dir. 2013:12 s. 1 och 7, i SOU 2014:82 bil. 1 s. 439 resp. 445. Enligt utredningsdirektiven ankom det på BКУ att ”förelä en *utökad användning* av schablonersättning, s.k. taxa i brottmål”, eller uttryckt i annorlunda ordalag, att ”förelä på vilket sätt en utökad användning av taxa skulle kunna ha en *kostnadsdämpande effekt*”. Vad utredningen skulle komma fram till var således redan bestämt på förhand; att förelä en *minskad användning* av taxa var inte ens ett alternativ. Föga förvånande föreslog också utredaren en utvidgning av brottmålstaxan; se s. 330 i betänkandet. Dessa förslag har (ännu) inte genomförts.

²⁶⁵⁵ Prop. 1987/88:107 s. 41.

²⁶⁵⁶ SOU 1995:81 s. 248.

²⁶⁵⁷ SOU 1995:81 s. 248.

²⁶⁵⁸ Se framförallt avsnitt 3 i Dv-rapport (1996:2).

²⁶⁵⁹ Riksrevisionens rapport 2001:30, *Varför blev det dyrare? – kostnadsutvecklingen för offentlig försvarare, målsägandebiträde och offentlig biträde*.

²⁶⁶⁰ DV-rapport (2002:3).

²⁶⁶¹ Enligt DVFS 2016:11 1 § är taxan tillämplig i brottmål i TR och HovR med en tilltalad och ett målsägandebiträde, som biträder en målsägande, om den sammanlagda tid som målsägandebiträdet närvarat vid huvudförhandlingar i berörd instans inte överstiger 3 timmar och 45 minuter. Under vilka förutsättningar domstolen får avvika från taxan regleras i 5-6 §§, som i sak överensstämmer med 6-7 §§ i DVFS 2016:9.

med endast en central skillnad: ett målsägandebitråde kan endast erhålla ersättning enligt arvodesnivå i.²⁶⁶²

5.7 Sammanfattning och slutsatser

I det avsnitt genom vilket jag introducerade förevarande kapitel antydde jag den intressekonflikt som lagstiftaren har att hantera vid offentlig finansiering av juridiska biträden.²⁶⁶³ Att ställa ett biträde vid den enskilda partens sida är nämligen inget självändamål, utan syftar till att säkerställa andra samhällseliga mål. I detta kapitel har jag också visat att det går att identifiera (åtminstone) fyra allmänna intressen, som kan åberopas som argument *för offentlig finansiering*: (1) jämlikhetsskäl; (2) rättssäkerhetsskäl; (3) humanitära skäl; samt (4) ”mänskliga rättigheter”. Dessa intressen aktualiseras med olika styrka i olika måltyper, men har också tillmätts olika vikt under olika tidsepoker.²⁶⁶⁴

De ovan nämnda intressena befinner sig naturligtvis inte i ett ekonomiskt vakuum. Det argument som kan åberopas *mot offentlig finansiering* är således det allmänna intresset av kostnadskontroll och kostnadsdämpningar, som i olika grad präglar alla offentliga utgifter. Detta intresse kan likaså aktualiseras med olika styrka givet det rådande statsfinansiella läget, men också beroende på skiftningar i politisk ideologi.²⁶⁶⁵ Det handlar alltså inte bara om *att* staten ibland kan spendera och ibland måste spara pengar, utan också om *hur* sådana prioriteringarna görs i tider av högkonjunktur respektive lågkonjunktur.

Sammanfattningsvis kan vi betrakta de institut som jag har diskuterat i detta kapitel som en avvägning mellan (framförallt) följande motstående intressen:

<i>Skälen för offentlig finansiering</i>	<i>Skälen mot offentlig finansiering</i>
Jämlikhetsskäl Rättssäkerhetsskäl Humanitära skäl ”Mänskliga rättigheter”	Statsfinansiella skäl

²⁶⁶² Se DVFS 2016:11 2 § samt bilagan till föreskrifterna.

²⁶⁶³ Se avsnitt 5.1 ovan och jfr exv. Stavros (1993) s. 207 f. ang. motsvarande intresseavvägning enligt EKMR art. 6.

²⁶⁶⁴ Lagstiftningsklimatet i 1970-talets välfärdsstat skilde sig exv. markant från det ”krassa” 90-talet, vilket kan tjäna som två grova tidsmarkörer. Härfter torde det också råda enighet om att EKMR och EU-rätten har inneburit en tilltagande europeisering av den svenska rättsordningen, vilket i sin tur har influerat till ett ökat tänkande i termer av rättigheter – framförallt under 2000-talet.

²⁶⁶⁵ Folkhemmets nedmontering kan exv. betraktas som en tydlig vattendelare mellan kollektivism och (en tillbakagång mot ökad) individualism.

Betraktar vi uppställningen ovan som en balansvåg,²⁶⁶⁶ kan vi också konstatera att avvägningen mellan vågskålarorna kommer till uttryck på två nivåer: dels vid lagstiftarens utformning av reglerna; dels vid domstolarnas tillämpning av dessa.

Om vi först rör oss på regelnivån sätter naturligtvis tillgängliga resurser ramarna för lagstiftningsarbetet, åtminstone när det kommer till den typen av lagar som vi diskuterar i detta kapitel – som får direkt genomslag i budgeten. Följaktligen kan man ofta placera en viss reform till vänster eller till höger i ovanstående tabell, beroende på vilket intresse som har tillmätts störst vikt. Det sagda kan illustreras genom ett konkret exempel:

Intresset av jämlikhet (år 1972): ”[R]ättshjälpsreformen [bör] leda till en *betydande utvidgning* av rättshjälpen i förhållande till vad som nu gäller. [...] Den föreslagna reformen innefattar alltså en *betydande satsning* från det allmännas sida i syfte att öka rättsskyddet och tryggheten ...”²⁶⁶⁷

Intresset av besparingar (år 1996): ”Mot bakgrund av de *besparingskrav* som redogjorts för ovan måste det övervägas vilka *besparingar* som kan göras även på rättshjälpens område. Rättshjälpen måste inte bara bli effektivare utan också *billigare*.”²⁶⁶⁸

Helt olika intressen gavs således prioritet i 1972 respektive 1996 års rättshjälpsreformer. Den äldre rättshjälpslagen syftade till att skapa ökad jämlikhet i samhället, vilket förutsatte en ”betydande satsning” av allmänna medel.²⁶⁶⁹ Detta till skillnad från den nu gällande lagen, vars syfte var det omvända – att åstadkomma ”stora besparingar”.²⁶⁷⁰ Det sagda påverkade naturligtvis lagarnas utformning i både stort och smått. Med den förstnämnda reformen följde en ”betydande utvidgning” av den allmänna rättshjälpen, medan den sistnämnda innebar en privatisering av densamma.

Den antydda intressekonflikten gör sig dock även gällande på tillämpningsnivån. Som framgått av detta kapitel förordnas nämligen offentligt finansierade biträden som stark huvudregel efter en *behovsprövning*. Utrymmet för bedömning i det enskilda fallet kan visserligen vara mer eller mindre begränsat till följd av lagstiftarens styrning (genom presumtioner i lagtexten eller uttalanden i förarbetena), men grundkonstruktionen är ändå densamma över hela rättshjälpsanslaget, enligt följande:

²⁶⁶⁶ Om komplexa intresseavvägningar; se Lindell, Bengt, *Helhetsbedömningar och intresseavvägningar – en introduktion till användningen av multikriterieanalys och oskarp logik i en juridisk kontext* (2015), som bl.a. talar om ”treställiga” intresseavvägningar (s. 34), där två motstående enskilda intressen ställs mot ett allmänt intresse. I uppställningen ovan ställs istället ett antal allmänna intressen mot varandra, som i sin tur kan sammanfalla eller avvika från enskilda intressen.

²⁶⁶⁷ Prop. 1972:4 s. 92.

²⁶⁶⁸ Prop. 1996/97:9 s. 82.

²⁶⁶⁹ Se även prop. 1972:4 s. 303: ”Den föreslagna reformen beräknas medföra en ökning av statsverkets årliga kostnader för rättshjälpen ...”

²⁶⁷⁰ Se även prop. 1996/97:9 s. 200: ”Förslaget till ny rättshjälpslag ... innebär i förhållande till det nuvarande systemet stora besparingar för staten.”

Ett *rättshjälpsbiträde* kan förordnas om den rättssökande *behöver* juridiskt biträde och detta *behov* inte kan tillgodoses på annat sätt.²⁶⁷¹

En *offentlig försvarare* kan förordnas om den misstänkta (1) är i *behov* av försvarare med hänsyn till utredningen av brottet; (2) om försvarare *behövs* med hänsyn till att det är tveksamt vilken påföljd som skall väljas; samt (3) om det i övrigt föreligger *särskilda skäl*.²⁶⁷² För unga lagöverträdare gäller istället, att en offentlig försvarare skall förordnas om inte den misstänkta uppenbart saknar *behov* av försvarare.²⁶⁷³

Ett *målsägandebitråde* kan förordnas (1) vid alla sexualbrott, om inte målsäganden uppenbart saknar *behov* av biträde; (2) vid brott mot målsägandens liv och hälsa, frid och frihet samt vid rån, om det kan antas att målsäganden har *behov* av biträde; samt (3) vid alla andra brott på vilka fängelse kan följa, om det kan antas att målsäganden har ett särskilt starkt *behov* av biträde.²⁶⁷⁴

Ett *offentligt biträde* kan förordnas i ett mål eller ärende enligt särskilda föreskrifter i lag.²⁶⁷⁵ Dessa särskilda föreskrifter hittar vi framförallt (1) i utlänningslagen samt (2) i tvångsvårdslagarna. I utlänningsmål och -ärenden, samt vid tvångsvård av barn och missbrukare, skall offentligt biträde förordnas om det inte måste antas att *behov* av biträde saknas.²⁶⁷⁶ Vid psykiatrisk tvångsvård och rättspsykiatrisk vård skall istället ett offentligt biträde förordnas, under förutsättning att det inte måste antas att det inte finns något *behov* av ett biträde.²⁶⁷⁷

Genom behovsrekvisit har lagstiftaren således delegerat beslutsmyndighet till domstolarna, på vilka det ankommer att förordna biträden endast åt parter som har/inte saknar behov av biträde. Skälet till att domstolarna inte får förordna biträden åt alla parter i alla mål är naturligtvis, i första hand, statsfinansiellt. Mot denna ordning har jag i och för sig inga invändningar att rikta, eftersom det inte finns några skäl – varken till vänster eller till höger i tabellen ovan – som motiverar att parter som saknar behov av biträde (av ”bekvämlighetsskäl”²⁶⁷⁸) åsamkar samhället kostnader för rättsliga biträden. Problem tillstöter dock oundvikligen i nästa steg – när det kommer till att avgöra i vilka konkreta situationer en part har respektive saknar behov av biträde. Som ett rättsligt rekvisit betraktat är nämligen ordet ”behov” synnerligen problematiskt, av flera skäl. Påståendet att parten, med hänvisning till något utav ovanstående intressen, *har behov* av biträde i måltypen X/*saknar behov* av biträde i måltypen Y, ger nämligen inte uttryck för någonting annat än en värdering, kring vilken det kan råda delade meningar. Detta till trots talas det inte sällan om partens

²⁶⁷¹ RhjL 7 §.

²⁶⁷² RB 21 kap. 3 a § 2 st. Här bortser jag från att rätten till försvarare är ovillkorlig enligt lagrummets första stycke; i dessa fall har behovsprövningen undandragits domstolarna.

²⁶⁷³ LUL 24 §.

²⁶⁷⁴ LMB 1 §.

²⁶⁷⁵ LOB 1 §.

²⁶⁷⁶ UtL 18 kap. 1 § 1 st., LVU 39 § 1 st., LVM 42 §.

²⁶⁷⁷ LPT 38 a § och LRV 22 a §.

²⁶⁷⁸ Jfr prop. 1993/94:151 s. 134 f: ”[Det är] inte meningsfullt från rättssäkerhetssynpunkt att ge ersättning till en enskild som av bekvämlighetsskäl låter ett juridiskt ombud föra talan.”

”verkliga” eller ”faktiska” behov av biträde, vilket ger sken av att behovet vore någon-
ting verkligt/faktiskt existerande. I förlängningen öppnar detta naturligtvis upp för
ren skenargumentation.

Kanske kan man säga att behovet av biträde bör konstrueras med beaktande av
de intressen som jag har placerat till vänster i den inledande tabellen ovan – med
hänsyn till intresset av jämlikhet, rättssäkerhet, humanitet, och mänskliga rättigheter.
Huruvida det identifierade behovet kan tillgodoses blir därefter en fråga om statsfi-
nansiella prioriteringar (till höger i tabellen). Däremot kan knappast statsfinansiella
överväganden definiera behovet som sådant. Frågan om *parten* har behov av biträde
måste alltså särskiljas från frågan om *staten* vill och kan tillgodose detta behov med
allmänna medel. Enligt min uppfattning tenderar dock dessa frågor att flyta ihop.

I avhandlingens nästa del kommer jag att fördjupa diskussionen kring biträdes-
behovet och det finns ingen anledning att här föregripa den diskussionen ytterli-
gare. Istället kommer jag att ägna återstoden av detta kapitel åt att sammanfatta de
intressen som ligger till grund för de parallella systemen med rättshjälpsbiträden,
offentliga försvarare, offentliga biträden och målsägandebiträden.²⁶⁷⁹ Låt oss dock ta
avstamp i motargumentet: statsfinanserna.

5.7.1 Skälet *mot* offentlig finansiering

I introduktionen till detta kapitel konstaterade jag dels att vi snart kommer att nå en
total samhällskostnad på över tre miljarder kronor årligen för rättsliga biträden,²⁶⁸⁰
dels att kostnaden ökar för varje år.²⁶⁸¹ Följaktligen finns det – krasst uttryckt – tre
miljarder anledningar för staten att *inte* tillhandahålla biträden åt enskilda, eftersom
varje skattekrona som inte finansierar en advokat istället skulle kunna finansiera
vägar, skolor, sjukhus, och så vidare. Jag tänkte dock försöka nyansera diskussionen
något.²⁶⁸²

5.7.1.1 Varför blir det dyrare?

Företrädare för statsmakten har vid ett flertal tillfällen försökt att förstå varför
kostnaderna för rättsliga biträden har ökat under de senaste decennierna. Frågan
är komplex och kan därför inte ägnas det utrymme som egentligt krävs i den här
kontexten. Jag nöjer mig istället med att konstatera att det finns ett flertal förklaringar
till utvecklingen, av vilka följande förefaller okontroversiella:

²⁶⁷⁹ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280, citerad i fn. 482 ovan.

²⁶⁸⁰ Detta om vi inkluderar kostnaderna för offentliga biträden i ärenden/mål enligt UtL, som inte belastar anslaget för
rättsliga biträden; se avsnitt 5.1.1 ovan.

²⁶⁸¹ Jfr SOU 2014:86 s. 51 f. ”Statens kostnader för de utgifter som omfattas av anslaget har ökat under den senaste
tioårsperioden och förväntas göra det även framöver.”

²⁶⁸² Se till det följande SOU 2014:86 s. 51 f. och 81 ff., samt s. 134 ff. (ang. statens kostnader för offentliga försvarare),
s. 151 ff. (ang. statens kostnader för målsägandebiträde) och s. 211 ff. (ang. statens kostnaderna för rättshjälpsbiträden).
Framställningen nedan bygger på a. SOU, RRV-rapport (2001:30), SK-rapport (2012:5), samt på Domstolsverkets rapport
(2003:1), *Rättshjälpsanslaget, kostnadsräkningarna och talerätten*.

Precis som skäligt arvodet till advokaten i ett enskilt fall – något förenklat – bestäms av antalet debiterade timmar multiplicerat med arvodet per timma avgörs statens aggregerade kostnader för advokater av dessa två faktorer i förening. Att totalkostnaden ökar kan således bero på (1) att antalet debiterade timmar ökar; (2) att timarvudet ökar; eller (3) på båda faktorerna i förening.

Tittar vi först på antalet debiterade timmar kan kostnadsökningen till stor del förklaras av att måltillströmningen till domstolarna har ökat, vilket naturligtvis genererar fler arbetstimmar. Att domstolarna prövar *allt fler mål per år* har i sin tur naturliga förklaringar: Vi blir allt fler människor i Sverige, precis som i resten av världen. Det har också hävdats att processbenägenheten hos allmänheten har ökat, både bland enskilda sinsemellan och i relation till staten. En sådan tendens kan bero på en rad faktorer, såsom en ökad kunskapsnivå i samhället, en förändrad syn på ”överheten”, en förändrad inställning till rättigheter, med mera. Även olyckliga omständigheter i vår omvärld påverkar målutvecklingen här; flyktingkrisen har exempelvis redan medfört, och kommer även på sikt att medföra, en kraftigt ökad måltillströmning till migrationsdomstolarna, vilket i sin tur ger upphov till ökade kostnader för offentliga biträden i denna måltyp.²⁶⁸³ Även målens karaktär har dock betydelse för den debiterade tiden, och den allmänna bilden tycks vara att rättegångar generellt sett är både större och mer komplicerade idag än igår, vilket genererar *fler timmar per mål*.²⁶⁸⁴ Eftersom kostnaden för offentliga försvarare är den överlägset största kostnadsposten, åtföljd av kostnaderna för målsägandebiträden, är dock antalet inkomna brottmål av allra störst betydelse för den totala samhällskostnaden. Jag skall därför ägna denna måltyp några ytterligare rader.

Antalet brottmål har förvisso ökat mer än vad som kan förklaras av exempelvis befolkningsökningen, men även detta har logiska förklaringar, såsom ökad anmälningsbenägenhet hos enskilda, ökad effektivitet (i bemärkelsen ökat antal uppklarade ärenden) hos polis/åklagare samt förändringar i det straff- och processrättsliga regelverket.²⁶⁸⁵ Att staten spenderar mer och mer pengar på försvarsadvokater och målsägandebiträden är således ett naket konstaterande i sig, eftersom dessa kostnadsökningar måste ställas i relation till de samhällsutvecklingar som driver upp kostnaderna. Med regeringens ord (i direktiven till Biträdeskostnadsutredningen):

”Målutvecklingen inom Sveriges Domstolar är till stor del en följd av de satsningar som gjorts på rättsväsendet. Det har lett till att allt fler brott utreds och klaras upp.”²⁶⁸⁶

²⁶⁸³ Att tillfälliga uppehållstillstånd numera är huvudregel, med möjlighet till förlängning, kommer likaså att bidra till ökade kostnader för offentliga biträden, eftersom detta system förutsätter att en och samma persons skyddsskäl prövas på nytt när uppehållstillståndet löper ut (om vederbörande fortfarande vill stanna i Sverige).

²⁶⁸⁴ Se, utöver ovanstående källor, även SOU 1995:81 s. 222, där det bl.a. konstateras att ”utvecklingen mot svårare brott och mer nya omfattande brottmålsförhandlingar ... givetvis [har] medverkat till att kostnaderna drivits upp”.

²⁶⁸⁵ Exv. har förändrade häkttningsregler föranlett fler häkttningsförhandlingar.

²⁶⁸⁶ Dir. 2013:12 s. 3, i SOU 2014:86 bil. 1 s. 441. Jfr SOU 2014:86 s. 156, där utredaren konstaterar att kostnadsökningen för offentliga försvarare har ”orsaker som kan ses som ofrånkomliga konsekvenser av brottsutvecklingen och andra omständigheter som inte är hänförliga till regelverket”.

Med andra ord kommer alla satsningar på polis/åklagare – syftande till att ”lösa fler brott” – med nödvändighet att generera ökade kostnader för försvarare/målsägan-debiträden, åtminstone om satsningen är någorlunda lyckad. Den som vill ”satsa pengar” på de brottsbekämpande myndigheterna och förväntar sig att få någon valuta för sina pengar (i form av fler åtal/lagföringar), får alltså vara beredd att också betala priset för advokater. Detta är inte konstigare än att den som vill ha ”skärpta straff” – vilket tycks vara lösningen på de flesta problem idag – får acceptera att det kommer att kosta mer pengar att ha fler människor i fängelse under en längre tid.²⁶⁸⁷ Jämför vi kostnaderna för rättsliga biträden med kostnaderna för de brottsutredande myndigheterna – Polisen, Säkerhetspolisen, Åklagarmyndigheten och Ekobrottsmyndigheten – är också advokatkostnaderna i brottmål förhållandevis blygsamma. Detsamma gäller om vi ställer den totala biträdeskostnaden i relation till kostnaderna för exempelvis domstolarnas respektive Kriminalvårdens verksamhet:

Anslag	Utgiftsområde 4. Rättsväsendet (tkr)	År 2017
1:1	Polisorganisationen	21 922 144 000
1:2	Säkerhetspolisen	1 291 510 000
1:3	Åklagarmyndigheten	1 473 459 000
1:4	Ekobrottsmyndigheten	648 449 000
1:5	Sveriges Domstolar	5 519 637 000
1:6	Kriminalvården	8 346 747 000
1:12	Rättsliga biträden m.m. – varav kostnader för offentliga försvarare (ca) – varav kostnader för målsägandebiträden (ca)	2 338 657 000 1 500 000 000 340 000 000

Så länge vi inte vill inrätta rent summariska (sken)processer går det följaktligen att betrakta kostnaderna för försvarsadvokater som en del i den bredare ”satsningen” på att utreda och klara upp fler brott, märk väl, *under rättssäkra former/i enlighet med grundläggande mänskliga rättigheter*. Och den som inte är beredd att anlägga en fullt så positiv syn kan åtminstone betrakta advokatkostnaderna som ett ”nödvändigt ont” – som dessutom understiger kostnaderna för de flesta andra aktörer i rättskedjan.²⁶⁸⁸

Sammanfattningsvis sysselsätts advokater i fler och fler mål, som inte sällan tar längre och längre tid i anspråk, vilket resulterat i fler debiterade timmar. Vad sedan avser timarvodet påverkar lönenivå, prisnivå etcetera timkostnadsnormen, som också justeras uppåt varje år – möjligen inte i den takt som Advokatsamfundet skulle önska,

²⁶⁸⁷ Tendensen mot ”strängare straff” kan också få betydelse för försvararkostnaden, eftersom den ovillkorliga rätten till försvarare som bekant anknyter till just minimistraflet.

²⁶⁸⁸ Det finns, enligt min uppfattning, någonting sympatiskt i Rambergs förslag, ”att också åklagarna skulle vara skyldiga att uppge tidsåtgång i målet,” eftersom det skulle ställa advokatkostnaden i relation till någonting annat. Idag är nämligen advokat-kostnaden (i princip) den enda kostnaden som redovisas i samband med varje enskild rättegång, vilket kanske kan förklara varför allmänhet och media tenderar att fokusera på just denna kostnad. Se Ramberg (2007) s. 160.

men ändå. Att den totala kostnaden för advokater (produkten) har ökat under de senaste decennierna följer således av att *båda faktorerna i den ekvation som avgör totalkostnaden har ökat* – såväl antalet debiterade timmar (multiplikatorn) som det debiterade timarvodet (multiplikanden). Härutöver förekommer visserligen en viss så kallad ”taxeglikning”,²⁶⁸⁹ men lejonparten utav kostnadsökningen kan förklaras av nu nämnda samhällsförändringar.

5.7.1.2 Måste det bli billigare?

Även om kostnadsökningarna går att både förklara och i många fall försvara har dock staten ett intresse av att både kontrollera kostnaderna och i vissa fall åstadkomma besparingar inom det aktuella budgetanslaget. Sådana åtgärder har också, något förenklat, motiverats enligt två olika argumentationslinjer under åren – framförallt beroende på det rådande statsfinansiella läget. I goda konjunkturlägen brukar således offentliga utredningar, och i förekommande fall reformer, motiveras med hänvisning till att legitimiteten i, och därmed förtroendet för, all offentlig verksamhet förutsätter ”god hushållning” med samhällets resurser, vilket exempelvis kan uttryckas enligt följande:

Utgifter i allmänhet: ”Alla utgiftsposter för staten måste noga övervägas. En god hushållning med statens medel är grundläggande för legitimiteten och förtroendet för all statlig verksamhet.”²⁶⁹⁰

Utgifter för rättsliga biträden: ”Utgifterna på anslaget har som konstaterats ökat kraftigt och utgör en stor kostnad för staten. Staten har en skyldighet att hushålla med de medel som finns och att se till att de används där behovet är som störst. Det gäller även de medel som belastar anslaget 1:12 Rättsliga biträden m.m.”²⁶⁹¹

Oavsett det rådande statsfinansiella läget finns det således ett allmänintresse av att *staten alltid hushåller med tillgängliga resurser*. Detta intresse motiverar kostnadskontroll inom alla budgetanslag – även anslaget för rättsliga biträden. Häremot torde väl ingen ha något att invända.

I sämre konjunkturlägen brukar dock retoriken, av förklarliga skäl, trappas upp. Då handlar det inte längre om hushållning för hushållningens skull, utan om att staten helt enkelt ”måste spara pengar”. Detta kan exempelvis uttryckas på följande sätt:

”[D]e begränsade resurser som i dagens samhällsekonomiska situation står till buds skall sättas in på de områden där de bäst behövs och komma de människor till del som bäst behöver rättsligt bistånd. Att detta är nödvändigt torde stå klart för envar i ljuset av de utomordentliga påfrestningar som Sveriges ekonomi för närvarande är utsatt för. Jag är medveten om att den närmare innebörden av begreppet rättshjälp har varierat

²⁶⁸⁹ Dvs. kostnadsökningar som inte riktigt går att förklara.

²⁶⁹⁰ Dir. 2013:12 s. 3, i SOU 2014:86 bil. 1 s. 441.

²⁶⁹¹ Dir. 2013:12 s. 4 f., i SOU 2014:86 bil. 1 s. 442 f.

och förändrats över tid. De *besparingar som nu krävs* på rättshjälpsområdet kräver ytterligare anpassningar.”²⁶⁹²

När samhällsekonomin är påfrestad tar sig således det statsfinansiella intresset mer drastiska uttryck, exempelvis genom att *innebörden hos vissa centrala begrepp omdefinieras*. Det tydligaste exemplet på detta är rättshjälp, som transformerades från jämlikhetsprojekt till ett yttersta skyddsnet, vilket i sin tur kunde legitimera en sänkt inkomstgräns, höjda rättshjälpsavgifter, en striktare behovs- och rimlighetsprövning, liksom slutligen en privatisering av rättshjälpen.

Fullt så dramatiska omvälvningar har förvisso inte träffat de andra instituten, men vi kan konstatera att samtliga de regelsystem som jag har diskuterat i detta kapitel har varit föremål för reformer, *vars enda syfte har varit att åstadkomma kostnadskontroll/kostnadsdämpningar*. Det framstår dock inte som meningsfullt att ägna de bakomliggande orsakerna – det vill säga det vid respektive tidpunkt rådande statsfinansiella läget – någon djuplodande analys. Istället skall jag, i nästföljande avsnitt, ställa det ekonomiska intresset i relation till de motstående intressen som har åberopats som skäl för offentlig finansiering.

5.7.2 Skälen för offentlig finansiering

Som framgått ovan går det att urskilja (åtminstone) fyra olika intressen som har motiverat systemen med rättshjälpsbiträden, offentliga försvarare, offentliga biträden och målsägandebiträden, närmare bestämt: (1) jämlikhet; (2) rättssäkerhet; (3) humanitet; samt (4) ”mänskliga rättigheter”. Det är dock inte fullt så enkelt att dessa fyra intressen har motiverat vart och ett av de fyra ersättningsystemen som jag har diskuterat ovan – tvärtom ligger olika intressen *i varierande grad* till grund för samtliga regelsystemen. Vissa intressen är dock dominerande, enligt följande:

Systemet med *rättshjälpsbiträden* har framförallt motiverats med hänvisning till intresset av jämlikhet/likhet inför lagen, i den bemärkelsen att alla medborgare – oberoende av sin ekonomiska ställning – skall få ett effektivt tillträde till domstol (”Access to Justice”, eller ”Effective Access to Court”).

Systemen med *offentliga försvarare/biträden* motiverades initialt på samma sätt som den allmänna rättshjälpen, men med tiden renodlades de ”processuella aspekterna”. Idag motiveras dessa system således med hänvisning till intresset av rättssäkerhet, vanligtvis i bemärkelsen ”garantier för materiellt korrekta domar”.

Systemet med *målsägandebiträden* har framförallt motiverats med hänvisning till humanitära skäl, närmare bestämt för att ”förstärka brottsoffrets ställning” i processen/ge målsäganden ”stöd och hjälp” för att ”orka igenom” en rättegång.

²⁶⁹² Prop. 1992/93:109 s. 19.

På senare år har *samtliga system* i allt högre utsträckning också förankrats i, och motiverats med hänvisning till, våra internationella åtaganden/ansettas ge uttryck för ”grundläggande mänskliga rättighet”, framförallt rätten till en rättvis rättegång – initialt enligt EKMR art. 6, och sedermera även enligt RF 2 kap. 11 § 2 st.²⁶⁹³ I viss mån överlappar denna punkt de övriga tre och kan kanske därmed ses som 2000-talets vidareutveckling – eller möjligen konkretisering – utav dessa punkter.

En slutsats som jag tycker mig kunna dra är att det har stor betydelse vilket intresse som ligger till grund för ett visst system. Exempelvis framstår intresset av *rättssäkerhet* som ett förhållandevis solitt statligt åtagande och därmed som en stabil grund att bygga på. Detta till skillnad från exempelvis det *jämlikhetsideal* som låg till grund för den äldre rättshjälpslagen, där statens ambitionsnivå idag är betydligt lägre än på 1970-talet. Det starkaste argumentet för offentlig finansiering torde dock vara MR-argumentet, det vill säga att det är statens skyldighet att tillhandahålla biträde utan kostnad. I följande avsnitt skall jag kort utveckla detta påstående, med den reservation som ligger i det ovan sagda; jag kommer att fokusera på det intresse som har varit dominerande inom respektive regelsystem.

5.7.3 Intresset av jämlikhet

Denna avhandling tog avstamp i idén om ”Access to Justice”, såsom denna rörelse växte fram under början på 1970-talet tätt kopplad till välfärdsstaternas materiella likhetsideal – närmast som en reaktion mot rättsstatens idé om formell likhet inför lagen.²⁶⁹⁴ I denna (rättspolitiska) kontext identifierades höga processkostnader – framförallt för rättsligt biträde – som ett så kallat ”Access Barrier”, som försvårade eller omöjliggjorde för vissa samhällsgrupper att utnyttja sin rätt till domstolsprövning. Inom rörelsens första våg restes därför ideologiskt grundade krav på de nybildade välfärdsstaterna att tillhandahålla offentligt finansierade biträden åt mindre bemedlade (”Access to Lawyers”), för att därigenom göra domstolarna tillgängliga för alla, oavsett ekonomisk ställning.²⁶⁹⁵ Denna tendens kan skönjas i alla någorlunda utvecklade rättssystem.

5.7.3.1 Jämlikhetsintresset som argument för den allmänna rättshjälpen

I Sverige hade motsvarande tankegångar redan på 1920-talet motiverat införandet av lagen om fri rättegång, som hade sin ”grund” i just principen om allas likhet inför lagen.²⁶⁹⁶ I förarbetena betecknades det som en utav ”statens förnämsta uppgifter [att] genom domstolarna bereda varje medborgare tillfälle att erhålla den reglering av sina rättsförhållanden, som står i överensstämmelse med lag och rätt”. Följaktligen var det

²⁶⁹³ Även BK har återkommande används för att motivera en utvidgad rätt till biträde för barn och ungdomar.

²⁶⁹⁴ Cappelletti (S. African L.J. 109/1992) s. 27.

²⁶⁹⁵ Om denna första väg – ”Legal aid for the poor” – i allmänhet; se t.ex. Cappelletti & Garth (1981) s. 21 ff. samt avsnitt 2.2.2.4 ovan.

²⁶⁹⁶ Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 11 s. 1594. Se även Ekelöf (1966) s. 1.

också ”ett socialt missförhållande av allvarligaste slag”, att höga biträdeskostnader spärrade fattiga människor från att utnyttja sin rätt till domstolsprövning.²⁶⁹⁷

Av precis samma anledning betraktade bland andra Ekelöf de stegrande biträdeskostnaderna under 1950- och 60-talet som den nya rättegångsbalkens ”allvarligaste problem”.²⁶⁹⁸ Samma ståndpunkt intog departementschefen. Den nya balken hade visserligen inneburit en ”väsentlig vinning för vårt rättsliv” genom att omforma rättegången efter moderna grundsatser, men det var ”lika angeläget” att domstolarna stod öppna för envar som att rättegången som sådan fungerade ändamålsenligt. Att biträdeskostnaderna – för stora samhällsgrupper – verkade som ett ”oöverkomligt hinder mot att bringa en sak under rättens prövning” betecknades därför, återigen, ”som ett allvarligt missförhållande”.²⁶⁹⁹ Enligt Ekelöf riskerade rent av hela processreformen att ”väsentligen förfelas” om inte lagen om fri rättegång reformerades i generösare riktning – och detta alldeles oavsett ”hur perfekt den nya rättegångsordningen än i och för sig må vara”.²⁷⁰⁰ En sådan reform betraktades också av departementschefen som ”starkt påkallad”,²⁷⁰¹ och för detta ändamål tillkallades 1951 års Rättshjälpskommitté. I sitt betänkande motiverade kommittén sedermera behovet av ny lagstiftning med hänvisning till just principen om allas likhet inför lagen.²⁷⁰² Från samma princip utgick sedan hela 1972 års rättshjälpsreform. Enligt departementschefen var det nämligen ett ”grundkrav” vid den förestående reformen, att ingen av ekonomiska skäl hindrades från att ta tillvara sina intressen i domstol. Rättshjälpen kunde därför inte – liksom tidigare – endast omfatta samhällets allra mest utsatta.²⁷⁰³

Sammanfattningsvis syftade 1972 års reform uttryckligen till att ”skapa ökad jämlikhet mellan medborgarna”.²⁷⁰⁴ Denna målsättning kom sedermera att bekräftas av departementschefen med jämna mellanrum, fram till och med 1996 års rättshjälpsreform – likaså med hänvisning till principen om allas likhet inför lagen. För att bara ge två exempel:

År 1981: ”[D]en grundläggande målsättningen för rättshjälpsystemet [är] att den enskilde skall ha möjlighet att tillvarata sina rättsliga intressen oberoende av sin ekonomiska situation. Rättshjälpen bidrar på det sättet till att främja principen om allas likhet inför lagen.”²⁷⁰⁵

²⁶⁹⁷ Prop. 1919:118 s. 18. Se även prop. 1918:331 s. 10. Samma ståndpunkt exv. i SOU 1958:40.

²⁶⁹⁸ Ekelöf (1966) s. 6 f.

²⁶⁹⁹ SOU 1958:40 s. 7.

²⁷⁰⁰ Ekelöf (1966) s. 6 f.

²⁷⁰¹ SOU 1958:40 s. 7.

²⁷⁰² SOU 1958:40 s. 63: ”Förmår någon icke bära [sina egna rättegångskostnader] och nödgas han med hänsyn härtill att avstå från sin rätt, kan *likheten inför lagen* ej sägas vara till fullo genomförd.”

²⁷⁰³ Prop. 1972:4 s. 228 f: ”Kostnaderna i rättsliga angelägenheter kan otvivelaktigt i många fall uppgå till sådana belopp att det medför kännbara ekonomiska uppoffringar även för personer i andra än de lägsta inkomstlägena. Ifall *principen om allas likhet inför lagen* skall kunna upprätthållas, är det därför nödvändigt att rättshjälpen omfattar även andra medborgare än dem som är ekonomiskt sämst ställda.”

²⁷⁰⁴ Prop. 1972:4 s. 224 f.

²⁷⁰⁵ Dir. 1981:75 s. 3, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 241.

År 1987: ”[R]ättshjälpsreformen [var] en jämlikhetsreform, som syftade till att förverkliga *principen om allas likhet inför lagen*, och den allmänna rättshjälpen var en hörnsten i reformen.”²⁷⁰⁶

I förarbetena till dagens rättshjälpslag nämns visserligen principen om allas likhet inför lagen i Rättshjälpsutredningens betänkande, men endast för att klargöra av den *äldre lagens* syfte.²⁷⁰⁷ I den proposition som sedermera underställdes riksdagen förekommer dock inga hänvisningar till intresset av jämlikhet. Under början på 90-talet hade nämligen idealet om materiell likhet alltmer övergivits och i denna politiska kontext lanserade regeringen idén om rättshjälpen som ”det yttersta skyddsnetet”. Denna idé lade regeringen sedermera – med hänvisning till sitt eget uttalande – till grund för Rättshjälpsutredningens arbete, och i sitt förslag till ny rättshjälpslag tog utredningen fasta på vad som hade angivits i direktiven. I den proposition som utmynnade i antagandet av den nu gällande rättshjälpslagen slöts cirkeln, genom att rättshjälpens ”grundläggande syfte” omdefinierades i enlighet med vad Rättshjälpsutredningen (i enlighet med regeringens direktiv) hade föreslagit. Utvecklingen kan illustreras enligt följande:

År 1992: ”Det gäller att vidmakthålla rättshjälpens grundläggande syfte, att fungera som *ett slags skyddsnet*; ett skyddsnet som skall fånga upp dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt.”²⁷⁰⁸

År 1993: ”Rättshjälpen måste fungera som ett slags yttersta skyddsnet som fångar upp dem som inte kan rättsligt bistånd annat sätt (*se prop. 1992/93:109 s. 19*).”²⁷⁰⁹

År 1995: ”Rättshjälpen måste, *framhålls det i direktiven*, fungera som ett slags yttersta skyddsnet som fångar upp dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt.”²⁷¹⁰

År 1996: ”[Reformen medför] stora besparingar ... samtidigt som rättshjälpens *grundläggande syfte* bibehålls, dvs. att rättshjälpen skall utgöra *ett yttersta skyddsnet* för dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt.”²⁷¹¹

I retrospektiv konstaterar Ekeberg, med åsyftan på 1996 års reform, att tiderna hade förändrats:

”Även *rättvisan har ett pris*, och någon måste betala. Staten var inte beredd att göra det längre, i vart fall inte i hittillsvarande utsträckning och utan kontroll över kostnadsutvecklingen. Och i det karga 1990-talet hade det kommit in ett nytt tänkande:

²⁷⁰⁶ Prop. 1987/88:73 s. 25.

²⁷⁰⁷ Se SOU 1995:81 s. 91: ”Rättshjälpen bygger i första hand på sociala rättviseskäl och syftar ytterst till att upprätthålla principen om allas likhet inför lagen”.

²⁷⁰⁸ Prop. 1992/93:109 s. 19.

²⁷⁰⁹ Dir. 1993:77 s. 7, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 289.

²⁷¹⁰ SOU 1995:81 s. 69. Se även a. SOU s. 165: ”Enligt direktiven skall rättshjälpen fungera som ett slags yttersta skyddsnet som fångar upp dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt. [...] *Mitt förslag ... bygger på denna tanke.*”

²⁷¹¹ Prop. 1996/97:9 s. 1. Se även a. prop. s. 82.

den som kan reda sig själv skall inte ligga andra till last och äta av den knappt utmätta gemensamma kakan. Detta nya tänkande kom till uttryck i de överväganden rörande rättshjälpen som gjordes inom justitiedepartementet i början av 1990-talet och som med tiden *ledde fram till den nya rättshjälpslagen*.²⁷¹²

Och Ekeberg borde veta hur tankegångarna gick inom departementet, eftersom det var han som ensam personifierade 1993 års Rättshjälpsutredning, vars betänkande (med Ekebergs egna ord) ”ledde fram till den nya rättshjälpslagen”. Att Ekeberg i en artikel år 1997 förklarade att ”rättvisan har ett pris” i anslutning till rättshjälpen är också intressant, därför att Biträdeskostnadsutredningens betänkande – som är den senaste offentliga utredningen på området – är betitlad just *Rättvisans pris* (SOU 2014:86). I detta betänkande bekräftas också att dagens rättshjälp är tänkt att fungera som ett ”yttersta skydds nät”, enligt följande:

”[S]taten har en skyldighet att hushålla med de medel som finns och att se till att de används där behovet är som störst. Det bidrar också till det övergripande målet om en god hushållning med statens resurser. Rättshjälpen *är tänkt att fungera som ett slags yttersta skydds nät* som fångar upp den som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt.”²⁷¹³

Att Biträdeskostnadsutredningen kan uttala sig om hur rättshjälpen är ”tänkt att fungera” har sina förklaringar. När regeringen år 2013 på nytt uppdrog åt en särskild utredare att göra en samlad översyn av de utgifter som finansieras genom budgetanslaget för rättsliga biträden (och ”överväga vilka åtgärder som kan vidtas och som kan få en kostnadsdämpande effekt på anslaget”), förordnades nämligen *återigen* Ekeberg, som således fick i uppdrag att utvärdera den lag som han själv hade arbetat fram. Följaktligen är det (bland annat) sin egen tankegång som utredaren hänvisar till, när han förklarar hur det hela är ”tänkt”.

Sammanfattningsvis förändrades tongångarna under 1990-talet, jämfört med 70-talet. Att människor har olika ekonomiska förutsättningar att driva en process tas numera för givet, och syftet med rättshjälpslagen är endast att *reducera* – men inte längre att *eliminera* – dessa skillnader. Regeringen har således, i andra sammanhang, alltså framhållit den allmänna rättshjälpens betydelse för jämlikheten, om än implicit och nu med hänvisning till det ”modernare” intresset av ett reellt rättsskydd (”Access to Justice”, som har fått en renässans genom Europadomstolens praxis), snarare än med hänvisning till likheten inför lagen:

”Att samhället ger ekonomiskt stöd till personer som vill inleda en rättegång är en viktig del i arbetet för att garantera medborgarna ett *reellt rättsskydd* (access to justice). I det sammanhanget spelar den rättshjälp som tillhandahålls av det allmänna en

²⁷¹² Ekeberg (NJ 3/1997) s. 42.

²⁷¹³ SOU 2014:86 s. 223, dock med tillägget att inkomstgränsen inte får ”sättas så lågt att rättshjälpen endast kommer att beröra de allra sämst ställda”. Se vidare avsnitt 5.2.2.2 där utredningens förslag om höjd inkomstgräns diskuteras.

betydelsefull roll, genom att den *reducerar verkan av att människor har olika ekonomiska förutsättningar* att bekosta ett rättsligt förfarande för att få igenom sin rätt.”²⁷¹⁴

Mot denna bakgrund anser jag mig ha visat att principen om allas likhet inför lagen (ibland omnämnd som ”jämlighet”, ”reellt rättsskydd” eller ”Access to Justice”) kan anföras som ett *första argument* för offentlig finansiering av juridiska biträden. Att det framförallt är *detta argument* som har motiverat den allmänna rättshjälpen förklarar också varför detta system har en delvis annorlunda utformning, och dessutom har utvecklats i en annorlunda riktning, än övriga regelsystem.

Till skillnad från offentliga försvarare/biträden och målsägandebiträden kan ett rättshjälpsbiträde endast förordnas efter en (idag) mycket strikt inkomstprövning.²⁷¹⁵ Denna skillnad är logisk, eftersom partens ekonomiska förhållanden endast är av intresse om den offentliga finansieringen syftar till att utjämna just ekonomiska skillnader mellan parterna, och detta oavsett om man eftersträvar fullständig likhet eller endast (som idag) vill reducera de mest flagranta fallen av olikhet. I konsekvens härmed tillmäts den enskilda partens inkomstförhållanden *inte* motsvarande vikt inom de övriga systemen, där den offentliga finansieringen istället motiveras med hänvisning till andra intressen än jämlighet.

En ytterligare slutsats som man kan dra av det sagda är att principen om allas likhet inför lagen idag är en tämligen svag grund för den som vill argumentera för en stark rätt till biträde, eftersom denna argumentationslinje *förutsätter ett socialt likhetsideal som inte längre existerar*. Detta kan i sin tur förklara varför den allmänna rättshjälpen är det system som har drabbats hårdast av ekonomiska överväganden, vilket jag skall visa i nästa avsnitt.

5.7.3.2 Jämlighet kontra besparingar

I takt med att statsfinanserna gradvis försämrades under 80- och 90-talet blev det alltmer angeläget att spara pengar varhelst det gick, och det dröjde inte länge innan 70-talets jämlighetsideal – som hade motiverat det generösa rättshjälpsystemet – mer eller mindre hade övergivits. Att det ena intresset ökade i vikt samtidigt som det motstående intresset förlorade i vikt rubbade naturligtvis balansen helt mellan de två vågskålar, vilket i mångt och mycket pulveriserade den allmänna rättshjälpen. Detta noterades – med visst vemod – av departementschefen mitt under den pågående nedmonteringen, i följande ordalag:

”Den allmänna rättshjälpen har varit utsatt för utomordentligt hårdföra besparingsåtgärder och den har härigenom urholkats på ett olyckligt sätt. Som jag inledningsvis antydde *var ju rättshjälpsreformen en jämlighetsreform*, som syftade till att förverkliga

²⁷¹⁴ Prop. 2001/02:107 s. 114. Se även SOU 1994:151 del B s. 393, där samma tankegång framförs.

²⁷¹⁵ Jfr SOU 1995:81 s. 91: ”Utgångspunkten är att ingen av *ekonomiska skäl* skall vara förhindrad att ta tillvara sin rätt. Rätten till rättshjälp är *därför* begränsad till dem som saknar tillräckliga ekonomiska resurser att själva bekosta en tvist fullt ut.”

principen om allas likhet inför lagen, och den allmänna rättshjälpen var en hörnsten i reformen.”²⁷¹⁶

Rättshjälpen *var* ett jämlikhetsprojekt, men *är* det inte längre. De hårdföra besparingsåtgärderna medförde nämligen att rättshjälp kunde beviljas åt allt färre människor, till en allt högre avgift och i allt färre mål- och ärendetyper. Dessa åtgärder framstår inte sällan som rena panikåtgärder, exempelvis på så vis att regeringen inte bara tillsatte offentliga utredningar på löpande band, utan också vid flera tillfällen föregick dessa utredningar genom att lägga fram hastiga reformförslag – motiverade enbart av kostnadsskäl – som inte följde den normala lagstiftningsprocessen.²⁷¹⁷ Genom dessa reformer, som endast syftade till att reducera statens kostnader för rättshjälpen,²⁷¹⁸ monterades jämlikhetsprojektet successivt ned. Nådstöten utdelades dock genom antagandet av den nu gällande rättshjälpslagen, varigenom rättshjälpen ”privatiserades”. Det bakomliggande skälet till denna reform var också rent statsfinansiellt, vilket framgår både av direktiven till Rättshjälpsutredningen och i propositionen:

Direktiven: ”Det statsfinansiella läget och det besparingskrav som ställts rättshjälpsområdet innebär naturligtvis att det är nödvändigt att överväga olika ändringar för att rättshjälpen skall kunna hålla en så hög kvalitet som möjligt till en försvarbar kostnad. [...] Utgångspunkten för utredningsarbetet bör vara att de begränsade resurser som i den samhällsekonomiska situationen står till buds skall sättas in de områden där de bäst behövs komma de människor till del som är i störst behov av rättsligt bistånd.”²⁷¹⁹

Propositionen: ”Mot bakgrund av de besparingskrav som redogjorts för ovan måste det övervägas vilka besparingar som kan göras även på rättshjälpens område. Rättshjälpen måste inte bara bli effektivare utan också billigare. Statlig hjälp bör bara ges när det verkligen behövs. Den som har möjlighet att själv klara sig bör inte ges rättshjälp.”²⁷²⁰

Av direktiven framgick vidare att de åtgärder som föreslogs skulle ”leda till ökad effektivitet och kostnadsbesparingar”,²⁷²¹ samt att utredaren särskilt skulle ”överväga frågan om att göra den allmänna rättshjälpen generellt subsidiär till

²⁷¹⁶ Prop. 1987/88:73 s. 25.

²⁷¹⁷ Se exv. vad som anförts i prop. 1982/83:61 s. 15 f. Se även prop. 1991/92:159 s. 6 f., där regeringen utan någon föregående utredning likaså föreslog en dramatisk sänkning av inkomstgränsen, med motiveringen dels att gränsen ”måste sänkas som ett led i strävandena att begränsa statens utgifter”, dels att en sådan sänkning vore ”en lagtekniskt jämförelsevis okomplicerad åtgärd”. Detta förslag röstades dock ned i riksdagen, efter att JuU anförde att det ”grundläggande syftet” med rättshjälpsreformen skulle ”falla” om förslaget genomfördes; se JuU 1991/92:26 s. 8 f.

²⁷¹⁸ Jfr prop. 1987/88:73 s. 21: ”Under första hälften av 1980-talet har ... vidtagits en serie lagändringar som har det gemensamt att de har syftat till att minska statens kostnader för rättshjälpen.” Se även a. prop. s. 25: ”De ändringar i RHL som har gjorts under 1980-talet har så gott som genomgående syftat till att uppnå besparingar på rättshjälpsanslaget.”

²⁷¹⁹ Dir. 1993:77 s. 6, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 288.

²⁷²⁰ Prop. 1996/97:9 s. 82. På den aktuella sidan förekommer ordet ”besparing” hela sex gånger, i olika varianter (besparingarna/besparing/besparingar/besparingskrav/besparingar/kostnadsbesparingar). I hela propositionen förekommer ordet totalt 76 gånger; se s. 1 (en gång), 82 (sex gånger), 93 (fyra gånger), 94 (en gång), 102 (en gång), 108 (en gång), 109 (två gånger), 138 (en gång), 143 (tre gånger), 165 (två gånger), 181 (två gånger), 200 (en gång), 201 (sex gånger), 202 (tre gånger), 203 (tio gånger, vilket är rekord), 204 (tre gånger), 356 (två gånger) och 361 (en gång).

²⁷²¹ Dir. 1993:77 s. 7, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 289.

rättsskyddsförsäkringar”.²⁷²² I enlighet med vad regeringen hade anvisat föreslog utredaren en sådan omställning, med följande ”tidstypiska” motivering:

”Med 90-talsögon ligger det något grundläggande fel i ett system, där staten träder in och hjälper den som har eller borde kunna skaffa en rättsskyddsförsäkring. Min utgångspunkt är därför att rättsskyddet bör ta över en stor del av den allmänna rättshjälpen.”²⁷²³

Regeringen nappade på utredarens förslag, vilket kanske inte är så förvånande med tanke på att regeringen redan i direktiven hade förklarat vad utredaren skulle komma fram till i den delen. Det bakomliggande motivet till reformen – att spara pengar – realiserades därmed huvudsakligen genom att ansvaret för medborgarnas rättsskydd flyttades över på privata aktörer. Detta var dock inte hela lösningen.

Som framgått ovan omfattar hemförsäkringarnas rättsskydd inte alla måltyper.²⁷²⁴ Att den allmänna rättshjälpen gjordes generellt subsidiär till det privata rättsskyddet löste följaktligen inte problemet i sådana tvister som det inte går att försäkra sig mot, exempelvis familjemål och förenklade tvistemål, som tillsammans svarade för en betydande del av rättshjälpskostnaderna. Av detta skäl genomfördes ett antal parallella reformer av det materiell- och processrättsliga regelverket, *som likaså syftade till att reducera samhällets kostnader för rättshjälpen*, om än indirekt. Följer man upp de olika lagstiftningsprocesser som utmynnade i dagens system med samarbetsamtal (administrerade av kommunen), respektive underhållsstöd (administrerat av Försäkringskassan), framgår det tydligt att dessa reformer – åtminstone delvis – syftade till att nedbringa kostnaderna för rättshjälp i familjemål (genom att legitimera kravet på särskilda skäl för att rättshjälp skall beviljas).²⁷²⁵ På motsvarande sätt infördes småmålslagen med det uttalade syftet att reducera parternas kostnadsrisk mot varandra, men vad som framförallt motiverade reformen var, återigen, statens intresse att begränsa rättshjälpen i tvistemål om mindre värden (likaså genom att legitimera kravet på särskilda skäl).²⁷²⁶ I de måltyper kostnadsansvaret inte gick att skjuta över på försäkringsbolagen, hittade alltså staten andra sätt att begränsa sitt eget ansvar. Dessa alternativa lösningar ger dock numera parternas ekonomiska förhållanden fullt genomslag i rättssalen. I vårdnadstvister (som uppstår i anslutning till en separation, och som därmed faller utanför försäkringsskyddet) kommer endast enskilda med goda ekonomiska förutsättningar att kunna anlita biträde, vilket riskerar att skapa obalans mellan föräldrar som har olika inkomster. Givet de inkomstskillnader som alltjämt föreligger mellan män och kvinnor torde var och en själv kunna räkna ut vem som gynnas/missgynnas av detta sakernas tillstånd. I konsumenttvister är dock

²⁷²² Dir. 1993:77 s. 10, i SOU 1995:81 bil. 1 s. 292.

²⁷²³ SOU 1995:81 s. 95. Enligt utredaren (s. 276) skulle denna åtgärd ”ge den största besparingen”.

²⁷²⁴ Se särskilt avsnitt 5.2.5.3 ovan.

²⁷²⁵ RhjL 11 § 1-2 p. och härtill SOU 1995:79 s. 12, 110 och 140 (ang. samarbetsamtal som alternativ till vårdnadstvister) samt SOU 1995:26 s. 26, 202 och 204 f. (ang. underhållsstödet som alternativ till underhållstvister).

²⁷²⁶ Se RhjL 11 § 4 p. och härtill exv. prop. 1986/87:89 s. 69, där DepC förklarade att samhället tack vare småmålsförfarandet har kunnat ”ställa upp betydligt strängare förutsättningar för att en part skall få rättshjälp med biträdesförordnande” och därigenom ”avsevärt kunnat begränsa samhällets kostnader för rättshjälp i tvister om småbelopp”.

konsekvenserna som allra tydligast: I det ”typiska” småmålet tvistar en privatperson utan biträde mot ett företag med biträde. Med andra ord har kostnadsreglerna förstärkt obalanserna ytterligare i ett redan obalanserat rättsförhållande.

Följer man rättshjälpens utveckling från antagandet av 1972 års lag till dags dato, kan man således konstatera att intresset av jämlikhet till slut gav vika för det motstående statsfinansiella intresset.²⁷²⁷

5.7.4 Intresset av rättssäkerhet

När systemet med offentliga försvarare infördes i rättegångsbalken diskuterade Processlagberedningen huruvida den misstänkta inkomstförhållanden skulle tillmätas betydelse vid bedömningen. Lagberedningen ansåg dock att så inte borde ske, eftersom förordnande av offentliga försvarare framförallt motiverades med hänsyn till *allmänintresset*. Detta illustrerar en principiell skillnad, jämfört med den allmänna rättshjälpen:

<i>Rättshjälpsbiträden (enligt BKU):</i>	<i>Offentliga försvarare (enligt PLB):</i>
”Ända sedan den äldre rättshjälpslagens tillkomst har rätten till rättshjälp begränsats av att den rättsökandes inkomst inte får överstiga ett visst belopp. Huvudtanken med detta är att <i>de som själva kan stå för sina processkostnader ska göra det</i> medan de som inte kan det ska kunna få bistånd av staten.” ²⁷²⁸	”Då förordnande av försvarare för den misstänkta <i>alltid påkallas av ett offentligt intresse</i> , synes riktigast, att frågan härom regleras efter enhetliga grunder. Huruvida den misstänkte genom det allmännas försorg skall erhålla försvarare ... bör icke vara beroende av hans ekonomiska ställning utan bedömas <i>uteslutande ur processuella synpunkter</i> .” ²⁷²⁹

Efter ett resonemang som påminner om Processlagberedningens (till höger ovan) föreslog också Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden, att rätten till offentligt biträde inte skulle inkomstprövas i någon av de förvaltningsmål/-ärenden där ett sådant biträde – enligt utredningens förslag – skulle kunna förordnas:

Offentligt biträde (utvisning/avvisning): ”Vid bestämmande av om offentligt biträde bör förordnas skall ingen hänsyn tas till utlänningens ekonomiska förhållanden. Det avgörande bör uteslutande vara om i det föreliggande ärendet *utlänningens rätt inte kan tillvaratas utan biträde*.”²⁷³⁰

²⁷²⁷ Detta trots att vissa offentliga utredningar försökte bromsa utvecklingen genom att inte hörsamma sparkraven. Se exv. SOU 1984:66 s. 39: ”[Målet för rättshjälpsystemet är] att var och en skall beredas möjlighet att i rimlig utsträckning ta sin rätt till vara och att se till att olika personers varierande ekonomiska förutsättningar inte leder till olika möjligheter för dem att tillvarata sina rättsliga intressen. Det är uppenbart att detta mål inte sällan kommer att stå i ett motsatsförhållande till strävandena att minska kostnaderna för rättshjälpen.”

²⁷²⁸ SOU 2014:86 s. 223.

²⁷²⁹ SOU 1938:44 s. 274. Denna uppfattning har sedermera bekräftats av DepC vid ett flertal tillfällen, exv. i prop. 1983/84:23 s. 13.

²⁷³⁰ SOU 1971:76 s. 160. Se även s. 139.

Offentligt biträde (tvångsvård): ”Vid avgörandet av om offentligt biträde skall förordnas ... skall ingen hänsyn tas till partens ekonomiska förhållanden. Avgörande skall helt vara om i målet biträde behövs för tillvaratagande av partens rätt.”²⁷³¹

Hur skall man då förstå ovanstående utdrag? Jo, på så vis att de parallella systemen med offentliga försvarare respektive biträden *inte* primärt har införts för att skapa jämlikhet mellan bemedlade och mindre bemedlade, utan snarare för att säkerställa det allmänna intresset av *rättssäkerhet* (oftast i bemärkelsen ”garantier för materiellt korrekta avgöranden”). Detta intresse motiverar att det allmänna står den enskilda partens biträdeskostnader, *även om parten eventuellt skulle ha råd att bekosta ett biträde med egna medel*. Låt mig kort underbygga detta påstående.

5.7.4.1 Rättssäkerhetsintresset som argument för offentliga försvarare/ biträden

Rätten till offentligt finansierat biträde i brottmål infördes först genom 1906 och 1919 års lagar om rättegångsbiträde åt häktad, och motiverades då med hänvisning till att den misstänkta – genom frihetsberövandet – var urständsat att själv sörja för sitt försvar. Att i en sådan situation ställa en försvarare vid den enskildas sida var ägnat att trygga (rätts)säkerheten i straffrättskipningen. Med Processlagberedningens ord:

”I fall, då den misstänkte ej själv utsett försvarare ... bör det med hänsyn till *det allmännas intresse av straffrättskipningens säkerhet* ankomma på offentlig myndighet att tillse, att han, om så finnes erforderligt, erhåller biträde av försvarare.”²⁷³²

Denna ”grundsats” var enligt lagberedningen ”allmänt erkänd i främmande lagstiftningar” och kom i svensk rätt ”till uttryck” i just 1919 års lag. Enligt samma resonemang tillerkändes den som är frihetsberövad en ovillkorliga rätt till offentlig försvarare inom ramen för processreformen – en rättighet som därefter inte har ifrågasatts i senare lagstiftningsärenden.²⁷³³ När systemet med offentliga försvarare sedermera kom att omfatta också *icke frihetsberövade* misstänkta/tilltalade, har dessa reformer likaså motiverats med rättssäkerhetsargument.²⁷³⁴

Utifrån liknande utgångspunkter utvidgades systemet med offentligt biträde, från att initialt bara ha omfattat utlänningsärenden till att också omfatta mål och ärenden om administrativa frihetsberövanden. En hel handfull sektorsvisa utredningar lade – under många år – fram reformförslag i den riktningen, som alla syftade till att möta ”rättssäkerhetens krav”. Två exempel kan ges:

²⁷³¹ SOU 1971:76 s. 132 (ang. tvångsvård av barn) samt s. 112 (ang. tvångsvård av missbrukare).

²⁷³² Se SOU 1938:4 s. 273 f.

²⁷³³ SOU 1938:44 s. 274 och vidare exv. Dsju 1983:2 s. 56 f. och prop. 1983/84:23 s. 19. Se även SOU 2014:86 s. 158.

²⁷³⁴ Likaså motiverades ursprungligen den utvidgade rätten till försvarare för *unga lagöverträdare* med hänsyn till ”kravet på rättssäkerhet”. Se Advokatsamfundets kritik (som vann PLB:s gehör) i SOU 1944:10 s. 301.

Lösdriveriutredningen (år 1949): ”Ur rättssäkerhetssynpunkt är det av största intresse att den vars omhändertagande ifrågasattes kan anlita sakkunnigt biträde.”²⁷³⁵

Sinnessjuklagstifningskommittén (år 1964): ”Såsom förut anförts kan i visa fall från rättssäkerhetssynpunkt vara av väsentlig betydelse, att intagen har biträde.”²⁷³⁶

När regeringen väl tillsatte en offentlig utredning för att ta ett samlat grepp om tvångsvårdsmålen stod brottmålen som förebild; i direktiven förklarade departementschefen att en ”sekellång utveckling” hade genererat just ”största möjliga garantier för rättssäkerheten” i straffprocessen, närmare bestämt genom det kontradiktoriska förfarandet och dess ingående komponenter:

”Denna ordning, som möjliggör ett kontradiktoriskt förfarande, är en av de viktigaste garantierna för ett objektivt bedömande. Även på många andra sätt tillgodoses i straffprocessen *rättssäkerhetskravet* [bl.a. genom] den tilltalades rätt till försvarare”.²⁷³⁷

I enlighet med direktiven föreslog de sakkunniga i sitt betänkande – som betecknande nog gavs titeln *Rättssäkerheten vid administrativa frihetsberövanden* – att ”de rättsliga garantier, som är knutna till straffprocessen” gjordes tillämpliga även vid tvångsvård, däribland rätten till biträde på det allmännas bekostad.²⁷³⁸ Detta ansågs motiverat, eftersom ett frihetsberövande på förvaltningsrättsliga grunder kunde jämföras med ett frihetsberövande på straffrättsliga grunder.

Dessa rättssäkerhetsresonemang fångades sedan upp och vidareutvecklades av Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden, som genomgående motiverade sin noggranna inventering med hänvisning till vad rättssäkerheten krävde. Denna prövning gav ibland ett negativ utfall (offentligt biträde behövdes *inte* ur ”rättssäkerhetssynpunkt”/av ”rättssäkerhetsskäl”/etcetera) och ibland ett positivt.²⁷³⁹ Några exempel på det senare kan ges:

Utvisning/avvisning: ”Rättssäkerhetshänsyn talar därför starkt för att offentligt biträde bör kunna förordnas i utvisningsärenden.”²⁷⁴⁰ // ”Från *rättssäkerhetssynpunkt* kan det vara av värde att det i underställningsärenden [avseende avvisning] finns möjlighet att förordna offentligt biträde.”²⁷⁴¹

Tvångsvård: ”Från *rättssäkerhetssynpunkt* bör det vara tillräckligt att möjlighet finns att förordna offentligt biträde i det grundläggande omhändertagandeärendet samt

²⁷³⁵ SOU 1949:4 s. 183, där utredningen också anförde att det ”[u]r rättssäkerhetssynpunkt är ... av största intresse att den vars omhändertagande ifrågasattes kan anlita sakkunnigt biträde”.

²⁷³⁶ SOU 1964:40 s. 361. Se även Alkoholistvårdsutredningen i SOU 1948:23 s. 55 och 161 f., som likaså motiverade sina förslag m.h.t. ”rättssäkerhetskrav”.

²⁷³⁷ SOU 1960:19 s. 8.

²⁷³⁸ SOU 1960:19 s. 85.

²⁷³⁹ Sådana avvägningar finns exv. på s. 84, 85, 86, 95, 109, 111, 114, 130, 139, 154, 155, 156, 157, 164, 173, 195 i SOU 1971:76.

²⁷⁴⁰ SOU 1971:76 s. 159.

²⁷⁴¹ SOU 1971:76 s. 155.

... i ärende rörande slutligt upphörande av samhällsvård.²⁷⁴² // ”Från *rättssäkerhets-synpunkt* torde det vara tillräckligt att offentligt biträde har kunnat förordnas i det grundläggande inskrivningsärendet och att sådant biträde kan utses i ärende rörande slutlig utskrivning.”²⁷⁴³ // ”Från *rättssäkerhets-synpunkt* bör det vara tillräckligt att möjlighet funnits att förordna biträde ... i det grundläggande intagningsärendet.”²⁷⁴⁴

Som framgått ovan ligger utredningens inventering till grund för dagens system med offentliga biträden, som således *genomgående* har motiverats med hänvisning till vad rättssäkerheten kräver/inte kräver.²⁷⁴⁵

Likaså genomsyrades den långa diskussionen kring presumtionsregelns vara eller icke vara av rena rättssäkerhetsargument. När Utlänningskommittén ursprungligen formulerade ”huvudprincipen” att ingen skall kunna avlägsnas ur riket utan att ha erbjudits bistånd av ett offentligt biträde, var motivet således att ”[f]å saker torde vara bättre ägnade att öka utlänningens rättssäkerhet än att ge honom ett gott biträde på ett tidigt stadium”.²⁷⁴⁶ Lagstiftaren instämde; enligt vad departementschefen uttalade i propositionen kunde ”få saker” på ett bättre sätt ”öka rättssäkerheten”, med tillägget:

”En omfattande rätt till offentligt biträde i utlänningsärenden är av grundläggande betydelse när det gäller att åstadkomma ett samtidigt både *rättssäkert* och skyndsamt förfarande i dessa ärenden.”²⁷⁴⁷

När presumtionsregeln sedermera utvidgades till att också omfatta tvångsvårdsmålen, motiverades reformen likaså med hänvisning till rättssäkerheten; i förarbetena konstaterades det att ”den önskan om förstärkta rättssäkerhetsgarantier för den enskilde som låg bakom rättshjälpsreformen” inte hade realiserats på grund av domstolarnas restriktiva praxis.²⁷⁴⁸

Slutligen har många av de regelverk som, på ett eller annat sätt, anknyter till systemen med offentliga försvarare/biträden diskuterats (och kritiserats) i termer av rättssäkerhet. Ett tydligt exempel härpå avser *ersättningen till offentliga försvarare* (och biträden). Sälunda uttalade Högsta domstolen i NJA 2008 s. 223 att det ur ”rättssäkerhets-synpunkt” är av väsentlig betydelse, ”att en offentlig försvarare inte, av oro för att inte få skäligen ersättning för sitt arbete, tvekar att på ett aktivt sätt vidta de åtgärder som bedöms vara nödvändiga för att på ett fullgott sätt tillvarata

²⁷⁴² SOU 1971:76 s. 129 ang. tvångsvård av barn.

²⁷⁴³ SOU 1971:76 s. 94 ang. tvångsvård av psykiskt sjuka.

²⁷⁴⁴ SOU 1971:76 s. 110 ang. tvångsvård av missbrukare.

²⁷⁴⁵ Så även i senare utredningar; se exv. SOU 1985:4 s. 129: ”För den som är omhändertagen för vård i annan form än frivillig sådan kan inskränkningarna i rörelsefriheten vara långtgående och det är givet att tvångsmässig vård innebär ingrepp i den personliga integriteten. Det är därför viktigt att reglerna utformas på ett sådant sätt att *rättssäkerhetsintressena* tillgodoses.”

²⁷⁴⁶ SOU 1977:28 s. 93.

²⁷⁴⁷ Prop. 1977/78:90 s. 67 f. Se även SOU 1985:4 s. 143, där RSU – mycket riktigt – konstaterar att ”[s]ärskilt *rättssäkerhetsaspekten* [var] av avgörande betydelse vid införandet av presumtionsregeln”.

²⁷⁴⁸ Prop. 1979/80:1 s. 514. Även reformförslag i motsatt riktning har dock motiverats med rättssäkerhetsargument – exv. anförde RHU, i sitt förslag om att delvis *avskaffa* presumtionsregeln, att så kunde ”ske utan att några *rättssäkerhetsintressen* träds för när”. Se SOU 1995:81 s. 211 f.

sin klients intressen”. Advokatsamfundets kritik av både timkostnadsnormen och brottmålstaxan följer samma argumentationsmönster:

”Att offentliga försvarare [...] inte får ersättning för det arbete de lägger ner i sina ärenden leder ofrånkomligt till att de inte kan lägga ner den tid som skulle behövas för att på ett fullgott sätt tillvarata sina klients intressen, något som i sin tur leder till att den misstänkte [...] inte kan garanteras den *rättssäkerhet* som de[n] har rätt till i en rättsstat.”²⁷⁴⁹

Med detta anser jag mig ha visat att rättssäkerhetsbaserade argument har varit helt dominerande i de reformer som på olika sätt har berört rätten till offentliga försvarare/ biträden.²⁷⁵⁰ Intresset av rättssäkerhet kan därmed anföras som ett *andra argument* för offentlig finansiering av juridiska biträden, jämsides intresset av jämlikhet. En oundviklig följdfråga är dock hur begreppet ”rättssäkerhet” skall förstås i den här kontexten. Denna fråga får inget klart svar i förarbetena, där det sällan förs några resonemang kring vad som åsyftas när det talas om ”rättssäkerhetssynpunkter”, ”rättssäkerhetsskäl”, ”rättssäkerhetsintressen”, ”rättssäkerhetshänsyn”, ”rättssäkerhetsgarantier”, ”rättssäkerhetskrav” och så vidare.²⁷⁵¹ Oftast – men inte alltid – tycks dock rättssäkerhetsargumentet anknytas till det allmänna intresset av att säkerställa ”materiellt korrekta” domar, tätt kopplat till med den kontradiktoriska processformen. Att den enskilda parten ges rätt till (offentligt finansierat) biträde anses helt enkelt skapa *bättre garantier för en fullgod utredning/kritisk granskning av det allmänna talan*,²⁷⁵² vilket i sin tur ger den enskilda parten ett förstärkt skydd mot ”materiellt felaktiga” domar.²⁷⁵³ Således har exempelvis Ekelöf (m.fl.), beträffande offentliga försvarare, förklarat att lagstiftaren ”på olika sätt [har] försökt att eliminera risken för oriktiga straffdomar”. Efter att sedan ha diskuterat åklagarens bevisbörda och objektivitetsplikt, domstolens utredningsansvar samt hur den allmänna principen om favor defensionis kommer till uttryck i rättegångsbalken, anför följande:

”Slutligen bör understrykas vikten av att den tilltalade biträds av en offentlig försvarare ... Detta har *långt större betydelse för den misstänktes trygghet* än att objektivitetsprincipen gäller för åklagaren/förundersökningsledaren och officialprincipen för rätten.”²⁷⁵⁴

Samma uppfattning framför Ekelöf (m.fl.) på flera ställen i *Rättegång*-serien, exempelvis i följande ordalag:

”Att den misstänkte biträds av försvarare skapar *den bästa garantin* för att polisen inte missbrukar sin maktställning och för att den misstänktes befogenheter blir effektivt

²⁷⁴⁹ Ramberg (2007) s. 160 f.

²⁷⁵⁰ Jfr även det ovan diskuterade avgörande MIG 2014:29, där MiÖD motiverade sin dom m.h.t. att ”rättssäkerhetsgarantierna utökats” i Bryssel III-förordningen, samt MV:s rättsliga kommentar (SR 37/2015) s. 2, där verket konstaterar att ”det offentliga biträdet [har] en viktig roll i asylprocessen för att värna om rättssäkerheten”.

²⁷⁵¹ Om rättssäkerhetsbegreppet i den straffprocessuella kontexten; se exv. Ottensten (2015).

²⁷⁵² Jfr SOU 1971:76 s. 107 f.

²⁷⁵³ Detta resonemang finner också stöd i den empiriska forskningen; se avsnitt 1.2.2.1 ovan.

²⁷⁵⁴ Ekelöf et al. (2016) s. 78 f.

utnyttjade.”²⁷⁵⁵ // ”Inom straffprocessen har det alltid varit ett centralt problem hur man skall kunna sörja för den misstänktes trygghet och förhindra oriktiga straffdomar. *Den bästa garantin* för detta är att den misstänkte i invecklade brottmål biträds av rättskunnig försvarare ...”²⁷⁵⁶

Liknande tankegångar har uttryckts med avseende på offentliga biträden. Sålunda konstaterade exempelvis Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden – apropå processen vid tvångsvård – att den enskilda partens

”... behov av biträde i tvångsintagningsprocessen inför länsrätten ... inte [torde] vara mindre än en åtalads behov av försvarare i en straffprocess. När det gäller straffprocessen har det *inte ansetts tillräckligt* att polismyndigheten och åklagarmyndigheten skall beakta också förhållanden som talar till den enskildes förmån och att domstolen har ansvaret för utredningens fullständighet. Man har därutöver funnit *rättssäkerheten kräva* att den enskilde i vissa fall utrustas med försvarare. Anledning *finns då knappast* att i ärenden om tvångsintagning av alkoholmissbrukare enbart lita till att nykterhetsnämndens mål är att hjälpa alkoholmissbrukaren och att länsrätten har ansvaret för att utredningen i ärendena är fullständig.”²⁷⁵⁷

Att staten tillhandahåller juridiska biträden bör alltså kunna översättas i termer av *riskreducering*. Att staten genom sina förvaltningsmyndigheter/domstolar försöker undvika oriktiga domar anses helt enkelt inte ”tillräckligt” för att säkerställa den enskilda partens ”trygghet”. Detta förklarar i sin tur varför rättssäkerhetsargumentet är dominerande i sådana mål-/ärendetyper där det – ur både allmän och enskild synvinkel – betraktas som särskilt problematiskt om domstolen dömer ”fel”, det vill säga brottmål och förvaltningsmål (men tydligen endast i vissa förvaltningsmål, och knappast alls i indispositiva tvistemål).

I relation till de ovan antydda riskerna har rättssäkerhetsargumentet använts i två riktningar: När det har handlat om att införa – och i förekommande fall utvidga – systemen med offentlig försvarare/biträde har reformerna, å ena sidan, motiverats med hänsyn till rättssäkerhetens krav enligt vad jag nu har visat. När statsfinansiella skäl istället har motiverat inskränkningar i dessa system har reformerna, å andra sidan, legitimerats med hänvisning till att rättssäkerheten inte träds förnär, enligt vad jag nu skall utveckla.

5.7.4.2 Rättssäkerhet kontra besparingar

Trots att försvararkostnaden är den överlägset största kostnaden som belastar anslaget för rättsliga biträden, har detta system inte drabbats tillnärmelsevis lika hårt som den allmänna rättshjälpen av statsfinansiella överväganden. Inte heller har systemet med offentliga biträden träffats av särskilt många reformer som har syftat till att spara pengar. En förklaring till detta kan vara att det rättssäkerhetsintresse – som bär

²⁷⁵⁵ Ekelöf, Edelstam & Pauli (2011) s. 136 f.

²⁷⁵⁶ Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 92.

²⁷⁵⁷ SOU 1976:71 s. 107.

upp dessa system – alltjämt är ett av *lagstiftaren erkänt intresse*, till skillnad från det jämlikhetsintresse som låg till grund för 1972 års rättshjälpsreform. Besparingskraven har därför tagit sig mindre drastiska uttryck, vilken kan illustreras genom två exempel:

Offentliga försvarare: ”Kommittén bör undersöka om förutsättningar för att förordna offentlig försvarare kan stramas åt utan att *berättigade rättssäkerhetskrav* åsidosätts.”²⁷⁵⁸

Offentliga biträden: ”Kommittén bör överväga om det går att införa en mer restriktivt utformad regel än presumptionsregeln utan att *befogade rättsskyddsintressen* åsidosätts.”²⁷⁵⁹

De åtstramningar som har genomförts har således skett *med beaktande av den enskildas berättigade/befogade anspråk på rättssäkerhet*. Med denna reservation har dock samma statsfinansiella överväganden, som helt urholkade den allmänna rättshjälpen, i viss mån träffat också de ifrågasvarande systemen.

Om vi tar rättshjälpslagen som utgångspunkt för diskussionen tecknades diametralt annorlunda ambitionsnivåer i förarbetena till den äldre respektive nya lagen; från att rättshjälpen skulle ”medges i sådan utsträckning att ingen av ekonomiska skäl hindras från att ta tillvara sin rätt”,²⁷⁶⁰ blev rättshjälpen ”ett yttersta skyddsnät för dem som inte kan få rättsligt bistånd på annat sätt”.²⁷⁶¹ Dessa uttalanden måste naturligtvis förstås mot bakgrund av den aktuella samhällskontexten – inte minst välfärdsstatens nedmontering under perioden 1972-1996. Förarbetena till 1972 års lag förhåller sig således tydligt till begreppet ”jämlikhet” och principen om likhet inför lagen, medan en sökning på dessa begrepp i 1996/97 års proposition ger noll träffar. Till detta kommer den principiella omställning som låg i att rättshjälpen de facto privatiserades genom antagandet av den nu gällande lagen.²⁷⁶²

Att identifiera motsvarande dramatiska skiften inom de parallella systemen med offentliga försvarare/biträden går inte. Rättssäkerhet har alltsedan 1900-talets början varit ett intresse som lagstiftaren förhåller sig till, och är så än idag. Trots att det motstående intresset av (kostnads)effektivitet har tillmätts gradvis ökad vikt, förefaller intresset av rättssäkerhet alltjämt fungera som en tung motvikt,²⁷⁶³ vilket någorlunda har vidmakthållit balansen mellan de två vågskålarna. Därmed inte sagt att kravet på kostnadsdämpning helt har saknat betydelse.

Vad först avser de offentliga försvararna konstaterade departementschefen under 1980-talet, att domstolarnas praxis ”med tiden blivit alltmer frikostig” och att försvarare förordnades ”i betydligt fler fall än som åtminstone vid RB:s tillkomst torde ha varit

²⁷⁵⁸ Dir. 1981:75 s. 8, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 246.

²⁷⁵⁹ Dir. 1981:75 s. 9, i SOU 1985:4 bil. 1 s. 237.

²⁷⁶⁰ Prop. 1972:4 s. 229.

²⁷⁶¹ Prop. 1996/97:9 s. 1.

²⁷⁶² Se Lagrådet i prop. 1996/97:9 s. 360: ”Förslaget innebär en genomgripande och principiellt viktig förändring i förhållande till nuläget. Åtgärden är till stor del förestavad av statsfinansiella skäl och den beräknas enligt lagrådsremissen leda till en betydande årlig besparing på statens utgifter för rättshjälpen. Förslaget är betydelsefullt inte minst från rättssäkerhetssynpunkt ...”

²⁷⁶³ Jfr SOU 2014:86 s. 157: ”*Kännetecknande för en rättsstat* är bl.a. att ingen ska kunna fällas till ansvar för brott utan att ha fått bemöta de anklagelser som riktas mot honom eller henne. Rättigheten måste ha ett reellt innehåll. En tilltalads egna insikter om sådant som kan ha betydelse för det egna försvaret kan ofta vara knapphändiga. Därför *bör man kunna knäva* att samhället tillgodoser behovet av juridiskt bistånd.”

avsett”.²⁷⁶⁴ I syfte att stävja kostnadsutvecklingen tillkallades Rättshjälpskommittén, som enligt sina direktiv skulle undersöka om regelverket kunde ”stramas åt” – dock utan att ”berättigade rättssäkerhetskrav” åsidosattes enligt ovan.²⁷⁶⁵ Hur detta uttalande egentligen skall förstås har jag diskuterat i tidigare avsnitt.²⁷⁶⁶ Vad som här förtjänar att framhållas är kommitténs tolkning:

”I begreppet *berättigade* kan enkelt uttryckt sägas ligga att den som är misstänkt för brott skall få juridiskt bistånd om han är i behov av det för att kunna ta tillvara sin rätt. Självfallet kan det inte komma ifråga att överge denna princip. Vid bedömningen av om ett biträde behövs måste man dock beakta att den misstänkte i många fall kan föra sin talan utan biträdes hjälp.”²⁷⁶⁷

Som synes formulerade kommittén här en ”princip”, närmare bestämt att den som *är i behov av försvarare för att kunna ta tillvara sin rätt skall få tillgång till en försvarare*. Att denna princip inte skulle överges var också ”självkänt”.²⁷⁶⁸ Följdfrågan blev då hur man skulle kunna åstadkomma besparingar utan att göra avkall på den aktuella principen. Jo, i citatet ovan antyder kommittén svaret: Genom att angripa problemet i motsatt ände:

”Om man av statsfinansiella skäl vill försöka begränsa kostnaden för offentlig försvarare bör man *ta fasta på* domstolens roll vid förhandlingen. När domstolen skall bedöma om den tilltalade har behov av offentlig försvarare bör domstolens möjligheter och skyldigheter att utöva materiell processledning beaktas. Om domstolarna är tillräckligt aktiva kan antalet förordnanden av offentliga försvarare minska *utan att rättssäkerhetsintressena åsidosätts*.”²⁷⁶⁹

I den efterföljande propositionen tog departementschefen fasta på vad kommittén hade anfört:

”Det finns i detta sammanhang anledning att påpeka att den misstänkte inte står utan hjälp med sitt försvar även om han inte har försvarare. [...] Om försvarare inte medverkar *kan detta kompenseras* genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.”²⁷⁷⁰

Till ovanstående diskussion skall jag anknyta i del III, där jag kommer att fördjupa diskussionen kring biträdesbehovet. Vad jag här vill illustrera är att det är möjligt att åstadkomma besparingar på olika – mer eller mindre dramatiska – sätt: Antingen

²⁷⁶⁴ Se prop. 1983/84:23 s. 14.

²⁷⁶⁵ Dir. 1981:75 s. 8, i SOU 1984:66 bil. 1 s. 246.

²⁷⁶⁶ Se avsnitt 5.3.1.3 ovan.

²⁷⁶⁷ DsJu 1983:2 s. 7.

²⁷⁶⁸ Denna tankegång bekräftades nyligen i utredningsdirektiven till BKU (dir. 2013:12 s. 2, i SOU 2014:86 bil. 1 s. 440): ”Utredaren ska överväga vilka åtgärder som kan vidtas och som kan få en kostnadsdämpande effekt på anslaget. [...] Utgångspunkten för utredarens arbete ska vara att rättssäkerheten ... garanteras.”

²⁷⁶⁹ DsJu 1983:2 s. 7.

²⁷⁷⁰ Prop. 1983/84:23 s. 15 f.

genom att överge principen, därför att de intressen som bar upp principen inte längre anses beaktansvärda (vilket rättshjälpen illustrerar); eller genom att förändra den ”verklighet” på vilken principen är tänkt att appliceras (eller åtminstone verklighetsbilden). För om parten saknar behov av biträde följer det ju redan av den formulerade principen, att biträde inte skall förordnas. Resultatet blir dock detsamma i båda fallen: staten sparar pengar.

Nåväl, Rättshjälpskommittén uppfattade sitt uppdrag såsom uttryckligen syftande till att åstadkomma ”besparingar för det allmänna”,²⁷⁷¹ och i enlighet med regeringens beställning föreslog kommittén en mer detaljerad reglering, som var ägnad att medföra just ”en åtstramning” av praxis.²⁷⁷² Trots att lagförslaget avstyrktes av flera remissinstanser ansåg departementschefen, i den efterföljande propositionen, att det med hänsyn till det ”rådande statsfinansiella läget” var ”angeläget att försöka hejda ökningen av statens utgifter”, vilket i sin tur *ensamt* motiverade att förutsättningarna för att förordna försvarare skärptes. Genom införandet av 3 a § i rättegångsbalkens 21 kapitel ville således lagstiftaren, av rena kostnadsskäl, ”återföra praxis” till den nivå som ”ursprungligen gällde”/”torde ha varit avsett”, vilket förväntades leda till årliga besparingar om åtskilliga miljoner kronor.²⁷⁷³ Sedan dess har regelverket inte ändrats – varken i generösare eller restriktivare riktning. Det sagda ger vid handen att rätten till offentlig försvarare fick sin nuvarande utformning genom en reform vars hela syfte var att spara in pengar på offentliga försvarare. Till detta kommer naturligtvis att statsfinansiella skäl också har motiverat brottmålstaxans tillämpning innanför det taxereglerade området (liksom den påföljande utvidgningen av timkostnadsnormen utanför det taxesatta området).²⁷⁷⁴

Idén att bestämma ersättningen till offentligt finansierade biträden genom taxor väcktes till nytt liv inom ramen för 1972 års rättshjälpsreform, trots att frågan dessförinnan hade avhandlats (och avfärdats²⁷⁷⁵) vid upprepade tillfällen. Det uttryckliga syftet med att införa sådana taxor var – liksom i tidigare lagstiftningsärenden – att uppnå en effektivare kostnadskontroll, vilket nu betraktades som en ”förutsättning” för att rättshjälpen skulle kunna utvidgas i enlighet med förslaget.²⁷⁷⁶ Idag tillämpas

²⁷⁷¹ Jfr DsJu 1983:2 s. 45.

²⁷⁷² DsJu 1983:2 s. 8.

²⁷⁷³ Prop. 1983/84:23 s. 11 f. Det skall också noteras att den förstärkta rätten till offentlig försvarare enligt LUL inskränktes samma år, genom att åldersgränsen sänktes från 21 år till 18 år; se DsJu 1983:2 s. 69.

²⁷⁷⁴ Timkostnadsnormen infördes ursprungligen för att skapa en beräkningsgrund för de olika taxorna, men har idag sin kanske största betydelse utanför det taxesatta området. Jag tillåter mig dock att säga något kort om kostnadsnormen här – anslutning till de offentliga försvararna, eftersom det är i brottmål som standardiseringen har drivits längst (genom en schablonisering inte bara av timarvodet, utan av antalet arbetade timmar). Vad jag särskilt vill framhålla i denna kontext – apropå det statsfinansiella intresset – är *hur* timkostnadsnormen gjordes formellt tillämplig också utanför det taxereglerade området. Detta skedde nämligen genom en (kompletterings)proposition till statsbudgeten, på basis av ett internt inom departementet utarbetat utkast till lagrådsremiss (som varken föregicks av någon offentlig utredning eller underkastades ett normalt remissförfarande). Denna undermåliga lagstiftningsprocess får sin förklaring i den föregående budgetpropositionen, där regeringen hade aviserats om besparingar inom rättshjälpsanslaget på åtskilliga miljoner redan innevarande år. Det stod med andra ord en tung ko på isen, och syftet med att reglera timersättningen till advokater redan inom ramen för budgetarbetet var att snabbt åstadkomma besparingar. På något annat sätt kan man inte förstå regeringens agerande, givet att RHU redan samma år stod i begrepp att lägga fram sitt betänkande med förslag till en helt ny rättshjälpslag, som omfattade precis samma frågor som blev föremål för den hastiga lagstiftningen. Se till det sagda prop. 1994/95:150 bil. s. 4, 12, 15 och 73.

²⁷⁷⁵ Se exv. SOU 1942:50 s. 10 och härtil prop. 1972:4 s. 173.

²⁷⁷⁶ Prop. 1972:4 s. 175.

dock taxor endast i brottmål. Att denna i praktiken ”verkar kostnadshämmande för staten” har också visats empiriskt; när taxan på försök togs bort under ett år yrkade försvarsadvokaterna ersättning med belopp som översteg taxan i drygt 80 procent av fallen, och i 90 procent av dessa betraktade domstolarna kostnadsyrkandet som skäligt. Kostnadsökningen som föranleddes av att domstolarna *inte* tillämpade taxan beräknade Domstolsverket till drygt 30 procent.²⁷⁷⁷

Studerar vi sedan de offentliga biträdena kan vi konstatera att detta system inte har varit föremål för särskilt många reformer i inskränkande riktning – om ens någon. Detta kan dock förklaras av att den egentliga intresseavvägningen gjordes redan i de ursprungliga förarbetena, närmare bestämt när det handlade om att *avgränsa det aktuella systemet*. I propositionen anfördes nämligen följande:

”De ekonomiska resurserna som kan ställas till förfogande är begränsade och det är därför nödvändigt att iaktta viss restriktivitet både när det gäller att bestämma tillämpningsområdet för offentligt biträde och att bedöma behovet av sådant biträde i enskilda fall.”²⁷⁷⁸

Beträffande lagens tillämpningsområde yttrade sig den nödvändiga restriktiviteten redan i direktiven till Rättshjälpskommittén, på så vis att systemet endast skulle omfatta mål- och ärendetyper där behovet av offentligt biträde var ”starkt framträdande”.²⁷⁷⁹ Som framgick ovan var avsikten således aldrig att införa en generell rätt till offentligt biträde i förvaltningsprocessen – jämförbar med den misstänkta generella rätt att vid behov få en offentlig försvarare förordnad i straffprocessen (eller målsägandens motsvarande rätt till målsägandebiträde, som med tiden kom att omfatta de flesta brottmål). Trots att kommittén kunde konstatera ett ”påtagligt”/”avsevärt” biträdesbehov i exempelvis socialförsäkringsmål,²⁷⁸⁰ begränsades följaktligen rätten till offentligt biträde till vissa beslutstyper enligt utlännings- och tvångsvårdslagarna. I allt väsentligt har systemet samma omfattning idag.²⁷⁸¹ Vi kan därmed konstatera två saker:

Å ena sidan har rätten till offentligt biträde inte utvidgats nämnvärt sedan systemet infördes på 1970-talet, och detta *trots* att omständigheterna väsentligen har förändrats sedan dess. I det stora flertalet förvaltningsrättsliga mål-/ärendetyper – som inte omfattas av systemet – har således rättssäkerhetsintresset inte ansetts väga

²⁷⁷⁷ Se Dv-rapport (2012:15) s. 16 och 24 samt här till SOU 2014:86 s. 334. Systemet med timkostnadsnormer och taxor torde – särskilt i förening – vara regeringen mest effektiva styrmedel på området, eftersom dessa innebär en förhållandevis strikt schablonisering av såväl tidsåtgången som timersättningen, dvs. båda de faktorer som avgör statens kostnader för rättsliga biträden. Det är följaktligen ingen slump att regeringen i utredningsdirektiv efter utredningsdirektiv har antytt att det vore önskvärt med en utvidgning av det taxereglerade området. Denna tendens kommer senast till uttryck i 2013 års direktiv till BKU, som uttryckligen fick i uppdrag att ”föreslå en utökad användning av schablonersättning, s.k. taxa i brottmål” liksom att ”föreslå på vilket sätt en utökad användning av taxa skulle kunna ha en kostnadsdämpande effekt”. Det var således redan på förhand bestämt vad utredningen skulle komma fram till – att föreslå en minskad användning av taxa var inte ens ett alternativ. Se till det sagda dir. 2013:12 s. 1 och 7, i SOU 2014:86 bil. 1 s. 439 resp. 445.

²⁷⁷⁸ Prop. 1972:132 s. 172.

²⁷⁷⁹ SOU 1971:76 s. 47.

²⁷⁸⁰ SOU 1971:76 s. 185.

²⁷⁸¹ Jfr SOU 1985:4 s. 13 och 130 ff., SOU 1985:4 s. 131 ff. och SOU 1995:81 s. 209.

tillräckligt tungt för att kunna uppväga de kostnader som vore förenade med en utvidgad rätt till offentligt biträde. Detta påstående vinner stöd av förarbetena. Exempelvis kritiserades systemets snäva avgränsning av flera remissinstanser, med krav på att tillämpningsområdet skulle utvidgas till att också omfatta bland annat biståndsmål enligt socialtjänstlagen. Dessa förslag avfärdade departementschefen med följande kortfattade motivering:

”De skäl som har åberopats till stöd för dessa och vissa andra liknande förslag har ... enligt min mening *inte en sådan styrka* att de föreslagna utvidgningarna bör genomföras nu.”²⁷⁸²

Å andra sidan har rätten till offentligt biträde inte heller inskränkts till att omfatta färre mål-/ärendetyper och detta trots att statsfinansiella skäl tillmättes ökad betydelse under 80- och 90-talet. Detta kan i sin tur förklaras av att systemet redan från början gavs en ”minimalistisk” karaktär; i det fåtalet mål-/ärendetyper som omfattas av systemet har rättssäkerhetsintresset vägt så tungt, att det statsfinansiella intresset inte alls har slagit igenom. Även detta påstående kan förankras i förarbetena:

”Rättshjälp genom offentligt biträde har knappast alls berörts av de åtstramningar som gjorts beträffande övriga rättshjälpsformer. *Detta bör ses mot bakgrund av att rättshjälp genom offentligt biträde uteslutande rör* enskildas personliga rörelsefrihet och personliga integritet, dvs. ärenden som är ofta är synnerligen ingripande för den enskilde. Jag är *därför* för närvarande inte beredd att föreslå några ändringar av genomgripande slag för dessa ärendekategorier ...”²⁷⁸³

Samma typ av avvägningar genomsyrar diskussionen kring presumtionsregeln. Det konstaterades initialt att den ”restriktivitet beträffande användningen av rättshjälpsformen offentligt biträde som av *kostnadsmässiga skäl* [kom] till uttryck i förarbetena” slog igenom i praxis.²⁷⁸⁴ Trots att statsfinansiella skäl således hade motiverat en restriktiv behovsprövning gjordes presumtionsregeln med tiden generellt tillämplig i alla de mål-/ärendetyper som omfattades av systemet.²⁷⁸⁵ Intresset av rättssäkerhet trumfades således över det statsfinansiella intresset. Därefter har regeringen förvisso vacklat vid några tillfällen,²⁷⁸⁶ men till syvende och sist valt att behålla den generösa behovsprövningen.²⁷⁸⁷ Detta trots att det har konstaterats att presumtionsregeln medförde en ”markant” kostnadsstegring,²⁷⁸⁸ och trots att det i vissa offentliga utredningar har

²⁷⁸² Prop. 1987/88:73 s. 78 f. Se även prop. 1995:81 s. 209.

²⁷⁸³ Prop. 1992/93:109 s. 36. Detta uttalande gjordes i en proposition som i övrigt innehöll ett stort antal åtgärdsförslag som alla syftade till att spara pengar och som träffade både rättshjälpsbiträden och offentliga försvarare. Med ovanstående motivering undantogs dock de offentliga biträdena från dessa besparingar.

²⁷⁸⁴ SOU 1977:49 s. 229.

²⁷⁸⁵ ÄRhjL 42 §, i dess lydelse efter SFS 1981:23, samt härtill prop. 1979/80:1 s. 514.

²⁷⁸⁶ Se exv. dir. 1981:75 s. 9, i SOU 1985:4 bil. 1 s. 237 samt prop. 1992/93:109 s. 36.

²⁷⁸⁷ Se prop. 1978/79:90 s. 67, prop. 1987/88:73 s. 84, prop. 1888/89:86 s. 134 f. samt prop. 1992/93:109 s. 37 och 42.

²⁷⁸⁸ SOU 1985:4 s. 127.

föreslagits att regeln skall avskaffas – åtminstone i vissa mål-/ärendekategorier.²⁷⁸⁹ Vi torde därmed kunna karaktärisera rätten till offentligt biträde som en *stark* rättighet inom sitt *snävt* avgränsade tillämpningsområde.

Sammanfattningsvis har lagstiftaren genom de parallella systemen med offentliga försvarare och biträden försökt att garantera den enskildas rättssäkerhet, i bemärkelser (1) att ingen skall utsättas för allvarliga *ingrepp* som saknar stöd i lag, närmare bestämt ogrundade straff- och förvaltningsrättsliga frihetsberövanden/omhändertaganden; samt (2) att ingen skall nekas vissa grundläggande *förmåner* som följer av lag, närmare bestämt att inte få kvarstanna i Sverige trots att det finns grund för det. Att det är viktigt att undvika oriktiga straffdomar, framförallt i fällande riktning, torde vi utan närmare motivering kunna fastslå.²⁷⁹⁰ Följaktligen är systemet med offentliga försvarare generellt tillämpligt – en försvarare kan (vid behov) förordnas åt den misstänkta i *alla* brottmål. Detta till skillnad från offentliga biträden, som endast kan förordnas i ett fåtal förvaltningsmål – i alla andra måltyper har rättssäkerhetsintresset inte ansetts väga *tillräckligt tungt* för att offentlig finansiering skall kunna utgå. Frågan är dock om intresset av rättssäkerhet generellt sett är så mycket större i ett lindrigare brottmål än i exempelvis ett socialförsäkrings- eller socialtjänstmål, att denna skillnad mellan systemen går att motivera. Anorlunda uttryckt: Går det att argumentera för en utvidgning av systemet med offentliga biträden *givet det rättssäkerhetsintresse som bär upp detta system?* Svaret på denna fråga är, enligt min uppfattning, ja – det finns i vart fall anledning att problematisera hur tillämpningsområdet för lagen om offentligt biträde har avgränsats.

5.7.4.3 Rättssäkerhet som argument för en utvidgad rätt till offentligt biträde

Som framgått ovan var offentligt biträde endast tänkt att fungera som ett komplement till den allmänna rättshjälpen, som genom 1972 års rättshjälpsreform utvidgades till att också omfatta förvaltningsmål. En grundläggande premiss för Rättshjälpskommitténs avgränsningar var med andra ord att de mål-/ärendetyper som föll utanför systemet med offentliga biträden istället skulle omfattas av rättshjälpsystemet.²⁷⁹¹ Att det, enligt kommitténs bedömning, inte fanns ett särskilt starkt framträdande behov av offentligt biträde i exempelvis socialförsäkringsmål skulle alltså *inte* tolkas som att det *inte* fanns något biträdesbehov alls – tvärtom utgick kommittén ifrån att rättshjälpsbiträden skulle förordnas i denna måltyp, eftersom

²⁷⁸⁹ Se 4 kap. 9 § i förslaget till lag om rättshjälp, i SOU 1958:4 s. 42 samt 1 § i förslaget till lag om offentligt biträde, i SOU 1995:81 s. 39. Se även motiven i SOU 1995:81 s. 197 och 211 f. samt därtill prop. 1996/97:9 s. 183 f., där regeringen valde att inte följa förslagen i 1995 års SOU.

²⁷⁹⁰ Se exv. direktiven till den s.k. Bergwall-kommissionen (dir. 2013:107, i SOU 2015:52 bil. 1), där behovet av en "haverikommission" motiveras m.h.t. rättssäkerheten samt JK:s rapport *Felaktigt dömda* (2006) liksom den följande diskussionen i *Rättssäkerheten i brottmål – ifrågasatt av Justitiekanslern* (2007). Ett ytterligare aktuellt exempel är mål nr B 1138-16, varigenom Kaj Linna till slut frikändes efter upprepad resningsansökningar. Se även diskussionen kring "Fallet Kevin" resp. "Saxmordet" i fn. 1964 ovan.

²⁷⁹¹ SOU 1976:71 s. 69.

parten hade ett ”påtagligt” respektive ”avsevärt” behov av rättshjälp”.²⁷⁹² På motsvarande sätt betonade också departementschefen, i den efterföljande propositionen, att systemet med offentliga biträden endast skulle komplettera rättshjälpssystemet, och att det därför var motiverat att gå fram med försiktighet:

”De ekonomiska resurserna som kan ställas till förfogande är begränsade och det är därför nödvändigt att iaktta viss restriktivitet både när det gäller att bestämma tillämpningsområdet för offentligt biträde och att bedöma behovet av sådant biträde i enskilda fall. [...] I detta sammanhang bör särskilt framhållas att i sådana typer av ärenden där behov av offentligt biträde inte har ansetts föreligga förmånerna inom ramen för den allmänna rättshjälpen *alltid står till buds*.”²⁷⁹³

År 1996 ritade dock departementschefen om hela kartan, genom att dra upp nya gränser i förarbetena till den nu gällande rättshjälplagen:

”Behovet av biträde är *i hög grad beroende* av vilken domstol – allmän domstol eller allmän förvaltningsdomstol – som skall handlägga ärendet. Förvaltningsdomstolarnas materiella processledning och utredningsansvar enligt förvaltningsprocesslagen gör att biträdesbehovet i dessa domstolar *inte är detsamma* som i mål vid allmän domstol.”²⁷⁹⁴

Ovanstående gränsdragning går naturligtvis stick i stäv med hur Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden dessförinnan hade avgränsat systemet med offentliga biträden, eftersom utredningen i sitt förslag tog för givet att förvaltningsprocessen skulle omfattas av ett generöst rättshjälpssystem (där rättshjälpsbiträde, för att parafrasera departementschefen, alltid stod till buds). Givet att rättshjälplagen (i praktiken) har fått ett snävare tillämpningsområde än vad utredningen förutsatte, finns det skäl att ifrågasätta om inte lagen om offentligt biträde borde utvidgas till att omfatta fler förvaltningsmål än idag.

Om vi utgår ifrån det gemensamma rättssäkerhetsintresse som ligger till grund för systemen med offentliga försvarare/biträden vore ett drastiskt förslag att göra bägge generellt tillämpliga i brottmål respektive förvaltningsmål. Ett sådant förslag kan motiveras med hänvisning till att båda processformerna hanterar indispositiva mål, och att det i sådana mål *alltid* finns ett allmänt intresse av materiellt korrekta

²⁷⁹² SOU 1971:76 s. 185, med motiveringen: ”Rättsreglerna är ingalunda lättillgängliga. De enskilda parterna utgörs i stor utsträckning av sjuka eller gamla, som har ringa förmåga att själva tillvarata sin rätt.”

²⁷⁹³ Prop. 1972:132 s. 172. Se även a. prop. s. 184: ”Den allmänna rättshjälpen innefattar möjlighet till biträdes hjälp i alla socialförsäkringsärenden där behov av sådan hjälp föreligger.”

²⁷⁹⁴ Prop. 1996/97:9 s. 115.

avgöranden – det är ju därför målen är indispositiva.²⁷⁹⁵ Följaktligen bör domstolarna *alltid* ha en möjlighet att förordna ett biträde vid behov (vilket naturligtvis inte betyder att ett biträde alltid behövs). På samma grunder kan man också argumentera för att offentliga biträden bör kunna förordnas i indispositiva tvistemål, exempelvis när barnets bästa – eller ett annat allmänintresse – så motiverar.²⁷⁹⁶ Därmed skulle det ankomma på domstolarna i (indispositiva) tvistemål och förvaltningsmål att göra en behovsprövning i varje enskilt fall, på samma sätt som allmän domstol alltid har att pröva den tilltalades behov av försvarare i brottmål. Denna behovsbedömning kan knytas an till rättssäkerhetsintresset, exempelvis genom att avgörandets betydelse skall ingå som ett moment i bedömningen.

Ett annat – och mindre radikalt – alternativ är att fortsätta den ”stegvisa” utvidgning som Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden påbörjade i sitt betänkande, varvid ett antal olika avgränsningar kan diskuteras. I det följande skall jag antyda två sådana, som jag menar att det finns skäl att överväga.

Ett första alternativ är att anknyta till där gräns som Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden drog mellan mål som är av *personlig* respektive *ekonomisk* natur. Denna gräns är nämligen allt annat än skarp, vilket kan illustreras av följande citat:

”Från de frihetsingripanden av personlig natur som kan förekomma ... är *steget inte långt* till utlänningslagstiftningens regler om personers avlägsnande ur landet m.m.”²⁷⁹⁷

Trots att beslut enligt utlänningslagen i grunden är en gynnande förvaltningsakt (ett tillstånd att vistas i riket) och inte en betungande förvaltningsakt (såsom beslut om tvångsvård), var alltså *steget dit inte långt*. Detta enligt ett tämligen krystat resonemang om att ett avlägsnande ur riket begränsar ”rörelsefriheten” på samma sätt som ett administrativt frihetsberövande.²⁷⁹⁸ Mot detta kan man naturligtvis invända att det finns många andra länder att utöva rörelsefrihet i, och att det knappast är samma sak att bli utestängd som instängd. Att offentliga biträden kan förordas – och bör kunna förordnas – i utlänningsmål/-ärenden har helt andra förklaringar, nämligen att det kan vara förenat med direkt livsfara att inte erbjuda skydd åt en person som är i behov av skydd.

Hur som helst togs redan i den efterföljande propositionen ytterligare steg i utvidgande riktning, genom att fler beslutstyper – som ansågs vara av ”integritetskänslig

²⁷⁹⁵ BSK framförde redan i sitt slutbetänkande (SOU 1964:27 s. 79) att ”det framstår som en huvuduppgift att utforma reglerna i en lag om förvaltningsförfarandet så att det giva verklig trygghet för att de avgöranden, som träffas i förvaltningsärenden, bli *materiellt riktiga*”. I Dsju 1970:11 s. 43, som föregick 1971 års förvaltningsrättsreform, framfördes liknande tankegångar – att ”det i praktiskt taget alla typer av mål i förvaltningsdomstol [finns] ett mer eller mindre starkt allmänt intresse att få *materiellt riktiga avgöranden till stånd*”. I överensstämmelse härmed angavs också i prop. 1971:30 s. 75 att en utav förvaltningsrättskipningens huvudfunktioner var att ”åstadkomma *materiellt riktiga avgöranden*”. Införandet av obligatorisk tvåpartsprocess motiverades likaså m.h.t. vikten av materiellt korrekta avgöranden, om än motsatsvis (prop. 1995/96:22 s. 75); det fick ”anses vara ett allmänt intresse att *materiellt oriktiga avgöranden* inte blir bestående”. Se vidare exv. Petrén, Gustaf, *Om förvaltningsdomstols utredningsplikt* (FT 2-4/1977) s. 154-166 (s. 166) och Diesen, Christian & Lagerqvist Veloz Roca, Annika, *Bevis 7: Bevisprövning i förvaltningsmål* (2003) s. 159.

²⁷⁹⁶ Detta särskilt mot bakgrund av att både rättshjälpen och rättsskyddet har exkluderat många familjerättsliga måltyper.

²⁷⁹⁷ SOU 1971:76 s. 71.

²⁷⁹⁸ SOU 1971:76 s. 9 och 75.

karaktär” – införlivades i systemet.²⁷⁹⁹ Härefter har Rättshjälpskommittén respektive Rättshjälpsutredningen beskrivit avgränsningen i följande ordalag:

Rättshjälpskommittén: ”De ärenden det gäller är främst sådana som rör en enskilds personliga *rörelsefrihet* eller *kroppsliga integritet*, dvs. ärenden som kan vara av synnerligen *ingripande* betydelse för den enskilde.”²⁸⁰⁰

Rättshjälpsutredningen: ”Utgångspunkten för att offentligt biträde skall förordnas bör vara den att offentligt biträde endast skall förordnas i ärenden som rör *tvångs-ingripanden* eller andra starkt *integritetskänsliga* åtgärder inom förvaltningsområdet.”²⁸⁰¹

Enligt min uppfattning är steget därmed inte långt till sådana mål som avser enskildas *grundläggande livsbehov*.²⁸⁰² Två exempel härpå är vissa mål enligt socialtjänstlagen samt LSS-mål,²⁸⁰³ som båda handlar om att garantera den enskilda en skälig levnadsnivå respektive goda levnadsvillkor.²⁸⁰⁴ Om vi bortser från det rena försörjningsstödet kan dessa måltyper knappast betraktas som ”ekonomiska”, eftersom vad som vanligtvis beviljas är insatser av personlig karaktär. Till detta kommer att målen kan vara synnerligen integritetskänsliga till sin natur, att besluten angår människor som ofta befinner sig i en utsatt belägenhet,²⁸⁰⁵ liksom att behovet av riskreducering är påtagligt – ett felaktigt avslagsbeslut innebär ju per definition att den enskilda förvägras goda levnadsvillkor/en skälig levnadsnivå.

En alternativ avgränsning (som i och för sig kan kombineras med ovanstående alternativ) är att låta systemet omfatta sådana förvaltningsmål som anses stå brottmålen nära (ibland omtalade som ”brottmålsliknande förvaltningsmål”), vilket vore en naturlig utveckling av Högsta förvaltningsdomstolens praxis.²⁸⁰⁶ I ett flertal avgöranden har nämligen domstolen valt att anlägga ett ”straffprocessuellt betraktelsesätt” på förvaltningsprocessen, genom analogivisa tillämpningar av straffprocessuella regler

²⁷⁹⁹ Se prop. 1972:132 s. 88 ff. (ang. kriminalvård), s. 91 f. (ang. smittskydd) samt s. 92 (ang. kastrering/sterilisering).

²⁸⁰⁰ SOU 1985:4 s. 85.

²⁸⁰¹ SOU 1995:81 s. 210.

²⁸⁰² Jfr diskussionen ang. ”Civil Gideon” i och vid fn. 2878-2879 nedan, där det talas om sådana mål ”where basic human needs are at stake, such as those involving shelter, sustenance, safety, health or child custody”.

²⁸⁰³ I Handikapputredningens slutbetänkande *Handikapp – välfärd – rättvisa* (SOU 1991:46), som sedermera låg till grund för prop. 1992/93:159 (varigenom LSS antogs), föreslogs (s. 437 resp. 443) att ÅRHjL skulle ändras ”så att det för människor med funktionshinder blir lättare att få rättshjälp hos förvaltningsdomstol i angelägenhet som rör socialförsäkringsförmåner, bistånd enligt socialtjänstlagen eller särskilt stöd och service enligt den föreslagna lagen (LSS)”. Jfr a. prop. bil. 1:1 s. 228.

²⁸⁰⁴ Jfr SoL 4 kap. 1 § och LSS 7 § 2 st.

²⁸⁰⁵ Jfr Melins skiljaktiga mening i RÅ 2002 ref. 61, där Melin bl.a. anförde följande argument mot att tillerkänna en dom i ett socialförsäkringsmål res judicata-verkan: ”En viktig skillnad ... i förhållande till tvistemålsprocessen är ... att talan i socialförsäkringsmål vanligen får föras utan juridiskt biträde av parter som inte sällan till följd av ålder eller sjukdom kan ha större svårigheter än personer som berörs av beslut inom andra förvaltningsområden att rätt uppfatta innehållet i beslut och att upptäcka eventuella felaktigheter i dessa.”

²⁸⁰⁶ Om brottmålsliknande förvaltningsmål; se von Essen, Ulrik, *Processramen i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor* (2016) s. 38 ff.

och principer. Det sagda kan illustreras genom tre exempel, avseende: (1) rättskraft; (2) beviskrav; och (3) återopsörda.²⁸⁰⁷

I RÅ 1993 ref. 76, som avsåg körkortsåterkallelse, konstaterade RegR att en ansökan om körkortsingripande till följd av en viss gärning inte får tas upp till prövning om frågan om körkortsingripande på grund av samma gärning redan har prövats; saken var – med den allmänna processens terminologi – *res judicata*. För att motivera detta avsteg från hur den negativa rättskraften normalt hanteras i förvaltningsprocessen, anförde RegR följande:

”En återkallelse till följd av brottslig gärning innebär emellertid ett ingripande av sådan karaktär att prövningen av frågan om körkortsingripande *kan anses stå straffrättskipningen nära*. Frågan om rättskraften hos ett avgörande om återkallelse av körkort bör därför, i allt fall då som grund för återkallelsen återopats en brottslig gärning, bedömas utifrån ett *närmast straffprocessuellt betraktelsesätt*.”²⁸⁰⁸

I RÅ 1990 ref. 64, som avsåg återkallelse av läkarlegitimation (en del i det s.k. ”Da Costa-fallet”), aktualiserades en rad processrättsliga frågor. Beträffande *beviskravet* slog dock RegR fast att det för återkallelse krävdes ”full och övertygande bevisning för att läkaren gjort sig skyldig till den handling eller försummelse, som återopats som grund för ett yrkande om återkallelse”, eller annorlunda uttryckt, att det ”på ett otvetydigt sätt slagits fast att läkaren är skyldig till handlingen eller försummelsen”. För att motivera detta höga beviskrav anförde RegR följande:

”Vidare bör beaktas att en återkallelse av legitimationen för en läkare *har ett nära samband med straff* och disciplinansvar och att en sådan återkallelse får ytterligt allvarliga konsekvenser för läkaren.”²⁸⁰⁹

I RÅ 1989 ref. 67, som likaså avsåg återkallelse av läkarlegitimation, introducerade RegR vad som kan liknas vid en *åberopsörda* för den allmänna parten, med följande motivering:

”[Det är] oftergivet att ett beslut om återkallelse av en läkarlegitimation innehåller en tydlig redovisning av vilka faktiska missgrepp och försummelser som funnits styrka och som lagts till grund för återkallelsen. Eftersom frågan om återkallelse

²⁸⁰⁷ Ett fjärde exempel är omröstningsreglerna för brottmål, som av RegR har ansetts vara tillämpliga i vissa förvaltningsmål; se RÅ 1987 ref. 42 (ang. skattetillägg) och RÅ 1990 ref. 64 (ang. återkallelse av läkarlegitimation). I det första målet konstaterade KamR:n att ett beslut om skattetillägg var att jämställa med en brottspåföljd vid tillämpningen av omröstningsreglerna. Se till det sagda von Essen, Ulrik, *Omröstningsreglerna i förvaltningsprocessen* (FT 1/2007) s. 51-61 (särskilt s. 54 f.)

²⁸⁰⁸ Se här till exv. Lavin, Rune, *Förvaltningsprocessrätt* (2016) s. 107 f. och Warnling-Nerep (2015) s. 78 f.

Rättskraftproblematiken inom förvaltningsprocessen behandlas utförligt hos Wall, Gustaf, *Rättskraft och korrektiv* (2014).

²⁸⁰⁹ Se även RÅ 1989 ref. 67 (återkallelse av läkarlegitimation), RÅ 1990 ref. 108 (begränsningar i läkares föreskrivningsrätt), RÅ 1993 ref. 26. (disciplinär åtgärd mot veterinär), RÅ 1996 ref. 83 och RÅ 1997 not. 216 (som båda avsåg ingripanden mot fastighetsmäklare), RÅ 1996 ref. 15 (avstängning av student), RÅ 1994 ref. 88 (återkallelse av tillstånd att servera alkohol) samt RÅ 2006 ref. 7 (återkallelse av tillstånd att bedriva friskola).

av [X:s] läkarlegitimation har aktualiserats genom en anmälan från socialstyrelsen *bör av rättssäkerhetsskäl endast de omständigheter beaktas som styrelsen åberopat.*²⁸¹⁰

Någon uttrycklig hänvisning till straffprocessen finns visserligen inte i domen, men i litteraturen har det – beträffande de här aktuella måltyperna – talats om en ”gärningsbeskrivning”,²⁸¹¹ vilket naturligtvis för tanken till åklagarens åberopsbörd i brottmål.

I denna serie prejudikat har analogierna med brottmålen huvudsakligen – om än inte uteslutande, och inte alltid uttryckligen – motiverats med hänvisning till att *den enskilda partens rättssäkerhet*, det vill säga samma intresse som ligger till grund för systemen med offentliga försvarare/biträden. Att utvidga det senare systemet till att också omfatta de brottmålsliknande förvaltningsmål vore därmed tämligen naturligt, eftersom Högsta förvaltningsdomstolen redan har konstaterat att det – med hänsyn till just intresset av rättssäkerhet – är befogat att närma sig dessa mål från ett straffprocessuellt perspektiv. I samma riktning pekar även en parallell serie av prejudikat, där Högsta förvaltningsdomstolen likaså har slagit fast att vissa förvaltningsmål skall betraktas och behandlas som brottmål, dock inte i rättegångsbalkens mening *utan i den mening som avses i Europakonvention artikel 6*. Denna praxis har jag redan berört i tidigare kapitel med anledning RÅ 2006 ref. 89, där Lundin anförde följande i sin skiljaktiga mening:

”Regeringsrätten har slagit fast att ett [målet] innefattar en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen. [A:s] yrkande om ersättning för sina rättegångskostnader skall bedömas med utgångspunkt i detta synsätt. Vid en utgång i målet som innebär helt eller delvis bifall till hans överklagande bör han därför *i analogi med reglerna i 31 kap. rättegångsbalken* tillerkännas ersättning för sina kostnader med ett skäligt belopp.”

Att det aktuella målet omfattades av artikel 6 anförde alltså Lundin som ett argument för en analogivis tillämpning av rättegångsbalkens regler om rättegångskostnader i brottmål.²⁸¹² Jag menar dock att konventionens krav är mer långtgående än så, eftersom artikel 6.3.c talar om biträde ”utan kostnad”, vilket är någonting annat än att i efterhand få ersättning för sina kostnader (i händelse av vinst). Till denna prejudikatbildning återkommer jag dock i nästa kapitel, där jag skall diskutera just rätten till biträde enligt Europakonventionen.²⁸¹³ Dessförinnan något kort om det humanitära intresset, som ligger till grund för systemet med målsägandebiträden.

²⁸¹⁰ Se även RÅ 1989 ref. 67 samt RÅ 1990 ref. 108. I det senare avgörandet anförde RegR att ”[s]amma princip bör följas när socialstyrelsen initierat ett ärende om disciplinpåföljd eller begränsning av förskrivningsrätten”. I RÅ 1991 ref. 67 konstaterade också RegR att återkallelse av körkort pga. opålitlighet i nykterhetshänsende inte kunde ske, när det allmänna inte uttryckligen åberopat denna grund till stöd för sin talan.

²⁸¹¹ Wennergren (2005) s. 109 och 166 f. Se även von Essen (2014) s. 57 ff. och jfr von Essen (2016) s. 58, där von Essen delvis reviderar sin tidigare uppfattning, och istället för en åberopsplikt talar om en begränsning av domstolens utredningsansvar.

²⁸¹² Se avsnitt 4.9.3 ovan.

²⁸¹³ Se avsnitt 6.2.7.4 nedan.

5.7.5 Intresset av humanitet

Ett tredje intresse som har ansetts motivera offentlig finansiering av biträdeskostnader, och som jag kort vill omnämna i detta sammanfattande avsnitt, är att parten – genom sitt biträde – helt enkelt skall ”känna samhällets stöd” och få en ”förstärkt ställning” i processen.²⁸¹⁴ Att enskilda ”orkar igenom” en rättsprocess, och för detta ändamål förses med ett ”personligt stöd”, kan således tillmätas *ett självständigt humanitärt egenvärde*.²⁸¹⁵ Det skall dock noteras att detta intresse ensamt har motiverat offentlig finansiering endast vad avser målsägandens biträdeskostnader, genom den gradvis utvidgade rätten till målsägandebiträde.²⁸¹⁶ Trots att det säkerligen anses vara ett behjärtansvärt intresse på Justitiedepartementet att *alla* människor i *alla* typer av rättsprocesser skall känna ”samhällets stöd”, är det alltså endast brottsoffrets behov av stöd och hjälp²⁸¹⁷ som har ansetts vara tillräckligt angeläget för att läggas till grund för reformer.²⁸¹⁸ Sätillvida intar målsäganden en särställning, vilket dock har sina förklaringar.

5.7.5.1 Humanitet som argument för målsägandebiträden

Redan i sin egenskap av (potentiellt) brottsoffer tillhör förstas målsäganden en skyddsvärd grupp. I förarbetena kan man följaktligen hitta uttalanden av följande karaktär:

”Jag vill framhålla att det som motiverar den privilegierade form av bistånd som rätten till målsägandebiträde faktiskt utgör är utgångspunkten att målsäganden fått behov av juridiskt ... *utan egen förskyllan, därför att han blivit offer för brott.*”²⁸¹⁹

Den viktimologiska forskningen har också visat att en domstolsprocess riskerar att medföra en så kallad ”sekundär viktimisering”. Det har mot den bakgrunden ansetts

²⁸¹⁴ Se exv. SOU 1986:49 s. 29 (”Det är av rent humanitära skäl viktigt att alla brottsoffer, oavsett vilket brott de utsatts för, känner samhällets stöd”) resp. prop. 1987/88:107 s. 17 (”Målsägandens ställning stärks genom att det införs en möjlighet för målsäganden att på statens bekostnad få ett särskilt juridiskt biträde”).

²⁸¹⁵ Jfr SOU 1986:49 s. 29 och 86.

²⁸¹⁶ Se dock SOU 2014:86 s. 55 f., där skyldigheten att stötta, i nästa steg, kopplas till den rättsvise rättegången: ”En utgångspunkt för oss i denna del har varit att samhället är skyldigt att stötta både misstänkta och brottsoffer med kvalificerat rättsligt stöd, både för att skapa balans i processen och för att säkerställa att den uppfyller kraven på en rättvis rättegång.” Samma tankegång förs fram i SOU 2007:6 s. 60, där målsägandens rätt till målsägandebiträde även kopplas till vissa internationella instrument: ”Brottsoffret har under de senaste tjugo åren vunnit en allt starkare ställning i rättsväsendet, både genom lagstiftning och genom ett förändrat synsätt på hur brottsoffret bör bemötas. Principerna om att brottsoffret ska visas respekt och medkännande har vunnit gehör i den internationella rätten. Några grundprinciper i de internationella rättsakterna om brottsoffer är rätten till den egna processen och rätten till information.”

²⁸¹⁷ Se vidare exv. SOU 2014:86 s. 143 ff. och Dv-rapport (2002:3) s. 5 f., där målsägandebiträdes uppgifter beskrivs.

²⁸¹⁸ SOU 2007:6 s. 60: ”I ett rättssamhälle *bör den* som utsatts för ett grovt brott och som är målsägande i en rättsprocess få kvalificerad juridisk hjälp och ett stöd som präglas av insikt och kunskap.”

²⁸¹⁹ Prop. 1993/94:26 s. 25. Detta uttalande får betraktas som anmärkningsvärt, av flera skäl. Att en enskild har fått behov av juridiskt biträde ”utan egen förskyllan” kan, för det första, appliceras på en rad situationer, och är därmed knappast någonting som särskiljer målsäganden. För det andra förordnas målsägandebiträdet innan fällande dom – oftast redan under förundersökningen. När biträdet förordnas är det med andra ord inte alltid klarlagt att målsäganden har blivit utsatt för ett brott. Förvisso kan man ofta konstatera att målsäganden har blivit utsatt för brott utan att någonsin kunna knyta en gärningsman till brottet, men DepC:s uttalande framstår ändå som något väl kategoriskt.

vara samhällets ansvar att såvitt möjligt underlätta för målsäganden också under rättegången, så att lagföringen av brottet i vart fall inte *gör saker och ting ännu värre*.²⁸²⁰ Att staten – genom systemet med målsägandebiträden – har velat förstärka målsägandens ställning måste dock förstås också i en politisk kontext. Två ytterligare (och något mer krassa) förklaringar kan nämligen erbjudas till *varför* målsägandens behov av stöd har tillmätts sådan vikt:

För det första kom målsägandens utsatta belägenhet att uppmärksammas i den allmänna debatten under 1970-talet, tack vare kvinno- och brottsofferrörelsens framgångar. Följaktligen fanns det en folklig opinion som krävde att brottsoffrets ställning förbättrades. Att införa och kontinuerligt utvidga lagen om målsägandebiträde har således, enkelt uttryckt, varit ett sätt att visa politisk handlingskraft.²⁸²¹ Detta förklarar i sin tur varför regeringen – i diverse regeringsförklaringar och budgetpropositioner – gång på gång har framhållit lagen om målsägandebiträde som en ”viktig satsning” inom ramen för det bredare arbetet med att förstärka brottsoffrets ställning. Med andra ord har regeringen gjort ett ganska stort nummer av dessa reformer, på ett sätt jag inte har kunnat se inom ramen för något av de andra offentliga ersättningsystemen.²⁸²²

För det andra sammanfaller intresset av att målsäganden ”orkar igenom” en förundersökning och efterföljande huvudförhandling med statens intresse av en effektiv brottsbekämpning. I de ursprungliga förarbetena anfördes också vad som karaktäriserades som ”rättspolitiska skäl” – vid sidan av de humanitära – för att ytterligare motivera reformbehovet:

”Även rättspolitiska skäl kan återopas för att samhället bör stödja dem som utsatts för brott. Det är utomordentligt viktigt att brott utreds och att gärningsmännen lagförs. Att så sker är en förutsättning om respekten för och efterlevnaden av lagarna skall kunna upprätthållas. Samhället behöver emellertid ofta offrets hjälp för att kunna utreda och beivra brottet. Om den som utsatts för brott känner sig sakna samhällets stöd finns det risk att hon inte anser det vara mödan värt, eller inte tror sig klara av att gå igenom en polisutredning och eventuell rättegång.”²⁸²³

Det allmänna intresset av att målsäganden anmäler brottet, inte tar tillbaka sin anmälan och därefter medverkar aktivt under utredningen och rättegången är således ett bakomliggande motiv, som åtminstone delvis förklarar varför det anses särskilt angeläget att stödja målsäganden.²⁸²⁴

Sammanfattningsvis har systemet med målsägandebiträden under många år gått emot strömmen genom att kontinuerligt utvidgas, trots att den generella trenden på området har varit att inskränka rätten till offentligt finansierat biträde. Denna

²⁸²⁰ SOU 2007:6 s. 60: ”En av intentionerna bakom lagstiftningen om målsägandebiträde var att lindra målsägandens påfrestningar i samband med brott.”

²⁸²¹ Jfr Mellqvist (NJ 1/2013) s. 80.

²⁸²² Det närmaste vi kommer är nog 1972 års rättshjälpsreform, som också hade tydliga kopplingar till det rådande politiska klimatet. Även denna reform betraktades således som en *viktig satsning* – i det fallet för att uppnå ökad jämlikhet.

²⁸²³ SOU 1986:49 s. 29 f.

²⁸²⁴ Jfr SOU 2007:6 s. 60 f. ang. anmälningsbenägenheten.

utveckling tror jag har en rad samverkande förklaringar. Lagen om målsägandebitråde har alltid haft en tydlig samhällsförankring – både i en bredare folkrörelse/allmän opinion och i den nya forskningsdisciplin som fick namnet viktimologi. Det fanns därför starka *politiska incitament* att faktiskt förbättra målsägandens upplevelse av straffprocessen – inte bara för att effektivisera lagföringen av brott, utan också för att visa politisk handlingskraft visavi den växande opinionen. Till detta kommer att diskussionen kring målsägandens biträdesbehov redan från början var *empiriskt underbyggd*. Det sistnämnda förhållandet skall inte underskattas, eftersom det förefaller ha satt tonen för det fortsatta utredningsarbetet.

Redan Rättshjälskommitténs ursprungliga lagförslag grundade sig på en gedigen utredning av målsägandens situation,²⁸²⁵ och i princip alla offentliga utredningar som därefter har genomförts har antingen producerat egen empiri (genom att analysera aktmaterial, genomföra intervjustudier med målsäganden, domare och advokater, med flera),²⁸²⁶ eller åtminstone hänvisat till aktuell viktimologisk forskning eller offentliga rapporter (som i sin tur varit empiriskt grundade).²⁸²⁷ Detta har gjort de offentliga utredningarna betydligt mycket mer robusta (och ”biträdesbehovet” därmed svårare att ”ifrågasätta”) än inom de övriga systemen, där diskussionen kring behovet av biträde kan beskrivas som spekulativ.²⁸²⁸

Sammanfattningsvis uppvisar systemet med målsägandebiträden vissa särdrag, vilket medförde att detta system – åtminstone initialt – utvecklades enligt delvis annorlunda mönster än övriga ersättningsystem, framförallt genom att inte alls träffas av kravet på besparingar. Med åren hann dock den ekonomiska verkligheten ikapp, enligt vad jag skall visa i nästa avsnitt.

5.7.5.2 Humanitet kontra besparingar

Lagen om målsägandebitråde infördes år 1988, efter förslag från Rättshjälskommittén.²⁸²⁹ Av utredningsdirektiven framgick att kommittén initialt skulle fokusera reformarbetet på de situationer där behovet av rättsligt biträde var ”som mest akut”.²⁸³⁰ Följaktligen fick det första utkastet till lag en förhållandevis restriktiv utformning, vilket kritiserades vid remissbehandlingen. Departementschefen tog intryck av kritiken, och föreslog att lagen om målsägandebitråde inte bara skulle omfatta allvarigare

²⁸²⁵ Bl.a. lät utredningen genomföra en omfattande utredning av hur offer för sexualbrott upplevde förundersökningen och rättegången. Utredningen redovisas som bil. 2 till betänkandet.

²⁸²⁶ Se exv. SOU 2007:6, där utredningen samlade in och granskade brottmålsakter, kostnadsräkningar och avslag på framställningar om målsägandebitråde, samt lät genomföra en enkätstudie med åklagare, en enkätstudie med advokater samt en intervjustudie med målsägande.

²⁸²⁷ Se exv. SOU 1998:40, där utredningen dels genomförde en egen enkätstudie med poliser, åklagare, TR:er, advokater samt brottsoffer- och kvinnojourer, dels refererar till undersökningar och rapporter, däribland SCB:s offerundersökningar och Dv-rapporten (1996:2). Därutöver uppdrog utredningen åt Sahlin att undersöka lagen, vilket utmynnade i forskningsrapporten *Besöksförbud och målsägandebitråde: brottsoffrets rättigheter*, som fogades som en bil. 8 till utredningen.

²⁸²⁸ Förarbetena till rättshjälpslagen kan anföras som ett exempel på hur diskussionen vanligtvis har förts; se Lagrådets kritik i prop. 1996/97:9 s. 357 och jfr regeringens svar på s. 117. Enligt Lagrådet låg det ”närmast till hands att utgå ifrån” att biträdesbehovet skulle öka i förvaltningsprocessen; enligt ”regeringens mening” kunde det inte sägas att biträdesbehovet generellt sett har ökat. Den ena sidan *utgick ifrån* X, den andra sidan *menade* Y. Ingen sida grundade dock sina resonemang i någon empiri.

²⁸²⁹ SOU 1986:49.

²⁸³⁰ Dir. 1984:43 s. 7.

sexualbrott, utan också vissa andra typer av kvalificerade brott med inslag av våld eller annan integritetskränkning.²⁸³¹ Redan år 1989 – det vill säga påföljande år – konstaterade dock Justitiekontoret att rätten till målsägandebitråde inte motsvarade ”aktuellt behovet” av sådant biträde, och föreslog därför att lagen skulle utvidgas ”väsentligt”.²⁸³² Lagstiftningsprocessen gick fort, och redan samma år lade regeringen fram den första propositionen om utvidgad rätt till målsägandebitråde.²⁸³³ Även i sin utvidgade lydelse kom dock lagen att kritiseras för att vara för snävt avgränsad, och år 1993 lade regeringen därför fram den andra propositionen om en (ytterligare) utvidgad rätt till målsägandebitråde, varigenom lagen fick sin nuvarande ”trappstegsliknande” konstruktion.²⁸³⁴ Den kvarvarande begränsningen till brottsbalksbrott kom dock med tiden att kritiseras, varför regeringen år 2000 lade fram sin tredje proposition en (ytterligare) utvidgad rätt till målsägandebitråde, varigenom lagen blev generell tillämplig vid alla brott.²⁸³⁵ År 2011 lades slutligen en fjärde proposition fram, varvid rätten till målsägandebitråde utvidgades ännu mer – till att också omfatta resning.²⁸³⁶ Till detta kommer att målsägandebiträdet – inom ramen för ovanstående reformer – också fick en succesivt utvidgad roll.²⁸³⁷

Ställer man ovanstående reformer i relation till den allmänna rättshjälpen, kan man konstatera att det i lagen om målsägandebiträdes infördes generösare regler år 1988, 1990, 1994, 2001, och 2012. Under samma tidsperiod infördes restriktivare regler i rättshjälpslagen (bland annat år 1973, 1975, 1982, 1983, 1988 och 1993, innan lagen slutligen ”privatiserades” år 1997.²⁸³⁸ Rätten till målsägandebitråde har således kontinuerligt utvidgats, *samtidigt* som rätten till rättshjälpsbiträde successivt inskränktes, intill dess staten till slut kapitulerade genom att skjuta över ansvaret på privata försäkringsbolag år 1997. Det är därför inte särskilt förvånande att staten under många år har spenderat,²⁸³⁹ och även fortsättningsvis kommer att spendera, mer pengar (omkring 20 miljoner årligen) på rättsliga biträden åt målsägande än på rättshjälpsbiträden i alla måltyper tillsammans:

²⁸³¹ Prop. 1987/88:107.

²⁸³² JuU 1989/90:5.

²⁸³³ Prop. 1989/90:158.

²⁸³⁴ Prop. 1993/94:26.

²⁸³⁵ Prop. 2000/01:79.

²⁸³⁶ Prop. 2011/12:156.

²⁸³⁷ Exv. har (1) rollfördelningen mellan åklagaren och målsägandebiträdet klagjorts beträffande det enskilda anspråket; (2) biträdets behörighet kvarstår numera även om talan om enskilt anspråk avskiljs; och detsamma gäller (3) om TR:ns dom överklagas endast ifråga om det enskilda anspråket.

²⁸³⁸ Se prop. 1972:4; prop. 1973:87; prop. 1981/82:28; prop. 1982/83:61; prop. 1987/88:73; prop. 1992/93:109; prop. 1996/97:9.

²⁸³⁹ Jfr SOU 1995:81 s. 220: ”Det är en offentlig hemlighet att många praktiskt verksamma jurister är skeptiska till behovet av målsägandebitråde i den omfattning som följer av den nuvarande lagstiftningen.”

Anslaget 1:12	Kostnadsutveckling 2011-2015 (mnr)					Utfallsprognos 2016-2019 (mnr)			
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
År:									
Målsägandebitråde:	221	245	259	275	303	321	341	363	389
Rättshjälpsbitråde:	214	228	247	257	274	293	320	349	378

Till bilden ovan skall också fogas den kompletteringen, att målsäganden inte ens är exkluderad från den allmänna rättshjälpen, trots att offentlig finansiering finns att tillgå genom det parallella systemet med målsägandebiträden. Detta till skillnad från enskilda som har en teoretisk möjlighet att begära offentlig försvarare eller offentligt bitråde; de senare kan aldrig förordnas ett rättshjälpsbitråde – inte ens om de har vägrats offentlig försvarare/bitråde i det enskilda fallet, eftersom rättshjälp inte får beviljas i sådana angelägenheter ”där hjälp genom offentlig försvarare eller offentligt bitråde kan komma i fråga”.²⁸⁴⁰ Varför rättshjälp får beviljas trots att hjälp genom målsägandebitråde kan komma ifråga framgår inte av motiven. I praktiken innebär dock det sagda, att en del av kostnaderna för rättshjälpsbiträden i tabellen ovan kan avse rättshjälp till målsäganden, som inte har förordnats ett målsägandebitråde.

Sammanfattningsvis har systemet med målsägandebiträden under många år framstått som tämligen immunt mot ekonomiska invändningar. I föregående avsnitt har jag delvis förklarat detta med hänvisning till att det allmänna hade egna intressen ”investerade” i frågan om målsägandens ställning, dels eftersom lagen om målsägandebitråde förmedlade politisk handlingskraft, dels eftersom målsägandebiträden bidrog till att effektivisera lagföringen. Följaktligen utvecklade sig detta system efter delvis annorlunda logiker; de fåtalet kostnadsdämpande åtgärder som ändå har vidtagits har inte ”drabbat” målsäganden direkt (genom en inskränkning i rätten till bitråde som sådan), utan istället målsägandebiträdet, som sent omsider underkastades brottmålstaxan (vilket i och för sig kan påverka målsäganden indirekt). Med tiden har dock systemet med målsägandebiträden alltmer rättats in i ledet, vilket inte minst framgår i senare års utredningsdirektiv. I direktiven till Biträdeskostnadsutredningen anförde exempelvis regeringen att

”... arbetet med att stärka brottsoffers ställning och rättigheter [är] prioriterat. Samtidigt är det viktigt att statens utgifter kontrolleras för att säkerställa att resurser så långt möjligt tillförs där de behövs bäst. Det betyder att om det skulle finnas fall där dagens reglering ger rätt till målsägandebitråde *fast behovet kan ifrågasättas*, så är det angeläget att upptäcka dessa.”²⁸⁴¹

Målsägandebiträdet har därmed, sent om sider, blivit föremål för precis samma avvägning som övriga regelsystem, genom att det intresse som motiverar rätten till målsägandebitråde (att stärka brottsoffrets ställning) sätts i relation till det motstående

²⁸⁴⁰ RhjL 7 § 2 st.

²⁸⁴¹ Dir. 2013:12 s. 6, i SOU 2014:86 bil. 1 s. 444.

intresset av kostnadskontroll. Det återstår därför att se om det humanitära intresset som ligger till grund för just detta system är vår tids motsvarighet till 70-talets jämlikhetsintresse, eller om det snarare representerar ett stabilare statligt åtagande motsvarande intresset av rättssäkerhet. Än så länge anses det dock ”prioriterat” att stärka brottsoffrets ställning, vilket har medfört att besparingarna får åstadkommas genom ett reducerat biträdesbehov – inte genom en reducerad ambitionsnivå. Resonemanget känner vi igen:

Behovet av offentlig försvarare: ”Om försvarare inte medverkar *kan detta kompenseras* genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.”²⁸⁴²

Behovet av målsägandebitråde: ”Målsägandens behov av juridisk hjälp vid huvudförhandlingen bör många gånger *kunna tillgodoses* genom åklagarens försorg.”²⁸⁴³

På samma sätt som den tilltalades behov av biträde kan ”kompenseras” av domstolen, kan alltså målsägandens behov av biträde ”tillgodoses” av andra aktörer – här av åklagaren. Vi erinrar oss dock vad Rättsjälpkommittén anförde redan i samband med att lagen om målsägandebitråde infördes, närmare bestämt att ”kravet på objektivitet” medför att åklagaren ”inte fullt ut kan fungera som ett målsägandens biträde”, samt att domstolen ”av naturliga skäl [har] begränsade möjligheter att hjälpa målsäganden, eftersom det aldrig får ges utrymme för att ifrågasätta domstolens opartiskhet”.²⁸⁴⁴ Till dessa inkonsekvenser får vi anledning att återkomma i nästa del. Dessförinnan något kort om mänskliga rättigheter som en sista grund för offentlig finansiering av biträdeskostnader.

5.7.6 Mänskliga rättigheter – den bortre gränsen?

Ett fjärde intresse som – framförallt på senare år – har anförts till stöd för offentlig finansiering av rättsliga biträden, och som jag skall uppehålla mig vid i detta avsnitt, är Sveriges *internationella åtaganden att respektera vissa mänskliga rättigheter*, framförallt rätten till en rättvis rättegång i Europakonventionens artikel 6.²⁸⁴⁵ Eftersom denna rättighet innefattar en rätt till biträde i vissa situationer, är vi folkrättsligt förpliktigade att tillhandha biträden i enlighet med konventionens krav. Det är mot

²⁸⁴² Prop. 1983/84:23 s. 15 f.

²⁸⁴³ Dir. 2005:19, i SOU 2007:6 s. 507

²⁸⁴⁴ SOU 1986:49 s. 89 (samma uppfattning på s. 57). Se även SOU 2007:6 s. 109: ”Objektivitetsprincipen och de följder som den kunde få för målsäganden i rättsprocessen nämndes också i anslutning till den lagstiftning som föreslogs. Rättsjälpkommittén konstaterade att åklagare och polis inte stod på målsägandens sida gentemot den misstänkte och att många åklagare och poliser ansåg att det var svårt att mer aktivt stödja målsäganden.”

²⁸⁴⁵ En rätt till biträde kan också härledas ur EU-rätten, liksom ur andra internationella instrument, såsom BK enligt vad jag har diskuterat beträffande unga lagöverträdare ovan. En förhållandevis utförlig redogörelse lämnas av BKU i SOU 2014:86; se avsnitt 4.4 (ang. EU-stadgan), avsnitt 4.5 (ang. direktivet om rätt till tillgång till försvarare i straffrättsliga förfaranden m.m.), avsnitt 4.6 (ang. Brottsofferdirektivet), avsnitt 4.8 (ang. revideringen av insolvensförordningen) samt avsnitt 4.9 (ang. övriga internationella instrument).

den bakgrunden man skall förstå följande uttalande, i Biträdeskostnadsutredningens slutbetänkande:

”En enskild har i vissa fall rätt till ett juridiskt biträde som bekostas av allmänna medel, t.ex. offentlig försvarare, rättshjälpsbiträde, målsägandebiträde och offentligt biträde. Möjligheten till juridiskt biträde *syftar ytterst* till att säkerställa att den enskilde får en rättvis rättegång.”²⁸⁴⁶

I utredningsdirektiven intog regeringen en identisk ståndpunkt:

”Möjligheten till juridiskt biträde *syftar ytterst* till att den enskilde ska få en rättvis rättegång.”²⁸⁴⁷

Utöver den gräns som dras upp av ”rättssäkerhetsintresset” – som till sin karaktär är något diffust – finns det således en mer konkret gränslinje bortom vilken det inte går att spara mer pengar.²⁸⁴⁸ Apropå rätten till försvarare anförde således Biträdeskostnadsutredningen följande:

”En person som genom samhällets tvångsåtgärder har berövats friheten på grund av misstankar om en brottslig gärning bör ... även framledes ha en ovillkorlig rätt att på begäran få en offentlig försvarare. Någon annan lösning är heller *inte tänkbar* mot bakgrund av de krav rättssäkerheten ställer och mot bakgrund av *de krav som finns i olika internationella instrument, t.ex. Europakonventionen.*”²⁸⁴⁹

Att föreslå inskränkningar i rätten till försvarare som *inte* uppfyllde kraven i Europakonventionen var alltså, enligt utredningen, inte ens ”tänkbart”.

Ovanstående uttalande förutsätter naturligtvis att vi vill leva upp till våra folkrättsliga förpliktelser, vilket åtminstone majoriteten av oss förefaller vilja; konventionen gäller ju trots allt som svensk lag och har därtill en särskild förankring i grundlagen.²⁸⁵⁰ Lagstiftaren har också vid upprepade tillfällen uttalat att vår rättsordning ”givetvis” skall leva upp till kraven däri,²⁸⁵¹ exempelvis i följande ordalag:

²⁸⁴⁶ SOU 2014:86 s. 51.

²⁸⁴⁷ Dir. 2013:12 s. 2, i SOU 2014:86 s. 440.

²⁸⁴⁸ Denna gräns befinner sig dessutom *bortom vår lagstiftares kontroll*, eftersom det är ED som ytterst fastställer konventionens skyddsnivå.

²⁸⁴⁹ SOU 2014:86 s. 158.

²⁸⁵⁰ Se i och vid fn. 2894 nedan.

²⁸⁵¹ Frågan hur normkonflikter mellan EKMR och svensk lag skulle hanteras behandlades av KU i samband med inkorporeringen av konventionen; se KU 1993/94:24 s. 19. Se även SOU 1993:40 del B s. 126, där Fri- och rättighetsutredningen betonade att det även efter inkorporeringen i första hand var lagstiftaren – inte domstolarna – som ansvarade för den svenska efterlevnaden av EKMR. I praktiken har dock svenska domstolar gått långt för att bringa svensk rätt i samklang med konventionen. Se till det sagda exv. Bernitz, Ulf, *Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyra* (JT 2/1994-95) s. 259-269 och vidare Bernitz (JT 4/2010-11), särskilt s. 827 ff. Som Bernitz konstaterar (JT 4/2010-11 s. 829) har både HD och HFD ”i sina avgöranden i allmänhet ... undvikit att bygga sin tillämpning på dessa förarbetsuttalanden till förmån för friare, konventionskonforma bedömningar ägnade att ge konventionsrätten ett starkare genomslag”. Samma uppfattning hos exv. Danelius (2015) s. 44: ”De svenska domstolarna, särskilt de högsta instanserna, har visat sig klart obenäpna att tillämpa inhemsk lag på ett sådant sätt att deras avgöranden riskerade att underkännas vid eventuell prövning i Europadomstolen, och för att undvika detta har domstolarna tillmätt konventionen särskild betydelse i rättsstillämpningen.”

”När Sverige tillträdde konventionen utgick vi från att svensk lag uppfyllde dess krav och att Sverige således ... kunde ta på sig konventionens förpliktelser utan att ändra sin lagstiftning. Om emellertid den europeiska domstolen tolkar konventionen på ett annat sätt, bör Sverige *givetvis se till att svensk lag med minsta möjliga eftersläpning motsvarar våra internationella förpliktelser.*”²⁸⁵²

I likhet med intresset av rättssäkerhet kan det således betraktas som ett *av lagstiftaren erkänt intresse*, att inhemska rätt är förenlig med Europakonventionen. Att rätten till biträde enligt svensk rätt inte motsvarar kraven i konventionen, såsom dessa har uttolkats av Europadomstolen, är därmed *i sig* ett strakt argument för att reglerna – eller tillämpningen utav dessa – bör ändras, och detta oavsett vad man utifrån ideologiska eller andra personliga preferenser anser om konventionen eller domstolens tolkning därav.²⁸⁵³ Jag kommer därför att ägna nästa kapitel åt att diskutera rätten till biträde som en mänsklig rättighet, varvid mitt huvudsakliga fokus kommer att ligga på Europakonventionens artikel 6.²⁸⁵⁴

²⁸⁵² Prop. 1987/88:69 s. 16. Se även t.ex. prop. 1998/99:37 s. 25, där regeringen uttalade att domstolarna naturligtvis kunde låta bli att tillämpa en viss fakultativ regel i de fall en tillämpning av regeln skulle stå i strid med EKMR. Enligt regeringens mening vore det dock ”[b]ättre ... att upphäva regeln, så att lagstiftningen kommer i överensstämmelse med Europadomstolens praxis”. Även i SOU 1995:124 s. 255 ansågs det ”lämpligt, att [den processuella] lagtexten i *möjligaste mån överensstämmer* med ED:s praxis”. Se även i och vid fn. 2916-2917 nedan.

²⁸⁵³ I detta avseende instämmer jag alltså i vad Bylander har anfört, nämligen att den blotta ”risken för konventionskränkningar [utgör] ett argument, bortom vilket ytterligare ändamålsöverväganden i stort sett [kan] behandlas som praktiskt obehövliga”. Se Bylander (2006) s. 376. Se även Lindblom (2000b) s. 238 (citerad vid fn. 216 ovan).

²⁸⁵⁴ Som kommer att framgå i nästa kapitel finner rätten till biträde stöd i en rad internationella instrument av MR-karaktär (se uppräknningen i fn. 2855). Utöver EKMR är, för svenskt vidkommande, särskilt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) (”EU-stadgan”) av intresse, som innefattar en rätt till en rättvis rättegång i art. 47 (st. 1) med en vidhängande rätt till rättshjälp (st. 2) samt en rätt till försvar (art. 48.2). EU-stadgan är också, i likhet med EKMR, överordnad svensk rätt. Det vore naturligtvis fullt möjligt att ställa den svenska regleringen i relation till *samtliga* dessa instrument. Denna avhandling är dock redan (alltför?) omfångsrik, och att introducera ett flertal internationella regelverk skulle spränga alla ramar. Jag har därför valt att använda EKMR art. 6 som ett analysverktyg, av tre skäl: För det första får det anses okontroversiellt att svensk rätt skall uppfylla kraven i EKMR (se fn. 2852-2853 ovan). För det andra är EKMR art. 6 den artikel som har åberopats flest gånger inför ED, vilket innebär att domstolen har utvecklat en mycket omfattande och avancerad praxis; se Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 246. Följaktligen är det inte bara okontroversiellt utan också möjligt att använda art. 6 som ett analysverktyg. För det tredje har senare tillkomna bestämmelser om rättvis rättegång (i RF och EU-stadgan) utformats i anslutning till EKMR, låt vara att det kan föreligga vissa smärre diskrepanser. Sätillvida kan EKMR art. 6 betraktas som grundbulten i det delvis överlappande MR-skydd som håller på att utvecklas i Europa.

6. BITRÄDE SOM ”MÄNSKLIG RÄTTIGHET”

All animals are equal, but some animals are more equal than others.

– George Orwell, *Animal Farm*

6.1 Introduktion

Såsom en omistlig del av rätten till en rättvis rättegång har rätten till biträde successivt kommit att betraktas som en grundläggande mänsklig rättighet, som idag finner explicit eller implicit stöd i ett flertal internationella deklamationer, konventioner, standarder och riktlinjer.²⁸⁵⁵

Starkast genomslag har rätten till biträde alltid haft i brottmål.²⁸⁵⁶ En hastig internationell utblick ger också vid handen att rätten till (offentlig) försvarare inte sällan betraktas som så viktig, att den tillerkänns konstitutionellt skydd i många länder.²⁸⁵⁷ Mest välkänt är förmodligen det sjätte tillägget till den amerikanska konstitutionen, som stadgar att ”[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to ... have the Assistance of Counsel for his defense”. Kring detta stadgande har det utvecklats en rikhaltig praxis, men också en omfattande akademisk diskurs. I detta introducerande avsnitt skall jag därför ta avstamp i den amerikanska utvecklingen, av två skäl:

För det första därför att rättsutvecklingen i USA har fått direkt betydelse utanför landets gränser – i Europa framförallt genom att influera/inspirera Europadomstolens

²⁸⁵⁵ Se exv. ICCPR art. 14 och BK art. 38.d. och 40.b, samt därutöver: UNGA A/RES/65/230 (2011), *Salvador Declaration*, p. 52; UNGA A/RES/60/177 (2006), *Bangkok Declaration*, p. 18; UNGA A/RES/43/173 (1988), *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, p. 11; UNGA A/RES/67/187 (2013), *United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*, p. 20-23 och UN A/CONF.144/28/Rev.1 (1990), chap. I, sect. B.3, *Basic Principles on the Role of Lawyers*, p. 3-5. Av central betydelse för Sverige är förstas också EU-stadgan; se art. 47-48. Se till det sagda exv. Lundqvist, Ulf, *Laga domstol och rättvis rättegång – Om bevisförbud i rättspraxis* (2015) s. 53 f., som talar om rätten till en rättvis rättegång som ”en för staterna i världssamfundet bindande sedvanerättslig norm innefattad i den internationella rätten”, som innefattar vissa ”gemensamma” värden och specifika rättigheter, däribland just rätten till biträde.

²⁸⁵⁶ Jfr Ebervall (2002) s. 116 f., om rätten till försvarare som en internationell erkänd rättsprincip samt härtill exv. Nilsson, Tomas, *Advokaten som försvarare*, i Ramberg, Anne, Knutson, Tom & Andersson, Magnus (red.), *Sveriges Advokatsamfund 125 år* (2012) s. 225-230 (s. 226) och Perklef, Anders, *RA och advokaterna – några reflektioner kring åklagarens och försvarsadvokatens olika roller*, i Ramberg, Anne, Knutson, Tom & Andersson, Magnus (red.), *Sveriges Advokatsamfund 125 år* (2012) s. 243-249 (s. 245), som båda anför att rätten till försvarare är ”grundläggande i ett rättssamhälle” resp. ”ett av de viktigaste fundamenten i ett rättssamhälle”.

²⁸⁵⁷ Se den komparativa jämförelsen hos Buhai (Loy. L.A. L. Rev. 42/2009) s. 1010.

praxis på området.²⁸⁵⁸ Sätillvida är utvecklingen global, och den som till fullo vill förstå samtida (och kanske rentav förutspå framtida) tendenser i Europa bör söka deras ursprung. För det andra därför att en utvecklad diskussion kring rätten till biträde – betraktad just som en grundläggande (mänsklig) rättighet – helt lyser med sin frånvaro i Sverige. Detta i kontrast till USA, där den teoretiska diskussionen är mycket avancerad. Att bortse från denna samla kunskapsmassa, endast av det skälet att erfarenheterna inte är svenska, framstår som mindre välbetänkt.²⁸⁵⁹

6.1.1 Biträde ”as a matter of right” – en utblick

År 1923 meddelade den federala Högsta domstolen i USA (fortsättningsvis ”Supreme Court” eller ”USSCt”) dom i *Powell mot Alabama*, som får betraktas som ett av århundradets viktigaste avgöranden, och därmed som den naturliga utgångspunkten för en rättighetsbaserad diskussion kring juridiskt biträde. I det aktuella avgörandet tolkade nämligen domstolen in en skyldighet att förordna biträde i det sjätte tillägget till konstitutionen, med följande kvalificering:

”[I]n a capital case, where the defendant is unable to employ counsel, and is incapable adequately of making his own defense because of ignorance, feeble mindedness, illiteracy, or the like, *it is the duty of the court, whether requested or not, to assign counsel for him.*”²⁸⁶⁰

I mål där åklagaren yrkade på dödsstraff ålåg det således domstolen att ex officio förordna en försvarare åt den tilltalade, förutsatt att denne inte kunde föra sin egen talan på ett ändamålsenligt sätt (och inte själv kunde anlita biträde). Till stöd för denna ståndpunkt anförde domstolen, att

”... [t]he right to be heard would be, in many cases, of little avail, if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. [...] If that be true of men of intelligence, how much more true is it of the ignorant and illiterate, or those of feeble intellect. If charged with crime, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad. He is unfamiliar with the rules of evidence. Left without the aid of counsel he may be put on trial without a proper

²⁸⁵⁸ Som kommer att framgå nedan sker det en växelverkan – eller möjligen en ”korsbefruktning” – mellan den europeiska och amerikanska utvecklingen av vad som konstituerar en rättvis rättegång. Detta genom att ED inspireras av och ibland uttryckligen refererar till USSCt:s praxis liksom till den amerikanska konstitutionen eller andra rättsakter såsom the American Convention on Human Rights (”ACHR” eller på svenska ”AKMR”). Se exv. *Blokhin v. Russia* (app. no. 47152/06), där Judge Motoc talar om ”a cross-fertilisation of the case-law” (citerad utförligare i fn. 2877 nedan) samt *S. v. Switzerland* (app. nos 12629/87; 13965/88) p. 48. där ED hänvisar till AKMR, samt härtill Emmerson, Ben et al., *Human Rights and Criminal Justice* (2012) s. 102. Se även den utförligare diskussionen i och vid fn. 2872-2876 nedan, där jag lämnar fler exempel på denna tendens.

²⁸⁵⁹ Två reservationer: (1) Att den teoretiska/principiella diskussionen är utvecklad skall inte förstås som att förhållandena i USA är ”bättre” än i Sverige – det amerikanska rättssystemet lämnar i praktiken en hel del över att önska. (2) Att det inte alltid går att dra paralleller mellan amerikanska och svenska förhållanden – eftersom såväl de samhällliga som de juridiska förhållandena skiljer sig åt – är självklart; jfr Ebervall (2002) s. 49 f.

²⁸⁶⁰ *Powell v. Alabama* (287 U.S. 45, 1932) p. 71.

charge, and convicted upon incompetent evidence, or evidence irrelevant to the issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge adequately to prepare his defense, even though he have a perfect one. He requires the guiding hand of counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence.”²⁸⁶¹

Argumenten är inte obekanta vid det här laget. Behovet av/rätten till försvarare kopplades – liksom i Sverige – tydligt till den kontradiktoriska rättegången,²⁸⁶² i vilken försvararen betraktades som ett *skydd mot felaktigt fällande straffdomar*.

6.1.1.1 Gideon

I takt med tiden kom sedan den konstitutionella rätten att få en offentlig försvarare förordnad successivt att utvidgas i USA till att idag, något förenklat, omfatta alla ”allvarligare”²⁸⁶³ brottmål där den tilltalade riskerar att berövas friheten – inte bara på federal nivå utan också på delstatsnivå.²⁸⁶⁴ I avgörandet *Gideon mot Wainwright* tolkade nämligen Supreme Court in en sådan rätt också i det 14:e tilläggets ”Due Process Clause” – som är bindande också för delstatsdomstolar – med följande motivering:

”[I]n our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, *cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be an obvious truth.* Governments, both state and federal, quite properly spend vast sums of money to establish machinery to try defendants accused of crime. Lawyers to prosecute are everywhere deemed essential to protect the public’s interest in an orderly society. Similarly, there are few defendants charged with crime, few indeed, who fail to hire the best lawyers they can get to prepare and present their defenses. That government hires lawyers to prosecute and defendants who have the money hire lawyers to defend are the strongest indications of the widespread belief *that lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries.* The right of

²⁸⁶¹ *Powell v. Alabama* p. 68-69.

²⁸⁶² Den begreppsanvändning som används här behöver nyanseras. Rättskipningen i Sverige är också kontradiktorisk med våra egna mått mätt. I jämförelse med rättskipningen i USA har vi dock bevarat fler inkvisitoriska inslag, vilket får vår process, med deras mått mätt, att framstå som inkvisitorisk. Se till det sagda exv. Damaska, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (1986), Buhai (Loy. L.A. L. Rev. 42/2009) s. 1066, Goldschmidt (Fam. Cr. Rev. 40/2005) s. 41 samt Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 641, som anför att ”the American system depends far more on the parties’ aggressive pursuit of their own interests than do most European systems, which depend instead on judicial supervision and control to move the process along”.

²⁸⁶³ Så kallade ”felony cases” (i kontrast till ”misdemeanor cases”).

²⁸⁶⁴ Se, i kronologisk ordning, *Powell v. Alabama* (287 U.S. 45, 1932); *Johnson v. Zerbst* (304 U.S. 458, 1938); *Betts v. Brady* (316 U.S. 455, 1942); *Hamilton v. Alabama* (368 U.S. 52, 1961); *Gideon v. Wainwright* (372 U.S. 335, 1963); *Argersinger v. Hamlin* (407 U.S. 25, 1972); *Alabama v. Shelton* (535 U.S. 654, 2002) och härtill exv. Haggins, Edward T., *Right to Counsel in Criminal Cases* (Clev.-Marshall L. Rev. 15/1966) s. 152-161, Francis, Allen, *The Supreme Court and State Criminal Justice* (Wayne L. Rev. 4/1958) s. 191-204, Reed, Stacey L., *A Look Back at Gideon v. Wainwright after Forty Years: An Examination of the Illusory Sixth Amendment Right to Assistance of Counsel* (Drake L. Rev. 52/2003-2004) s. 47-70, Bennet, Dale E., *Right to Counsel – A Due Process Requirement* (La. L. Rev. 23/1963) s. 662-672 och Krash, Abe, *The Right to a Lawyer: The Implications of Gideon v. Wainwright* (Notre Dame Law. 39/1964) s. 150-160.

one charged with crime to counsel may not be deemed fundamental and essential to fair trials in some countries, but it is in ours.”²⁸⁶⁵

Att staten håller sig med ett juridiskt skolat åklagarväsende, och att tilltalade som har råd tenderar att anlita privat försvarare togs alltså till intäkt för att en rättvis rättegång i praktiken förutsätter en rätt till offentligt finansierat biträde för mindre bemedlade, åtminstone i ett utpräglat kontradiktoriskt system som det amerikanska. Det sagda kan ställas i relation till det svenska systemet, där den ovillkorliga rätten till försvarare – fränsett sådana fall då den misstänkta är frihetsberövad – har kopplats inte till det för brottet föreskrivna maximistraffet, utan till ett minimistraff om sex månaders fängelse.

6.1.1.2 *Miranda och Edwards*

I efterföljande domar kom den princip som formulerades i *Gideon* att utvidgas ytterligare, till att inte bara omfatta rättegången som sådan, utan också den föregående förundersökningen.²⁸⁶⁶ Härigenom torde den amerikanska rätten till försvarare ha blivit vida känt även utanför landets gränser. Alla som någon gång har sett en amerikansk actionfilm har nämligen tagit del av de så kallade ”Miranda-rättigheterna”²⁸⁶⁷ – ett rättighetspaket som tillkommer den som misstänks för brott, bestående av fyra komponenter. Den misstänkta skall informeras om (1) sin rätt att vara tyst; (2) att allt som sägs kan användas som bevis i en kommande rättegång; (3) att den misstänkta har rätt att ha tillgång till en försvarare inför och under alla förhör; samt (4) att den misstänkta har rätt att få en försvarare förordnad för allmänna medel, om vederbörande saknar egna medel att bekosta en sådan.²⁸⁶⁸ I avgörandet *Miranda mot Arizona* konstaterade nämligen Supreme Court att det stred inte bara mot rätten till försvar enligt det sjätte tillägget att åberopa uppgifter som den tilltalade lämnat i förhör utan att först ha upplysts om och medvetet avstått från sin konstitutionella rätt till försvarare, utan också mot förbudet mot ”self incrimination” i det femte tillägget till konstitutionen.²⁸⁶⁹ I enlighet med *Miranda* – och det efterföljande avgörandet *Edwards mot Arizona*²⁸⁷⁰ – är därför amerikansk polis/åklagare numera skyldiga att upplysa den misstänkta om dennas rättigheter redan innan vederbörande hörs. Om

²⁸⁶⁵ *Gideon v. Wainwright* p. 334. Se här till exv. Hornstein, Robert, *The Right to Counsel in Civil Cases Revisited: The Proper Influence of Poverty and the Case for Reversing Lassiter v. Department of Social Services* (Cath. U. L. Rev. 59/2010) s. 1057-1110, som anför (s. 1058) att ”*Gideon* is undoubtedly one of our nation’s proudest constitutional achievements”.

²⁸⁶⁶ Detta genom *Massiah v. United States* (377 U.S. 201, 1964) och *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966).

²⁸⁶⁷ ”The Miranda Rights”, ibland omtalade som ”the Miranda Warning”.

²⁸⁶⁸ En vanlig formulering är som följer: ”You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have a right to an attorney. If you cannot afford an attorney, one will be appointed for you.”

²⁸⁶⁹ Se exv. Lippman, Mathew, *Miranda v. Arizona: Twenty Years Later* (Crim. Just. J. 9/1986) s. 241-290 (särskilt s. 255 ff.), Marlone, Patrick, ”*You Have The Right to Remain Silent*” – *Miranda after Twenty Years* (Am. Scholar 55/1986) s. 367-380, Pye, Kenneth A., *Interrogation of Criminal Defendants – Some Views on Miranda v. Arizona* (Fordham L. Rev. 35/1966) s. 199-220, Warden, Karl P., *Miranda – Some History, Some Observations and Some Questions* (Vand. L. Rev. 20/1966) s. 39-61, Stone, Geoffrey, *The Miranda Doctrine in the Burger Court* (Sup. Ct Rev. 1977/1977) s. 99-169. En historisk redogörelse över europeiska förhållanden (med en kinesisk komparation) återfinns hos Wu, Wei & Vander Beken, Tom, *Relativism and Universalism in Interrogation Fairness: A Comparative Analysis Between Europe and China* (Eur. J. Crim. Policy Res. 19/2013) s. 183-213 (se särskilt s. 187 ff.).

²⁸⁷⁰ *Edwards v. Arizona* (451 U.S. 477, 1981).

så inte sker får besvärande uppgifter som den misstänkta lämnar i förhöret, något förenklat, inte återopas som bevis i en senare rättegång.²⁸⁷¹

Ovanstående avgöranden från Supreme Court är intressanta av två skäl: dels därför att domarna illustrerar hur olika processuella rättssäkerhetsgarantier, som aktualiseras under processens olika skeden, samspelar; dels därför att Europadomstolen – uppenbart influerad av den amerikanska Högsta domstolens avgöranden²⁸⁷² – successivt har anammat ett motsvarande synsätt, och därigenom lagt fast en likvärdig europeisk standard.²⁸⁷³ Det sagda kan illustreras genom en jämförelse mellan å ena sidan Supreme Courts dom i *Edwards mot Arizona* och å andra sidan Europadomstolens dom i *Pishchalnikov mot Ryssland*:

USSCt:	ED:
<p>”[W]hen an accused has invoked his right to have counsel present during custodial interrogation, a valid waiver of that right cannot be established by showing only that he responded to further police-initiated custodial interrogation even if he has been advised of his rights.”</p> <p>”[A]n accused ... having expressed his desire to deal with the police only through counsel, is not subject to further interrogation by the authorities until counsel has been made available to him, unless the accused himself initiates further communication, exchanges, or conversations with the police.”²⁸⁷⁴</p>	<p>”[W]hen an accused has invoked his right to be assisted by counsel during interrogation, a valid waiver of that right cannot be established by showing only that he responded to further police-initiated interrogation even if he has been advised of his rights.”</p> <p>”[A]n accused ... who had expressed his desire to participate in investigative steps only through counsel, should not be subject to further interrogation by the authorities until counsel has been made available to him, unless the accused himself initiates further communication, exchanges, conversations with the police or prosecution.”²⁸⁷⁵</p>

Till *Pishchalnikov* får vi anledning att återkomma i diskussionen kring brottmålen strax nedan – här kan vi blott konstatera att Europadomstolens domskäl i

²⁸⁷¹ Se exv. Yengich, Richard, *Protecting the Right to Counsel: Inadmissibility under Massiah* (Crim. Def. 5/1978) s. 14-17.

²⁸⁷² Se exv. *Ibrahim & Others v. The United Kingdom* (app. nos. 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09), där ED (p. 229) diskuterar *Miranda v. Arizona* samt *Imbrioscia v. Switzerland*, dissenting Opinion of Judge de Meyer (citerad i fn. 3076-3077 nedan).

²⁸⁷³ Se exv. Weisselberg, Charles D., *Exporting and Importing Miranda* (B.U. L. Rev. 97/2017) s. 1235-1292 (särskilt s. 1282 ff.) samt van De Laar, Tom & de Graaff, Regien, *Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?* (Eur. Hum. Rts L. Rev. 3/2011) s. 304-317. En jämförelse mellan europeisk och amerikansk rätt lämnas också av Beijer (Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 18/2010) s. 341 ff., som konstaterar att ED:s praxis numera rent av innebär en högre standard än vad USSCt etablerade genom *Miranda*.

²⁸⁷⁴ *Edwards v. Arizona* p. 484-485.

²⁸⁷⁵ *Pishchalnikov v. Russia* p. 79.

princip ordagrant ansluter till *Edwards*,²⁸⁷⁶ dock utan att uttryckligen hänvisa till avgörandet.²⁸⁷⁷

6.1.1.3 *Lassiter*

Alltsedan Supreme Court meddelade dom i *Gideon* har en parallell (rätts)politisk och rättsvetenskaplig debatt förts kring den konstitutionella grunden för en "Civil Gideon",²⁸⁷⁸ det vill säga en skyldighet för det allmänna att

"... provide legal counsel *as a matter of right* at public expense to low income persons in those categories of adversarial proceedings where basic human needs are at stake, such as those involving shelter, sustenance, safety, health or child custody."²⁸⁷⁹

I *Gideon* motiverades rätten till biträde med hänvisning till att "[e]ven the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law". Bara ett år senare antydde Supreme Court – i avgörandet *Brotherhood of R.R. Trainmen mot Virginia* – att förhållandena var desamma i civila mål, närmare bestämt att "[l]aymen cannot be expected to know how to protect their rights when dealing with practiced and carefully counseled adversaries".²⁸⁸⁰ Till följd av detta uttalande kom många delstatsdomstolar att tolka in en konstitutionell rätt till biträde också i mål om civila rättigheter och skyldigheter. Genom avgörandet *Lassiter mot Department of Social Services* bromsade dock en splittrad Supreme Court utvecklingen, genom att – med fem röster mot fyra – konstatera att konstitutionen *inte* kunde läggas till grund för en ovillkorlig rätt till biträde i civila mål.²⁸⁸¹

Om den fysiska friheten stod på spel formulerade domstolen en presumtion för att obemedlade och mindre bemedlade har en konstitutionellt grundad rätt att få

²⁸⁷⁶ Weisselberg (B.U. L. Rev. 97/2017) s. 1268.

²⁸⁷⁷ Att ED uppenbart – och ibland ordagrant – hämtar vägledning i USSC:s domar utan att hänvisa till dessa har kritiserats. Se exv. Judge Motoc delvis skiljaktiga mening i *Blokhin v. Russia*, Partly Dissenting Opinion of Judge Motoc, där Motoc anför följande: "With all due respect to the majority, I cannot agree that paragraph 196 of the judgment belongs to the 'General principles' developed by the case-law of this Court. The paragraph is obviously a legal transplant from the US Supreme Court's case-law. As Shakespeare said in the words of Hamlet: 'Neither a borrower nor a lender be; for loan off loses both itself and friend'. I find that our Court is in exactly the situation described by Hamlet. [...] In fact paragraph 196 borrows, without citations, ideas from the US Supreme Court expressed in several cases, such as *Kent v. the United States*, *In re Gault* and especially *Robinson v. California*. In this sense the paragraph operates a legal transplant or a 'cross-fertilisation of the case-law'."

²⁸⁷⁸ Se exv. Engler (Fordham Urb. L.J. 37/2010) s. 43 f., Engler, Russel, *Shaping a Context-Based Civil Gideon from the Dynamics of Social Change* (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-2006) s. 697-718, Richey, Joan Grace, *Limits on Justice: The United States Failure to Recognize a Right to Counsel in Civil Litigation* (Wash. U.L.Q. 79/2001) s. 317-342, Abel, Laura K., *Right to Counsel in Civil Cases: Lessons from Gideon v. Wainwright* (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-2006) s. 527-556, Boyer, Bruce A., *Justice, Access to the Courts, and the Right to Free Counsel for Indigent Parents: The Continuing Scourge of Lassiter v. Department of Social Services of Durham* (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-2006) s. 635-650, Paoletti, Sara, *Deriving Support from International Law for the Right to Counsel in Civil Cases* (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-06) s. 651-662, Millemann, Michael, *State Due Process Justification for a Right to Counsel in Some Civil Cases* (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-2006) s. 733-768, Lidman, Raven, *Civil Gideon as a Human Right* (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-06) s. 769-800 och Pastore, Clare, *A Civil Right to Counsel: Closer to Reality?* (Loy. L.A. L. Rev. 42/2008-09) s. 1065-1086.

²⁸⁷⁹ American Bar Association, *Recommendation 112A* (2006) s. 1. Frågan har drivits politiskt bl.a. av det amerikanska Advokatsamfundet ("ABA"), men också av akademiker och domare. Se vidare ABA, *Toolkit for a Right to Counsel in Civil Proceedings, American Bar Association Model Access Act & Basic Principles for a Right to Counsel in Civil Proceedings* (2010).

²⁸⁸⁰ *Brotherhood of R.R. Trainmen v. Virginia* (377 U.S. 1, 1964) p. 7.

²⁸⁸¹ *Lassiter v. Department of Social Service* (452 U.S. 18, 1981).

ett biträde förordnat för allmänna medel.²⁸⁸² Om den personliga friheten *inte* stod på spel var dock presumptionen den omvända; en rätt till offentligt finansierat biträde kunde då, som utgångspunkt, *inte* härledas ur konstitutionen. Denna presumption kunde dock åsidosättas i det enskilda fallet, med beaktande av tre faktorer ("the three Eldridge factors"²⁸⁸³), närmare bestämt (1) den enskildas intressen i målet; (2) det allmännas intressen; och (3) risken för att avsaknaden av biträde skulle leda till ett felaktigt avgörande.²⁸⁸⁴ Domstolen inskräpte dock att konstitutionen endast gav ett *minimiskydd*, och gjorde följande principiella tillägg obiter dicta:

"In its Fourteenth Amendment, our Constitution imposes on the States the standards necessary to ensure that judicial proceedings are fundamentally fair. A *wise* public policy, however, may require that higher standards be adopted than those minimally tolerable under the Constitution. [...] The Court's opinion today in no way implies that the standards increasingly urged by informed public opinion and now widely followed by the States are other than *enlightened and wise*."²⁸⁸⁵

Att rätten till biträde utgör en central del i rätten till en rättvis rättegång – i enlighet med vad Supreme Court uttalade i *Gideon* – får numera betraktas som en internationellt erkänd norm. Rätten till offentlig försvarare är således väl etablerad i brottmål sedan åtskilliga decennier,²⁸⁸⁶ och i skrivande stund håller en motsvarande rättighet på att etableras i civila mål,²⁸⁸⁷ framförallt i sådana mål som avser "basic

²⁸⁸² *Lassiter v. Department of Social Services* p. 26-27: "In sum, the Court's precedents speak with one voice about what 'fundamental fairness' has meant when the Court has considered the right to appointed counsel, and we thus draw from them the presumption that an indigent litigant has a right to appointed counsel only when, if he loses, he may be deprived of his physical liberty."

²⁸⁸³ Här hänvisade domstolen till *Mathews v. Eldridge* (424 U.S. 319, 1976).

²⁸⁸⁴ *Lassiter v. Department of Social Services* p. 27-29. Applicerat på omständigheterna i målet – där det de sociala myndigheterna, fritt översatt, ville upphäva en mammas "föräldrastatus" – formulerade domstolen således rättsfrågan i följande ordalag (p. 31): "The dispositive question, which must now be addressed, is whether the three Eldridge factors, when weighed against the presumption that there is no right to appointed counsel in the absence of at least a potential deprivation of physical liberty, suffice to rebut that presumption, and thus to lead to the conclusion that the Due Process Clause requires the appointment of counsel when a State seeks to terminate an indigent's parental status."

²⁸⁸⁵ *Lassiter v. Department of Social Services* p. 33-34. Om rättsläget efter *Lassiter*; se exv. Boyer, Bruce A., *Justice, Access to the Courts, and the Right to Free Counsel for Indigent Parents: The Continuing Scourge of Lassiter v. Department of Social Services of Durham* (Loy. U. Chi. L.J. 36/2005) s. 363-382 och Pastore, Clare, *Life after Lassiter: An Overview of State-Court Right-to-Counsel Decisions* (Clearinghouse Rev. 40/2006) s. 186-195. Se även Bindra, Simran & Ben-Cohen, Pedram, *Public Civil Defenders: A Right to Counsel for Indigent Civil Defendants* (Geo. J. on Pov. L. & Pol'y 10/2003) s. 1-36, som konstaterar (s. 2) att "[t]his presumption has proved nearly impossible to overcome, and led to the widespread notion that appointment of counsel in a civil case is a 'privilege not a right'".

²⁸⁸⁶ Se exv. Nowicki, M.A., *Strasbourg and the Position of the Defence Counsel* (Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 4/1996) s. 335-347 (s. 335): "A fair trial in criminal proceedings is impossible without adequate guarantees of the defence rights." Se även Stavros (1993) s. 201: "The right to legal assistance is one of the most important rights under the fair trial clause of the human rights instrument under examination."

²⁸⁸⁷ Se Davis, Martha F., *In the Interests of Justice: Human Rights and the Right to Counsel in Civil Cases* (Touro L. Rev. 25/2009) s. 147-185, som konstaterar (s. 150) att "the right to counsel in civil matters is well established as a general principle of law in the international community", och vidare (s. 156) att "the wealth of relevant interpretive material combined with the weight of considerable international practice make clear that *provision of counsel in civil matters is an emerging human right increasingly recognized by the law of nations*, especially when the civil matter at issue involves fundamental rights". Se även exv. Paoletti (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-06) s. 651 ff., Lidman (Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 15/2005-06) s. 769 ff., Pastore (Loy. L.A. L. Rev. 42/2008-09) s. 1085 och Durbach (2008) s. 61.

human needs”.²⁸⁸⁸ På global nivå sker en korsbefruktning mellan olika rättssystem – inte minst mellan USA och Europa. I brottmål har således enskilda ledamöter i Europadomstolen hänvisat till den amerikanska Högsta domstolens praxis (främst *Miranda*), och i den amerikanska diskussionen kring en ”Civil Gideon” hänvisas inte sällan till Europadomstolens praxis (framförallt *Airey*),²⁸⁸⁹ eller till utvecklingen i enskilda europeiska länder.²⁸⁹⁰ I ljuset av det sagda måste svensk (inhemsk) rätt betraktas som underutvecklad. Som framgått av föregående avsnitt saknar svenska domstolar möjlighet att ex officio förordna biträde i väldigt många måltyper – även sådana som avser just grundläggande behov – och rätten till biträde har också ett otydligt stöd i regeringsformen, enligt vad jag nu skall visa.

6.1.2 Konstitutionell eller konventionsgrundad rätt till biträde i Sverige?

I de av FN:s generalförsamling antagna *Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*, kan man läsa följande:

”Recognizing that legal aid is an essential element of a functioning criminal justice system that is based on the rule of law, a foundation for the enjoyment of other rights, including the right to a fair trial, and an important safeguard that ensures fundamental fairness and public trust in the criminal justice process, States should guarantee the right to legal aid in their national legal systems *at the highest possible level*, including, where applicable, in the constitution.”²⁸⁹¹

Till skillnad från exempelvis USA – och sålunda *i kontrast* till vad som rekommenderas i FN:s vägledande principförklaring – finns det i Sverige ingen rätt till biträde i regeringsformens rättighetskatalog, varken i förvaltningsmål, tvistemål eller ens i brottmål. Med andra ord tillgodoses rätten till biträde i svensk rätt genom det lapptäckte utav lagar som jag har redogjort för i tidigare kapitel, som får betraktas som allt annat än heltäckande.²⁸⁹²

Vad vi däremot har är ett krav på att svensk lag skall vara förenlig med Europakonventionen,²⁸⁹³ samt – sedan 2010 års grundlagsrevision – ett uttryckligt

²⁸⁸⁸ Jfr vid fn. 2879 ovan. I ABA:s rekommendation 112A (2006) s. 13 definieras ”basic human needs” som ”shelter, sustenance, safety, health and child custody”, med tillägget: “[These] categories are considered to involve interests so fundamental and important as to require governments to supply low income persons with effective access to justice as a matter of right. There is a strong presumption this mandates provision of lawyers in all such cases.”

²⁸⁸⁹ *Airey* behandlas utförligt i avsnitt 6.3.1 nedan.

²⁸⁹⁰ Se exv. Marvy, Paul & Gardner, Debra, *A Civil Right to Counsel for the Poor* (Hum. Rts L. Rev. 32/2005) s. 8-9, särskilt s. 8: ”Over fifty countries provide legal representation in civil cases *as a matter of right*. Many do so because the European Court of Human Rights has recognized the right as fundamental to the very notion of a fair hearing.” Jfr även Henderson, Wade, *The Evolution and Importance of Creating a Civil Right to Counsel* (Touro L. Rev. 25/2009) s. 71-80, som likaså anför (s. 80) att ”more than fifty foreign countries provide legal representation in [civil] cases *as a matter of right*”.

²⁸⁹¹ UN GA A/RES/67/187 (2013) p. 14. Se även p. 1.

²⁸⁹² Reglerna är inte heller konstruerade som rättigheter, vilket jag redan har antytt i kap. 1 ovan.

²⁸⁹³ RF 2 kap. 19 §, som dock är formulerad som ett förbud mot att anta lagar i strid med Sveriges åtaganden på grund av EKMR; sådana lagar ”får inte meddelas”. Till denna bestämmelse anknyter domstolarnas lagprövningsrätt enligt i RF 11 kap. 14 §. Vi har naturligtvis också ett krav på att svensk rätt skall vara förenlig med EU-rätten; se avgränsningen i fn. 2854 ovan.

krav på att rättegångar skall ”genomföras rättvist”. Rätten till en rättvis rättegång åtnjuter således skydd dels genom konventionens artikel 6 (som är förankrad i och överordnad svensk rätt på en rad olika sätt²⁸⁹⁴); dels genom regeringsformen 2 kapitlet 11 § andra stycket. I jämförelse med artikel 6 har dock den svenska grundlagsbestämelsen fått en rudimentär utformning:

<i>RF 2 kap. 11 § 2 st:</i>	<i>EKMR art. 6</i>
<p>”En rättegång ska genomföras <i>rättvist</i> och inom skälig tid. Förhandling vid domstol ska vara offentlig.”</p>	<p>”1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en <i>rättvis</i> och offentlig förhandling inom skälig tid ...</p> <p>2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.</p> <p>3. Var och en som blivit anklagad för brott har följande minimirättigheter: (a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom; (b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar; (c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar; (d) att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopas mot honom samt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom; (e) att utan kostnad bistås av tolk, om han inte förstår eller talar det språk som begagnas i domstolen.”</p>

En första avvikelse mellan ovanstående bestämmelser är att artikel 6 endast omfattar tvister kring civila rättigheter och skyldigheter samt brottsanklagelser.²⁸⁹⁵ Detta till skillnad från 2 kap. 11 §, som omfattar ”rättegångar” – märk väl: *utan någon närmare precisering*. Rätten till en rättvis rättegång enligt regeringsformen har följaktligen ett bredare tillämpningsområde än konventionens artikel 6, genom att också omfatta sådana mål som inte avser civila rättigheter/skyldigheter eller anklagelser om brott,²⁸⁹⁶

²⁸⁹⁴ Utöver RF 2 kap. 19 § (och 11 kap. 14 §) bör nämnas att EKMR gäller som svensk lag, liksom att Sverige på folkrättslig grund har åtagit sig att efterleva konventionen; se lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (som 1 § anger att EKMR skall gälla som lag), prop. 1993/94:117 (genom vilken konventionen inkorporerades i svensk rätt) samt prop. 1951:165 (genom vilken Sverige tillträdde konventionen).

²⁸⁹⁵ En annan diskrepans, som jag inte kommer att fördjupa, är att art. 6 innefattar en (implicit) rätt att få tillträde till domstol (”Access to Court” i snäv mening), som inte kommer till uttryck i RF 2 kap. 11 § 2 st; som Bylander (SvJT 5/2017) konstaterar (s. 376) reglerar RF endast *hur* en rättegång skall genomföras, men kräver inte *att* en rättegång skall genomföras. Jag kommer också helt att bortse från frågorna om offentlighet/skälig tid, dvs. enbart fokusera vad som gör rättegången ”rättvis”.

²⁸⁹⁶ Se prop. 2009/10:80 s. 162, SOU 2008:125 s. 427 och 755 och Bylander (SvJT 5/2017) s. 389 ff. Se även HD:s ovan diskuterade avgörande NJA 2015 s. 374.

exempelvis skattemål (som inte avser skattetillägg) och migrationsmål. Beträffande det materiella innehållet har dock någon motsvarighet till artikel 6.2-3 inte förts in i grundlagen, vilket är intressant eftersom den explicita rätten till biträde i brottmål kommer till uttryck i artikel 6.3.c. Det får dock betraktas som en öppen fråga om denna avvikelse innebär någon skillnad i sak mellan konventionen och grundlagen, det vill säga om de krav som ställs på en rättegång – för att denna skall betraktas som rättvis – är lägre i regeringsformen än i konventionen. Innan jag fördjupar diskussionen kring artikel 6 skall jag därför ägna denna fråga några rader.²⁸⁹⁷

6.1.2.1 Är ”delen” < helheten?²⁸⁹⁸

I betänkandet *En reformerad grundlag* (SOU 2008:125) gjorde Grundlagsutredningen två konstateranden, som kan tjäna som utgångspunkt för den fortsatta diskussionen: Utredningen förklarade, för det första, att Europakonventionens artikel 6 ”innehåller bestämmelser som framstår som grundläggande för en rättsstat” (närmare bestämt ”vissa allmänna krav när det gäller rätten till en rättvis rättegång samt speciella minimigarantier som ska gälla vid hanteringen av brottmål”). För det andra förklarade utredningen att Sverige ”har en folkrättslig skyldighet att låta dessa principer komma till uttryck i lagstiftningen och i rättstillämpningen”. Mot denna bakgrund anförde utredningen att det förvisso ”generellt sett [kunde] anses” att svensk rätt redan garanterade envar en rättvis rättegång i enlighet med artikel 6, men att regeringsformen ändock borde kompletteras med ”en bestämmelse om de grundläggande krav som kan ställas på domstolsförfarandet”.²⁸⁹⁹ Så här långt är utredningens resonemang enkelt att följa.²⁹⁰⁰ När det sedan kom till att formulera dessa grundläggande krav blev det dock svårare. Utredningen anförde:

”Vägledande bör här vara *innehållet i artikel 6* och den uttolkning som bestämmelsen har fått. Flera av de principer som kommer till uttryck genom artikel 6 kan framstå som lämpliga att skriva in i grundlag. Det finns dock inte skäl att låta *hela innehållet i artikeln* få en förankring i regeringsformen. Den svenska bestämmelsen bör i stället ta sikte på *den del av skyddet som framstår som mest central*, nämligen den grundläggande bestämmelsen enligt artikel 6.1 om att rättegången ska vara rättvis.”²⁹⁰¹

²⁸⁹⁷ Denna frågeställning är relevant i alla måltyper, om det skulle visa sig att RF 2 kap. 11 § 2 st. etablerar en *högre standard* än EKMR art. 6. Detta har dock inte varit avsikten; se fn. 2917 (där det framgår att någon ändring av rättsläget inte var avsedd). Om RF däremot erbjuder en *lägre standard* är frågan framförallt relevant i de måltyper som inte omfattas av EKMR. För de måltyper som omfattas av EKMR är frågan av mindre praktisk betydelse (just eftersom rätten till en rättvis rättegång i så fall kan grundas på konventionen på samma sätt som innan införandet av den aktuella grundlagsbestämmelsen, som därmed får begränsad betydelse).

²⁸⁹⁸ Jfr Goss, Ryan, *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights* (2014) kap. C, med rubriken ”Out of one, Many? The Internal Structure of Article 6”.

²⁸⁹⁹ SOU 2008:125 s. 424 f.

²⁹⁰⁰ Notera dock att det inte är helt givet att artikel 6.2-3 skall betraktas som ”minimigarantier”. Se diskussionen hos Goss (2014) s. 70 ff.

²⁹⁰¹ SOU 2008:125 s. 425 f.

Denna distinktion mellan helheten och delen är – som Bylander också har uppmärksammat²⁹⁰² – inte helt enkel att ta till sig. Vad föll egentligen bort, när *den mest centrala delen* ("att rättegången ska vara rättvis") avskildes från *hela innehållet i artikeln*? Annorlunda uttryckt: Vilka fler "delar" innefattar artikel 6, utöver kravet att en rättegång skall vara rättvis, som således *inte har förankring i regeringsformen*? Tydligare blev det inte i författningskommentaren, där utredningen anförde följande:

"Den svenska rättsordningen innehåller i dag ingen generell grundlagsregel om rätten till ... ett rättvist förfarande. Den överordnade bestämmelsen på området är i stället artikel 6 i Europakonventionen. Syftet med den föreslagna bestämmelsen är att skapa *en delvis motsvarande bestämmelse* i regeringsformen. *Första punkten i artikel 6 har varit vägledande* vid utformningen av bestämmelsen."²⁹⁰³

Vägledande var alltså inte längre "inhållet i artikel 6 och den uttolkning som bestämmelsen har fått" (enligt föregående citat), utan endast "första punkten i artikel 6", som tydligen bara *delvis motsvarar* hela artikel 6.²⁹⁰⁴ I Europakonventionen har dock artikel 6 i sin helhet rubriken "Rätt till en rättvis rättegång" ("Right to a Fair Trial"),²⁹⁰⁵ och den gängse meningen torde också vara att hela artikel 6 (det vill säga 6.1, 6.2 och 6.3 i förening) ger uttryck för just rätten till en rättvis rättegång.²⁹⁰⁶ Den "del" som utredningen talar om (rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1) kan alltså inte avskiljas från helheten – åtminstone inte om helheten utgörs av de allmänna kraven artikel 6.1, oskuldspresumtionen (i artikel 6.2) och de specifika minimigarantierna (i artikel 6.3), eftersom artikel 6.2-3 endast exemplifierar, eller kanske snarare som konkretiserar/preciserar, vad som gör en (brottmåls)rättegång

²⁹⁰² Bylander (SvJT 5/2017) s. 374 ff., särskilt under rubrikerna "2.1 Anpassning styckevis och del" samt "2.2 Delen och helheten". Förhållandet mellan EKMR art. 6 och RF 2 kap. 11 § 2 st. diskuteras också av Lundqvist (2015) s. 27 f. som drar slutsatsen att regeln i RF "måste antas vila på antagandet" att grundlagen skall ge "åtminstone ett lika starkt skydd" som EKMR, eftersom en tillämpning av grundlagen som strider mot EKMR "givetvis inte kan godtas".

²⁹⁰³ SOU 2008:125 s. 755. Se även s. 420, där det talas om att "rikta *speciell* uppmärksamhet på innehållet i den mer allmänt inriktade bestämmelsen i artikel 6.1".

²⁹⁰⁴ Motsvarande skrivningar förekommer på andra ställen i utredningen; se exv s. 405, där det talas om att "i regeringsformen införa en bestämmelse om rätt till rättvis rättegång, som *närmast* skulle svara mot Europakonventionens bestämmelse på området". Vilken betydelse som skall tillmätas ordet "närmast" – dvs. vad som skiljer en bestämmelse som "svarar mot Europakonventionen" från en bestämmelse som "närmast svarar mot Europakonventionen" – utvecklades inte.

²⁹⁰⁵ Jfr Goss (2014) s. 65, som talar om "the umbrella description of Article 6 rights as the 'right to a fair trial', dock med viss efterföljande kritik av denna beskrivning.

²⁹⁰⁶ Jfr Bylander (SvJT 5/2017) s. 376: "Noga taget stadgar hela artikel 6, genom sin rubrik, en rätt till en rättvis rättegång, men Grundlagsutredningen avsåg alltså en avgränsning, så att inte alla de principer som kommer till uttryck genom artikel 6 i dess helhet kommer till uttryck i bestämmelsen i regeringsformen." Se här till *Salduz v. Turkey* p. 50 och *Al-Khawaja & Taery v. The United Kingdom* (app. no. 26766/05) p. 142-146. Ang. art. 6.3; jfr även Danelius (2015) s. 339.

rättvis enligt artikel 6.1.²⁹⁰⁷ Med andra ord kommer en rättegång att betraktas som fundamentalt orättvis om den exempelvis *inte* utgår ifrån oskuldspresumtionen (eller, för den delen, *inte* erbjuder de ”minimigarantier” som följer av artikel 6.3), vilket Nowak har formulerat enligt följande:

”Oskyldighetspresumtionen återfinns i Europakonventionens artikel 6 som behandlar rätten till en rättvis rättegång. Följaktligen är oskyldighetspresumtionen en förutsättning för att en rättegång skall vara rättvis enligt Europakonventionen.”²⁹⁰⁸

Nåväl, eftersom det av Grundlagsutredningens betänkande inte särskilt tydligt framgår vilka ”delar” av artikel 6 som idag inte är förankrade i grundlagen, kan vi istället föra diskussionen framåt genom att studera hur utredningen preciserade begreppet ”rättvis rättegång”. Detta görs framförallt under rubrikerna ”27.1 Bakgrund” (där utredningen redogör för innehållet i artikel 6.1 utan koppling till regeringsformen), och ”27.2 Överväganden” (där utredningen – alltså med hänvisning till artikel 6.1 – diskuterar begreppet i relation till regeringsformen). Dessa textpartier är i stora delar lika, men det finns också vissa avvikelser, enligt följande:

I avsnitt 27.2 anförde GLU att det kunde ”hävdas att den närmare innebörden av ett begrepp som ’rättvis rättegång’ är alltför otydlig för att passa in i regeringsformens rättighetskapitel”. Utredningen var dock av motsatt mening, eftersom ”kopplingen till artikel 6 i Europakonventionen gör att innebörden av principen om rättvis rättegång redan är väl belyst i domstolspraxis”, med tillägget: ”Vad som skyddas är främst vissa grundsatser rörande domstolsprocessen.” Dessa grundsatser exemplifierades enligt följande:

”En part har rätt att *bli hörd* inför domstolen och därmed ges möjlighet att *lägga fram sin sak*. Rättegången ska bedrivas genom ett *kontradiktoriskt förfarande* där två *likställda parter* står mot varandra. Förfarandet får således inte främja den ena partens intressen. Det måste vidare *finnas en processordning* av vilken det går att utläsa vilka regler för förfarandet som tillämpas.”²⁹⁰⁹

²⁹⁰⁷ Jfr Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects* (2006) s. 253, som anför att ”[the] standard of fairness for criminal trials embrace the same general Article 6(1) criteria as apply in civil proceedings, but also include the more *detailed specifications* found in Article 6(2) and 6(3)”. Se även Bylander (SvJT 5/2017) s. 377: ”Det finns, förvisso ifrågasatt, stöd i Europadomstolens praxis att betrakta [art. 6.2-3] som specifikationer av rättigheterna enligt artikel 6.1 vid prövning av en brottsanklagelse. Ätminstone när det gäller kopplingen mellan 2 kap. 11 § 2 st. regeringsformen och artikel 6 i Europakonventionen *borde detta betraktelsesätt ha anlagts*, eftersom det hade tydliggjort innehållet i rätten till en rättvis rättegång enligt regeringsformen *utan att ha förändrat omfattningen av vilka rättigheter som tillkommer den som blivit anklagad för brott*.” Jag återkommer till frågan hur art. 6.2-6.3 förhåller sig till art. 6.1 i inledningen till avsnitt 6.2.1 nedan. Förhållandet häremellan är nämligen inte fullt så enkelt som jag här gör gällande, vilket antyds av Bylander redan i det nyss återgivna citatet och utvecklas vidare av exv. Goss (2014) s. 65 ff. (som Bylander hänvisar till).

²⁹⁰⁸ Nowak (2003) s. 76, som också förklarar att det allmänna kravet på att rättegången skall vara rättvis enligt art. 6.1 ”preciseras” genom art. 6.2-6.3, med följande förtydligande (s. 77): ”Artikeln uppdelning kan ibland förefalla begränsande och konstgjord. Emellertid har de olika punkterna tack vare Europadomstolens praxis *i praktiken smält samman till en* när det gäller att avgöra om en rättegång varit rättvis.”

²⁹⁰⁹ SOU 2008:125 s. 426, där GLU också nämnde ”rätten till muntlighet”, för att sedan konstatera att det således handlade om ”principer som redan är en del av svensk rätt”.

I avsnitt 27.1 var GLU mer utförlig. Där konstaterades det likaså att begreppet ”rättsvis rättegång” är allmänt hållet, men ger uttryck för att ”vissa grundläggande krav på förfarandet måste vara uppfyllda”. Dessa grundläggande krav konkretiserades genom samma exempel som ovan, om än i något annorlunda ordalag:

”En sådan grundsats är att en part har rätt att *bli hörd* inför domstolen och därmed ges möjlighet att lägga *fram sin sak*. Av fundamental betydelse är vidare att förfarandet är *kontradiktoriskt* – dvs. att två parter står mot varandra – och att parterna är *likställda* i processen. Förfarandet får således inte främja den ena partens intressen. Det måste vidare *finnas en processordning* av vilken det går att utläsa vilka regler för förfarandet som tillämpas.”

Så här långt är alltså bakgrundsskildringen i princip identisk med övervägandena kopplade till regeln i RF. Utredningen gick dock ett steg längre i avsnitt 27.1, genom att lämna en ytterligare precisering av ovan nämnda grundsatser; dessa innefattade ”en rätt att förhöra och motförhöra vittnen, att ta del av utredning, att få tillfälle att yttra sig över all utredning i ett mål, att få tillgång till tolkning och översättning, att få inhämta bevisning i form av sakkunnigutlåtanden m.m., att under vissa omständigheter *ha rätt till rättshjälp*, att delges stämning och kallelse till rättegång samt att en domstols avgörande inte ska grundas på annat än sådant som har berörts under rättegången”.²⁹¹⁰

Den sista exemplifieringen är intressant av två skäl: för det första eftersom utredningen uttryckligen nämner *rätten till rättshjälp* i sin diskussion kring artikel 6.1 (vilket är helt korrekt); för det andra eftersom utredningen listar några – men inte alla – av de minimigarantier som kommer till explicit uttryck i artikel 6.3, märk väl, för att exemplifiera de implicita krav som ligger i artikel 6.1. Detta är också i linje med vad jag har anfört ovan, det vill säga att artikel 6.2-3 endast preciserar rätten till en rättvis rättegång. På så vis illustrerar det sista citatet ovan att distinktionen mellan ”delen” (rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1) och ”helheten” (artikel 6, inklusive artikel 6.2-3) är problematisk. Och det blev inte mindre problematiskt i den efterföljande propositionen.

6.1.2.2 Rätten till rättshjälp som försvann

I likhet med Grundlagsutredningen konstaterade regeringen att artikel 6 är en ”av de centrala artiklarna i Europakonventionen”, liksom att rätten till en rättvis rättegång ”framstår som grundläggande för en rättsstat”.²⁹¹¹ Så långt, så gott. Från konstitutionell synpunkt menade dock regeringen att det var ”mindre lämpligt” att i (alltför?) hög grad anknyta den nya bestämmelsen i grundlagen till konventionens artikel 6, eftersom Europadomstolen fortlöpande utvecklar konventionens rättighetsskydd genom sin praxis. Och således:

²⁹¹⁰ SOU 2008:125 s. 422.

²⁹¹¹ Prop. 2009/10:80 s. 158.

”Om Europadomstolens praxis rörande artikel 6 i sin helhet anses utgöra grundläggande tolkningsdata vid tillämpningen av den nya grundlagsbestämmelsen skulle utvecklingen av Europadomstolens praxis ... kunna leda till att grundlagsbestämmelsen får en helt annan innebörd än vad som kunnat förutses och vad som varit avsett vid dess tillkomst.”²⁹¹²

Med andra ord ville regeringen *åtminstone* att den svenska lagstiftaren skulle behålla kontrollen över den svenska grundlagens utveckling – det var tillräckligt att Europadomstolens domar löpande påverkar Sveriges folkrättsliga förpliktelser och därmed indirekt innehållet i vanlig lag, som ju inte får strida mot (Europadomstolens tolkning av) konventionen. Mot denna bakgrund menade regeringen att de ”rätts-säkerhetsgarantier som traditionellt anses knutna till ett rättvist domstolsförfarande i såväl civilmål och brottmål som förvaltningsmål” bäst sammanfattades med det uttryck som Grundlagsutredningen hade föreslagit: en rättvis rättegång.²⁹¹³ När regeringen skulle precisera detta begrepp hände dock någonting – för denna avhandling – synnerligen intressant:

”Som utredningen framhåller innefattar principerna för [rättvis] rättegång bl.a. en rätt för en part att bli hörd inför domstolen och därmed få möjlighet att lägga fram sin sak. Av grundläggande betydelse är vidare att förfarandet är kontradiktoriskt och att parterna är likställda i processen. Vidare måste det finnas en processordning av vilken det går att utläsa vilka regler för förfarandet som tillämpas. Dessa grundläggande principer innefattar enligt praxis även bl.a. en rätt att förhöra vittnen, att ta del av utredningen, att få tillfälle att yttra sig över all utredning i ett mål, att få tillgång till tolkning och översättning och en rätt att delges stämning och kallelse till förhandling i domstol. Även andra moment kan ingå i förfarandet för att det ska framstå som rättvist.”²⁹¹⁴

På punkt efter punkt valde alltså regeringen att nästintill ordagrant citera utredningen, men den uppmärksamma läsaren noterar att rätten till rättshjälp ”råkade” falla bort – istället talade regeringen om att *andra moment kan ingå i förfarandet för att detta skall framstå som rättvist*, vad nu detta innebär. Inte heller i specialmotiveringen finns en enda referens till rätten till biträde, vilket sammantaget får betraktas som anmärkningsvärt eftersom åtminstone rätten till försvarare anses vara en utav de viktigare beståndsdelarna – för att inte säga den viktigaste delen – i rätten till en rättvis brottmålsrättegång (som rimligen är viktigare att framhålla än exempelvis rätten

²⁹¹² Prop. 2009/10:80 s. 160.

²⁹¹³ Enligt regeringen kunde en bestämmelse med denna lydelse ”tas in i regeringsformen utan hinder av att den praxis som *bitills* har utbildats på området av Europadomstolen inte i detalj har analyserats”. Detta uttalande tolkar Bylander (SvJT 5/2017) s. 380 som att sådan praxis som ”[1] tillkommit efter det att bestämmelsen har antagits, vilket får uppfattas som praxis från Europadomstolen tillkommen efter den 24 november 2010 och [2] inte kunnat förutses av lagstiftaren i samband med grundlagsändringen” inte utgör grundläggande tolkningsdata.

²⁹¹⁴ Prop. 2009/10:80 s. 160. Se härtill Bylander (SvJT 5/2017) s. 386 (*kurs*, där), med den befogade invändningen att ”[v]ad som rimligen avses är att även andra moment *kan behöva ingå i förfarandet för att uppfylla kraven på en rättvist genomförd rättegång*”.

att delges stämning).²⁹¹⁵ Däremot inskräppte regeringen att alla rättegångar i Sverige är rättvisa,²⁹¹⁶ och att den nya rätten till en rättvis rättegång enligt regeringsformen därför inte var ägnad att förändra rättsläget i något avseende:

”I kravet på en rättvis rättegång ligger en rad processuella rättigheter som i *materiellt hänseende redan är fastslagna i den svenska processordningen*. Rättssäkerhetskraven innefattar bl.a. en grundläggande rätt för en part att bli hörd inför domstolen, ett krav på att parterna ska vara likställda i ett kontradiktoriskt förfarande och att domstolen är både opartisk och oavhängig. *Ändringen innebär inte någon ändring i sak.*”²⁹¹⁷

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att det finns en klar koppling mellan regeringsformen 2 kapitlet 11 § andra stycket och Europakonventionens artikel 6.1 – däremot är kopplingen till artikel 6.2-3 något oklar, eftersom det ömsom hänvisas till artikel 6 (helheten), ömsom till artikel 6.1 (delen). Denna oklarhet avser inte minst rätten till biträde, som förvisso nämns av Grundlagsutredningen i diskussionen kring artikel 6.1, men överhuvudtaget inte av regeringen i propositionen som låg till grund för lagändringen. För tvistemålen och brottmålen vidkommande är detta inte av någon direkt praktisk betydelse, eftersom dessa måltyper omfattas av Europakonventionens 6.²⁹¹⁸ I den mån regeringsformen skulle visa sig etablera en lägre standard än konventionen blir konsekvensen således att prövningen av tvistemål får ske i enlighet med kraven i artikel 6.1, medan prövningen av brottmål skall vara förenlig med artikel 6.1-3 (varvid regeringsformen blir irrelevant). För förvaltningsmålen del har dock en eventuell diskrepans mellan Europakonventionen och regeringsformen stor betydelse, eftersom tre olika standarder i så fall kommer att gälla i olika förvaltningsmål: I sådana mål som (1) avser civila rättigheter/skyldigheter är artikel 6.1 tillämplig; i sådana mål som (2) innefattar anklagelser om brott är artikel 6.1-3 tillämplig; och i sådana mål som (3) varken avser det ena eller det andra, och som därmed faller utanför konventionens artikel 6, får vi falla tillbaka på regeringsformen 2 kapitlet 11 §. Till det nu sagda får jag anledning att återknyta senare i avsnitt, där jag kommer att ställa Europakonventionens krav i relation till kostnadshanteringen i respektive processform. Dessförinnan skall jag dock utveckla rätten till biträde enligt konventionens artikel 6. Kapitlet är disponerat enligt följande: I nästa underavsnitt skall jag definiera tillämpningsområdet för artikel 6 och därefter introducera några

²⁹¹⁵ Stavros (1993) s. 202.

²⁹¹⁶ Se, utöver citatet vid nästa fn., även prop. 2009/10:80 s. 161, där regeringen anförde som sin ”uppfattning att de principer som är grundläggande för en rättvis rättegång redan utgör del av den svenska rättsordningen. De avgöranden som Europadomstolen meddelar – inte bara mot Sverige utan även mot andra stater – analyseras fortlöpande av regeringen i syfte att bedöma om Sverige uppfyller de åtaganden som följer av konventionen. Regeringen bedömer att Sveriges rättegångsförfarande uppfyller dessa krav.”

²⁹¹⁷ Prop. 2009/10:80 s. 252. Att bestämmelsen inte innebar någon ändring i jämförelse med vad som redan gällde konstateras också i de två kanske mest inflytelserika kommentarerna till RF; se Bull, Thomas & Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar* (2015) s. 79 och Holmberg, Erik et al., *Grundlagarna* (Zetee 2016) RF 2 kap. 11 § 2 st. Se även Bengtsson, Bertil, *Skadestånd vid brott mot regeringsformen?* (SvJT 7/2011a) s. 605-629 (s. 617).

²⁹¹⁸ Däremot har det betydelse för vilket genomslag grundlagsbestämmelsen kan få, dvs. om svenska domstolar även fortsättningsvis kommer att behöva hänvisa till EKMR istället för RF, därför att bestämmelsen i RF inte ”kan stå på egna ben” (för att citera Bylander (SvJT 5/2017) s. 376 f., som hänvisar till NJA 2015 s. 222).

grundläggande tolkningsprinciper (6.1.3 och 6.1.4). Efter denna introduktion till konventionens artikel 6 skall jag utveckla rätten till biträde vid anklagelser om brott (6.2) och därefter i tvister kring civila rättigheter och skyldigheter (6.3). Båda dessa avslutas med en sammanfattning, där jag drar slutsatser i relation till svensk rätt (6.2.7 och 6.3.5).

6.1.3 Tillämpningsområdet för artikel 6

Som framgått ovan är artikel 6 tillämplig i två distinkta typer av mål: dels vid anklagelser för brott ("brottmål"); dels vid tvister kring civila rättigheter och skyldigheter ("civila mål").²⁹¹⁹ Låt oss därför i detta avsnitt göra några grundläggande begreppsbestämningar.

6.1.3.1 Brottmål

Vad först avser sådana mål som innefattar en *anklagelse för brott* ("criminal charge") har detta begrepp getts en autonom tolkning,²⁹²⁰ som successivt har utvidgats genom Europadomstolens praxis.²⁹²¹ Till denna kategori kan vi därför hänföra många måltyper som enligt nationell rätt inte betraktas som, och därför inte behandlas i, den för brottmål stadgade ordningen.²⁹²²

Beträffande brottmålen gäller som utgångspunkt att en gärning som är klassad som brottslig enligt nationell lagstiftning också är att anse som ett brottmål i Europakonventionens mening.²⁹²³ I så måtto finns det en positiv koppling mellan den nationella klassificeringen och konventionens artikel 6. Någon motsvarande negativ koppling finns däremot inte. Att en handling *inte* är brottslig på nationell nivå – utan istället hanteras inom ramen för en administrativ/disciplinär ordning – betyder alltså *inte* att den faller utanför konventionens tillämpningsområde. Detta förhållande klargjorde domstolen i avgörandet *Engel med flera mot Nederländerna*:

"If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal ... the operation of the fundamental clauses of Articles

²⁹¹⁹ Jfr Bylander (SvJT 5/2017) s. 370 ff., som diskuterar avgränsningen i termer av "tröskelkriterier".

²⁹²⁰ Se t.ex. Mole & Harby (2006) s. 6 och vidare s. 16 ff. Detta gäller båda orden – "brott"/"criminal" resp. "anklagelse"/"charge" – i detta sammansatta rekvirit. Inom ramen för detta avsnitt kommer jag dock endast att diskutera det förstnämnda begreppet (vad som konstituerar ett *brott* – och därmed ett *brottmål* – i EKMR:s mening), medan det sistnämnda begreppet (vem som anses vara *anklagad* för ett sådant brott) diskuteras i avsnitt 6.2.3 nedan; jfr Emmerson et al. (2012) som skiljer diskussionen kring begreppet "criminal proceedings" (s. 210 ff.) från diskussionen kring begreppet "charge" (s. 250 ff.). Den autonoma tolkningsprincipen diskuteras kort i avsnitt 6.1.4.1 nedan.

²⁹²¹ Stavros (1993) s. ix.

²⁹²² De brottmål som ED har prövat enligt art. 6 kan därmed, som Trechsel konstaterar, dels in i två kategorier: å ena sidan sådana mål som enligt nationell rätt behandlas som brottmål och där medlemsstaterna följaktligen har försökt leva upp till kraven i art. 6; å andra sidan sådana mål som inte betraktas som brottmål enligt nationell rätt, och där medlemsstaternas därför inte ens har försökt leva upp till kraven i art. 6. De problem som kommer att behandlas i det följande kan hänföras till båda dessa kategorier. Se Trechsel (2005) s. 14.

²⁹²³ Mole & Harby (2006) s. 16 och Stavros (1993) s. 8.

6 and 7 would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention.”²⁹²⁴

Sammantaget faller alltså gärningar som är brottsliga enligt nationell lagstiftning *alltid* under Europakonventionens artikel 6.1, medan gärningar som inte är brottsliga enligt nationell lagstiftning *kan* omfattas av den ifrågavarande artikeln.²⁹²⁵ För den sistnämnda bedömningen har domstolen i sin praxis utvecklat tre kriterier, vilka formulerades enligt följande i *Engel*:

”[I]t is first necessary to know whether the provision(s) *defining the offence charged belong*, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States. The very *nature of the offence* is a factor of greater import. When a serviceman finds himself accused of an act or omission allegedly contravening a legal rule governing the operation of the armed forces, the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law. [...] However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the *degree of severity of the penalty* that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the ‘criminal’ sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so ...”²⁹²⁶

I ett stort antal senare avgöranden har domstolen bekräftat vad som anfördes i *Engel*, men nu uttryckt betydligt mycket mer koncist:

”The Court reiterates that the concept of ‘criminal charge’ within the meaning of Article 6 is an autonomous one. In earlier case-law the Court has established that there are three criteria to be taken into account when it is being decided whether a person was ‘charged with a criminal offence’ for the purposes of Article 6. These are *the classification of the offence under national law, the nature of the offence and the nature and degree of severity of the penalty* that the person concerned risked incurring.”²⁹²⁷

De så kallade *Engel-kriterierna* är således (1) den aktuella lagstiftningens karaktär (hur gärningen klassificeras enligt nationella rätt); (2) den aktuella gärningens art;

²⁹²⁴ *Engel & Others v. The Netherlands* (app. nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) p. 81. Se härtill Stavros (1993) s. 2 ff. och Trechsel (2005) s. 15 ff.

²⁹²⁵ Emmerson et al. (2012) s. 211 f.

²⁹²⁶ *Engel & Others v. The Netherlands* p. 82.

²⁹²⁷ *AP, MP & TP v. Switzerland* (app. no. 19958/92) p. 39. Se härtill Danielius (2015) s. 176 ff. m.h.t. ytterligare avgöranden.

samt (3) den därtill knutna påföljdens syfte och allvar.²⁹²⁸ Följaktligen talar, mycket förenklat, det faktum att en lagregel uppställer ett generellt tillämpligt påbud eller förbud för att den som bryter mot detta begår ett brott (i kontrast till ett påbud eller förbud som endast omfattar en begränsad grupp människor). Detsamma gäller om den till lagregeln knutna sanktionens syfte är repressivt och/eller preventivt (i kontrast till reparativt) eller särskilt kännbar.²⁹²⁹

Av intresse för förevarande avhandling är att Europadomstolen i en rad avgöranden har funnit att mål som enligt nationell systematik betraktas och behandlas som förvaltningsmål utgör brottmål i konventionens mening.²⁹³⁰ För svenskt vidkommande kan detta exempelvis avse olika system med generella, bestraffande och avskräckande administrativa (sanktions)avgifter, som alltsedan 1970-talet har kommit till ökad användning inom ett mängd rättsområden, däribland inom miljö- och skatterätten, liksom inom bank- och finansrätten.²⁹³¹ Detsamma gäller vissa former av administrativa ingripanden som kan anses stå straffrättskipningen nära, exempelvis återkallelser av yrkeslegitimationer, körkort och så vidare. Detta är av stor betydelse, ty det faktum att en viss måltyp klassas som ett brottmål enligt Europakonventionen innebär att den enskilda inför förvaltningsdomstolen skall tillförsäkras de rättigheter som enligt konventionens artikel 6 tillkommer den som anklagas för brott.²⁹³² Och bland dessa rättigheter återfinns en uttrycklig rätt till biträde om rättvisans intresse så fordrar,²⁹³³ enligt vad jag skall utveckla nedan.

6.1.3.2 Civila mål

Vad därefter avser tvister kring civila rättigheter och skyldigheter ("civil rights and obligations") gjorde domstolen följande uttalande i det klassiska avgörandet *Ringeisen mot Österrike*:

²⁹²⁸ Se exv. Bentley, David & Thomas, Richard, *Fair Trial*, i Colvin, Madeleine & Cooper, Jonathan (red.), *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime* (2009) s. 251-281 (s. 253) samt Mowbray (2012) s. 371 och Emmerson et al. (2012) s. 211 ff. Vissa författare skiljer mellan påföljdens natur och dess allvar, och laborerar således med fyra kriterier; jfr Trechsel (2005) s. 17 fn. 13. samt *Bendenoun v. France* (app. no. 12547/86) p. 45-47, där domstolen uttryckligen laborerar med fyra kriterier. I de flesta avgöranden brukar domstolen dock hänvisa till sina tre (alternativa) kriterier etablerade i praxis; se exv. *Putz v. Austria* (app. no. 18892/91) p. 31 och *Vastberga Taxi Aktieföretag & Vulic v. Sweden* (app. no. 36985/97) p. 78 samt därtill Stavros (1993) s. 35 och Trechsel (2005) s. 27 f.

²⁹²⁹ Se Mole & Harby (2006) s. 17 samt Trechsel (2005) 18 ff. för en utförlig beskrivning av resp. kriterium och med ytterligare hänvisningar till praxis.

²⁹³⁰ Se, för att bara ge några ytterligare exempel, *Lauko v. Slovakia* (app. no. 26138/95), *Öztiirk v. Germany* (app. no. 22479/93), *Ezeh & Connors v. The United Kingdom* (app. nos. 39665/98; 40086/98), *Schmautzer v. Austria* (app. no. 15523/89), *Malige v. France* (app. no. 27812/95), *Salabiaku v. France* (app. no. 10519/83) och *Jusila v. Finland* (app. no. 73053/01).

²⁹³¹ Systemet med sanktionsavgifter har behandlats utförligt av Warnling-Nerep, först i hennes avhandling *Warnling-Nerep, Wiweka, Sanktionsavgifter – särskilt vid olovligt byggande* (1987), och senare i *Warnling-Nerep, Wiweka, Sanktionsavgifter – särskilt i näringsverksamhet* (2010b), samt i ett flertal artiklar; se exv. *Warnling-Nerep, Wiweka, Behövs sanktionsavgifter under 1990-talet?* (JT 4/1993-94) s. 945-962 och *Warnling-Nerep, Wiweka, Hur tillämpas europarättsliga principer i våra myndigheter?* (JT 2/2010-11) s. 476-483 (särskilt s. 478 f.). Se även Zila, Josef, *I stället för straff – sanktionsavgifter som kriminalpolitiskt medel mot bagattellbrottslighet* (1992). En motsvarande tendens – att "överföra" vad som i egentlig mening utgör brottmål till andra prövningsformer – kan skönjas också i andra länder; se exv. Emmerson et al. (2012) s. 209 ang. utvecklingen i Storbritannien.

²⁹³² Se vidare avsnitt 6.2.7.4 nedan.

²⁹³³ Jfr dock Stavros (1993) s. 41 om att olika standarder möjligen kan accepteras i "rena" brottmål å ena sidan och "brottmålsliknande" förvaltningsmål å andra sidan.

”For Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), to be applicable to a case (‘contestation’) it is *not necessary that both parties to the proceedings should be private persons ...* The wording of Article 6, paragraph (1) (art. 6-1), is far wider; the French expression ‘contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil’ covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations. The English text ‘determination of ... civil rights and obligations’, confirms this interpretation. *The character of the legislation* which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) *and that of the authority* which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body, etc) are therefore of little consequence.”²⁹³⁴

Genom sin praxis har Europadomstolen successivt preciserat tillämpningsområdet för artikel 6.1, och det står idag klart att stora delar av förvaltningsdomstolarnas göranden och låtanden – i för den enskilda såväl betungande som gynnande riktning – omfattas av artikeln.²⁹³⁵ Sålunda fastslog domstolen i *Feldbrugge mot Nederländerna* respektive *Deumeland mot Tyskland* att rätten till socialförsäkring utgör en civil rättighet som omfattas av artikel 6.1,²⁹³⁶ och i *Salesi mot Italien* gick domstolen så långt som att betrakta rätten till socialbidrag – helt utan anknytning till ett försäkringssystem – som en civil rättighet, under anförande av följande:

”Certainly there are differences between [welfare assistance and social insurance] but they cannot be regarded as fundamental at the present stage of development of social security law. [D]espite the public law features pointed out by the Government, Mrs. Salesi was *not affected in her relations with the administrative authorities as such*, acting in the exercise of discretionary powers; she suffered an interference with her means of subsistence and was claiming an *individual, economic right flowing from specific rules laid down in a statute ...*”²⁹³⁷

Av intresse för den fortsatta framställningen är således att Europakonventionens artikel 6.1 i princip är generell tillämplig också på typiskt sett gynnande förvaltningsakter – till och med socialbidrag – under förutsättning att det är frågan om en *i lag angiven individuell rättighet* (och inte ett skönmässigt beviljat bidrag av typen ex gratia-ersättningar och liknande).²⁹³⁸ Detta innebär att ett mycket stort antal måltyper som enligt svensk systematik klassificeras som förvaltningsmål är att betrakta som civila mål vid tillämpningen av konventionen, och därmed skall uppfylla de rättssäkerhetsgarantier som artikel 6.1 ger uttryck för.²⁹³⁹

Med detta har vi en översiktlig bild av vilka måltyper som faller inom tillämpningsområdet för artikel 6; de svenska brottmålen och tvistemålen är oproblematiska, men vad gäller förvaltningsmålen kan vissa gränsdragningsproblem uppstå. Klart

²⁹³⁴ *Ringisen v. Austria* (app. no. 2614/65) p. 94 och vidare t.ex. Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 251 ff.

²⁹³⁵ Se den utförliga redogörelsen hos Danelius (2015) s. 161 ff.

²⁹³⁶ Se *Feldbrugge v. The Netherlands* (app. no. 8562/79) p. 26-40 och *Deumeland v. Germany* (app. no. 9384/81) p. 59-74.

²⁹³⁷ *Salesi v. Italy* (app. no. 13023/87) p. 19 och vidare *Schuler-Zraggen v. Switzerland* (app. no. 14518/89).

²⁹³⁸ Se Danelius (2015) s. 170, Warnling-Nerep (2008) s. 95 ff., Lavin (JT 4/1994-95) s. 733 samt Hane (JT 3/1995-96) s. 942. Se även prop. 1997/98:101 s. 54.

²⁹³⁹ Se exv. de fällande domarna mot Sverige som redovisas i fn. 978 ovan, beträffande tillträde till domstol i snäv mening.

är dock att många förvaltningsmål – för att inte säga de flesta – också omfattas av artikel 6, genom att antingen betraktas som brottmål eller civila mål. Mot denna bakgrund skall jag strax utveckla hur rätten till biträde kommer till uttryck i artikel 6, men dessförinnan något kort om uttolkningen av konventionen – framförallt för att motivera det omfattande utrymme som jag ger åt rättsfallsanalyser i avsnitt 6.2-3.

6.1.4 Tolknigen av artikel 6

Europakonventionen utgör en internationell konvention och skall därför som utgångspunkt tolkas i enlighet med de kodifierade tolkningsprinciper som återfinns i Wienkonventionens²⁹⁴⁰ artikel 31-32.²⁹⁴¹ Följaktligen skall konventionstextens ordalydelse bilda utgångspunkten för tolkningen, med beaktande av konventionen ändamål och syfte,²⁹⁴² och under vissa förutsättningar kan förarbetena tillmätas vikt som supplementär/sekundär rättskälla.²⁹⁴³ I sin praxis har Europadomstolen också hänvisat såväl till konventionens ordalydelse²⁹⁴⁴ som till dess förarbeten²⁹⁴⁵, men båda dessa källor är tämligen förrådiska som tolkningsdata.²⁹⁴⁶ Enligt Europakonventionens artikel 32 är nämligen Europadomstolen behörig att avgöra alla frågor som rör tolkningen och tillämpningen av konventionen,²⁹⁴⁷ och domstolen kom mycket tidigt att framhålla konventionens särställning i jämförelse med andra internationella konventioner för att motivera att dess *ändamål och syfte* – snarare än dess ordalydelse²⁹⁴⁸ – skulle tillmätas avgörande betydelse vid tolkningen.²⁹⁴⁹ I avgörandet *Soering mot Storbritannien* uttalade exempelvis domstolen följande:

²⁹⁴⁰ *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, done at Vienna on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331 ("WK").

²⁹⁴¹ Att WK är tillämplig vid tolkning av Europakonventionen klargjorde ED i *Golden v. The United Kingdom* p. 29. Se här till van Dijk, Pieter & van Hoof, Godefridus J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998) s. 72, Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 65 f., Harris, O'boyle & Warbrick (2009) s. 5 och Matscher, Franz, *Methods of Interpretation of the Convention*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) s. 63-82 (s. 65) samt Golsong, Heribert, *Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) s. 147-162 (s. 147 f.). Se även problematiseringen hos Goss (2014) s. 16 ff., samt – bland den svenska litteraturen – Danelius (2015) s. 55 och Palm, Elisabeth & Ericsson, Margaretha, *Att klaga till Europadomstolen* (2005) s. 54.

²⁹⁴² Om WK art. 31 i relation till EKMR; se vidare Mårsäter (2005) s. 63 ff.

²⁹⁴³ Om WK art. 32 i relation till EKMR; se vidare Mårsäter (2005) s. 66 ff.

²⁹⁴⁴ Se t.ex. *Johnston and others v. Ireland* (app. no. 9697/82) p. 52 och här till Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 68 f.

²⁹⁴⁵ Se t.ex. *Young, James and Webster v. The United Kingdom* (app. nos. 7601/76; 7806/77) p. 51 och här till Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 67, Matscher (1993) s. 66 samt Danelius (2015) s. 55.

²⁹⁴⁶ För att citera Cameron är nyckeln till en förståelse av Europakonventionen inte i "förarbetena eller en bokstavsstolkning av konventionsartiklarnas ordalydelse utan den praxis som har utvecklats av Europadomstolen och Europakommissionen". Se Cameron, Iain, *Inför inkorporeringen av Europakonventionen om mänskliga rättigheter – Några praktiska råd om att finna rättskällor* (SvJT 3/1995) s. 241-251 (s. 241).

²⁹⁴⁷ Se här till Matscher (1993) s. 63, Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 65 och Harris, O'boyle & Warbrick (2009) s. 17.

²⁹⁴⁸ Se t.ex. *Sutter v. Switzerland* (app. no. 8209/78) p. 33. Se även Goss (2014) s. 23, som förklarar att ED "has often demonstrated a willingness to overlook apparently straightforward literal analysis".

²⁹⁴⁹ Jfr Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 66, som framhåller att "reference to the object and purpose of the provision in the context of the Convention as a whole has been the most influential of the principles applied by the court". Se vidare Golsong (1993) s. 148, Goss (2014) s. 17 och Palm & Ericsson (2005) s. 54.

”In interpreting the Convention regard must be had to *its special character* as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Thus, the *object and purpose of the Convention* as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective.”²⁹⁵⁰

Europakonventionen skall med andra ord tolkas teleologiskt,²⁹⁵¹ och den starka tonvikten som domstolen fäster vid dess ändamål och syfte – att skydda grundläggande mänskliga rättigheter²⁹⁵² – har, med van Dijk & van Hoofs ord, ”on many occasions [led the Court] to adopt a fairly progressive or activist approach”.²⁹⁵³ Denna ”progressiva ansats” framgår inte minst i de tolkningsprinciper som Europadomstolen har utvecklat i sin rättspraxis, närmare bestämt: (1) principen om autonom tolkning; (2) principen om effektiv tolkning; (3) principen om extensiv tolkning; och (4) principen om evolutiv tolkning. Samtliga dessa principer genomsyrar på olika sätt artikel 6, och kommer därför att omnämnas kort i det följande.

6.1.4.1 Principen om autonom tolkning

Mot bakgrund av att de europeiska staternas rättsordningar vilar på vitt skilda rättstraditioner är det föga förvånande att många av de begrepp som återfinns i konventionstexten kom att tolkas olika i de olika medlemsstaterna. Europadomstolen slog därför tidigt fast att de bärande begrepp som förekommer i konventionen skall ges en *autonom* tolkning som är helt oberoende av – och därmed inte nödvändigtvis behöver korrespondera med – den tolkning som motsvarande begrepp ges på nationell nivå.²⁹⁵⁴ Denna autonoma tolkningsprincip, som delvis avviker från den i Wienkonventionen stipulerade, medför förstås att konventionens ordalydelse – förstådd från ett nationellt perspektiv – inte kan tillmätas någon större vikt vid dess uttolkning.²⁹⁵⁵ Som redan har framgått gäller detta bland annat begreppen ”civil rättighet/skyldighet” respektive ”brott”,²⁹⁵⁶ men också andra centrala begrepp som vi snart skall återkomma till (såsom ”anklagelse”/”charge”²⁹⁵⁷).²⁹⁵⁸

²⁹⁵⁰ *Soering v. The United Kingdom* (app. no. 14038/88) p. 87.

²⁹⁵¹ Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 65 fn. 5, Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 5, Matscher (1993) s. 65 f. och Goss (2014) s. 19. Denna teleologiska tolkningsprincip har av Greer beskrivits som ”[the] sheet anchor of the Convention’s principles of interpretation”. Se Greer (2006) s. 195 samt Stavros (1993) s. 343.

²⁹⁵² Jfr Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 5.

²⁹⁵³ van Dijk & van Hoof (1998) s. 73 f. Se även diskussionen om ”judicial activism” resp. ”judicial restraint” hos Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 74 f.

²⁹⁵⁴ van Dijk & van Hoof (1998) s. 77, Matscher (1993) s. 70 f, Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 69 och 242 ff., Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 16 och Danelius (2015) s. 55 samt 161 (ang. begreppet ”civil rättighet”) samt 174 ff. (ang. begreppet ”anklagelse om brott”). Jfr även Palm & Ericsson (2005) s. 57, som talar om en särskild ”konventionsbetydelse”.

²⁹⁵⁵ Jfr Mole & Harby (2006) s. 6 samt Cameron (SvJT 3/1995) s. 262.

²⁹⁵⁶ Se *Ringeisen v. Austria* (ang. ”civil”) samt *Engel and others v. The Netherlands* (ang. ”brott”).

²⁹⁵⁷ Se avsnitt 6.2.3 nedan.

²⁹⁵⁸ Emmerson et al. (2012) s. 100 f.

6.1.4.2 Principen om effektiv tolkning

Den kanske mest betydelsefulla tolkningsprincipen som Europadomstolen har utvecklat är den så kallade *effektivitetsprincipen*.²⁹⁵⁹ I åtskilliga domar har nämligen domstolen – med hänvisning till konventionens ändamål och syfte – slagit fast att Europakonventionen inte är avsedd att garantera rättigheter som är teoretiska eller illusoriska, utan rättigheter som är praktiska och effektiva.²⁹⁶⁰ Detta gäller, som vi kommer att se, särskilt artikel 6.²⁹⁶¹

6.1.4.3 Principen om extensiv tolkning

För att säkerställa rättigheternas effektivitet har Europadomstolen i många avgöranden tolkat Europakonventionen i allmänhet och artikel 6 i synnerhet tämligen *extensivt*,²⁹⁶² vilket – såvitt avser artikel 6 – likaså har motiverats med hänvisning till den särställning som rätten till en rättvis domstolsprövning intar i ett demokratiskt samhälle.²⁹⁶³

Att Europakonventionen skall tolkas extensivt har bland annat yttrat sig på så vis, att Europadomstolen från gång till annan har ålagt medlemsstaterna *positiva förpliktelser* – ibland mycket kostsamma sådana – trots att dylika förpliktelser inte följer av konventionstextens ordalydelse.²⁹⁶⁴ Denna extensiva tolkning medför att avgörande vikt inte kan fästas vid ordalydelsen i artikel 6. För att citera Mole och Harby bildar konventionstexten endast en utgångspunkt (eller, mer bildligt uttryckt, ”merely a skeleton”), medan artikelns fulla innehåll får utläsas ur Europadomstolens praxis (”which provides the necessary detail to understand the nature of the rights”).²⁹⁶⁵

²⁹⁵⁹ Jfr Emmerson et al. (2012) s. 83, som talar om ”Practical and Effective Interpretation”. Se även van Dijk & van Hoof (1998) s. 74 ff., Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 73 f., Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 15, Märsäter (2005) s. 86. samt Åhman, Karin, *Europadomstolens principer*, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer* (2012) s. 17–44 (s. 30 ff.).

²⁹⁶⁰ Se, utöver det redan citerade *Golder v. The United Kingdom* p. 35 och *Artico v. Italy* p. 33 exv. *Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany* (app. nos. 6210/73; 6877/75; 7132/75) p. 42, *Marckx v. Belgium* (app. no. 6833/74) p. 31, *Kamasinski v. Austria* (app. no. 9783/82) p. 65, *Matthews v. The United Kingdom* (app. no. 24833/94) p. 34 och *Podkolzina v. Latvia* (app. no. 46726/99) p. 35. Se även kritiken hos Goss (2014) s. 26 ff., enligt vilken ED:s praxis inte är konsekvent.

²⁹⁶¹ I *Airey v. Ireland* uttalade domstolen (p. 24) att konventionen ”is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. *This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial.*”

²⁹⁶² Eller mer precist hos Emmerson et al. (2012) s. 85: ”[R]ights are to be broadly and purposively constructed, whilst [provisions] establishing exceptions and limitations must be restrictively interpreted.”

²⁹⁶³ För att citera domstolen i *Delcourt v. Belgium* p. 25: ”In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6(1) would not correspond to the aim and purpose of that provision.” Se även *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* (app nos. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93) p. 58: ”Having regard to the place that the right to a fair administration of justice holds in a democratic society, any measures restricting the rights of the defence should be strictly necessary. If a less restrictive measure can suffice then that measure should be applied.”

²⁹⁶⁴ Jfr van Dijk & van Hoof (1998) s. 74, som anför att principen om extensiv tolkning ”has been relied on for holding that a Convention provision may contain positive obligations for the Parties *even where this does not appear immediately from the text of the provision*”. Detta kan med fördel illustreras m.h.t. nämnda *Airey v. Ireland*, som kommer att analyseras utförligt i avsnitt 6.3.1 nedan. Se även Danelius (2015) s. 58 f. och Palm & Ericsson (2005) s. 56, samt Emmerson et al. (2012) som skiljer mellan ”implied rights” (s. 101 f.) och ”positive obligations” (s. 104 ff.). Att få tillträde till domstol (*Golder*) kan hänföras till den första kategorin, medan rätten till rätts hjälp i civila mål (*Airey*) kan hänföras till den andra kategorin. Problematiken kring implicita rättigheter utvecklas av Goss (2014) s. 89 ff., som bl.a. nämner principen om processuell balans, samt rätten till försvarare under förundersökningen, som två exempel på sådana rättigheter.

²⁹⁶⁵ Jfr Mole & Harby (2006) s. 5 f.

6.1.4.4 Principen om evolutiv tolkning

Enligt Europadomstolen utgör Europakonventionen slutligen ”ett levande instrument”²⁹⁶⁶ som skall tolkas i ljuset av samhälls- och rättsutvecklingen i konventionsstaterna. Detta innebär att tolkningen av konventionens artiklar inte bara är autonom utan också evolutiv/dynamisk²⁹⁶⁷ och följaktligen kan förändras över tid.²⁹⁶⁸ Denna evolutiva tolkning innebär att domstolen, när den uttolkar konventionens innebörd, ”take[s] into account contemporary realities and attitudes, not the situation prevailing at the time of the drafting of the Convention”.²⁹⁶⁹ Detta reducerar förstås tolkningsvärdet hos konventionens förarbeten, som tillkom för drygt ett halvsekel sedan, högst avsevärt.²⁹⁷⁰

Mot bakgrund av dessa fyra tolkningsprinciper skall vi nu fördjupa oss närmare i konventionens artikel 6. Vi tar avstamp i brottmålen, eftersom rätten till biträde har fått starkast genomslag i denna måltyp, och återkommer därefter till de civila målen i avsnitt 6.3.

6.2 Rätt till biträde i brottmål

Med åsytan på brottmålen har Stavros förklarat att ”[t]he right to legal assistance is one the most important rights guaranteed under the fair trial clause”.²⁹⁷¹ Förvisso har åklagaren i de flesta länder en skyldighet att agera objektivt och sörja även för den misstänkta intressen, och därtill har domaren vanligtvis ett självständigt ansvar för domens ”materiella riktighet”, men:

”[I]n reality, prosecutors see it as their main duty to avoid unjustified acquittal of the guilty and the judge will largely depend in the evidence and arguments presented by the parties. The right of the suspect to defend with the assistance of counsel is designed to counter-balance the odds against him or her, but will often be a theoretical possibility because the accused is indigent and cannot pay for a lawyer. Here, legal assistance comes in ...”²⁹⁷²

²⁹⁶⁶ I *Tyrrer v. The United Kingdom* (app. no. 5856/72) framhöll ED (p. 31) att ”the Convention is a *living instrument* which ... must be interpreted in the *light of present-day conditions*”. Se här till Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 7.

²⁹⁶⁷ I litteraturen förekommer såväl termen ”evolutiv tolkning” som termen ”dynamisk tolkning” för att beskriva samma tolkningsprincip; se å ena sidan van Dijk & van Hoof (1998) s. 77, Matscher (1993) s. 63 och Rainey, Wicks & Ovey (2014) s. 73 (som alla talar om ”evolutive interpretation”), och å andra sidan Loucaides, Loukis G., *The European Convention on Human Rights – Collected Essays* (2007) s. 13 och Danelius (2015) s. 55 talar om ”a dynamic approach” resp. att konventionen ”bör tolkas dynamiskt”. Jag kommer i det följande att tala om denna tolkningsprincip såsom evolutiv; jfr Matscher (1993) s. 70 samt Mårsäter (2005) s. 80 fn. 72 och Palm & Ericsson (2005) s. 55.

²⁹⁶⁸ Danelius (2015) s. 55 och Mårsäter (2005) s. 81.

²⁹⁶⁹ van Dijk & van Hoof (1998) s. 77 f. Jfr Matscher (1993) s. 68: ”This means that the concepts used in the Convention are to be understood in the context of the democratic European society of today, and not in that of forty years ago when the Convention was drafted.” Se även Rainey, Wicks & Ovey (2014) 67 f. och Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 17.

²⁹⁷⁰ Jfr Emmerson et al. (2012) s. 99 och Goss (2014) s. 18 f.

²⁹⁷¹ Stavros (1993) s. 202.

²⁹⁷² Trechsel (2005) s. 270.

För brottmålen vidkommande finns det en uttrycklig rätt till försvarare fastslagen i artikel 6.3.c, som till sin utformning anknyter till ICCPR artikel 14,²⁹⁷³ med följande lydelse:

<i>Svensk lydelse:</i>	<i>Engelsk lydelse:</i>
”Var och en som blivit anklagad för brott har [rätt] att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar.”	”Everyone charged with a criminal offence has the [right] to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require.”

Artikel 6.3.c innefattar som synes tre distinkta rättigheter: (1) rätten att försvara sig *personligen*; (2) rätten att försvara sig genom ett *rättegångsbiträde* (det vill säga att anlita privat försvarare); samt (3) rätten att få en ett biträde bekostat av allmänna medel (det vill säga att förordnas offentlig försvarare). Dessa tre rättigheter binds – både i den svenska och engelska lydelsen av konventionstexten – samman genom konjunktionen ”eller”/”or”. I den franska språkversionen används dock konjunktionen ”och”/”et” mellan den andra och den tredje rättigheten, vilket är en betydelsefull skillnad.²⁹⁷⁴ I *Pakelli mot Tyskland* konstaterade Europadomstolen att det är den franska lydelsen som bäst uttrycker konventionens mening:

”Having regard to the object and purpose of this paragraph, which is designed to ensure effective protection of the rights of the defence, the French text here provides more reliable guidance ... Accordingly, a ‘person charged with a criminal offence’ who does not wish to defend himself in person must be able to have recourse to legal assistance of his own choosing; if he does not have sufficient means to pay for such assistance, he is entitled under the Convention to be given it free when the interests of justice so require.”²⁹⁷⁵

Av artikel 6.3.c följer således att den som är misstänkt för brott har rätt att försvara sig personligen *eller* genom (privat) anlita biträde (rätten till biträde som en frihet). Saknar den misstänkta egna medel har vederbörande *dessutom* rätt att få en offentlig

²⁹⁷³ Om bakgrunden till denna artikel och dess koppling till EKMR art. 6; se exv. Nowak, Manfred, *U.N. Convention on Civil and Political Rights – CCPR Commentary* (2005) s. 305 ff., särskilt s. 337 ff.

²⁹⁷⁴ Trechsel (2005) s. 243 f.

²⁹⁷⁵ *Pakelli v. Germany* (app. no. 8398/78) p. 31 och härtill Trechsel (2005) s. 244.

försvare förordnad utan kostnad, om ”rättvisans intresse” så fordrar.²⁹⁷⁶ De två första rättigheterna är som synes ovillkorliga och kommer inte att diskuteras närmare i det följande,²⁹⁷⁷ medan den senare är *villkorad av vad rättvisans intresse kräver*.²⁹⁷⁸ Detta förklaras av att artikel 6.3.c – liksom de svenska kostnadsreglerna – balanserar en rad olika och delvis motstridiga intressen:

”First, it is concerned with a most serious challenge which currently faces the majority of the legal systems of the State Parties. It involves, inter alia, the problem of the appropriate use of public funds in the administration of justice, the availability of which does not always keep pace with the ever increasing demands. Secondly, it relates to the most fundamental issue of equality before justice. [...] Art. 6.3.c must be regarded ... as a specific manifestation of the general principle in Art. 14, which guarantees the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention without discrimination on the basis of, inter alia, property. Where the assistance of a professional lawyer is instrumental for the enjoyment of a fair trial, all persons should enjoy as a matter of principle equal access to legal assistance.”²⁹⁷⁹

För att hantera denna intressekonflikt är artikel 6.3.c – återigen i likhet med de svenska kostnadsreglerna – försedd med ett behovsrekvisit: Ett biträde skall bara förordnas om rättvisans intresse så kräver. Låt oss därför ta avstamp i detta rekvisit.

²⁹⁷⁶ Av exv. *Croissant v. Germany* (app. no. 13611/88) p. 27-28 följer att ett *generellt biträdestvång* inte strider mot konventionen; det finns således ingen ”rätt” att föra sin egen talan. Inte heller strider det mot art. 6.3.c att en domstol *förordnar ett biträde mot den tilltalades vilja*. Det sistnämnda förhållandet illustreras också av *Correia de Matos v. Portugal* (app. no. 48188/99; inadmissible). I avgörandet hade Correia de Matos, som själv var advokat, åtalats för att ha förolämpat en domare under en förhandling, varvid domstolen förordnade en försvareare är klaganden mot hans vilja. ED konstaterade att det föll inom medlemsstaternas ”margin of appreciation” att avgöra huruvida en tilltalad skall tillåtas att försvara sig personligen eller om en försvareare skall förordnas mot personens vilja. Som en kuriositet kan nämnas att historien tycks ha upprepat sig drygt tio år senare; enligt en pressrelease från september 2016 kommer ED i Grand Chamber att pröva målet *Correia de Matos v. Portugal* (app. no. 56402/12), där omständigheterna är identiska med det tidigare avgörandet. Correia de Matos har således på nytt åtalats för att i sitt arbete som advokat ha förolämpat en domare under en förhandling. I brottmålsprocessen har också nationell domstol på nytt förordnat en försvareare mot Correia de Matos vilja, som på nytt har klagat till ED. Något avgörande har dock ännu inte kommit. Se slutligen det något udda avgörandet *Lagerblom v. Sweden* där en försvareare likaså förordnades mot den tilltalades vilja, vilket betraktades som förenligt med art. 6 (p. 53 i domen). *Croissant* och *Lagerblom* behandlas utförligare i avsnitt 6.2.6.1 nedan. Se även Emmerson et al. (2012) s. 430.

²⁹⁷⁷ Se dock exv. Trechsel (2005) s. 251 ff. om rätten att försvara sig personligen, resp. s. 266 ff. om rätten att försvara sig genom (privat) anlitat biträde.

²⁹⁷⁸ Som synes ställer art. 6.3.c egentligen upp två kriterier: För det första att den tilltalade *saknar tillräckliga medel* att själv bekosta en försvareare; för det andra att *rättvisans intresse kräver* en försvareare. Se härtill exv. *Pham Hoang v. France* (app. no. 13191/87) p. 39 och *Quaranta v. Switzerland* (app. no. 12744/87) p 27. I så måtto är RB ”generösare” i sin utformning, eftersom rätten till offentlig försvareare enligt RB 21 kap. 3 a § (till skillnad från rättshjälpen i allmänhet) inte är villkorad av låg inkomst. Denna ordning är dock helt i linje med FN:s *Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*, UN GA A/RES/67/187 (2013), som i detta avseende avviker från EKMR. Se exv. p. 21: ”Legal aid should also be provided, regardless of the person’s means, if the interests of justice so require, for example, given the urgency or complexity of the case or the severity of the potential penalty.” Eftersom offentlig försvareare enligt RB:s regler inte förordnas efter en inkomstprövning kommer jag inledningsvis att bortse från detta krav, och återkomma till frågan i avsnitt 6.2.7.4 nedan. Det är nämligen endast i förvaltningsmål som innefattar anklagelser om brott som frågan är aktuell, eftersom ”rätten till försvareare” i dessa mål tillgodoses genom RhjL.

²⁹⁷⁹ Stavros (1993) s. 207 f.

6.2.1 Rätt till biträde för att tillgodose ”rättvisans intresse” (art. 6.3.c)

Utgångspunkten i brottmål är, liksom i civila mål, att den enskilda parten har rätt till en *rättvis rättegång* enligt Europakonventionens artikel 6.²⁹⁸⁰ Vad som gör en brottmålsrättegång rättvis kommer dock till uttryck i de allmänna kraven i artikel 6.1, i oskuldspresumtionen i artikel 6.2, samt i de särskilda ”minimrättigheter” som finns fastslagna i artikel 6.3.²⁹⁸¹ Till oskuldspresumtionen återkommer jag senare. Vad gäller rättigheterna i artikel 6.3 skall dessa – enligt vad som framstår som den gängse tolkningen – betraktas som konkretiseringar/preciseringar (eller möjligen som icke uttömmande exemplifieringar) av det abstrakta konceptet ”rättvis rättegång”.²⁹⁸² Med Europadomstolens ord:

”The specific guarantees laid down in Article 6 § 3 *exemplify the notion of fair trial* in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases, but their intrinsic aim is always to ensure, or contribute to ensuring, the fairness of the criminal proceedings as a whole. The guarantees enshrined in Article 6 § 3 are therefore not an end in themselves, and they must accordingly be interpreted in the light of the function which they have in the overall context of the proceedings.”²⁹⁸³

Med andra ord finns det en betydande överlappning mellan artikel 6.1 och artikel 6.3.c; huruvida rättvisans intresse fordrar att en försvarare förordnas måste bedömas mot bakgrund av det övergripande kravet på en *rättvis rättegång*:

”The decisive question is whether the proceedings could still be regarded as ‘fair’ in the absence of counsel for the defence – after all, we are faced with one of the elements of fairness.”²⁹⁸⁴

²⁹⁸⁰ Jfr Stavros (1993) s. 42, som konstaterar att “[t]he right to a ‘fair hearing’, which is entrenched in Art. 6(1) should be seen therefore as the generic notion for the more specific guarantees of the provision, especially those of Art. 6(2) and (3)”. Se dock problematiseringen hos Goss (2014) s. 70 ff.

²⁹⁸¹ Jfr *Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany* p. 42, där ED gjorde följande klagörande: ”The Court notes that, for the purpose of ensuring a fair trial, paragraph 3 of Article 6 (art. 6-3) enumerates certain rights (‘minimum rights’/‘notamment’) accorded to the accused ...”. Även i *exv. Al-Khawaja & Tahery v. The United Kingdom* talar ED om ”minimum rights” (p. 34).

²⁹⁸² Se *exv. Sakmowskiy v. Russia* (app. no 21272/03) p. 94, *Gäffen v. Germany* (app. no. 01/06/2010) p. 169, *Sinichkin v. Russia* (app. no. 20508/03) p. 36, *Shulepov v. Russia* (app. no. 15435/03) p. 31 och *Vacher v. France* (app. no. 20368/92) p. 22, där domstolen förklarade att minimirättigheterna i art. 6.3 ”are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1”. Jfr även *Artico v. Italy* p. 32: ”Paragraph 3 of Article 6 (art. 6-3) contains an enumeration of specific applications of the general principle stated in paragraph 1 of the Article (art. 6-1). The various rights of which a non-exhaustive list appears in paragraph 3 reflect certain of the aspects of the notion of a fair trial in criminal proceedings.” Se här till Danelius (2015) s. 339 (som konstaterar att rättigheterna enligt art. 6.3 ”bör ses som särskilda element i den allmänna rätten till en ’rättvis rättegång’, som garanteras enligt artikel 6:1”) samt Clayton, Richard & Tomlison, Hugh, *Fair Trial Rights* (2001) s. 113 (som talar om ”minimum standards of fairness” resp. ”specific aspects of the right to fair trial”).

²⁹⁸³ *Mayzit v. Russia* (app. no. 63378/00) p. 77. Se även *Can v. Austria* (app. no. 9300/81) p. 48 (i Kommissionens rapport) och här till Stavros (1993) s. 42.

²⁹⁸⁴ Trechsel (2005) s. 272. Jfr *Quaranta v. Switzerland* p. 27: ”The Court points out that the right of an accused to be given, in certain circumstances, free legal assistance constitutes one aspect of the notion of a fair trial in criminal proceedings.” Se även *Artico v. Italy*, där domstolen uttalade (p. 32) att ”when compliance with paragraph 3 is being reviewed, its basic purpose must not be forgotten, nor must it be severed from its roots”.

Av stor betydelse i sammanhanget är att denna fråga skall bedömas mot bakgrund av *rättegången betraktad som en helhet*.²⁹⁸⁵ Med domstolens ord i *Pishchalnikov*:

”As the requirements of paragraph 3 of Article 6 are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by paragraph 1, the Court will examine the complaints *under both provisions taken together*. The Court further reiterates that the compliance with the requirements of fair trial must be examined in each case having regard to the *development of the proceedings as a whole* and not on the basis of the isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be ruled out that a specific factor *may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage* in the proceedings.”²⁹⁸⁶

Trechsel har kritiserat denna tendens hos domstolen att inte uttala sig specifikt kring rättigheterna i artikel 6.3, utan istället göra en sammantagen bedömning av artikel 6.1 och 6.3 i förening.²⁹⁸⁷ Jag är i viss mån benägen att instämma i denna kritik. När man studerar domstolens praxis medför nämligen den sammantagna bedömningen – i litteraturen omtalad som ”the proceedings as a whole-test” – att det är så gott som omöjligt att urskilja vilka omständigheter som domstolen tillmäter avgörande vikt, vilket i förlängningen gör det svårt att formulera riktlinjer.²⁹⁸⁸ Från ett rättssäkerhetsperspektiv har dock Europadomstolens ”holistiska” förhållningssätt till artikel 6 fördelen att det skydd som etableras genom en sammantagen bedömning av artikel 6 i sin helhet blir synnerligen starkt, vilket kommer att framgå i detta kapitel.

Med den reservation som ligger i det ovan sagda har Europadomstolen i sin praxis successivt preciserat två övergripande kriterier för bedömningen enligt artikel 6.3.c, närmare bestämt: (1) hur ingripande påföljd som kan ifrågakomma (givet brottets svårighetsgrad); samt (2) den tilltalades förmåga att själv sörja för sitt försvar (givet målets komplexitet).²⁹⁸⁹ Dessa kriterier har dock dessvärre inte tillämpats på något

²⁹⁸⁵ Jfr Goss (2014), som diskuterar tre olika synsätt på art. 6.1 och ”minimrättigheterna” i art. 6.2-3, under följande rubriker: ”Approach one: ”The Rights are Specific Aspects of Article 6(1), So the Focus Should be on Article 6(1)” (s. 73 ff.); ”Approach two: ”The Rights are Specific Aspects of Article 6(1), So the Focus Should be on Article 6(2) or (3)” (s. 77 ff.) samt ”Approach three: ”The Rights are Specific Aspects of Article 6(1), So Consider the Provisions Taken Together” (s. 79 ff.). Alla tre synsätt har stöd i ED:s praxis, vilket gör det svårt att systematisera avgörandena. Jfr dock exv. Jacot-Guillarmod, Oliver, *Rights Related to Good Administration of Justice (Article 6)*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) s. 381-404, som förklarar (s. 398) att art. 6.2-3 aldrig kan tillämpas separat från art. 6.1

²⁹⁸⁶ *Pishchalnikov v. Russia* p. 64.

²⁹⁸⁷ Se Trechsel (2005) s. 87: ”In my view, the problem is related to the Court’s reluctance to provide an exact meaning to the specific rights of the defence set out in Article 6 § 3. Rather than interpreting the specific guarantees so as to give them a more precise definition, the Court seems to prefer to leave Article 6 in a cloud of ambiguity. This is perhaps most noticeable in relation to the Court’s tendency not to examine whether a specific minimum guarantee has been respected or not, but to combine at the outset the specific guarantee with the general right to a fair trial and to deal with them together without proper distinction.” Denna tendens har också noterats av Danelius (2015) s. 339.

²⁹⁸⁸ Se den utförliga kritiken hos Goss (2014) s. 65 ff. och 124 ff.

²⁹⁸⁹ Bentley & Thomas (2009) s. 273. Se även Stavros (1993) s. 210 f. och Danelius, Hans, *Europadomstolens domar 1991-1993 – en rättsfallsöversikt* (SvJT 4/1994) s. 337-387 (s. 355). Jfr dock van Puyenbroeck, Laurens & Vermeulen, Gert, *Towards Minimum Procedural Guarantees for the Defence in Criminal Proceedings in the EU* (I.C.L.Q. 60/2011) s. 1017-1038 (s. 1028), som med hänsyn till *Quaranta v. Switzerland* anför att ED beaktar tre faktorer: ”The seriousness of the offence and the severity of the potential sentence; the complexity of the case; the social and personal situation of the defendant.” Trechsel (2005) s. 273 talar istället om fyra: ”the seriousness of the offence, the complexity of the case, equality of arms and the personal situation of the accused”.

vidare systematiskt vis, och bedömningen enligt det ena är därför svår att särskilja från bedömningen enligt det andra; vanligtvis hänvisar domstolen till båda, trots att den redan har konstaterat att det ena är uppfyllt.²⁹⁹⁰ Det sagda torde bäst kunna illustreras genom en närmare analys av ett antal avgöranden (vilka skall betraktas som exemplifierande).

6.2.1.1 Quaranta-kriterierna

I avgörandet *Quaranta mot Schweiz* formulerade Europadomstolen för första gången ett antal allmänna kriterier som enligt domstolen skall ligga till grund för bedömningen av vad rättvisans intresse fordrar enligt artikel 6.3.c ("Quaranta-kriterierna"). I det följande skall jag därför ta utgångspunkt i detta avgörande, för att sedan diskutera viss efterföljande praxis där kriterierna har förtydligats.²⁹⁹¹

Quaranta, som var född i Italien men uppvuxen i Schweiz, åtalades inför schweizisk domstol för narkotikabrott med fängelse i straffskalan. Den tilltalade hade också tidigare dömts till en frihetsberövande påföljd för viss lindrigare brottslighet, och den åtalade gärningen hade begåtts under en tid då Quaranta var villkorligt frigiven. Quaranta hemställde om att få en offentlig försvarare förordnad, men domstolen avslag hans begäran med motiveringen att "the needs of the defence [did] not require ... the provision of free legal assistance" samt att "the case [did] not give rise to particular difficulties". Huvudförhandlingen varade i 25 minuter och Quaranta företrädde sig själv inför domstolen. Samma dag meddelades dom, varvid Quaranta dömdes till sex månaders fängelse (och fick sin tidigare villkorligt medgivna frihet förverkad). Quaranta överklagade domen, framförallt på den grunden att han hade nekats en offentlig försvarare, men både den regionala kassationsdomstolen och den federala domstolen avslag överklagandet.

Inför Europadomstolen gjorde Quaranta gällande att hans rättigheter enligt artikel 6.3.c hade kränkts, eftersom rättvisans intresse fordrade att en försvarare skulle ha förordnats åt honom. Schweiz menade dock att det hade varit förenligt med konventionen att neka Quaranta en offentlig försvarare i det aktuella målet, eftersom *rätten till försvarare inte är absolut*. Både den regionala och federala lagstiftningen överensstämde med konventionen; enligt schweizisk rätt skulle en försvarare förordnas "when the needs of the defence so require" vilket till både form och innehåll motsvarade konventionstextens "when the interests of justice so require". Och i det aktuella målet hade Quaranta, enligt de nationella domstolarnas bedömning, saknat behov av försvarare; målet var enkelt till sin beskaffenhet, den tilltalade hade kunnat föra sin egen talan på ett fullgott sätt och han riskerade inte heller något längre fängelsestraff.

I sitt avgörande konstaterade Europadomstolen att en offentlig försvarare skulle förordnas enligt samma kriterier i konventionen som enligt schweizisk lag. "However",

²⁹⁹⁰ Jfr Trechsel (2005) s. 273.

²⁹⁹¹ Avgörandet föregicks av bl.a. *Pakelli v. Germany* och *Artico v. Italy*, där en antydan till allmänna kriterier kan skönjas. Omständigheterna i båda dessa mål var dock förhållandevis säregna och domstolens bedömningar följaktligen in casu-betonade.

fortsatte domstolen, ”the way in which the Swiss authorities appear to apply them may differ – and in the present case did differ – from the Court’s approach”.²⁹⁹² Det var alltså inte lagstiftningen som var problemet, utan tillämpningen vid den nationella domstolen. Härefter gjorde Europadomstolen följande principiella uttalande, beträffande det första kriteriet:

”In the first place, consideration should be given to the *seriousness of the offence* of which Mr. Quaranta was accused and the *severity of the sentence which he risked*. He was accused of use of and traffic in narcotics and was liable to ‘imprisonment or a fine’. According to the Government, there was nothing in the file to indicate that the Criminal Court was likely to impose a sentence exceeding eighteen months, the maximum for a suspended sentence. By sentencing the applicant to six months’ imprisonment, the court did not reach this limit, even if the sentence imposed in 1982 is taken into account. The Court notes however that this was no more than an estimation; the imposition of *a more severe sentence was not a legal impossibility*. Under section 19 para. 1 of the Federal Misuse of Drugs Act, in conjunction with Article 36 of the Swiss Criminal Code, the maximum sentence was three years’ imprisonment. In the present case, free legal assistance *should have been afforded by reason of the mere fact that so much was at stake*.²⁹⁹³

Vad gäller påföljdsriteriet fäste som synes Schweiz vikt vid den *faktiska* påföljd som den klagande sannolikt riskerade (”there was nothing in the file to indicate that the Criminal Court was likely to impose a sentence exceeding eighteen months”). Domstolen avfärdade dock detta resonemang som ingenting annat än en uppskattning, och fäste istället avseende vid den påföljd som *teoretiskt* hade kunnat ådömas den klagande (”a more severe sentence was not a legal impossibility”). Av intresse är vidare att domstolen därvid inte beaktade det för brottet föreskrivna minimistraffet (här böter), utan det för den samlade brottsligheten föreskrivna *maximistraffet* (här tre års fängelse, vilket var vad som ”stod på spel”).²⁹⁹⁴ Det sagda avviker från den ordning som kommer till uttryck i rättegångsbalken, där den ovillkorliga rätten till försvarare anknyter till brottets straffminimum.²⁹⁹⁵

Som framgått av citatet ovan var påföljdsriteriet uppfyllt med en sådan marginal, att en försvarare borde ha förordnats redan på den grunden. Domstolen valde dock att ändå uttala sig om det andra kriteriet, och anförde följande:

”An additional factor is *the complexity of the case*. The Court agrees with the Government that the case did not raise special difficulties as regards the establishment of the facts, which the applicant had moreover admitted immediately at his only examination by the investigating judge. However, the outcome of the trial was of considerable importance for the applicant since the alleged offence had occurred during the probationary period to which he was made subject in 1982. The Crimi-

²⁹⁹² *Quaranta v. Switzerland* p. 32.

²⁹⁹³ *Quaranta v. Switzerland* p. 33.

²⁹⁹⁴ Jfr. Trechsel (2005) s. 274.

²⁹⁹⁵ RB 21 kap. 3 a § 1 st.

nal Court therefore had both to rule on the possibility of activating the suspended sentence and to decide on a new sentence. The participation of a lawyer at the trial *would have created the best conditions for the accused's defence, in particular in view of the fact that a wide range of measures was available to the Court.* Such questions, which are complicated in themselves, were even more so for Mr. Quaranta *on account of his personal situation*: a young adult of foreign origin from an underprivileged background, he had no real occupational training and had a long criminal record. He had taken drugs since 1975, almost daily since 1983, and, at the material time, was living with his family on social security benefit. In the circumstances of the case, his appearance in person before the investigating judge, and then before the Criminal Court, without the assistance of a lawyer, *did not therefore enable him to present his case in an adequate manner.*²⁹⁹⁶

Att påföljdsvalet till följd av den tidigare villkorliga frigivningen var oklart (en rad möjligheter stod domstolen till buds) gjorde således målet *komplex*. Denna komplexitet ställde domstolen i relation till den tilltalades *personliga förhållanden* – ringa ålder, utländsk härkomst, bristfällig utbildning, missbruk, återfall i brott och så vidare – och fann därmed att den klagande inte hade kunnat föra sin talan på ett tillfredsställande sätt.²⁹⁹⁷ Eftersom domstolen inte närmare preciserade vilken inbördes vikt som skulle tillmätas dessa omständigheter är det dock svårt att relatera dem till vad som gäller enligt rättegångsbalken – samtliga omständigheter är i princip sådana att de kan beaktas också enligt svensk rätt.²⁹⁹⁸

Quaranta illustrerar att Europadomstolen prövar både lagstiftningens utformning och den nationella domstolens tillämpning av lagen. På ytan var schweizisk rätt förenlig med Europakonventionen, vilket inte hindrade domstolen från att konstatera ett brott mot konventionen på den grunden att tillämpningen av behovsrekvisitet var alltför restriktiv.²⁹⁹⁹ Avgörandet är såtillvida illustrativt för en allmän tendens i domstolens praxis – att *inte* utan vidare acceptera den behovsbedömning som nationella domstolar gör.³⁰⁰⁰

6.2.1.2 Benham och påföljdens allvar

I avgörandet *Benham mot Storbritannien* konstaterade Europadomstolen att Storbritannien brutit mot artikel 6.1 och 6.3.c i förening, genom att inte tillhandahålla en försvarare åt den tilltalade. Omständigheterna var i korthet följande:

²⁹⁹⁶ *Quaranta v. Switzerland* p. 34-36.

²⁹⁹⁷ Se även det tämligen anmärkningsvärda avgörandet *Biba v. Greece* (app. no. 33170/96) samt här till Mole & Harby (2006) s. 64.

²⁹⁹⁸ Jfr RB 21 kap. 3 a § 2 st.

²⁹⁹⁹ Jfr Stavros (1993) s. 212 f, som anför att "[t]he tendency towards activism was finally confirmed" genom *Quaranta*, på så sätt att domstolen "substituted to that assessment of the national authorities of their own and reached a diametrically opposed conclusion".

³⁰⁰⁰ Något förenklat kan man säga att konventionsorganen till en början tenderade att förlita sig på de nationella domstolarnas behovsbedömning, för att med tiden sätta sig över denna; se Stavros (1993) s. 211 ff. och Trechsel (2005) s. 273, som anför att kommissionen i äldre praxis överlät behovsbedömningen åt nationella domstolar, men att "there is no trace of this approach in later case-law of the court".

Benham hade underlåtit att betala en viss kommunal skatt motsvarande 325 pund. Om en sådan skatt inte kunde drivas in genom utmätning i den skattskyldigas egendom ägde den behöriga myndigheten begära hos magistratsdomstol att den skattskyldiga istället skulle dömas till fängelse. Detta förutsatte dock att underlåtenheten att betala skatten varit antingen uppsåtlig eller oaktsam. Benham saknade utmättningsbara tillgångar och blev därför instämnd till magistratsdomstolen, som konstaterade att underlåtenheten att betala skatten varit culpös. Benham dömdes därför till 30 dagars fängelse, såvida han inte fullgjorde sin skattskyldighet. Enligt brittisk rätt kunde Benham inte få en offentlig försvarare förordnad inför magistratsdomstolen i den aktuella måltypen. Däremot omfattades han av ”the Green Form” som i princip gav hon rätt till två timmars förprocessuell rådgivning av en advokat. Därtill förelåg en skönsmässig möjlighet för magistratsdomstolen att förordna en advokat enligt ett särskilt regelverk kallat ”Assistance by Way of Representation” (”ABWOR”). Benham klagade inför ED och anförde att rättvisans intresse krävde att en försvarare skulle ha förordnats åt honom. Den rätt till biträde som följde av the Green Form/ABWOR var, enligt Benhams uppfattning, inte tillräckliga för att leva upp till kraven i konventionen. Storbritannien var av motsatt uppfattning, och menade att processen var enkel till sin beskaffenhet och att Benhams rätt till biträde därför var väl tillgodosedd genom de två aktuella regelverken.

I sin dom konstaterade Europadomstolen att frågan i målet var om Benham – med hänvisning till rättvisans intresse – hade rätt till biträde, vilket fick bedömas mot bakgrund av Quaranta-kriterierna (”the severity of the penalty at stake and the complexity of the case”).³⁰⁰¹ Avgörandet är dock framförallt av intresse i relation till det första kriteriet. Domstolen anförde nämligen att ”where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice *in principle* call for legal representation”, och vidare:

”In this case, Mr. Benham faced a maximum term of three months’ imprisonment. Furthermore, the law which the magistrates had to apply *was not straightforward*. The test for culpable negligence in particular was difficult to understand and to operate, as was evidenced by the fact that, in the judgment of the Divisional Court, the magistrates’ finding could not be sustained on the evidence before them.”³⁰⁰²

Beträffande påföljdens allvar formulerade alltså domstolen – dessutom i dess Grand Chamber – en princip: Om en frihetsberövande påföljd ”står på spel” fordrar rättvisans intresse *i princip* att den tilltalade har tillgång till en försvarare. Att fängelse sålunda kan följa på brottet, det vill säga åtminstone finns upptaget såsom *maximistraff* i straffskalan, omfattar naturligtvis väsentligt fler brottstyper än dem för vilka ett *straffminimum* på sex månader är stadgat. I det förevarande målet ”riskerade” den tilltalade maximalt tre månaders i fängelse, han dömdes till 30 dagar och frigavs mot borgen efter 11 dagar. Att han under sådana omständigheter inte förordnades

³⁰⁰¹ *Benham v. The United Kingdom* (app. no. 19380/92) p. 60.

³⁰⁰² *Benham v. The United Kingdom* p. 61-62.

en offentlig försvarare stred (även med bekantande av målets komplexitet) mot Europakonventionen.³⁰⁰³

Visserligen kan en tilltalad i Sverige – efter en fakultativ behovsbedömning – förordnas en offentlig försvarare också i ett brottmål med ett föreskrivet straffmaximum på tre månaders fängelse. Enligt ABWOR-reglerna kunde dock magistratdomstolen likaså – efter en skönsmässig bedömning – ha förordnat en försvarare åt Benham. Detta var dock inte tillräckligt, eftersom Benham inte hade en *rätt till biträde*:

”The Court has regard to the fact that there were two types of legal-aid provision available to Mr. Benham. Under the Green Form scheme he was entitled to up to two hours’ advice and assistance from a solicitor prior to the hearing, but the scheme did not cover legal representation in court. Under the ABWOR scheme, the magistrates could at their discretion have appointed a solicitor to represent him, if one had happened to be in court. However, Mr. Benham was not entitled *as of right* to be represented.”³⁰⁰⁴

Förvisso tycks de brittiska regelverken ha innehållit ett större utrymme för skön än vad rättegångsbalken medger, men det är ändå ett intressant konstaterande att domstolen fäste vikt vid *rätten* att få en försvarare förordnad, och på denna grund underkände den skönsmässiga möjligheten som stod till buds enligt brittisk rätt.³⁰⁰⁵

Vad som i viss mån grumlar den princip som Europadomstolen formulerade i *Benham* är att domstolen inte lät påföljden i målet – att det för det aktuella brottet var föreskrivet fängelse i straffskalan – *ensamt* grunda en rätt till försvarare.³⁰⁰⁶ Förvisso uttalade domstolen att när den tilltalade riskerar att berövas friheten så fordrar rättvisans intresse ”i princip” att den tilltalade hade en ”rätt” till försvarare, men domstolen fäste också vikt vid målets komplexitet; enligt domstolen var målet inte ”straightforward”. Huruvida det senare konstaterandet var nödvändigt för att komma till slutsatsen (*ratio decidendi*) eller sagt obiter dictum går inte att säga.

Slutligen ett viktigt klargörande: Det nu sagda skall inte tolkas motsatsvis – som att en offentlig försvarare *inte* behöver förordnas när en misstänkt/tilltalad *inte* riskerar en frihetsberövande påföljd. I *Zdravko Stanev mot Bulgarien* hade den tilltalade visserligen åtalats för ett brott med fängelse i straffskalan, men endast dömts till böter (motsvarande 250 euro) samt förpliktigats att utge skadestånd (motsvarande 8 000 euro). I samband med överklagan begärde Zdravko Stanev att en offentlig

³⁰⁰³ *Benham v. The United Kingdom* p. 64: ”In view of the severity of the penalty risked by Mr. Benham and the complexity of the applicable law, the Court considers that the interests of justice demanded that, in order to receive a fair hearing, Mr. Benham ought to have benefited from free legal representation during the proceedings before the magistrates.” Se härtill Danelius, Hans, *Nyheter från Europadomstolen – andra kvartalet 1996* (SvJT 7/1996) s. 579-588 (s. 584).

³⁰⁰⁴ *Benham v. The United Kingdom* p. 63.

³⁰⁰⁵ Se härtill Bentley & Thomas (2009) s. 274: ”[T]he Court further held that, if the ... interest-of-justice test was satisfied, the defendant had been entitled to representation *as of right*, and as such the existing provision, relying on the discretion of the magistrates, was inadequate.”

³⁰⁰⁶ Jfr dock van Puyenbroeck & Vermeulen (I.C.L.Q. 60/2011) s. 1029 som – enligt min mening alltför kategoriskt – anför: ”The right to free legal aid exists whenever the deprivation of liberty is at stake, narrowing down the definition of ‘interests of justice.’” Samma uppfattning återfinns hos Bentley & Thomas (2009) s. 273: ”Imprisonment is the severest of penalties, and the European Court has made it clear that if deprivation of liberty is involved, the interest of justice will call for the grant of legal aid.”

försvarare skulle förordnas åt honom. Eftersom åklagaren inte hade överklagat domen ”riskerade” han dock inte en strängare påföljd – och därmed inte att frihetsberövas – vilket Bulgarien anförde som ett argument mot att förordna en försvarare. Europadomstolen avfärdade dock detta argument:

”The Court has held that where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation and if the defendant cannot pay for it himself, public funds must be available as of right; however, that is *not to say that public funds do not have to be available where deprivation of liberty is not at stake.*”³⁰⁰⁷

I det aktuella målet konstaterade domstolen att det stred mot artikel 6 att Zdravko Stanev hade tvingats föra sin egen talan i överklagandeprocessen, vilket motiverades med hänvisning till att han i böter och skadestånd riskerade att behöva betala omkring 100 000 kronor (8 250 euro), ”which was a *significant amount* in view of his financial situation”,³⁰⁰⁸ I likhet med *Benham* motiverade dock domstolen i *Zdravko Stanev* sin ståndpunkt även med hänvisning till målets komplexitet (framförallt att brottmålet innehöll ett civilrättsligt skadeståndsanspråk).³⁰⁰⁹ Vilken självständig betydelse det hade att en förhållandevis stor summa pengar ”stod på spel” går därför inte att säga.

6.2.1.3 Pham Hoang och målets komplexitet

Avgörandet *Pham Hoang* avsåg avsaknad av försvarare inför franska kassationsdomstolen. Omständigheterna var i korthet följande:

Den klagade åtalades vid fransk domstol för att ha smuglat narkotika. Han frikändes av underinstansen men fälldes av överinstansen, och ålades att betala avsevärda böter. Hoang hemställde – genom sin advokat – om att en försvarare skulle förordnas åt honom för att överklaga domen till kassationsdomstolen, eftersom han inte längre hade möjlighet att stå kostnaderna för sitt försvar. Hoang fick dock avslag på sin ansökan, med motiveringen att sådan hjälp endast beviljades i exceptionella fall. Hoang överklagade domen, men hans överklagan avvisades.

Europadomstolen konstaterade att det stred mot Europakonventionens artikel 6.3.c att den klagande inte hade beviljats rättshjälp inför kassationsdomstolen; därför att Pham Hoang saknade

”... the *legal training* essential to enable him to present and develop the appropriate arguments on such complex issues himself. Only an experienced counsel could have undertaken this, for example by trying to persuade the Court of Cassation to depart from its case-law in the field under consideration. The ’interests of justice’ accordingly

³⁰⁰⁷ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* (app. no. 32238/04) p. 38. Se även *Barsom & Varli v. Sweden* (app. nos. 40766/06; 40831/06) som diskuteras i avsnitt 6.2.7.4 nedan.

³⁰⁰⁸ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 39.

³⁰⁰⁹ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 40.

required a lawyer to be officially assigned to the case. Since he was unable to secure this, the applicant was the victim of a breach of [Article 6 § 3.c].”³⁰¹⁰

Pham Hoang är av intresse därför att påföljdsfrågan inte alls upptogs till diskussion. Följaktligen grundade målets komplexitet *i sig* en rätt till försvarare. Värt att notera är också att prövningen inför kassationsdomstolen endast avsåg rättsfrågor, vilka den klagande – som saknade juridisk skolning – inte hade kunnat angripa på ett adekvat sätt. Av detta kan vi dra slutsatsen att principen *jura novit curia* inte ”ersätter” behovet av biträde.

Ribban för att ett mål skall anses komplext förefaller inte vara särskilt hög; i *Benham* uttalade domstolen endast att prövningen av vad som utgjorde culpös underlåtenhet att betala den aktuella skatten var ”svår att förstå”, vilket bekräftades av att överinstansen sedermera ändrade underinstansens dom.³⁰¹¹ Denna tolkning – att i princip alla mål som överhuvudtaget reser en rättsfråga betraktas som komplexa för en lekman – finner stöd i litteraturen:

”Whenever legal questions of *some difficulty* are at issue, the defendant will normally not be able to defend him- or herself in person. It is not surprising, therefore, that in most of the cases it dealt with, the Court also referred to the complexity of the case, even if a case may not have been particularly complex.”³⁰¹²

För att motivera ovanstående påstående hänvisar Trechsel till avgörandena *Boner* respektive *Maxwell* – båda mot Storbritannien – som avsåg rätten till offentlig försvarare i samband med överklagande. I dessa avgöranden anförde Europadomstolen följande:

³⁰¹⁰ *Pham Hoang v. France* p. 40-41 och här till Danelius (SvJT 4/1994) s. 356.

³⁰¹¹ Som en följd av *Benham* ändrade Storbritannien sin rättshjälpslagstiftning så att ”any person whose financial resources are such as to make him eligible is entitled to assistance by way of representation in proceedings before a magistrates’ court in which *he is at risk of a term of imprisonment* as a result of his failure to pay any sum which he has been ordered to pay”. Innan denna ändring trädde i kraft hann dock Storbritannien – på i princip identiska grunder – dömas för brott mot artikel 6.1 och 6.3.c i en rad förenade mål, refererade som *Perks and Others v. The United Kingdom* (app. nos. 25277/94; 25279/94; 25280/94; 25282/94; 25285/94; 28048/95; 28192/95; 28456/95). Se här till Danelius, Hans, *Europadomstolens domar — fjärde kvartalet 1999* (SvJT 1/2000) s. 75-96 (s. 75 f.).

³⁰¹² Trechsel (2005) s. 275.

”The legal issue in this case *may not have been particularly complex*. Nevertheless, to attack in appeal proceedings a judge’s exercise of discretion in the course of a trial requires a certain legal skill and experience. That Mr. Boner was able to understand the grounds for his appeal and that counsel was not prepared to represent him does not alter the fact that without the services of a legal practitioner he was unable competently to address the court on this legal issue and thus to defend himself effectively.”³⁰¹³

”The legal issues in this case *may not have been particularly complex*. Nevertheless, that Mr. Maxwell had himself formulated the grounds for his appeal and that counsel was not prepared to represent him does not alter the fact that without the services of a legal practitioner he was unable competently to address the court on these legal issues and thus to defend himself effectively.”³⁰¹⁴

Målen var alltså *inte särskilt komplexa* men ändå *tillräckligt komplexa* för att den tilltalade inte skulle kunna företräda sig själv på ett effektivt sätt.³⁰¹⁵ I båda målen tillade dock domstolen att den tilltalade dessutom riskerade en ingripande påföljd,³⁰¹⁶ vilket illustrerar att de två kriterierna är svåra att särskilja. Ett bättre exempel på de låga kraven är därför ovan nämnda *Zdravko Stanev*, där den tilltalade inte riskerade en frihetsberövande påföljd, utan på sin höjd att behöva utge omkring 100 000 kr i böter/skadestånd. I detta mål invände Bulgarien – utöver att någon frihetsberövande påföljd inte stod på spel enligt ovan – att den klagande var både välutbildad och vid god hälsa och därför saknade behov av försvarare. Att den klagande var universitetsutbildad fäste dock Europadomstolen liten vikt vid, eftersom han *inte var juridiskt utbildad*:

” [A]lthough it is not in dispute that the applicant had a university degree, there is no suggestion that he had *any legal training*, and while the proceedings were *not of the highest level of complexity*, the relevant issues included the rules on admissibility of evidence, the rules of procedure, and the meaning of intent.”³⁰¹⁷

Mot denna bakgrund – och bland annat med beaktande att målet innefattade ett skadeståndsanspråk – menade domstolen att

”... a qualified lawyer would undoubtedly have been in a position to plead the case with *greater clarity* and to counter *more effectively* the arguments raised by the prosecution. The fact that the applicant, as an educated man, might have been able to understand the proceedings does not alter the fact that without the services of a legal practitioner he was almost certainly unable to defend himself effectively.”³⁰¹⁸

³⁰¹³ Boner v. The United Kingdom (*app. no. 18711/91*) p. 41.

³⁰¹⁴ Maxwell v. The United Kingdom (*app. no. 18949/91*) p. 38.

³⁰¹⁵ Se även Emmerson et al. (2012) s. 432.

³⁰¹⁶ I *Boner* hade klaganden dömts till åtta års fängelse och i *Maxwell* hade den klagande dömts till fem års fängelse. I båda målen konstaterade därför domstolen (p. 41 i *Boner* resp. p. 38 i *Maxwell*) att ”the issue at stake was an extremely important one”.

³⁰¹⁷ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 40.

³⁰¹⁸ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 40.

Att den enskilda saknade juridisk utbildning, och att ett biträde med större tydlighet/effektivitet hade kunnat argumentera/bemöta motargumenten i målet, ansågs således tillräckligt för att grunda en rätt till biträde, och detta trots att Zdravko Stanev var utbildad och därför hade kunnat förstå processen ("been able to understand the proceedings"), som inte betraktades som särskilt komplicerad ("not of the highest level of complexity").

6.2.2 Rätt till biträde och kravet på "rättvis rättegång" (art. 6.1-6.3)

Sammanfattningsvis har alla de avgöranden som diskuterats i föregående avsett en mer eller mindre "ren" tillämpning av rekvisitet "rättsvisans intresse" i artikel 6.3.c. Som framgått kan detta rekvisit brytas ned i två kriterier – de så kallade Quaranta-kriterierna: (1) hur ingripande påföljd som kan ifrågakomma (givet brottets svårighetsgrad); samt (2) den tilltalades förmåga att själv sörja för sitt försvar (givet målets komplexitet). Dessa kriterier framstår som alternativa snarare än kumulativa. Följaktligen konstaterade domstolen i *Benham*, å ena sidan, att "where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation".³⁰¹⁹ I *Pham Hoang* fäste domstolen, å andra sidan, inget direkt avseende vid påföljden, utan betonade istället att den klagande saknade "training essential to enable him to present and develop the appropriate arguments". Vanligtvis gör domstolen dock en sammantagen bedömning av båda dessa kriterier, vilket illustreras av övriga ovan diskuterade avgöranden – framförallt *Quaranta*, men också *Boner* och *Maxwell*.³⁰²⁰ Detta förhållande medför att de två kriterierna i regel är svåra att abstrahera.³⁰²¹

Saken kompliceras dock ytterligare av att domstolen endast undantagsvis gör en renodlad tillämpning av artikel 6.3.c – det vanliga är en sammantagen bedömning enligt artikel 6.1 och 6.3.c i förening. I avgörandet *R.D. mot Polen* uttryckte domstolen detta förhållande enligt följande:

"In previous cases before it, the Court has set out the applicable criteria. It has, for instance, held that the nature of the charges against the applicant, the need to develop appropriate arguments on complicated legal issues or the complexity of the cassation procedure may, from the point of view of the interests of justice, necessitate that he be granted free legal assistance. There is, however, a primary, indispensable requirement of the 'interests of justice' that must be satisfied in each case. That is the requirement of a *fair procedure before courts*, which, among other things, imposes on the State authorities an obligation to offer an accused a realistic

³⁰¹⁹ Se även exv. *Sinichkin v. Russia* p. 34, där ED likaså endast fäste avseende vid påföljden: "It is also of crucial importance for the fairness of the criminal justice system that the accused be adequately defended, both at first instance and on appeal. As regards, in particular, the need for an applicant to be provided with legal-aid counsel on appeal, the Court has already held that the situation *in a case involving a heavy penalty* where an appellant was left to present his own defence unassisted ... was not in conformity with the requirements of Article 6."

³⁰²⁰ Se även exv. *Shilbergs v. Russia* (app. no. 20075/03) p. 122.

³⁰²¹ Trechsel (2005) s. 273.

chance to defend himself throughout the entire trial. In [this context] that means that the authorities must give an accused the opportunity of putting his case in the ... court in a concrete and effective way.”³⁰²²

Som Europadomstolen vid upprepade tillfällen har konstaterat skall alltså kraven enligt artikel 6.3 endast betraktas som ”particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by paragraph 1 of that Article”,³⁰²³ och när dessa två artiklar kopplas samman uppstår intressanta saker.³⁰²⁴ Rätten till en rättvis rättegång är nämligen sammansatt av ett antal olika principer som var för sig, och särskilt i förening, kan ge upphov till en rätt till biträde. I det följande skall några utav dessa principer studeras närmare. Eftersom vi nu inte bara laborerar med två kriterier utan snarare ett flertal delvis överlappande principer, är framställningen dessvärre inte helt stringent – helt enkelt därför att Europadomstolens praxis inte är särskilt stringent. Kanske kan man istället se den följande diskussionen kring rätten till biträde som en snöboll som jag nu låter rulla nedför en snöklädd backe, och som kommer att ackumulera mer och mer volym om den får rulla några varv.

6.2.2.1 Kontradiktoriskt förfarande, effektivt försvar och processuell balans

Intimt förbunden med den rättvisa rättegången är den kontradiktoriska processformen, varur principen om processuell balans/likställdhetsprincipen i sin tur brukar härledas.³⁰²⁵ Mycket förenklat innebär dessa principer i förening att det i processen skall finnas två motstående parter som driver målet mot sitt avgörande, och att processordningen inte får gynna/missgynna den ena. I brottmål (och förvaltningsmål) måste dock det sagda förses med betydande reservationer.

För det första verkar principerna endast till förmån för den enskilda,³⁰²⁶ som således *inte får behandlas sämre* än det allmänna.³⁰²⁷ För det andra kan det aldrig handla om att göra parterna balanserade/likställda i egentlig mening, eftersom åklagaren inte bara har betydande ekonomiska resurser utan också delar av statens våldsmonopol till sitt förfogande (och därmed en hel arsenal av tvångsmedel att tillgå).³⁰²⁸ Vad det handlar om är snarare att på olika sätt kompensera denna obalans,³⁰²⁹ så till den grad att den tilltalade ges reella/realistiska möjligheter att försvara sig mot anklagelserna,

³⁰²² *R.D. v. Poland* (app. nos. 29692/96; 34612/97) p. 48–49.

³⁰²³ *Omelchenko v. Ukraine* (app. no. 34592/06) p. 45. Se även de i fn. 2982–2983 nämnda avgörandena, samt vidare exv. *Van Geyseghem v. Belgium* (app. no. 26103/95) p. 27.

³⁰²⁴ Jfr Nowak (2003) s. 77 som konstaterar att ”de olika punkterna tack vare Europadomstolens praxis smält samman till en”.

³⁰²⁵ Se exv. prop. 2009/10:80 s. 160 (”Av grundläggande betydelse är vidare att förfarandet är kontradiktoriskt och att parterna är likställda i processen”) och SOU 2008:125 s. 422 (”Av fundamental betydelse är vidare att förfarandet är kontradiktoriskt – dvs. att två parter står mot varandra – och att parterna är likställda i processen”).

³⁰²⁶ Jfr Robberstad (1999) s. 153, som talar om en ”enveis ikke-diskrimineringsregel”.

³⁰²⁷ Jfr *Delcourt v. Belgium*, där ED (p. 29) talar om ”full equality of treatment”. Se även art. 6.3.d, enligt vilken den tilltalade har rätt att själv kalla och förhöra vittnen ”under samma förhållanden” som åklagaren.

³⁰²⁸ Jfr Robberstad (1999) s. 154.

³⁰²⁹ I denna riktning verkar exv. principen om *in dubio pro reo*, åklagarens bevisbörda, liksom ett högt beviskrav.

eller annorlunda uttryckt, tillförsäkras ett ”effektivt försvar”.³⁰³⁰ I *Gregačević mot Kroatien* förklarade således Europadomstolen att den tilltalade måste ges möjlighet att ordna ”his defence in an appropriate way and without restriction as to the ability to put all relevant defence arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings”.³⁰³¹ Det sagda svarar väl mot hur Europadomstolen tidigare har resonerat i mål som avser tvångsvård, där styrkeförhållandena mellan parterna är jämförbara. I *Winterwerp mot Nederländerna* anförde exempelvis kommissionen, att ”an absolute minimum for a judicial procedure is the right of the individual concerned to present his own case and to challenge the medical and social evidence adduced in support of his detention”.³⁰³²

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att det föreligger betydande överlappning mellan kravet på rättvis rättegång i artikel 6.1 och de särskilda rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6.3. Klart är dock att var och en skall garanteras ett effektivt försvar/processuell balans, och som kommer att framgå i detta avsnitt anses en förutsättning härför många gånger vara att den tilltalade får tillgång till en (av staten finansierad)

³⁰³⁰ Se art. 6.3.b, som stadgar att den tilltalade skall få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar, och härtill Danelius (2015) s. 343, som kopplar samman art. 6.3.b och 6.3.c enligt följande: ”I punkt b) i artikel 6:3 föreskrivs att den anklagade skall åtnjuta tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar. För att detta skall vara möjligt är det ofta nödvändigt att den tilltalade bistås av advokat eller annan juridiskt kunnig person. Bestämmelsen bör därför, såvitt avser sådant bistånd, läsas tillsammans med punk c) i artikel 6:3”.

Hur kravet på ”tillräcklig tid” förhåller sig till brottmålstaxans tillämpning låter jag vara osagt. Är det ”tillräckligt” att en offentlig försvarare får en timma och 50 minuter att förbereda sig i ett mål där huvudförhandlingen tar en timma? Se fn. 2605 för beräkningen.

³⁰³¹ *Gregačević v. Croatia* (app. no. 58331/09) p. 51.

³⁰³² *Winterwerp v. The Netherlands* (app. 6301/73) p. 58. ED instämde i Kommissionens uppfattning (p. 60). Målet avsåg art. 5.4, som enligt ED:s praxis inte innefattar lika höga rättssäkerhetskrav som art. 6. Detta till trots anses även denna artikel innefatta en rätt till biträde. I *Winterwerp* anförde således ED följande (p. 60): ”The judicial proceedings referred to in Article 5 para. 4 (art. 5-4) need not ... always be attended by the same guarantees as those required under Article 6 para. 1 (art. 6-1) for civil or criminal litigation. Nonetheless, it is essential that the person concerned should have access to a court and the opportunity to be heard, either in person or, where necessary, through some form of representation, failing which he will not have been afforded the fundamental guarantees of procedure applied in matters of deprivation of liberty”. I avgörandet *Megyeri v. Germany* (app. no. 13770/88) fann också ED att Tyskland brutit mot art. 5.4 genom att inte förse den klagande med biträde (trots att han inte själv hade begärt ett biträde). I likhet med *Winterwerp* konstaterade domstolen, som utgångspunkt, att art. 5.4 visserligen inte innefattar lika höga rättssäkerhetskrav som art. 6. ED förklarade dock att ett antal ”principer” hade utveckats i domstolens samlade praxis, däribland (1) att en person som är föremål för tvångsvård pga. psykisk ohälsa som stark huvudregel (”unless there are special circumstances”) skall förses med juridiskt biträde ”in subsequent proceedings relating to the continuation, suspension or termination of his detention” (p. 23); samt (2) att det inte kan krävas av den enskilda att denna själv skall ta initiativ till att sådant biträde förordnas (p. 22). Att biträde inte hade förordnats ex officio åt den klagande stred således mot art. 5.4. För att motivera dessa slut fäste domstolen vikt vid två omständigheter (p. 23): ”The importance of what is at stake for him – personal liberty – taken together with the very nature of his affliction – diminished mental capacity – compel this conclusion.” Dessa två omständigheter ansluter nära till Quaranta-kriterierna. Se även *Bouamar v. Belgium* (app. no. 9106/80) p. 60, där ED konstaterade att ”[t]he mere fact that Mr. Bouamar – who was very young at the time – appeared in person before the court did not, in the circumstances of the case, afford him the necessary safeguards”. Med detta sagt kommer jag inte att fördjupa diskussionen ytterligare kring art. 5.4, dels eftersom enskilda har rätt till biträde vid mål om tvångsvård i Sverige, dels eftersom flertalet mål som omfattas av art. 5 betraktas som civila och därmed också omfattas av art. 6, vilket betyder att det sällan blir aktuellt att tillämpa den lägre standard som följer av art. 5.4.

försvarare.³⁰³³ I *Lagerblom mot Sverige* gjorde Europadomstolen följande allmänna uttalande:

”[R]ead as a whole, Article 6 of the Convention guarantees the right of an accused to participate effectively in a criminal trial. In general this includes not only the right to be present, *but also the right to receive legal assistance*, if necessary, and to follow the proceedings effectively. Such rights are implicit in the very notion of an adversarial procedure and can also be derived from the guarantees contained in sub-paragraphs (c) and (e) of Article 6 § 3.”³⁰³⁴

Mot denna bakgrund skall jag nu fördjupa diskussionen något kring principen om processuell balans (”Equality of Arms”), som är den kanske mest centrala princip som kan härledas ur artikel 6.³⁰³⁵ Att den enskilda tillförsäkras ett effektivt försvar är nämligen inte tillräckligt; den kontradiktoriska processformen utgår ifrån två parter, och därför måste bedömningen också relateras till motparten. Hos Safferling hittar vi följande beskrivning, som utgör ett lämpligt avstamp för diskussionen:

”The notion of equality of arms describes a general principle of procedural law. If a trial is envisaged as a battle between two parties, fairness dictates that the participants are on equal footing regarding their means to present and support their respective cases. This is a fundamental principle the application of which is of particular importance in criminal trials, due to the structural inequalities between the prosecuting authorities on the one hand and the defendant on the other. [...] Historically, the term is rooted in the common law, i.e. the adversarial tradition, which views the criminal trial as a combat between two opposing parties. The continental-European idea of the criminal trial, which is inquisitorial in nature, does not rely on the case presentation of adversary parties, but on the authority and skills of the investigating judges. In such a context, the notion of equality of arms does not bear the same importance as it does in adversarial systems. Nonetheless, the modern continental criminal trial takes heed of the principle of equality of arms. Combining the adversarial and the inquisitorial approaches to the criminal trial, one might define the principle as the necessity that a fair balance between the powers and rights of each

³⁰³³ Se exv. Sayers, Debbie, *Protecting Fair Trial Rights in Criminal Cases in the European Union: Where does the Roadmap take Us?* (Hum. Rts L. Rev. 14/2014) s. 733-760, som talar ”the effective conduct of the defence”, ”equality of arms” samt ”the right to an adversarial trial” (s. 733 ff.), för att därefter konstatera att rätten till biträde ”can be viewed as a ‘gateway’ right: it helps make all other rights real and effective” (s. 748). Se även Lindkvist (SvSkT 6-7/2011b) s. 539 som likaså kopplar principen om ”parternas jämlikhet i processen” till frågan om ersättning för ombudskostnader: ”Om den ena parten ... har begränsade förutsättningar att erhålla ersättning för rättegångs-/ombudskostnader medför detta en ojämlikhet i parternas ställning i processen.”

³⁰³⁴ *Lagerblom v. Sweden* p. 49. Se även exv. *Galstyan v. Armenia* (app. no. 26986/03) p. 89: ”The Court further recalls that the right of an accused to participate effectively in a criminal trial includes, in general, not only the right to be present, but also the right to receive legal assistance, if necessary.”

³⁰³⁵ Enligt Nowak (2003) s. 76 är detta den ”viktigaste” principen som ligger till grund för rätten till en rättvis rättegång. Principen har många olika benämningar; ”Equality of Arms” översätts ibland på svenska/norska som vapenlikhet/väpenlikhet, motsvarande tyskans om ”Waffengleichheit” och franskans ”égalité des armes”. Jfr även Lindkvist (SvSkT 6-7/2011b) s. 540, som talar om ”parternas jämlikhet”. Jag kommer i det följande att tala om ”processuell balans”, vilket anknyter till engelskans ”Fair Balance” (som också förekommer i ED:s praxis; se exv. *Feldbrugge v. The Netherlands* p. 44). Principen behandlas utförligt av Robberstad (1999) s. 148 ff., dels med utgångspunkt i EKMR art. 6 (s. 151 ff.), dels i anslutning till (framförallt den tyska) rättsteorin (s. 163 ff.).

participant to the trial is ensured in accordance with the specific differences in their respective procedural roles.”³⁰³⁶

Principen om processuell balans kommer inte till explicit uttryck i artikel 6 men har etablerats som en allmän princip genom Europadomstolens (och -kommissionens) praxis,³⁰³⁷ och succesivt fått ett alltmer omfattande innehåll.³⁰³⁸ För att en rättegång skall vara rättvis måste parterna helt enkelt vara någotsånär balanserade; det skall råda ”a fair balance” mellan dem.³⁰³⁹ Eller mer utvecklat:

”[U]nder the principle of equality of arms, as one of the features of the wider concept of a fair trial, *each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent*. In this context, importance is attached to appearances as well as to the increased sensitivity to the fair administration of justice.”³⁰⁴⁰

Annorlunda uttryckt får den ena parten inte befinna sig i ett underläge i förhållande till motparten i processen, vilket naturligtvis ställer till särskilda problem i straffprocessen som per definition är obalanserad (och därmed aldrig kan bli fullt ut balanserad).³⁰⁴¹ Såvitt jag vet har Europadomstolen heller aldrig uttryckligen härlett en rätt till försvarare *enbart* ur principen om processuell balans i brottmål.³⁰⁴² Detta har kritiserats i den äldre litteraturen, exempelvis i följande ordalag:

”[T]he right to legal aid will only be genuinely upgraded in the Convention jurisprudence if it is read in conjunction with the equality of arms principle. In considering the need to provide counsel ‘in the interest of justice’, the Convention organs should start from the premise that legal assistance is indispensable in the majority of cases to ensure procedural equality with the prosecution. They should not depart from this position unless cogent reasons emerge from the circumstances of a case showing

³⁰³⁶ Safferling, Christoffer, *Equality of Arms*, i Cassese, Antonio (red.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009) s. 311-312 (s. 311). Se här till kritiken hos Robberstad (1999) s. 148, om kopplingen mellan ”Equality of Arms” och tanken på processen som en ”rvekamp”.

³⁰³⁷ Se exv. *Foucher v. France* (app. no. 22209/93) p. 34, *Bobek v. Poland* (app. no. 68761/01) p. 56 och *Klimentyev v. Russia* (app. no. 46503/99) p. 95. Om rättsutvecklingen; se Robberstad (1999) s. 152 f. samt fn. 457 ovan

³⁰³⁸ Jfr exv. *De Cubber v. Belgium* p. 26 samt *Borgers v. Belgium* (app. no. 12005/86) p. 24, där ED anförde att principen ”has undergone a considerable evolution in the Court’s case-law, notably in respect of the importance attached to appearances and to the increased sensitivity of the public to the fair administration of justice”. Se även *Piersack v. Belgium* (app. no. 8692/79) p. 30, *Sramek v. Austria* (app. no. 8790/79) p. 42; *Bönisch v. Austria* (app. no. 8658/79) p. 32, *Belilos v. Switzerland* (app. no. 10328/83) p. 67; *Hauschildt v. Denmark* (app. no. 10486/83) p. 48, *Langborger v. Sweden* p. 32; *Demicoli v. Malta* (app. no. 13057/87) p. 40 och *Brandstetter v. Austria* (app. nos. 11170/84; 12876/87; 13468/87) p. 44.

³⁰³⁹ Se *Guide on Article 6 – Right to Fair Trial* (criminal limb; 2014) s. 19.

³⁰⁴⁰ *Bulut v. Austria* p. 47 och här till exv. *Dombo Beheer v. the Netherlands* p. 33 och *Borgers v. Belgium* p. 24.

³⁰⁴¹ Jfr Stavros (1993) s. 53 som talar om en ”inherent imbalance between defence and prosecution”. Se även fn. 3028 ovan, m.h.t. Robberstad (1999) s. 154 f.

³⁰⁴² Jfr Trechsel (2005) s. 275, som anför att så snart ”the public prosecution will be represented ... equality of arms is at issue, *even if it is not expressly mentioned by the Court*”. Se dock Emmerson et al. (2012) s. 415, som m.h.t. *Bönisch v. Austria* gör gällande att syftet med art. 6.3.c är att garantera just processuell balans: ”The purpose of this provision is to secure ‘equality of arms’, so as ‘to place the accused in a position to put his case in such a way that he is not at a disadvantage vis-à-vis the prosecution’.” Se även a.a. s. 430, där Emmerson (m.fl.) uttrycker sig något mer nyanserat: ”The ‘interests of justice criterion will take into account the complexity of the proceedings, the capacity of the individual to represent himself and the severity of the potential sentence. The provision of free legal assistance *may also help* to ensure the respect for the principle of equality of arms.”

that legal assistance could be dispensed with. This should be viewed as a first step in an attempt to interpret Art. 6(3)(c) in such a manner as to ensure real equality before justice between the indigent and the non-indigent accused.”³⁰⁴³

Mot ovanstående vill jag invända att principen om processuell balans avser just *processuell* balans, det vill säga relationen *mellan parterna i processen* – i straffprocessen den tilltalade och åklagaren. Principen om processuell balans är därmed ingen ”allmän jämlikhetsprincip” som skall säkerställa balans mellan välbemedlade tilltalade och mindre/obemedlade sådana, på det sätt Stavros tycks förespråka. För att knyta an till den avslutande diskussionen i föregående kapitel – och de intressen som kan motivera offentlig finansiering – menar jag alltså att Stavros i ovanstående uttalande i viss mån blandar ihop rättssäkerhetsintresset av processuell balans/likställdhet (”Equality of Arms”) med intresset av jämlikhet i samhället (med Stavros ord, ”real equality before justice”). Att i den aktuella principen tolka in ett så långtgående jämlikhetsintresse finns det, enligt min mening, inget stöd för.³⁰⁴⁴

Nåväl, i sin praxis har inte Europadomstolen gått fullt så långt som Stavros förespråkar, men det finns viss praxis som är av intresse. I avgörandet *Granger mot Storbritannien* var exempelvis omständigheterna i korthet följande:

Granger åtalades och dömdes för mened till fem års fängelse. Inför underinstansen företrädde den tilltalade av en genom rättshjälp finansierad försvarare men han nekades sedermera rättshjälp för att överklaga den fällande domen, på den grunden att han saknade skäl för sin överklagan. Inför underinstansen hade det allmänna representerats av ”the Solicitor General for Scotland” eftersom brottets allvar ansågs motivera ”the presence of a senior prosecutor” och den nationella domstolen vitsordade också att målet hade varit av ”exceptional length, complexity and difficulty”.³⁰⁴⁵ Granger förde sin egen talan inför överinstansen (i praktiken läste han innantill i dokument som hans advokat hade förberett), medan det allmänna återigen företrädde av ”the Solicitor General” – denna gång dock ”accompanied by junior counsel and a member of the staff of the Crown Office”.

Europadomstolen uttalade:

”Mr. Granger had been convicted on indictment of perjury and sentenced to five years’ imprisonment. There can thus be no question as to the *importance of what was at stake* in the appeal. Before the High Court of Justiciary, the Solicitor General, on account of his familiarity with the case, appeared for the Crown and addressed the judges at length. On the other hand, the applicant, as was not contested, was not in a position fully to comprehend the pre-prepared speeches he read out or the opposing arguments submitted to the court. It is also clear that, had the occasion

³⁰⁴³ Stavros (1993) s. 214. Se även a.a. s. s. 53 samt s. 221: ”The relevance of the principle of equality of arms in the interpretation of ‘the requirements of justice’ should also be recognized in order to create a de facto presumption in favor of legal aid, which could be rebutted only in exceptional cases.”

³⁰⁴⁴ Ett jämlikhetsintresse ligger dock till grund för artikel 6.3.c, som uttryckligen knyter an till parternas inkomstförhållanden; se fn. 2978 ovan. Ang. rättshjälp i civila mål; se även vid fn. 3287 nedan

³⁰⁴⁵ *Granger v. The United Kingdom* p. 11.

arisen, he would not have been able to make an effective reply to those arguments or to questions from the bench. The foregoing factors are of particular weight in the present case in view of the *complexity of one of the issues involved*. [...] In this situation some means should have been available to the competent authorities, including the High Court of Judiciary in exercise of its overall responsibility for ensuring the fair conduct of the appeal proceedings, to have the refusal of legal aid reconsidered. [...] It would appear to the Court that in all the circumstances of the case it would have been in the interests of justice for free legal assistance to be given to the applicant at least at that stage for the ensuing proceedings. Such a course ... would in the first place have served the interests of justice and fairness *by enabling the applicant to make an effective contribution to the proceedings*. Furthermore, the High Court of Judiciary would then have had the benefit of hearing ... expert legal argument *from both sides on a complex issue*. The Court thus concludes that there has been a violation of [Article 6 § 3.c] taken together with [Article 6 § 1].”³⁰⁴⁶

Hur skiljer sig då *Granger* från de avgöranden jag har redogjort för ovan? I mångt och mycket ägnade sig ju Europadomstolen åt en tillämpning av Quaranta-kriterierna; domstolen fäste (1) vikt vid att *påföljden* var ingripande och (2) vid att *målet* var komplext. Utan att uttryckligen hänvisa till principen om processuell balans relaterades dock bedömningen också till *motparten i processen*: ”The Solicitor General”³⁰⁴⁷ hade adresserat domstolen ”at length” medan den tilltalade inte ens hade förstått sina egna ”pre-prepared speeches”, och än mindre varit förmögen att bemöta vad motpartens anfört eller svara på några frågor från domstolen.³⁰⁴⁸ Den klagande hade följaktligen inte kunnat föra sin talan på ett effektivt sätt, men inte nog med det – obalansen mellan parterna medförde också att domstolen inte fick del av ”expert legal argument from both sides”, vilket är en förutsättning för den kontradiktoriska processen. I senare praxis har domstolen också uttryckligen börjat hänvisa till principen om ”equality of arms” *i förening med rätten att inte belasta sig själv*, vilket kommer att utvecklas i nästa avsnitt.

³⁰⁴⁶ *Granger v. The United Kingdom* p. 47-48.

³⁰⁴⁷ Den närmaste svenska motsvarigheten torde vara JK.

³⁰⁴⁸ Se Danelius, Hans, *Europadomstolens domar 1961–1990 – en rättsfallsöversikt* (SvJT 4/1991) s. 257-340 (s. 306).

6.2.2.2 Rätten att (vara tyst³⁰⁴⁹ och i övrigt) inte belasta sig själv

Rätten att vara tyst ("the right to silence") och rätten att inte belasta sig själv ("the right not to incriminate oneself", eller "the freedom from/privilege against self-incrimination") kommer inte till explicit uttryck i konventionens artikel 6. Dessa rättigheter är dock intimt förbundna med den likaledes oskrivna principen om processuell balans, samt den i artikel 6.2 uttryckligen fastslagna oskuldspresumtionen, som alla kan betraktas som centrala inslag i rätten till en rättvis (brottmåls)rättegång.³⁰⁵⁰ I *Saunders mot Storbritannien* konstaterade således Europadomstolen, att

"... although not specifically mentioned in [Article 6], the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under [Article 6]. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of [Article 6]. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in [Article 6 § 2]."³⁰⁵¹

Rätten att inte belasta sig själv tar således sikte på den faktiska (o)balansen mellan parterna i straffprocessen. Den tilltalade befinner sig ofta i en utsatt position i förhållande till polis och åklagare, och följaktligen finns det behov av regler som skyddar den enskilda från att (med otillbörliga medel) tvingas till att medverka i utredningen

³⁰⁴⁹ Rätten att vara tyst/förhålla sig passiv kan betraktas som en del av förbudet mot "self-incrimination" (på svenska ibland omtalar som "självinkriminering"), men tar framförallt sikte på vilken *bevisverkan* som tillmäts den tilltalades tystnad/passivitet; se Bogan, Paul, *Self-Incrimination, The Right to Silence and the Reverse Burden of Proof*; i Colvin, Madeleine & Cooper, Jonathan (red.), *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime* (2009) s. 347-365 (s. 347) om skillnaden mellan å ena sidan "the right not to incriminate oneself" och å andra sidan "the right to silence". Se även den koncisa förklaringen hos Daly, Yvonne Marie, *The Right to Silence: Inferences and Interference* (A.N.J.C. 47/2014) s. 59-80 (s. 60): "The right to silence, often interchangeably or alternatively referred to as the 'privilege against self-incrimination', may be thought to include a number of different protections, or immunities, but in basic terms, in the context of criminal proceedings, it is the entitlement of a suspect to refuse to answer questions put to him/her or to provide any information to the prosecution. It applies both at trial, where it operates as a right to refuse to take the stand and give evidence, and pre-trial, whereby a suspect cannot be compelled to speak against his/her own interest under official questioning by the police." Rätten att vara tyst behandlas av Nowak (2003) s. 195 ff. i anslutning till art 6.2; enligt Nowak (s. 233) tjänar rätten att vara tyst till att "säkerställa ändamålen bakom oskyldighetspresumtionen".

³⁰⁵⁰ Bogan (2009) s. 348 f. resp. 359. Se även Trechsel (2005) s. 341, som anför att "[t]he privilege against self-incrimination is certainly one of the most complex guarantees in the entire body of fundamental rights applicable in the context of criminal proceedings". Dessa rättigheter behandlas utförligt av Emmerson et al. (2012) s. 613 ff.

³⁰⁵¹ *Saunders v. The United Kingdom* p. 68. Att ED talar om en "international standard" bör förstås mot bakgrund av att både ICCPR och AKMR innehåller uttryckliga stadganden härom; se art. 14.3.g resp. art. 8.2.g och 8.3. Uttalandet analyseras närmare av Trechsel (2005) s. 347. I domstolens praxis formulerades rätten att vara tyst och inte belasta sig själv som en implicit rättighet för första gången i *Funke v. France* (app. no. 10828/84) p. 44. Se till det sagda May, Richard & Powles, Steven, *Criminal Evidence* (2004) p. 13-17, Ashworth, Andrew, *Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism* (Cardozo L. Rev 30/2008) s. 751-774 (s. 752 f.), Jackson, John D., *Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard* (I.C.L.Q. 58/2009) s. 835-861 (s. 835 ff.), Wu, Wei, *Interrogational Fairness under the European Convention on Human Rights* (Int'l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 37-59 (s. 44) samt Wu, Wei, *European Perspectives and Standards on Interrogational Fairness*, i Cools, Marc et al. (red.), *EU Criminal Justice, Financial & Economic Crime* (2011a) s. 85-110 (s. 92 f.).

mot sig själv.³⁰⁵² Det ankommer därför på åklagaren att styrka åtalet, och den tilltalade har rätt att förhålla sig passiv i processen (utan att detta skall läggas vederbörande till last).³⁰⁵³ Och för att inte dessa rättigheter skall bli teoretiska och illusoriska har Europadomstolen konstaterat att den tilltalade vanligtvis behöver av en försvarare,³⁰⁵⁴ och detta *redan under förundersökningen*. Med hänvisning till den tilltalades rätt till ett effektivt försvar – betraktad såsom en fundamental del i rätten till en rättvis rättegång – anförde således domstolen följande i *Yuriy Volkov mot Ukraina*:

”As a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right.”³⁰⁵⁵

I *Yuriy Volkov* konstaterade alltså Europadomstolen att artikel 6 *som regel* inbegriper en rätt till försvarare redan vid det första polisförhöret (såvida det inte fanns ”compelling reasons to restrict this right”). Att sålunda få tillgång till en försvarare tidigt i processen betraktades som ett fundamentalt inslag i rätten till en rättvis rättegång; därigenom säkerställdes den tilltalades rätt till ett effektivt försvar. Domstolen gick dock längre, genom att också koppla rätten till försvarare till den tilltalades rätt att inte belasta sig själv, som i sin tur ansågs bidra till att skapa processuell balans mellan den tilltalade och åklagaren:

”The Court has consistently viewed early access to a lawyer as a procedural guarantee of *the privilege against self-incrimination* and a fundamental safeguard against ill-treatment, noting the particular vulnerability of an accused at the early stages of the proceedings, when he is confronted with both the stress of the situation and the increasingly complex criminal legislation involved. [...] The aforementioned principles of the right to defence and the privilege against self-incrimination are in line with the generally recognised *international human rights standards which are at the core of the concept of a fair trial* and whose rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6, notably *equality of arms* between the investigating or prosecuting authorities and the accused. The *right not to incriminate oneself*, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.”³⁰⁵⁶

³⁰⁵² Jfr Bogan (2009) s. 347 som anför att rätten att inte belasta sig själv ”is associated with protection against the coercive power of state to compel a person, on threat of punishment, to provide information or evidence or to deliver up documents”.

³⁰⁵³ Om kopplingen mellan rätten att inte belasta sig själv och oskuldspresumtionen; se vidare Trechsel (2005) s. 348.

³⁰⁵⁴ Jfr exv. Pattenden, Rosemary, *Right to Counsel at the Police Station – United Kingdom and Canada* (Int’l J. Evid. & Proof 15/2011) s. 70-74 (s. 71): ”Article 6 guarantees the suspect’s right against self-incrimination. A primary purpose of access to legal advice is to make this right effective.”

³⁰⁵⁵ *Yuriy Volkov v. Ukraine* (app. no 45872/06) p. 61.

³⁰⁵⁶ *Yuriy Volkov v. Ukraine* p. 62-63.

Ovanstående domskäl ger dock upphov till flera följdfrågor. För vad innebär det egentligen att en misstänkt ("a suspect") som regel ("as a rule") skall ha tillgång till en försvarare ("access to lawyer") redan vid det första polisförhören? Denna övergripande fråga höljer i sin tur ett flertal sammansatta frågeställningar, exempelvis: Vilka omfattas av rättigheten – alla som presumtivt kan komma att misstänkas, personer som de facto är misstänkta (oavsett misstankegrad) eller personer mot vilka misstankegraden uppnår en viss styrka? Vad innebär rättigheten – en rätt att anlita privat försvarare eller också en rätt att få en offentlig försvarare förordnad genom allmänna medel? Går det att "läka" frånvaro av en försvarare under processens inledning, genom försvararnärvaro senare under processen? I vilka situationer är det tillåtet att göra undantag från rättigheten, och vilka konsekvenser får det att rättigheten inte är tillgodosedd?

Ponera exempelvis att en person hörs upplysningsvis enligt reglerna i rättegångsbalken och att vederbörande under förhören erkänner ett brott utan att ha en försvarare närvarande. Personen betraktas därefter – till följd av det egna erkännandet – som skäligen misstänkt varvid en försvarare förordnas för den enskilda. I senare förhör tar dock de misstänkta tillbaka sitt erkännande, och förnekar gärningen. Skulle i denna situation en försvarare ha utsetts redan innan det inledande förhören? Anses frånvaron av försvarare vara "läkt" genom att en sådan förordnades senare under processen? Får åklagaren återropa erkännandet mot den tilltalade i rättegången, trots att en försvarare inte fanns närvarande vid förhören under förundersökningen? Och om erkännandet återopas, får domstolen då lägga detta till grund för en fällande dom?

Frågor av detta slag har tilldragit sig förhållandevis mycket uppmärksamhet i andra europeiska stater, och Europadomstolens domar har rentav föranlett ett antal lagändringar.³⁰⁵⁷ Som Andersson och Hopman konstaterar tycks det dock finnas en "föreställning om att Sverige ligger långt fram vad gäller mänskliga rättigheter och misstänkta rättigheter i straffprocessen".³⁰⁵⁸ Andersson och Hopman menar dock att Europadomstolens domar kring artikel 6.1 och 6.3.c avseende rätten till försvarare visar "att svensk straffprocess redan nu möter utmaningar vilka sannolikt kommer kräva lagändringar för att Sverige ska kunna leva upp till Europakonventionens krav om en rättvis rättegång". Jag delar helt denna uppfattning, av skäl som jag nu kommer att utveckla.

6.2.3 Tidpunkten för försvararinträdet

Frågan vid vilken tidpunkt en person skall betraktas som "anklagad för brott" i Europakonventionens mening är av stor betydelse, eftersom det är vid denna tidpunkt som den enskilda skall tillförsäkras de rättssäkerhetsgarantier som följer av

³⁰⁵⁷ Se i och vid fn. 3103 nedan.

³⁰⁵⁸ Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 820.

konventionens artikel 6.³⁰⁵⁹ Detta tillfälle sammanfaller dock inte med – och är inte heller fullt lika enkelt att utpeka som – när en brottmålsprocess i svensk mening skall anses inledd:

”[T]he protection of Article 6 does not depend on the particular features of the system of criminal investigation and prosecution, which may and do vary considerably between the Contracting Parties. Moreover, as the object of Article 6 is to protect a person throughout the criminal process, and since formal charges may not be brought until a fairly advanced stage of an investigation, it is necessary to find a criterion for the opening of criminal proceedings which is independent of the actual development of the procedure in a specific case.”³⁰⁶⁰

När en person skall anses vara ”anklagad för brott” och därmed falla inom tillämpningsområdet för Europakonventionens artikel 6 är alltså en tämligen komplex fråga.³⁰⁶¹ Klart är dock att begreppen ”criminal charge” respektive ”charged with a criminal offence” skall tolkas autonomt,³⁰⁶² och att en person därmed kan vara skyddad enligt konventionen trots att vederbörande inte formellt har anklagats/åtalats för – eller ens betraktas som misstänkt i formell mening – för ett brott enligt nationell lagstiftning.³⁰⁶³ Avgörande är istället om den enskildas situation ”has been substantially affected”.³⁰⁶⁴ Emmerson (m.fl.) lämnar följande klargörande:

”Thus, there must be some formal notification of the accusation, but a ’charge’ can be constituted by any official act that carries such implications. This may be the date of formal charge by the police, ... the date of the arrest, the date when the preliminary investigations were opened, or the date on which the suspect becomes aware that he is being seriously investigated and that immediate consideration is being given to the possibility of a prosecution.”³⁰⁶⁵

Motivet till denna autonoma tolkning är att medlemsstaterna annars hade kunnat förvägra brottsmisstänkta de rättssäkerhetsgarantier som följer av artikel 6 under förundersökningen – exempelvis rätten till försvarare – genom att helt enkelt inte karaktärisera dem som ”anklagade”. Med Trechsels ord:

”There is a clear possibility that states could postpone access to a lawyer ... by organizing their criminal proceedings in such a way as to ensure that a formal ’charge’

³⁰⁵⁹ Jfr den motsvarande diskussionen hos Nowak (2003) s. 235 ff., ang. tidpunkten för oskyldighetspresumtionens inträde.

³⁰⁶⁰ White, Robin C.A., Ovey, Clare & Jacobs, Francis Geoffrey, *The European Convention on Human Rights* (2010) s. 246.

³⁰⁶¹ Se här till Stavros (1993)s. 54 ff.

³⁰⁶² Mole & Harby (2006) s. 19 samt Emmerson et al. (2012) s. 250 ff. Beträffande de olika uttrycksätten i art. 6.1 resp. 6.2-3; se *Guide on Artikel 6 – Right to a Fair trial* (criminal limb; 2014) s. 7: ”In using the terms ’criminal charge’ and ’charged with a criminal offence’ the three paragraphs of Article 6 refer to identical situations. Therefore, the test of applicability of Article 6 under its criminal head will be the same for the three paragraphs.”

³⁰⁶³ Jfr Mole & Harby (2006) s. 6. Se även Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 796.

³⁰⁶⁴ *Eckle v. Germany* (app. no. 8130/78) p. 73.

³⁰⁶⁵ Emmerson et al. (2012) s. 251.

occurs at a very late point in the proceedings, i.e. at the close of the investigation. This could lead to a considerable reduction in the effectiveness of the guarantee.”³⁰⁶⁶

Ställer man detta uttalande i relation till den svenska straffprocessen, där rätten till offentlig försvarare är formellt kopplad till skälig misstanke – som polis/och åklagare i mångt och mycket disponerar – blir det i alla fall för mig tämligen uppenbart att svensk rätt är behäftad med ett systemfel, eftersom rådande ordning möjliggör *just den typen av missbruk som Trechsel identifierar*. Låt oss därför fördjupa diskussionen kring denna fråga.

6.2.3.1 Rätt till försvarare under förundersökningen

Under lång tid var det oklart huruvida artikel 6 endast omfattade rättegången inför domstol, eller också den föregående förundersökningen. Ett första steg mot en extensiv tolkning tog Kommissionen i *Can mot Österrike*, under anförande av följande:

”The investigation proceedings are of great importance for the preparation of the trial because they determine the framework in which the offence charge will be considered at the trial. Furthermore it cannot be excluded that evidence obtained in the investigating proceedings will be relied on in the judgment. It is therefore essential for the defence ... that the basis for its defence activity can be laid already at this stage.”³⁰⁶⁷

Såvitt avsåg artikel 6.3.c betonade kommissionen vidare betydelsen av att den som misstänks för brott tidigt får tillgång till försvarare, vilket var ägnat att säkerställa

”... the control of the lawfulness of any measures taken in the course of the investigating proceedings, the identification and presentation of any means of evidence at an early stage where it is still possible to trace new relevant facts and where the witnesses have a fresh memory ...”³⁰⁶⁸

I princip kan man särskilja två argument för att den som misstänks för brott redan under förundersökningen bör få tillgång till försvarare: (1) för att säkerställa utredningens fullständighet under det skede i processen då ramarna för den kommande rättegången sätts (och bevis som eventuellt talar till den misstänkta fördel fortfarande går att säkra); samt (2) för att skydda den misstänkta mot otillbörligt agerande från polis och åklagare under ett skede då denna är särskilt utsatt (särskilt om vederbörande är berövad friheten).³⁰⁶⁹ Dessa två argumentationslinjer kom sedermera att förankras i domstolens praxis, vilket strax kommer att framgå.

³⁰⁶⁶ Trechsel (2005) s. 32.

³⁰⁶⁷ *Can v. Austria* p. 50 i Kommissionens rapport. Målet förliktes efter att Kommissionen avgett sin rapport och blev därför inte föremål för ED:s prövning.

³⁰⁶⁸ *Can v. Austria* p. 55 i Kommissionens rapport.

³⁰⁶⁹ Jfr Stavros (1993) s. 56 och vidare s. 62.

När anses då en person vara ”anklagad” i den autonoma mening som avses i artikel 6.1 och 6.3.c? I *Deweer mot Belgien* gjorde Europadomstolen följande klargörande uttalande:

”The [*Wemhoff*, *Neumeister* and *Ringelsen* judgments] took as the starting-point the moment of arrest, the moment when the person was officially notified that he would be prosecuted and the moment when preliminary investigations were opened. In the present case there was no arrest and no official notification of impending prosecution. [...] However, the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial prompts the Court to prefer a ‘substantive’, rather than a ‘formal’, conception of the ‘charge’ contemplated by [Article 6 § 1]. The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question.”³⁰⁷⁰

Efter att sålunda ha gett termen ”anklagelse” en substantiell (snarare än formell) innebörd, förklarade domstolen att en sådan anklagelse i konventionens mening skulle anses föreligga *antingen* då en misstänkt formellt har underrättats om misstanken (”the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence”), *eller* då vederbörandes situation väsentligen har påverkats av densamma (”the situation of the [suspect] has been substantially affected”).³⁰⁷¹ Av den praxis som vi nu närmare skall bekanta oss med följer vidare, att en person skall anses påverkad – och därmed anklagad i den mening som avses i artikel 6 – när vederbörande för första gången *hörs som misstänkt* i ett mål.³⁰⁷²

6.2.3.2 Rätt till försvarare från första polisförhöret

Uppaktan till en mer etablerad konventionspraxis står att finna i avgörandet *Imbrioscia mot Schweiz*. I detta mål bestred Schweiz ansvar för brott mot artikel 6 bland annat på den grunden att förundersökningsstadiet av brottmålsprocessen inte omfattades av den ifrågasvarande artikeln.³⁰⁷³ Omständigheterna var i korthet följande:

Imbrioscia greps på flygplatsen i Zürich sedan tullen hade påträffat drygt ett kilo heroin i en medpassagerares resväska. Imbrioscia förnekade all inblandning i smuglingen, och eftersom man inte påträffade någon narkotika hos honom släpptes han från flygplatsen. Senare samma dag greps han dock på nytt i Lugano, sedan han försökt resa hem till Italien med tåg. Påföljande dag förhöordes Imbrioscia av distriktsåklagaren i Zürich med hjälp av en tolk. Imbrioscia förnekade då återigen all inblandning i smuglingen. Sedan Imbrioscia informerats om att han skulle kvarbli

³⁰⁷⁰ *Deweer v. Belgium* (app. no. 6903/75) p. 42-44.

³⁰⁷¹ *Deweer v. Belgium* p. 46. Se även exv. *Corigliano v. Italy* (app. no. 8304/78) p. 34 och *Hozee v. The Netherlands* (app. no. 21961/93) p. 43, där ED förklarade att begreppet ”charge” såvitt avser art. 6 ”may be defined as ‘the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence’, a definition that also corresponds to the test whether ‘the situation of the [suspect] has been substantially affected’”. Trechsel (2005) s. 32 anlägger ett något annorlunda perspektiv, under anförande av att ”[a]rticle 6 applies to all procedural steps which are directly relevant to the decision as to the guilt or innocence of the accused”.

³⁰⁷² Jfr Mole & Harby (2006) s. 20 m.h.t. *Hozee v. The Netherlands* p. 45.

³⁰⁷³ *Imbrioscia v. Switzerland* (app. no. 13972/88) p. 34.

i arresten begärde han att en försvarare skulle förordnas åt honom. Under loppet av några månader – under vilka Imbrioscia var fortsatt frihetsberövad – hölls ett flertal nya förhör med honom av både polis och åklagare, utan att någon försvarare var närvarande. När förundersökningen i princip var färdigställd hölls ett avslutande förhör med Imbrioscia i närvaro av en försvarare. Under detta förhör framställde dock försvararen inga egna frågor och framförde inte heller några invändningar mot förundersökningen. Imbrioscia åtalades sedermera för narkotikasmuggling och dömdes till sex års fängelse, bland annat på den grunden att han lämnat motstridiga uppgifter i förhören. Både överinstansen, kassationsdomstolen och den federala domstolen avslog Imbrioscias överklaganden, varigenom domen till slut vann laga kraft. Imbrioscias klagade till ED på den grunden att han hade förhörts utan försvarare närvarande. Schweiz bestred ansvar, under anförande av att förundersökningen inte omfattades av artikel 6.

Beträffande Schweiz invändning anförde Europadomstolen följande:

”Certainly the primary purpose of [Article 6] as far as criminal matters are concerned is to ensure a fair trial by a ‘tribunal’ competent to determine ‘any criminal charge’, but it does not follow that the [Article 6] has no application to pre-trial proceedings. The ‘reasonable time’ mentioned in [Article 6 § 1], for instance, begins to run from the moment a ‘charge’ comes into being, within the autonomous, substantive meaning to be given to that term ... Other requirements of [Article 6] – especially of [Article 6 § 3] – may also be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them.”³⁰⁷⁴

I sak avslog dock domstolen Imbrioscias talan. Förvisso hade den klagande huvudsakligen förhörts utan försvarare närvarande, men vid det sista förhöret, liksom vid huvudförhandlingen, så företrädde han av försvarare. Europadomstolen ansåg därför att rättegången, betraktad som en helhet, hade varit rättvis.³⁰⁷⁵ Tre domare var dock skiljaktiga och menade att Imbrioscias rättigheter hade kränkts. I en av dessa skiljaktiga meningar hittar vi också en hänvisning till amerikanska Högsta domstolens ovan diskuterade avgörande *Miranda mot Arizona*. Efter att ha citerat den långa passage i domskälen varigenom Supreme Court formulerade hela det rättighetspaketet

³⁰⁷⁴ *Imbrioscia v. Switzerland* p. 36. Se här till Wu (2011a) s. 92.

³⁰⁷⁵ *Imbrioscia v. Switzerland* p. 37-44.

som numera går under benämningen ”The Miranda Rules”,³⁰⁷⁶ anförde Judge de Meyer följande:

”In the [Miranda] judgment it was also stated that there can be no questioning if the person ’indicates ... that he wishes to consult with an attorney before speaking’ or if, being alone, he ’indicates ... that he does not wish to be interrogated.’ These principles, then clearly defined, belong to the very essence of fair trial. Therefore I cannot agree with the present judgment, in which our Court fails to recognise and apply them.”³⁰⁷⁷

Även om *Imbrioscia* inte fick gehör för sin inställning kom avgörandet att bli av central betydelse för den fortsatta rättsutvecklingen, av två skäl: dels därför att domstolen slog fast att artikel 6 i allmänhet och artikel 6.3 i synnerhet också omfattar förundersökningen; dels därför att domstolen – framförallt genom de skiljaktiga meningarna – öppnade dörren för en rätt till försvarare redan vid det första polisförhøret.

Den princip som Europadomstolen slog fast i *Imbrioscia* bekräftades och vidareutvecklades sedermera i *Salduz mot Turkiet*,³⁰⁷⁸ där domstolen uttalade att

”... even if the primary purpose of Article 6, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a ’tribunal’ competent to determine ’any criminal charge’, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions. As the Court has already held in its previous judgments, the right set out in [Article 6 § 3.c] is one element, amongst others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in paragraph 1.”³⁰⁷⁹

Klart är alltså att det vid tolkningen av Europakonventionen är ovidkommande när en straffprocess anses inledd enligt nationell rätt. Artikel 6 är tillämplig långt

³⁰⁷⁶ Se i och vid fn. 2867-2871 ovan och jfr *Imbrioscia v. Switzerland*, dissenting Opinion of Judge de Meyer, där de Meyer anförde följande: ”On the 13th of June 1966, the Supreme Court of the United States of America delivered its well-known Miranda judgment, in which the rules governing custodial interrogation were summarised as follows: ’(U)nless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him.’”

³⁰⁷⁷ *Imbrioscia v. Switzerland*, dissenting Opinion of Judge De Meyer. Se även det ovan i fn. 2872 citerade avgörandet *Ibrahim & Others v. The United Kingdom* p. 229, där ED likaså hänvisar till *Miranda v. Arizona*.

³⁰⁷⁸ Se även exv. de tidigare avgörandena *John Murray v. The United Kingdom* (app. no. 18731/91), *Magee v. The United Kingdom* (app. no. 28135/95), *Averill v. The United Kingdom* (app. no. 06/06/2000) och *Öcalan v. Turkey* (app no. 12/05/2005) p. 131. I dessa mål vidareutvecklade domstolen principen att rätten till en rättvis rättegång normal kräver att den tilltalade har tillgång till en advokat redan vid de inledande stadierna av förundersökningen/vid det inledande polisförhøret, men att denna rätt i visa fall kan inskränkas; se Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 798. *John Murray*, *Magee* och *Averill* behandlas utförligt av Nowak (2003) s. 196 ff. Se även avgörandet *Kolu v. Turkey* (app. no. 5811/97).

³⁰⁷⁹ *Salduz v. Turkey* p. 50 och härtill Mowbray (2012) s. 460.

innan det föreligger en process i egentlig mening, under förutsättning att vad som inträffar under det förprocessuella stadiet påverkar utformningen av, eller utgången i, den kommande processen på ett sådant vis att rättegången – *betraktad som en helhet* – inte uppfyller de övergripande kraven i Europakonventionens artikel 6. Beträffande rätten till försvarare innebär det sagda att kraven i artikel 6.1 och 6.3.c, enligt fast konventionspraxis, ”are capable of applying pre-trial, since absence of legal representation at this stage could in certain circumstances affect the fairness of the proceedings as a whole”.³⁰⁸⁰ I *Salduz* var omständigheterna som följer:

Salduz, som då var 17 år gammal, greps av turkisk polis misstänkt för att ha deltagit i en olaglig demonstration till stöd för PKK. Han arresterades och förhördes utan att ha någon försvarare närvarande. Under förhören erkände han delaktighet i demonstrationen, samt ett antal andra brott. När Salduz därefter ställdes inför åklagaren och undersökningsdomaren återtog han sina erkännanden, och hävdade att han hade blivit misshandlad och hotad av polisen. Salduz åtalades ändå och inför domstolen återopades hans erkännanden som bevis emot honom. Domstolen förklarade sedermera Salduz skyldig, bland annat med hänvisning till hans egna erkännanden, och dömde honom till fyra och ett halvt års ungdomsfängelse.

Efter att ha konstaterat att artikel 6 också omfattade förundersökningen anförde domstolen – i linje med tidigare avgöranden, men nu i dess Grand Chamber – att rätten till ett effektivt försvar är en fundamental del i rätten till en rättvis rättegång, med följande tillägg:

”The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended *by a lawyer*, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial.”³⁰⁸¹

Domstolen talade alltså inte bara om effektivt försvar, utan om ett effektivt försvar *genom en advokat*.³⁰⁸² Det var dock ytterst upp till medlemsstaterna att säkerställa den tilltalades intressen, inom de gränser som artikel 6 stipulerar. Dessa gränser skulle dock visa sig vara tämligen snäva:

”National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances, Article 6 will *normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation*.”³⁰⁸³

³⁰⁸⁰ White, Ovey & Jacobs (2010) s. 292. Se vidare Danelius (2015) s. 180. och Mole & Harby (2006) s. 7.

³⁰⁸¹ *Salduz v. Turkey* p. 51.

³⁰⁸² Detta var i och för sig inte första gången domstolen använde just denna formulering; se exv. *Poitrinol v. France* (app. no. 14032/88) p. 34 och *Demebukov v. Bulgaria* (app. no. 68020/01) p. 50: ”Although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial.” Samma formulering har också använts i ett antal senare avgöranden; se exv. det ovan citerade *Yuriy Volkov v. Ukraine* p. 61.

³⁰⁸³ *Salduz v. Turkey* p. 52.

För att motivera denna ståndpunkt anförde domstolen ett långt resonemang, som det finns anledning att återge i sin helhet:

”These principles ... are also in line with the generally recognised international human rights standards which are at the core of the concept of a fair trial and whose rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably *equality of arms* between the investigating or prosecuting authorities and the accused. In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial. At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. *In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer* whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. This right indeed presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court *will have particular regard* when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination. In this connection, the Court also notes the recommendations of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), in which the CPT repeatedly stated that the right of a detainee to have access to legal advice is a fundamental safeguard against ill-treatment. Any exception to the enjoyment of this right should be clearly circumscribed and its application strictly limited in time.”³⁰⁸⁴

Mot denna bakgrund konstaterade domstolen, att

”... in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’, Article 6 § 1 requires that, *as a rule*, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6. The rights of the defence will *in principle be irretrievably prejudiced* when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”³⁰⁸⁵

³⁰⁸⁴ *Salduz v. Turkey* p. 53-54.

³⁰⁸⁵ *Salduz v. Turkey* p. 55.

I Grand Chamber slog således Europadomstolen fast att artikel 6 *normalt kräver* att en person som anklagas för brott och hörs av polis/åklagare får tillgång till försvarare redan i ett tidigt skede av förundersökningen, närmare bestämt *i det inledande skedet av polisförhöret*.³⁰⁸⁶ Anledningen härtill är tudelad,³⁰⁸⁷ även om argumenten i viss mån blandas ihop i de ovan citerade domskäl. Med Wu:s ord:

”In fact, there are two kinds of rationales mentioned that are somewhat mixed together: what has been described as a *protective rationale* that the right of early access to a lawyer is needed to ensure that suspects are not coerced into making confessions and a *participative defence rationale* that claims that lawyer is needed in advising on the complexities of gathering and using evidence to achieve an effective defence.”³⁰⁸⁸

Enligt Europadomstolen befinner sig den misstänkta under förundersökningen i en särskilt utsatt belägenhet som i de flesta fall endast kan kompenseras genom att denna får tillgång till en försvarare, vars uppgift är att *säkerställa den misstänkta rätt att inte belasta sig själv*. I denna del hänvisade domstolen bland annat till CPT, som vid upprepade tillfällen inskräppt att ”the right of a detainee to have access to legal advice is a fundamental safeguard against ill-treatment”.³⁰⁸⁹ Domstolen noterade dock även förundersökningens betydelse inom straffprocessen ”as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial”. I denna del kan rätten till försvar snarare kopplas till *principen om processuell balans* mellan åklagaren och den misstänkta/tilltalade, som domstolen uttryckligen hänvisade till.³⁰⁹⁰ För att återigen citera Wu, här tillsammans med Vander Beker:

³⁰⁸⁶ Se även exv. *A.T. v. Luxembourg* (app. no. 30460/13) p. 65, där ED anförde att den misstänkta har en rätt till försvarare under förhöret (“a person ‘charged with a criminal offence’ within the meaning of Article 6 of the Convention is entitled to receive legal assistance from the time he or she is taken into police custody or otherwise remanded in custody and, as the case may be, during questioning by police or by an investigating judge ...”).

³⁰⁸⁷ Jfr Leverick (Edinburgh L. Rev. 15/2011) som skiljer mellan fyra argument, som delvis flyter samman under följande rubriker: (1) ”Legal assistance is necessary to provide emotional support” (s. 362 f.); (2) ”Legal assistance is necessary to protect suspects from ill-treatment” (s. 364 f.); (3) ”Legal assistance is necessary to help suspects to understand or enforce the right to silence” (s. 365 ff.); samt (4) ”Legal assistance is necessary to prevent wrongful conviction” (s. 372 ff.), i sistnämnt avseende genom att förhindra falska erkännanden (både framtvingade och frivilliga).

³⁰⁸⁸ Wu (Int’l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 51. Jfr Stavros (1993) s. 202, som gör en motsvarande distinktion: “[P]rofessional assistance does not only ensure that the defence of the accused is properly prepared and presented. It also guarantees respect of the latter’s procedural rights, which might be inadvertently, or even purposefully, threatened.” I det senare fallet talar Stavros (a. st.) om försvararen ”as the watch dog of procedural regularity”.

³⁰⁸⁹ Här varierar terminologin något. I *Jalloh v. Germany* (app. no. 54810/00) hänvisade exv. ED (p. 100) till ”generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6”, syftande till att skydda ”the accused against *improper compulsion* by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6”, med tillägg: ”The right not to incriminate oneself, in particular presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through *methods of coercion or oppression*”. I senare avgöranden har domstolen motiverat behovet av skydd i ännu starkare ordalag; se exv. *Pishchalnikov v. Russia*, där domstolen förklarade (p. 86) att ”the police and prosecution authorities, experts in the field of criminal proceedings ... are well-equipped with various, often psychologically coercive, interrogation techniques which facilitate, or even prompt, receipt of information from an accused”. Se även Wu (Int’l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 51.

³⁰⁹⁰ I senare avgöranden har domstolen också i denna del spestat till argumentationen. Sålunda anförde ED, i *Pishchalnikov v. Russia* p. 84, att ”criminal law – substantive as well as procedural – and criminal proceedings are a rather complex and technical matter which is often incomprehensible to laypersons” samt att ”at every stage of criminal proceedings decisions have to be taken, the wrong decision being able to cause irreparable damage”. Juridiska kunskaper var därför ”usually required in order to assess the consequences of such decisions”. Se och härtill Wu & Vander Beken (Eur. J. Crim. Policy Res. 19/2013) s. 194.

”In *Salduz*, the Court expressly linked the right of access not only to the need to protect the accused against abusive conduct on the part of the authorities and the prevention of miscarriages of justice but also to the fulfilment of the aims of Article 6, notably ‘equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused’. Although, traditionally, the principle of equality of arms has been reserved for the trial, the realization that the examination of evidence does not always occur in court has become widespread.”³⁰⁹¹

Sammantaget ansåg Europadomstolen att rätten till en rättvis rättegång – för att vara effektiv – som regel (”as a rule”³⁰⁹²) kräver att den misstänkta får tillgång till en försvarare redan vid *det inledande skedet av det första förhöret*, dels för att skyddas mot otillbörliga åtgärder från polis och åklagare,³⁰⁹³ dels för att kunna förbereda sitt försvar på ett ändamålsenligt sätt. Denna rätt kunde dock begränsas, under följande två premisser: att det (1) förelåg så starka skäl (”compelling reasons”) att inskränkningen framstod som berättigad (”the restriction was justified”); samt (2) att rätten till en rättvis rättegång – betraktad som en helhet – inte inskränktes (”in the light of the entirety of the proceedings, it has not deprived the accused of a fair hearing”). Om den misstänkta lämnat besvärande uppgifter under förhör utan att ha en försvarare närvarande, menade dock domstolen att rätten till en rättvis rättegång *i princip ofrånkomligen kommer att kränkas* (”will in principle be irretrievably prejudiced”) om dessa uppgifter sedermera läggs till grund för en fällande dom.³⁰⁹⁴ Applicerat på omständigheterna i det aktuella fallet kunde domstolen således konstatera en kränkning av artikel 6, eftersom den fällande domen grundades på uppgifter som Salduz själv lämnat under förhör utan att ha en försvarare närvarande.³⁰⁹⁵

Som synes ansluter Europadomstolens ståndpunkt i *Salduz* nära till de skiljaktiga meningarna i *Imbrioscia*,³⁰⁹⁶ och därmed, i förlängningen, till *Miranda*.³⁰⁹⁷ Under

³⁰⁹¹ Wu & Vander Beken (Eur. J. Crim. Policy Res. 19/2013) s. 194. Se även Wu (Int’l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 51: ”The participative defence rationale ... highlights the Court’s acknowledgment of the important impact the interrogation stage may have for the subsequent criminal proceedings, the vulnerable position that the suspects are in, and of the need of lawyer help therefore to achieve an effective defence. Noticeably, in *Salduz*, the Court expressly linked the right of access not only to the need to protect the accused against abusive conduct on the part of the authorities and the prevention of miscarriages of justice but also to the fulfilment of the aims of Article 6, notably ‘equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused’ ...”

³⁰⁹² Denna ”regel” har bekräftats i flera avgöranden; se exv. *Yuriy Volkov v. Ukraine* p. 61: ”As a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right.”

³⁰⁹³ Jfr även *Pishchalnikov v. Russia* p. 78: ”[I]f an accused has no lawyer, he has less chance of being informed of his rights and, as a consequence, there is less chance that they will be respected.”

³⁰⁹⁴ Avgörandet kommenteras av Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 799 ff. och av Danelius, Hans, *Europadomstolens domar – fjärde kvartalet 2008* (SvJT 1/2009) s. 84-116 (s. 106). Se även exv. Wallace, Donald, *Recent Legal Developments – Redress of Human Rights Abuses in Criminal Justice in International Human Rights Jurisprudence for 2008* (I.C.J. Rev. 19/2009) s. 507-523 (s. 512 f.) och Wu (Int’l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 50 ff. Att rätten till en rättvis rättegång i princip ofrånkomligen kränks under dessa förhållanden har också bekräftats i flera senare avgöranden; se exv. *Yuriy Volkov v. Ukraine* p. 61 och *Nechto v. Russia* (app. no. 24893/05) p. 102.

³⁰⁹⁵ *Salduz v. Turkey* p. 56-62.

³⁰⁹⁶ Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 801.

³⁰⁹⁷ Även exv. Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien (”ICTY”) verkar upprätthålla samma standard; se avgörandet *Prosecutor v. Zdravko Music* (case no. IT-9 6-21-T), Decision on the Motion to Exclude Evidence.

benämningen ”Salduz-doktrinen”³⁰⁹⁸ (eller ”Salduz-principen”³⁰⁹⁹) har denna extensiva tolkning av artikel 6.3.c sedermera etablerats och vidareutvecklats i Europadomstolens praxis.³¹⁰⁰ Vad gäller tidpunkten för försvararinträdet har domstolen således gått ännu längre i senare avgöranden, vilket kan exemplifieras genom avgörandet *Dayanan mot Turkiet*, där domstolen anförde följande:

”In accordance with the generally recognised international norms, which the Court accepts and which form the framework for its case-law, an accused person is entitled, as soon as he or she *is taken into custody to be assisted by a lawyer*, and not only while being questioned. Indeed, the fairness of proceedings requires that an accused be able to obtain the whole range of services specifically *associated with legal assistance*. In this regard, counsel has to be able to secure without restriction the fundamental aspects of that person’s defence: discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, *preparation for questioning*, support of an accused in distress and checking of the conditions of detention.”³¹⁰¹

Sammanfattningsvis följer av tydlig konventionspraxis att rätten till försvarare inträder redan *inför* – och i vart fall senast *under* – det inledande förhöret,³¹⁰² vilket har föranlett lagändringar i många europeiska länder.³¹⁰³ Dock inte i Sverige.

6.2.4 Att avstå rätten till försvarare

Bara en månad efter att Europadomstolen meddelat dom i *Salduz* avgjorde domstolen det snarlika målet *Panovits mot Cypern*.³¹⁰⁴ I det senare avgörandet utvecklade dock domstolen också förutsättningarna under vilka en misstänkt person kan avstå rätten till försvarare, och bidrog därmed ytterligare till att etablera av en europeisk

³⁰⁹⁸ van Puyenbroeck & Vermeulen (I.C.L.Q. 60/2011) s. 1028 och Wu (Int’l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 53.

³⁰⁹⁹ Jackson, John D., *Responses to Salduz: Procedural Tradition, Change and the Need for Effective Defence* (Mod. L. Rev. 79/2016) s. 987-1018 (s. 1001).

³¹⁰⁰ Wu (Int’l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 53 samt de exempel från ED:s praxis som lämnats löpande ovan.

³¹⁰¹ *Dayanan v. Turkey* (app. no. 7377/03) p. 32. Jfr även *Zaichenko v. Russia* (app. no. 39660/02) p. 47-48.

³¹⁰² Jfr Beijer (Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 18/2010) s. 336, som konstaterar att rätten till försvarare mycket väl kan inträda *före* förhöret inleds. I *Panovits v. Cyprus* (app. no. 4268/04) konstaterade ED (p. 66), liksom i *Salduz*, att ”Article 6 requires that the accused be given the benefit of the assistance of a lawyer already at the *initial stages* of police interrogation”. Samma konstaterande i p. 77, där domstolen istället talar om ”lack of legal assistance to the applicant in the *initial stages* of police questioning”. Se även p. 70, där ED talar om ”[the] right to consult a lawyer *before proceeding* to make any statement”, ”[the right] to legal representation *before ... questioning*”, resp. ”[the right] to see a lawyer *before saying anything* to the police”.

³¹⁰³ Se den utförliga redogörelsen hos Giannouloupoulos, Dimitrios, *Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale of the Right to Custodial Legal Assistance in Five Countries* (Hum. Rts L. Rev. 16/2016) s. 103-129, som bl.a. konstaterar att *Salduz* har haft ”[a] considerable influence in European countries” (s. 106), ”[a] drastic influence on national legal systems” (s. 116) resp. ”a striking impact on those European countries that, prior to *Salduz*, were still not recognizing the right of access to a lawyer in custodial interrogation” (s. 128). Se även exv. Jackson (Mod. L. Rev. 79/2016) s. 987, som noterar ”the rapidly changing position across Europe in the light of the *Salduz* decision” samt Weisselberg (B.U. L. Rev. 97/2017) s. 1276, som konstaterar att ”*Salduz* [has] had a substantial impact on national law in Europe”.

³¹⁰⁴ Avgörandet kommenteras från ett svenskt perspektiv av Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 801 ff. och av Danelius (SvJT 1/2009) s. 112.

motsvarighet till den amerikanska Miranda-regeln.³¹⁰⁵ Omständigheterna i målet var som följer:

Panovits, som vid tidpunkten var 17 år gammal, kallades till polisstationen tillsammans med sin pappa. När Panovits inställde sig på stationen arresterades han och anklagades för mord, varefter han förhördes i enrum utan en försvarare närvarande. Efter en dryg timmes förhör – under vilka Panovits enligt egen utsaga utsattes för otillbörlig påverkan från polisen – erkände han brottet. När han sedermera åtalades hävdade Panovits att hans erkännande inte var frivilligt, utan ett resultat av ”deception, psychological pressure, promises, threats and other tactics aimed at creating fear”.³¹⁰⁶ Efter att ha konstaterat att Panovits inte utsatts för någon otillbörlig påverkan valde domstolen att betrakta erkännandet som frivilligt, och dömde – bland annat med hänsyn till Panovits egen utsaga – honom för dråp respektive rån till sex års fängelse. Panovits överklagade domen och hävdade att hans erkännande inte var frivilligt och att hans rätt till försvarare hade åsidosatts. Närmare bestämt gjorde Panovits gällande att han varken hade informerats om sin rätt till försvarare eller om sin rätt att vara tyst under förhören. Överinstansen avlog dock överklagandet. Inför Europadomstolen vidhöll Panovits sin ståndpunkt, medan Cypern menade att det inte förelåg någon kränkning av art. 6, eftersom Panovits hade informerats om sina rättigheter.

Europadomstolen inledde med att bekräfta sina principiella resonemang i *Salduz*. Sålunda konstaterade domstolen, för det första, att artikel 6 i allmänhet och artikel 6.3.c i synnerhet också omfattar förundersökningen, ”if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its requirements”.³¹⁰⁷ För det andra konstaterade domstolen att ”the concept of fairness enshrined in Article 6 requires that the accused be given the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation”. Avsaknaden av försvarare stred således mot rätten till en rättvis rättegång ”in the absence of compelling reasons that do not prejudice the overall fairness of the proceedings”.³¹⁰⁸ Därefter uttalade sig domstolen under vilka förutsättningar en misstänkt person kan avstå sin rätt till försvarare, och det är i detta avseende som avgörandet är särskilt intressant:

”The Court reiterates that a waiver of a right guaranteed by the Convention – in so far as it is permissible – must not run counter to any important public interest, must be established in an unequivocal manner and must be attended by minimum safeguards commensurate to the waiver’s importance. Moreover, before an accused can be said to have impliedly, through his conduct, waived an important right under Article 6, it must be shown that *he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be*. The Court considers that given the vulnerability of an accused minor and the imbalance of power to which he is subjected by the very

³¹⁰⁵ En intressant redogörelse för det europeiska systemet från ett amerikanskt perspektiv, med vissa komparativa inslag, finns hos van Kessel, Gordon, *European Perspectives on the Accused as a Source of Testimonial Evidence* (W. Va. L. Rev. 100/1997-98) s. 799-846.

³¹⁰⁶ *Panovits v. Cyprus* p. 13.

³¹⁰⁷ *Panovits v. Cyprus* p. 64.

³¹⁰⁸ *Panovits v. Cyprus* p. 66.

nature of criminal proceedings, a waiver by him or on his behalf of an important right under Article 6 can only be accepted where it *is expressed in an unequivocal manner* after the authorities have taken all reasonable steps to ensure that he or she is fully aware of his rights of defence and can appreciate, as far as possible, the consequence of his conduct.”³¹⁰⁹

Den som anklagas för brott kan således avstå både från sin rätt till försvarare och från sin rätt att vara tyst, exempelvis genom att lämna uppgifter i polisförhör utan en försvarare närvarande. För att ett sådant avstående skall vara förenligt med konventionen måste dock den enskilda: (1) tydligt ha avstått från rätten till biträde; samt (2) rimligen ha kunnat förutse konsekvenserna av sitt agerande. Följaktligen ankommer det på polis och åklagare att både informera den enskilda om sina rättigheter och förklara konsekvenserna av att avstå ifrån dem. I det aktuella målet fann domstolen att Panovits varken hade informerats om sina rättigheter eller kunnat förutse konsekvenserna av sitt handlande. Att Panovits både hade rätt att få tillgång till en försvarare och en rätt att vara tyst under förhören var inte tillräckligt – tvärtom krävdes det *aktiva åtgärder* från polis och åklagare:

”The passive approach adopted by the authorities in the present circumstances was clearly not sufficient to fulfil their positive obligation to furnish the applicant with the necessary information enabling him to access legal representation.”³¹¹⁰

Slutligen konstaterade domstolen att Panovits förvisso hade företrätts av en försvarare under huvudförhandlingen, men att detta inte var tillräckligt för att ”läka” bristerna under förundersökningen, eftersom den fällande domen bland annat grundades på det erkännande som Panovits lämnat under de inledande polisförhören (utan försvarare närvarande).³¹¹¹ Följaktligen hade artikel 6.1 och 6.3.c kränkts.³¹¹²

Av *Salduz* och *Panovits* följer sammanfattningsvis att den som anklagas för brott som huvudregel har rätt till försvarare vid ett mycket tidigt skede; Europadomstolen talar om *det inledande skedet* av polisförhöret.³¹¹³ Att den misstänkta helt saknat en försvarare under de inledande förhören strider dock inte nödvändigtvis mot rätten till rättvis rättegång, exempelvis om en sådan förordnas senare under processen och rättegången därmed – betraktad som en helhet – kan anses rättvis. Om den enskilda lämnar uppgifter i förhör utan att ha informerats om och medvetet avstått från sin rätt till försvarare får dock dessa uppgifter inte användas i en kommande rättegång. I en sådan situation spelar det i princip ingen roll om en försvarare utses vid ett senare skede; används uppgifterna mot den tilltalade har vederbörandes rättigheter enligt artikel 6 kränkts.³¹¹⁴

³¹⁰⁹ *Panovits v. Cyprus* p. 68.

³¹¹⁰ *Panovits v. Cyprus* p. 72 (och jfr p. 74 ang. rätten att vara tyst). Se även, ang. passivitet hos åklagaren, *Berlinski v. Poland* (app. nos. 27715/95; 30209/96).

³¹¹¹ *Panovits v. Cyprus* p. 75.

³¹¹² *Panovits v. Cyprus* p. 77.

³¹¹³ Ang. tidpunkten; se fn. 3101-3102 ovan.

³¹¹⁴ Jfr Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 804.

Vad som i viss mån komplicerar saken är att både Salduz och Panovits var underåriga (17 år gamla), vilket domstolen både uppmärksammade och fäste varierande vikt vid.³¹¹⁵ Detta torde dock inte ha varit av avgörande betydelse, eftersom domstolen i ett stort antal senare avgöranden har tillämpat Salduz-doktrinen också när den tilltalade varit över 18 år. Ett exempel härpå är avgörandet *Pishchalnikov mot Ryssland*, som jag i nästföljande avsnitt genomgående kommer att använda för att slutföra diskussionen kring några kvarstående frågor.³¹¹⁶ Omständigheterna var som följer:

Pishchalnikov arresterades av polis, misstänkt för väpnat rån, och fördes till polisstationen. Under tre dagar (den 15-17 december 1998) förhöordes han vid två tillfällen, samt vallades runt på diverse brottsplatser (i domen omtalade som ”investigative experiments”), utan att ha någon försvarare närvarande, varvid Pishchalnikov först erkände och därefter bekräftade sitt eget erkännande avseende en rad grova brott såsom rån, mord, kidnappning, bilkapning och vapeninnehav. Inför det första förhört hade den misstänkte, enligt Rysslands mening, informerats både om sin rätt till försvarare och om sin rätt att vara tyst. Pishchalnikov gjorde också gällande att han vid detta tillfälle hade begärt att få tillgång till en försvarare innan förhört inleddes, samt upprepat denna begäran inför det andra förhört. Polisen hade dock inte hörsammat hans önskemål utan genomfört förhört utan försvarare närvarande. Efter omkring en vecka delgavs Pishchalnikov misstanke om väpnat rån i närvaro av en offentlig försvarare (”free legal aid counsel”), varvid han återigen informerades om sina rättigheter. Under de förhör som sedan följde avböjde Pishchalnikov att ha en försvarare närvarande eftersom han var rädd för ”informationsläckage”. Under en period av flera månader följde nya förhör, under vilka den misstänkte ibland hade tillgång till försvarare, ibland inte. Efter det sista förhört undertecknade Pishchalnikov en handling där han dels bekräftade att han hade informerats om sina rättigheter (däribland rätten att vara tyst, att inte belasta sig själv och att få tillgång till en försvarare), dels erkände delaktighet i urkundsförfalskning avseende två pass. Den övriga brottslighet som han anklagades för förnekade han dock nu delaktighet i. Omkring 1,5 år efter att Pishchalnikov hade arresterats väcktes åtal, och ytterligare ett halvår senare höll domstolen huvudförhandling. Domstolen dömde Pishchalnikov – mot sin förnekande – för mord, tortyr, kidnappning, olaga frihetsberövande, stöld, rån, försök till rån, bilkapning, delaktighet i en kriminell sammanslutning samt för den erkända urkundsförfalskningen till 22 års fängelse. Domstolen noterade förvisso att den tilltalade nu förnekade samtliga åtalspunkter utom en, men valde att istället lägga de uppgifter som han initialt hade lämnat under förundersökningen till grund för sin fällande dom. Pishchalnikov överklagade domen bland annat på den grunden att han inte hade haft tillgång till försvarare under de förhör som nu återopades mot honom, och begärde att domstolen skulle förordna hans system att – såsom offentlig försvarare – biträda honom vid överklagandet. Den regionala domstolen avlog

³¹¹⁵ Se *Salduz v. Turkey* p. 60 (”the Court stresses the fundamental importance of providing access to a lawyer where the person in custody is a minor”) resp. *Panovits v. Cyprus* p. 67-68 (”The Court notes that the applicant was 17 years old at the material time”) och 73 (”the Court finds that the lack of provision of sufficient information on the applicant’s right to consult a lawyer before his questioning by the police, especially given the fact that he was a minor at the time”).

³¹¹⁶ Avgörandet har kommenterats av Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 805 samt av Lundqvist (2015) s. 115 ff. Se även det efterföljande avgörandet *Pakshayev v. Russia* (app. no. 1377/04).

den klagandes yrkande om att hans syster skulle förordnas som försvarare eftersom det enligt rysk rätt inte var tillåtet att företrädas av en familjemedlem. Domstolen ”noterade” dock att det stod Pishchalnikov fritt att begära att en annan försvarare skulle förordnas istället. Någon sådan begäran kom dock inte in till domstolen, och Pishchalnikov kom därför att företräda sig själv. Sedan handlingarna översänts till Högsta domstolen fastställdes domen såvitt avsåg de flesta åtalspunkterna, varvid domstolen återigen fäste vikt vid det erkännande som Pishchalnikov hade lämnat i de initiala förhören. Straffet fastställdes slutligen till fängelse i 20 år. Pishchalnikov, å sin sida, klagade hos Europadomstolen, bland annat på den grunden att han inte hade haft tillgång till försvarare, varken under de första polisförhören – det vill säga de förhör då han hade erkände i princip alla de brott som han misstänktes och sedermera (med erkännandet som grund) dömdes för – eller vid överklagandet till Högsta domstolen. Ryssland, å sin sida, menade att Pishchalnikovs rättigheter enligt konventionen inte vid något tillfälle hade kränkts eftersom han genomgående hade informerats om sina rätt till försvarare, aldrig hade hindrats från att anlita försvarare, vid flera tillfällen haft tillgång till (offentligt förordnad) försvarare och under långa perioder själv avstått – både implicit och explicit – från sin rätt till försvarare.

I sin dom inledde Europadomstolen med att bekräfta resonemangen från tidigare avgöranden. Således konstaterade domstolen att rätten till försvarare – ”assigned officially if need be” – utgör ett centralt inslag i rätten till en rättvis rättegång.³¹¹⁷ Att en misstänkt får tillgång till försvarare tidigt under processen var enligt domstolen ägnat att säkerställa:

1. den *processuella balansen* mellan parterna (att uppnå målen med art. 6, ”notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused”³¹¹⁸). I denna del framhöll domstolen, i linje med tidigare avgöranden, förundersökningens centrala betydelse i straffprocessen, ”as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial”³¹¹⁹. Den misstänkta agerande under förundersökningen var följaktligen ”decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings”,³¹²⁰ varför artikel 6 i *normalfallet* kräver att den misstänkta ”benefit[s] from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation”.³¹²¹
2. den tilltalades rätt att *inte belasta sig själv* (att skydda den tilltalade mot ”abusive coercion on the part of the authorities”³¹²², ”improper compulsion by the authorities”³¹²³ respektive ”methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused”³¹²⁴). I denna del framhöll domstolen, likaså i linje med tidigare

³¹¹⁷ *Pishchalnikov v. Russia* p. 66.

³¹¹⁸ *Pishchalnikov v. Russia* p. 68.

³¹¹⁹ *Pishchalnikov v. Russia* p. 69.

³¹²⁰ *Pishchalnikov v. Russia* p. 67.

³¹²¹ *Pishchalnikov v. Russia* p. 67.

³¹²² *Pishchalnikov v. Russia* p. 68.

³¹²³ *Pishchalnikov v. Russia* p. 71.

³¹²⁴ *Pishchalnikov v. Russia* p. 71.

avgöranden, den misstänkta utsatta belägenhet i förhållande till polis och åklagare; ”an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex”.³¹²⁵ Denna utsatta ställning kunde *i de flesta fall* bara kompenseras ”by the assistance of a lawyer whose task is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself”.³¹²⁶

På dessa två – delvis överlappande – grunder bekräftade domstolen Salduz-doktrinen, det vill säga att artikel 6 *som regel* kräver att en misstänkt har tillgång till försvarare redan vid det första polisförhöret, såvida det inte finns tungt vägande skäl att begränsa denna rätt.³¹²⁷ Denna ”princip” ansågs ligga i linje med ”generally recognised international human rights standards which are at the core of the concept of a fair trial”.³¹²⁸ I jämförelse med tidigare domar utvecklade dock domstolen sitt resonemang högst betydligt, och avgörandet kan därför användas för att fördjupa vissa resonemang.

6.2.4.1 Biträde på begäran av den misstänkta (eller *ex officio*?)

I en lång rad domar har Europadomstolen konstaterat att ”a lawyer should *be provided* as from the first interrogation”, att den som anklagas för brott skall ”have the *benefit of the assistance of a lawyer*” respektive ”be *allowed to benefit from the assistance of a lawyer*” – ibland med tillägget ”assigned officially if need be”. Frågan är dock vad som egentligen avses med detta. Handlar det (1) om att staten inte får hindra den enskilda från att anlita och samråda med en privat försvarare,³¹²⁹ eller om att staten är förpliktigad att förordna en offentlig försvarare?³¹³⁰ Och om det senare är fallet: Inträder (2) denna skyldighet på begäran av den misstänkta (vilket innebär att den enskilda kan avstå sin rätt till försvarare, genom att *inte* begära en sådan), eller skall en försvarare förordnas *ex officio* om rättvisans intresse så kräver (oberoende av, och i förekommande fall i strid med, den tilltalades vilja)? *Salduz* och *Panovis* ger endast begränsad vägledning i dessa frågor.³¹³¹ I *Pishchalnikov* gjorde dock den klagande – med hänvisning till *Quaranta* – gällande att han hade rätt till en offentligt finansierad försvarare i det aktuella målet, både vid de inledande polisförhören och i samband med överklagandet till Högsta domstolen, vilket ger oss förutsättning att fördjupa

³¹²⁵ *Pishchalnikov v. Russia* p. 69.

³¹²⁶ *Pishchalnikov v. Russia* p. 69.

³¹²⁷ *Pishchalnikov v. Russia* p. 70.

³¹²⁸ *Pishchalnikov v. Russia* p. 71.

³¹²⁹ Jfr Danelius (2015) s. 343.

³¹³⁰ Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) ställer (och försöker besvara) samma fråga på s. 809 f.

³¹³¹ Den tolkning av domarna som kommer till uttryck i Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 809 betraktar jag dock som logisk: ”Att domstolen anser det vara av så stor betydelse att den brottsanklagade får överlägga med försvarare innan polisförhöret kan tyda på att domstolen anser att en offentlig försvarare borde förordnas. Europadomstolen anser ju det vara av så stor vikt att den brottsanklagade får möjlighet att rådgöra med en försvarare innan första polisförhöret, att rättegången inte anses ha varit rättvis om så inte sker. Man kan argumentera för att om den brottsanklagade inte har råd att anlita en privat försvarare så torde väl rättegången som helhet anses lika orättvis som om han visserligen haft råd att göra det men förbjudits att göra det av polisen.”

den första frågan ovan. Att Quaranta-kriterierna var uppfyllda rådde det heller inga tveivel om, vilket gör diskussionen förhållandevis renodlad.³¹³²

I målet förelåg viss oenighet kring vad som egentligen hade förevarit vid de initiala förhören. Enligt den klagandes mening hade han – innan han hördes av polisen – begärt att en (offentlig) försvarare skulle förordnas åt honom. Ryssland gjorde dock gällande att den klagande endast hade förklarat att han själv avsåg att anlita en (privat) försvarare (nedan omtalad som ”Mr. L”), och eftersom den klagande inte hade hindrats från detta så hade hans rätt till försvarare inte kränkts. Europadomstolen förklarade dock att denna meningsskillnad var irrelevant i sammanhanget, eftersom det stod klart att Pishchalnikov *i vart fall hade uttryckt en vilja* att biträdas av en försvarare. I en sådan situation räckte det inte att de brottsutredande myndigheterna intog en passiv hållning (genom att inte hindra den enskilda från att anlita en försvarare), utan polis/åklagare var skyldiga att vidta aktiva åtgärder (och därigenom tillse att den enskildas rättigheter faktiskt tillgodoses). Domstolen anförde:

”It suffices to note that the *applicant made his intention to be assisted by counsel sufficiently clear* to make it imperative for the investigating authorities to give him the benefit of legal assistance, unless there existed compelling reasons justifying the denial to the applicant of access to a lawyer. [...] [I]n the event that Mr. L. was unavailable, the investigating authorities should have offered the applicant the possibility to retain another counsel or appointed a lawyer from the local Bar Association to assist the applicant. [...] [Instead], the investigator proceeded to question the applicant *despite the latter’s pending request for legal assistance.*”³¹³³

Beträffande den första frågan ovan kan domen bara förstås som så, att om rättvisans intresse kräver att den misstänkta har tillgång till en försvarare – därför att målet är komplext eller den möjliga påföljden är ingripande – ankommer på det allmänna att garantera tillgång till en försvarare.³¹³⁴ Detta kan ske antingen genom att den misstänkta inte hindras från att själv anlita privat försvarare (om denna har tillräckliga medel), eller genom att en offentlig försvarare förordnas för allmänna medel. Som synes anknöt dock Europadomstolen statens skyldighet att vara aktiv till den misstänkta viljeyttring; domstolen hänvisade dels till att Pishchalnikov ”[had] made his *intention* to be assisted by counsel sufficiently clear”, dels till att det vid tidpunkten för förhören fanns en ”pending *request* for legal assistance”. Det framgår också uttryckligen av domen att en misstänkt, under vissa närmare förutsättningar, kan avstå från sin rätt till försvarare.³¹³⁵ Vi kan därmed konstatera att staten befrias från sina skyldigheter att förordna en försvarare om den misstänkta både har informerats om och avstått från denna rättighet, under förutsättning att både informationen och avståendet uppfyller kraven enligt artikel 6 (enligt vad

³¹³² Vissa av brotten som Pishchalnikov till slut misstänktes, åtalades och dömdes för upptog dödsstraff i straffskalan, låt vara att straffet stannade vid ett långt fängelsestraff.

³¹³³ *Pishchalnikov v. Russia* p. 72-75.

³¹³⁴ Jfr även *Panovits v. Cyprus* p. 72 och härtill Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 810.

³¹³⁵ *Pishchalnikov v. Russia* p. 77.

jag strax skall utveckla). Med detta har vi också besvarat den andra frågan ovan: någon på konventionen grundad skyldighet att ex officio förordna försvarare mot den misstänkta vilja finns som utgångspunkt inte, vilket dock *inte skall förstås som att detta är förbjudet*. I flera domar har nämligen Europadomstolen konstaterat att det inte strider mot Europakonventionen att förordna en försvarare, trots att den misstänkta uttryckligen har motsatt sig detta.³¹³⁶ Med andra ord innefattar artikel 6 inte någon rätt till självrepresentation ("right to self-representation").

Sammanfattningsvis är den misstänkta *rätt till försvarare* knuten till dennas viljeyttring, på så vis att staten inte är skyldig att förordna en försvarare om den misstänkta avstår från denna rättighet. Eftersom den misstänkta *inte har rätt att föra sin egen talan* är det dock inte heller förbjudet att förordna en försvarare i strid med den misstänkta viljeyttring. Mot denna bakgrund skall jag nu precisera under vilka förutsättningar en misstänkt skall anses ha avstått sin rätt till försvarare.

6.2.4.2 Implicit eller explicit avstående

I *Pishchalnikov* hade den klagande förhört två gånger under två dagar (den 15:e och 16:e december) samt vallats på brottsplatsen (den 17:e december) utan försvarare närvarande, och vid dessa tillfällen erkänt viss brottslighet. Trots att *Pishchalnikov* hade explicitgjort sin vilja att biträdas av försvarare menade Ryssland att han implicit hade avstått från denna rättighet *genom sitt erkännande*:

"[The Government] emphasised that, at least prior to his questioning on 15 December 1998, the applicant had been apprised of his constitutional right not to make self-incriminating statements. The Government implied that the applicant's *decision to confess his guilt* to the investigator during the interrogations on 15 and 16 December 1998 constituted an implicit waiver of his right to counsel."³¹³⁷

I vart fall menade Ryssland att *Pishchalnikov* hade avstått sin rätt till försvarare *genom att frivilligt bekräfta erkännandet* vid vallningen på brottsplatserna ("the investigative experiment") dagen därpå:

"During that experiment ... he had confirmed his previous statements made during the interrogations on 15 and 16 December 1998. It appears that, in the Government's view, the fact that the applicant *had voluntarily repeated his confessions nullified all possible deficiencies* which had occurred during those two previous interrogations."³¹³⁸

Europadomstolen var dock inte särskilt imponerad av denna argumentationslinje. Förvisso noterade domstolen att "neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or

³¹³⁶ Se de i fn. 2976 ovan diskuterade avgörandena *Croissant v. Germany* och *Lagerblom v. Sweden*. Dessa avgöranden diskuteras också i avsnitt 6.2.6.1 nedan. Se även Emmerson et al. (2012) s. 415 ff.

³¹³⁷ *Pishchalnikov v. Russia* p. 76.

³¹³⁸ *Pishchalnikov v. Russia* p. 81.

tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial”. Ett sådant avstående måste dock, med domstolens ord,

”... be established in an *unequivocal manner* and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance. A waiver of the right, once invoked, must not only be *voluntary*, but must also constitute a *knowing* and *intelligent* relinquishment of a right. Before an accused can be said to have implicitly, through his conduct, waived an important right under Article 6, it must be shown that he could *reasonably have foreseen what the consequences of his conduct* would be. The Court considers that the right to counsel, being a fundamental right among those which constitute the notion of fair trial and ensuring the effectiveness of the rest of the foreseen guarantees of Article 6 of the Convention, is a prime example of those rights which require the special protection of the *knowing and intelligent waiver standard*. It is not to be ruled out that, after initially being advised of his rights, an accused may himself validly waive his rights and respond to interrogation. However, the Court strongly indicates that *additional safeguards are necessary* when the accused asks for counsel because if an accused has no lawyer, he has less chance of being informed of his rights and, as a consequence, there is less chance that they will be respected.”³¹³⁹

Klart är således att ett avstående av centrala rättigheter – däribland rätten till försvarare – i teorin kan ske implicit, exempelvis genom att en misstänkt medverkar i ett förhör utan försvarare närvarande, efter att ha informerats om sina rättigheter på ett tydligt sätt. För att säkerställa rätten till försvarare formulerade dock Europadomstolen, som synes, ett antal ytterligare ”safeguards”. För det första skall ett förhör *genast avbrytas* om den misstänkta antyder att denna vill ha en försvarare närvarande. Därefter får förnyade förhör, för det andra, *inte ske på polisens/åklagarens initiativ intill dess den misstänkta har fått tillgång till försvarare*. Detta då förhörsituationen som sådan innebär en påtagligt risk för att den misstänkta lämnar besvärande uppgifter – rent av falska erkännanden – endast för att undgå fortsatta förhör.³¹⁴⁰ Att en person, som initialt har begärt biträde av försvarare, medverkar i ett förhör (och eventuellt erkänner brott) betyder således varken att vederbörande har avstått sin rätt till försvarare, eller rätten att vara tyst/inte belasta sig själv, såvida förhören inte (1) har tillkommit på den misstänkta eget initiativ, eller (2) äger rum efter att den misstänkta har konsulterat en försvarare.³¹⁴¹ I *Pishchalnikov* hade både förhöret den 15:e och den 16:e skett på

³¹³⁹ *Pishchalnikov v. Russia* p. 77-78.

³¹⁴⁰ Se även exv. *Omelchenko v. Ukraine* p. 48: ”As regards the subsequent questioning sessions ... it is notable that they took place *after* the applicant had been notified of his status as a suspect and had signed waivers of his right to legal assistance. However, in assessing whether these waivers were genuine and unequivocal, the Court notes that the applicant signed them while remaining in police custody. [...] *The fact that the applicant signed this waiver while ... having no ability to consult a lawyer* gives rise to a strong suspicion that it was obtained in defiance of the applicant’s will. This waiver cannot therefore be regarded as compliant with the Convention requirements.”

³¹⁴¹ *Pishchalnikov v. Russia* p. 79, där ED anförde följande: ”In the Court’s view, when an accused has invoked his right to be assisted by counsel during interrogation, a valid waiver of that right *cannot be established by showing only that he responded to further police-initiated interrogation even if he has been advised of his rights*. Moreover, the Court is of the opinion that an accused such as the applicant in the present case, who had expressed his desire to participate in investigative steps only through counsel, should not be subject to further interrogation by the authorities *until counsel has been made available to him*, unless the accused *himself initiates further communication, exchanges, or conversations with the police or prosecution*.”

initiativ av polisen. Att den misstänkte vid dessa förhör hade erkänt viss brottslighet kunde därmed inte tolkas som ett avstående av rätten till försvarare – alldeles oavsett om han dessförinnan informerats om sina rättigheter – eftersom Pishchalnikov hade uttryckt en vilja att ha försvarare närvarande:

”The fact that the police proceeded to questioning the applicant in the absence of counsel occurred neither at the applicant’s suggestion nor at his request. There is no evidence that the confessions made by the applicant during those interrogations were initiated by him. Furthermore, the Court does not rule out that, in a situation when *his request for assistance by counsel had been left without adequate response*, the applicant who, as it follows from the case file, had had no previous encounters with the police, did not understand what was required to stop the interrogation. The Court is mindful that the applicant may not *have had sufficient knowledge, experience, or even sufficient self-confidence* to make the best choice without the advice and support of a lawyer. It is possible that he did not object to further questioning in the absence of legal assistance, seeing the confession (true or not) as the only way to end the interrogation.”³¹⁴²

Den största säkerhetsgarantin etablerade dock domstolen genom kravet på att den misstänkta rimligen måste kunna förutse konsekvenserna av sina beslut, som jag kort skall utveckla i nästa avsnitt. Till följd av denna standard framstår det nämligen som nästintill omöjligt att avstå rätten till försvarare *utan att först ha konsulterat en försvarare*.

6.2.4.3 Informerat avstående

Som framgått ovan måste ett avstående från rätten till försvarare inte bara ske frivilligt, utan också ”constitute a knowing and intelligent relinquishment of [the] right”, i den bemärkelsen att det måste visas att den misstänkta rimligen kunnat förutse konsekvenserna av sitt beslut. I domstolens fortsatta resonemang kring detta krav – omtalat i domen som ”the knowing and intelligent waiver standard” – uppstår vad som närmast kan beskrivas som ett cirkelresonemang. Närmare bestämt anförde Europadomstolen följande:

”Given the lack of legal assistance the Court considers it also unlikely that the applicant could reasonably have appreciated the consequences of his proceeding to be questioned *without the assistance of counsel* in a criminal case concerning the investigation of a number of particularly grave criminal offences. The Court therefore does not find that the applicant’s statements, made *without having had access to counsel*, amounted to a valid waiver of his right.”³¹⁴³

En person som är misstänkt för brott – åtminstone ett allvarligt sådant – kan alltså endast avstå sin rätt till försvarare om vederbörande har möjlighet att bedöma vilka

³¹⁴² Pishchalnikov v. Russia p. 80.

³¹⁴³ Pishchalnikov v. Russia p. 80.

konsekvenserna ett sådant avstående får.³¹⁴⁴ *Givet avsaknaden av biträde* ("the lack of legal assistance") betraktade dock domstolen det som osannolikt att den klagande rimligen hade kunnat bedöma konsekvenserna av att *förhöras utan biträde* ("without the assistance of counsel"). För att kunna bedöma vilka konsekvenser det får att förhöras utan biträde måste alltså den misstänkta först konsultera biträde. Ergo: En misstänkt person kan inte avstå rätten till försvarare utan att först ha överlagt med en försvarare ("without having had access to counsel"), åtminstone inte i mål av det aktuella slaget.³¹⁴⁵ Detsamma gäller i princip rätten att vara tyst. Dessa två rättigheter måste således hållas isär, eftersom ett avstående från den inte med nödvändighet innefattar ett avstående från den andra. I Europadomstolens egen *Guide on Article 6* anförs följande:

"These rights are quite distinct: a waiver of one of them does not entail a waiver of the other. Nevertheless, these rights are complementary, since persons in police custody must *a fortiori* be granted the assistance of a lawyer when they have not previously been informed by the authorities of their right to remain silent. The importance of informing a suspect of the right to remain silent is such that, even where a person willingly agrees to give statements to the police after being informed that his words may be used in evidence against him, this cannot be regarded as a fully informed choice if he has not been expressly notified of his right to remain silent and *if his decision has been taken without the assistance of counsel.*"³¹⁴⁶

För att kunna förutse konsekvenserna av ett visst uttalande måste således den misstänkta också ha konsulterat en försvarare – endast därefter kan vederbörande avstå sin rätt att vara tyst (och framöver rätten till försvarare). Uppgifter som den misstänkta lämnar (eller väljer att *inte* lämna) i förhör utan att först samrått med en försvarare kan följaktligen inte användas som bevis i rättegången, med mindre än att flera överlappande rättigheter enligt artikel 6 kränks.³¹⁴⁷

³¹⁴⁴ Jfr även *Bortnik v. Ukraine* (app. no. 39582/04) p. 42–44. I målet hade klaganden avstått rätten till försvarare och erkänt brott. Under rättegången återtog han dock sitt erkännande. ED betraktade inte det initiala avståndet som "genuine", med följande motivering: "It should be also noted that the applicant has a physical disability, was suffering from chronic alcoholism and belonged to a socially disadvantaged group, which could lead to the conclusion that he was particularly vulnerable, legally ignorant and susceptible to outside influence. In these circumstances the Court finds that the applicant's waiver of legal representation at the initial stage was not genuine."

³¹⁴⁵ Jfr Danelius (2015) s. 345, som anför att det i komplicerade mål kan vara nödvändigt att förordna en försvarare *även om den enskilda avstår sin rätt till försvarare* – "i sådana fall hindrar avståndet inte att det ändå blir frågan om ett konventionsbrott".

³¹⁴⁶ *Guide on Article 6 – Right to Fair Trial* (criminal limb; 2014), s. 22 f. och härtill *Navone and Others v. Monaco* (app. nos. 62880/11; 62892/11; 62899/11) p. 74 och *Brusco v. France* (app. no. 1466/07) p. 54.

³¹⁴⁷ Se även Daly (A.N.J.C. 47/2014) s. 67, som konstaterar att "[t]he link between the right to silence and the right to legal advice has been specifically made by the [ECtHR]", och vidare – m.h.t. *Murray v. United Kingdom* – att "a breach of Art. 6 ECHR was found, not on the grounds of inferences being drawn from pre-trial silence per se, but because the suspect against whom the inference-drawing legislation was invoked was denied access to legal advice in the initial stages of his detention".

6.2.5 Rättegången som en helhet – ett försök till sammanfattning

Som framgått av det föregående inrymmer Europakonventionens artikel 6 en rad olika rättsprinciper som i hög utsträckning överlappar varandra. I *Pishchalnikov* konstaterade också Europadomstolen att de krav som följer av artikel 6.3 – däribland rätten till offentlig försvarare enligt punkten c – skall betraktas ”as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by paragraph 1” samt att ”compliance with the requirements of fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of the isolated consideration of one particular aspect or one particular incident”.³¹⁴⁸ Europadomstolen har således anvisat ett helhetsperspektiv vid tolkningen och tillämpningen av artikel 6.³¹⁴⁹ I detta avslutande avsnitt skall jag försöka sammanfatta detta, och särskilt utveckla i vad mån frånvaro av försvarare under förundersökningen kan kompenseras under processens senare skeden.

Av föregående avsnitt har framgått att Pishchalnikov inte hade tillgång till en försvarare när han erkände viss brottslighet och att hans erkännande inte heller kunde betraktas som ett (acceptabelt) avstående av rätten till försvarare. Mot denna bakgrund återstod det för domstolen att bedöma huruvida rättegången som helhet ändå kunde betraktas som rättvis. I denna del anknöt domstolen till de två argumentationslinjer som redan hade etablerats i praxis, och som i litteraturen har betecknats (1) ”the participative defence rationale”, som avser effektivt försvar/processuell balans, respektive (2) ”the protective rationale” (som avser skyddet mot självinkriminering).³¹⁵⁰ I *Pishchalnikov* vässade dock domstolen båda argumenten.

Vad först avser den processuella balansen mellan parterna anförde domstolen följande:

”The Court firstly notes that criminal law – substantive as well as procedural – and criminal proceedings are a *rather complex and technical matter which is often incomprehensible to laypersons*, such as the applicant. Moreover, practically at every stage of criminal proceedings decisions have to be taken, the wrong decision being able to cause irreparable damage. *Reliable knowledge of law and practice is usually required* in order to assess the consequences of such decisions. [...] In the absence of assistance by counsel, who could have provided legal advice and technical skills, the applicant could not make full and knowledgeable use of his rights afforded by the criminal-procedural law.”³¹⁵¹

³¹⁴⁸ *Pishchalnikov v. Russia* p. 64.

³¹⁴⁹ Detta gäller både de allmänna kraven i art. 6.1 och de särskilda kraven i artikel 6.3; se *Pishchalnikov v. Russia* p. 64 (*“this principle holds true not only for the application of the concept of fair trial as such, as laid down in paragraph 1 of Article 6, but also for the application of the specific guarantees laid down in paragraph 3”*).

³¹⁵⁰ Wu (Int'l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 51. Jfr Stavros (1993) s. 202, som gör en motsvarande distinktion: “[P]rofessional assistance does not only ensure that the defence of the accused is properly prepared and presented. It also guarantees respect of the latter’s procedural rights, which might be inadvertently, or even purposefully, threatened.” I det senare faller talar Stavros (a. st.) om försvararen ”as the watchdog of procedural regularity”.

³¹⁵¹ *Pishchalnikov v. Russia* p. 84-85.

Enligt Europadomstolens mening är alltså en brottmålsrättegång ofta obegriplig (*sic*) för lekmän, vilket är ägnat att försvåra – eller rent av omöjliggöra – för vederbörande att försvara sig på ett effektivt sätt. Denna uppfattning finner också brett stöd i litteraturen. För att bara ta ett exempel:

”A defence to a criminal charge is a legal construct and the question of what fact or facts should be mentioned in pre-trial questioning in order to later make out a specific defence is a difficult one for a suspect. Defences such as self-defence, provocation, duress and insanity, for example, have legal meanings which may not be readily apparent to the layman. Access to legal advice for suspects whose pre-trial failure to mention a particular fact might later be the basis for adverse inference is therefore of utmost importance.”³¹⁵²

Att Pishchalnikov *inte* hade haft tillgång till en försvarare vid de första förhören medförde således att han *inte* hade kunnat utnyttja sina rättigheter i processens inledande skede.

Vad därefter avsåg Pishchalnikovs rätt att vara tyst och inte belasta sig själv är retoriken från domstolen påfallande skarp. Den tilltalade är, med domstolens ord ”surrounded by the police and prosecution authorities, experts in the field of criminal proceedings, who are *well-equipped with various, often psychologically coercive, interrogation techniques* which facilitate, or even prompt, receipt of information from an accused”.³¹⁵³ Mot denna bakgrund betraktade domstolen det som ”inte förvånande” att Pishchalnikov hade erkänt en lång rad brott – ”true or not”³¹⁵⁴ – och därefter bekräftat dessa erkännanden:

”The Court is mindful of the fact that, being put into an *anxious and emotional state* by the intense interrogations during the previous two days, the applicant could have been most easily persuaded to repeat his statements during the investigative experiment on 17 December 1998. The Court accepts that at that moment the applicant could have had the impression that an irreparable mistake of confession had already been made during the first two interrogations, that he had already compromised himself too seriously by giving answers to the investigators’ questions and thus he merely surrendered to further questioning.”³¹⁵⁵

Domstolen noterade också att den klagande omedelbart hade tagit tillbaka sina erkännanden när han väl fick tillgång till en försvarare, och därefter konsekvent

³¹⁵² Daly (A.N.J.C. 47/2014) s. 67. Se även Wu & Vander Beken (Eur. J. Crim. Policy Res. 19/2013), som i nära anslutning till ED:s domskäl anför följande (s. 194 f.): ”In the absence of assistance by counsel, who could provide legal advice and technical skills, the applicant is unable to make the correct assessment of the consequences the decision to provide an account or confess would have on the outcome of the criminal case. Importantly, practically at every stage of criminal proceedings, decisions have to be made, and the wrong decision may cause irreparable damage.” Se även Wu (Int’l J. L. Crime & Just. 39/2011b) s. 53 samt Jackson (I.C.L.Q. 58/2009) s. 861, som anför att ”once the rights of the defence are put in place ... the right of silence reverts to an exercise of will or choice on the part of the individual accused, but a choice that is *made on an informed basis as part of a defence strategy* which is taken in full recognition of the costs and benefits of its exercise”.

³¹⁵³ *Pishchalnikov v. Russia* p. 86.

³¹⁵⁴ *Pishchalnikov v. Russia* p. 80.

³¹⁵⁵ *Pishchalnikov v. Russia* p. 87.

förnekade gärningarna i den efterföljande processen – både under huvudförhandlingen och vid överklagan.³¹⁵⁶ Med denna motivering kom domstolen till följande slutsats:

”In sum, the Court finds that the lack of legal assistance to the applicant at the initial stages of police questioning irretrievably affected his defence rights *and* undermined the appearance of a fair trial *and* the principle of equality of arms. In view of the above, the Court concludes that there has been a violation of [Article 6 § 3.c] in conjunction with Article 6 § 1 in the present case.”³¹⁵⁷

Av Europadomstolens praxis framgår att frågan om en rättegång har varit rättvis som utgångspunkt måste besvaras med beaktande av processen som en helhet, vilket implicerar att frånvaro av en försvarare under processens inledning kan kompenseras genom försvararnärvaro senare under processen. Vissa överträdelser av konventionen är dock så allvarliga, *att de ensamma gör rättegången orättvis*.³¹⁵⁸

I *Pishchalnikov* gjorde den klagande gällande att hans rätt till försvarare inte hade tillgodosetts dels eftersom han förhördes utan försvarare närvarande; dels eftersom han nekades försvarare i samband med överklagandet till Högsta domstolen. Europadomstolen prövade dock endast den tidigare grunden, med följande motivering:

”The Court ... considers that the nature of the detriment he suffered because of the breach of due process at the pre-trial stage of the proceedings *was such that neither effective assistance provided subsequently by a lawyer nor the adversarial nature of the ensuing proceedings*, in which the applicant’s statements to the police were used for his conviction, could remedy the defects which had occurred in police custody. The Court therefore considers it unnecessary to examine separately whether the fairness of the proceedings was also breached ... because the applicant had not been assisted by counsel during the appeal proceedings.”³¹⁵⁹

Att erkännandet lades till grund för den fällande domen utgjorde således *i sig* ett brott mot konventionen, som inte kunde kompenseras genom att han senare fick tillgång till en försvarare.³¹⁶⁰ Det sagda innebär en praktisk tillämpning av den princip som domstolen formulerade redan i *Salduz*, och sedan har bekräftat i ett antal senare avgöranden:

³¹⁵⁶ *Pishchalnikov v. Russia* p. 88.

³¹⁵⁷ *Pishchalnikov v. Russia* p. 91-92.

³¹⁵⁸ Jfr *Pishchalnikov v. Russia* p. 64, där domstolen anförde att ”it cannot be ruled out that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings”.

³¹⁵⁹ *Pishchalnikov v. Russia* p. 93.

³¹⁶⁰ Det spelar heller ingen roll om erkännandet åberopas tillsammans med annan bevisning; se exv. *Omelchenko v. Ukraine* p. 53 (som diskuteras vid fn. 3223 nedan).

”The rights of the defence will in principle be *irretrievably prejudiced* when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”³¹⁶¹

Motsatsvis kan avsaknad av försvarare under förundersökningens inledande ske kompenseras genom att en försvarare förordnas senare under processen, *antingen* om den tilltalade inte lämnat besvärande uppgifter under polisförhören *eller* om sådana uppgifter inte används till stöd för en fällande dom. Detta ansluter mycket nära till Miranda-regeln, enligt vilken uppgifter som den misstänkta har lämnat i strid med *Miranda*, mycket förenklat, inte får återopas som bevis (är ”inadmissible”).

Slutligen ett viktigt påpekande: I en lång rad avgöranden har Europadomstolen förklarat att ett brott mot konventionen inte förutsätter att avsaknaden av biträde har inneburit en påvisbar/faktisk skada. Detta framgår exempelvis av *Artico mot Italien*, där Italien invände att ”the lack of assistance must have *actually prejudiced* the person charged with a criminal offence”. Europadomstolen var dock av motsatt mening:

”[T]here is nothing in [Article 6 § 3.c] indicating that such proof is necessary; an interpretation that introduced this requirement into the sub-paragraph would *deprive it in large measure of its substance*. More generally, the existence of a violation is conceivable even in the absence of prejudice.”³¹⁶²

6.2.6 Biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna i brottmål

Europakonventionens artikel 6 innehåller inga uttryckliga bestämmelser om hur rättegångskostnader skall fördelas mellan parterna i målet. Denna fråga kan dock påverka processen i sådan grad, att det kan ifrågasättas om rättegången skall betraktas som rättvis och detta oavsett om domen är friande eller fällande:

Om domen är fällande kan, å ena sidan, *full kostnadstäckning* ge upphov till problem. Om den dömde blir ersättningsskyldig för vissa kostnader – exempelvis för offentlig försvarare – kan kostnadsrisken för det första tänkas påverka *benägenheten att begära försvarare*,³¹⁶³ och därmed förutsättningarna för ett effektivt försvar i enlighet med EKMR art. 6.1. För det andra kan kostnadsansvaret tänkas *påverka beslutsfattandet*, på så vis att försvarare inte förordnas ”av hänsyn” till den tilltalades ekonomi.³¹⁶⁴ För

³¹⁶¹ *Salduz v. Turkey* p. 55 och *Pishchalnikov v. Russia* p. 70.

³¹⁶² *Artico v. Italy* p. 35. Se även exv. *Alimena v. Italy* (app. no. 11910/85) p. 20 (”a violation of the Convention is conceivable even where no damage arises”) och jfr fn. 3359 nedan ang. civila mål.

³¹⁶³ Som framgått ovan har centrala rättsföljder anknutits till just den tilltalades begäran, både vid tillämpningen av EKMR (se avsnitt 6.2.4.1 ovan) och vid tillämpningen av RB (se avsnitt 5.3.6.1 ovan).

³¹⁶⁴ Att ”stor hänsyn” (enligt RB-motiven) skall tas till den tilltalades vilja att *inte* få en försvarare förordnad förklarar Ekelöf m.h.t. just den tilltalades kostnadsansvar vid fällande dom; se Ekelöf & Boman (1996) s. 94 och jfr Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 98 (citerade i fn. 1923 ovan).

det tredje kan man hävda att ett biträde *inte har förordnats utan kostnad* i enlighet med EKMR art. 6.3.c, om förordandet leder till att tilltalade utan medel istället blir skuldsatta i relation till staten.

På motsvarande sätt kan *kvittning* av kostnaderna leda till problem om domen, å andra sidan, är friande. Har den frikände anlitat privat försvarare – och därigenom ådragit sig en kostnad – kan det nämligen tänkas stå i strid med oskuldspresumtionen i EKMR art. 6.2 att kvitta kostnaderna, eftersom den ogillande domen i så fall inte medför att ”den tilltalades situation återställ[s] till det den var innan misstanken uppstod”.³¹⁶⁵

Mot denna bakgrund skall jag i detta avsnitt säga något om biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna i relation till Europakonventionen artikel 6, först vid fällande dom, sedan vid friande dom.

6.2.6.1 Biträdeskostnadernas fördelning vid fällande dom

Att den tilltalade vid fällande dom blir återbetalningsskyldig för vissa kostnader har Europadomstolen i princip accepterat, bland annat i ett mål som avsåg Sverige. Omständigheterna var i korthet följande:

Lagerblom, som var född i Finland men bosatt i Sverige, åtalades vid TR:n för ett flertal trafikonykterhetsbrott samt olovliga körningar. Med tillämpning av RB 21 kap. 3 a § 2 st. 2 p. förordnade TR:n den offentliga försvararen X åt Lagerblom, trots att han inte begärt någon försvarare. Därefter tillkom fler åtalspunkter, bestående i ytterligare en lång rad trafikonykterhetsbrott och olovliga körningar, samt därtill smitning från en trafikolycka (som Lagerblom, enligt åtalet, hade orsakat) och brott mot knivlagen. Vid inget utav dessa tillfällen begärde Lagerblom försvarare, men X:s förordnande kvarstod även avseende det senare åtalspunkterna. Slutligen tillkom ytterligare misstankar avseende allvarligare brottslighet, bland annat grov misshandel, varvid åklagaren begärde att Lagerblom skulle häktas. Vid detta tillfälle begärde Lagerblom själv att advokaten Y, som var finsktalande, skulle förordnas istället för X. TR:n avslag dock Lagerblom begäran, varvid X kom att kvarbli som offentlig försvarare. Vid huvudförhandlingen, som omfattade samtliga ovan nämnda åtalspunkter, företrädde Lagerblom av advokaten X, och han fälldes sedermera på samtliga punkter. X:s kostnadsräkning uppgick till ca 10 000 kr som utgick av allmänna medel, varvid Lagerblom ålades att återbetala 450 kr i ersättning till staten. Lagerblom överklagade endast i kostnadsdelen, medan åklagaren överklagade och yrkade på en skärpt påföljd (med bifogat yttrande om att Lagerblom var i stort behov av offentlig försvarare, låt vara att han uppenbarligen inte ville företräddas av X). Inför HovR:n begärde Lagerblom på nytt att Y skulle förordnas som offentlig försvarare (istället för X), men HovR:n avslag yrkandet. I sak fastställde HovR:n TR:ns dom, men beslutade att kostnaderna i HovR:n skulle bäras av staten.

Lagerblom klagade till ED, där han påtalade att

³¹⁶⁵ Nowak (2003) s. 237.

”... he had not wished to have public defence counsel appointed for him during the initial proceedings, since he had been aware of the likely sentence *and could expect that part of the cost for that counsel would fall on him*. It might be justified to appoint public defence counsel for a suspect in very complicated cases, but drunken driving and other traffic offences were not serious enough to warrant such an appointment against the will of the suspect.”³¹⁶⁶

Sverige anförde att Lagerbloms rätt till ett effektivt försvar hade säkerställt genom förordnandet av X, eftersom det var tveksamt vilken påföljd som skulle väljas:

”[T]he District Court had appointed a public defence counsel of its own motion, obviously considering that the interests of justice required legal assistance. *It is primarily for the domestic authorities to make such an assessment*. By appointing a public defence counsel for the applicant, the court had guaranteed the right to an adequate defence.”³¹⁶⁷

Europadomstolen gick helt på Sveriges linje, märk väl, även med beaktande av att förordnandet av en offentlig försvarare enligt svensk rätt är förenat med ett kostnadsansvar vid fällande dom:

”[C]onsidering that the assessment whether the interests of justice require that an accused be provided with legal assistance *primarily rests with the national authorities*, the Court finds that neither the legal requirement of legal assistance under the Code of Judicial Procedure nor the District Court’s appointment of [X] as the applicant’s public defence counsel contravened the applicant’s rights under Article 6 of the Convention, *notwithstanding his obligation to pay a minor part of the litigation costs in the case*.”³¹⁶⁸

Att vara underkastad ett kostnadsansvar vid fällande dom strider således inte i sig mot artikel 6 – inte *ens om försvararen har förordnats mot den tilltalades vilja*. Till utgången bidrog dock sannolikt att det rörde sig om ett mindre belopp som hade bestämts med hänsyn tagen till den enskildas ekonomiska förhållanden.³¹⁶⁹ Att domstolen inte utan vidare accepterar en ordning där den som har dömts för ett brott tvingas att ersätta statens kostnader framgår även avgörandet *Croissant mot Tyskland*, där omständigheterna var som följer:

Croissant, som arbetade som advokat, åtalades för samröre med en kriminell organisation (den s.k. ”Röda Armé-fraktionen”). Inicialt förordnades två offentliga försvarare, som Croissant själv hade önskat, för att försvara honom (X och Y). Efter ansökan av åklagaren förordnade dock den nationella domstolen en tredje advokat (Z), vilket Croissant motsatte sig. Både Croissant och Z ansökte var för sig om att Z

³¹⁶⁶ *Lagerblom v. Sweden* p. 46.

³¹⁶⁷ *Lagerblom v. Sweden* p. 42.

³¹⁶⁸ *Lagerblom v. Sweden* p. 53.

³¹⁶⁹ Vilket framgick i redogörelsen över tillämpliga bestämmelser (se p. 38: ”Normally, if the suspect is convicted, he or she will have to pay the costs of the defence, in whole or in part, depending on his or her economic situation.”).

skulle entledigas, men domstolen avslag båda ansökningarna med hänvisning till att Croissant hade behov av tre försvarare, bland annat med hänsyn till målets storlek och komplexitet. Under huvudförhandlingen biträdde han också av samtliga tre. Croissant fälldes sedermera och blev – i enlighet med gällande tysk rätt – skyldig att ersätta statens kostnader med ett belopp som uppgick till 250 000 d-mark, varav merparten (220 000 d-mark) avsåg ersättning till de tre offentliga försvararna. Croissant överklagade i kostnadsdelen, under åberopande av att beslutet var oförenligt med EKMR art. 6.3.c eftersom han, enligt egen uppfattning, hade beviljats ”gratis” biträde i målet (”once free legal assistance had been granted no payment could subsequently be demanded”³¹⁷⁰). Överklagandet avlogs dock med hänvisning till att domstolens förordnande av offentliga försvarare – enligt tysk rätt – enbart grundade sig på processuella överväganden (att tillförsäkra den tilltalade ”an adequate defence”³¹⁷¹). Vid denna bedömning var den tilltalades inkomstförhållanden och eventuella återbetalningsskyldighet helt irrelevant. Efter överklagan kom den federala konstitutionsdomstolen till samma slutsats. Förvisso motiverade såväl välfärdsstatliga principer (”Sozialstaatsprinzip”) som EKMR art. 6 att mindre bemedlade tillhandahölls biträde gratis *under* processen – när deras skuld ännu inte var fastställd – men enligt domstolen följde det inte av art. 6.3.c att biträde *slutligt* skulle tillhandahållas utan kostnad (dessa principer ”did not require him to be definitively dispensed from paying the fees incurred”³¹⁷²). Det var snarare naturligt att den som dömdes för ett brott också förpliktigades att ersätta statens kostnader, eftersom det genom domen hade visats att processen – och därmed kostnaderna – var en direkt följd av den dömdes eget agerande. Huruvida den dömda kunde betala dessa kostnader var en helt annan fråga, som fick beaktas inom ramen för verkställigheten av betalningen – inte inom ramen för brottmålets prövning.³¹⁷³

I likhet med *Lagerblom* gick Europadomstolen i *Croissant* på Tysklands linje, trots att det belopp som den enskilda tvingades att återbetala var väsentligt mycket högre.³¹⁷⁴ Det var således inte oförenligt med artikel 6 att förpliktiga den klagande att utge en kvarts miljon d-mark i ersättning till staten, som till cirka en tredjedel dessutom avsåg kostnader för en försvarare som hade förordnats mot den tilltalades vilja. Denna slutsats försåg dock domstolen med vissa kvalifikationer – skyldigheten att ersätta statens kostnader kunde inte frikopplas från artikel 6 så lättvindigt som de nationella domstolarna hade gjort.

För det första förklarade Europadomstolen att det inte är oförenligt med art. 6 att förordna flera advokater – i förekommande fall mot den tilltalades vilja – om rättsvisans intresse så kräver. ”However”, fortsatte domstolen,

”... before nominating more than one counsel a court should pay heed to the accused’s views as to the number needed, especially where ... he will in principle *have*

³¹⁷⁰ *Croissant v. Germany* p. 14. Jfr fn. 3177 strax nedan, där det framgår att ED inte ens ansåg art. 6.3.c vara tillämplig.

³¹⁷¹ *Croissant v. Germany* p. 15.

³¹⁷² *Croissant v. Germany* p. 16.

³¹⁷³ *Croissant v. Germany* p. 16.

³¹⁷⁴ *Croissant v. Germany* p. 38.

*to bear the consequent costs if he is convicted. An appointment that runs counter to those wishes will be incompatible with the notion of fair trial under [Article 6 § 1] if, even taking into account a proper margin of appreciation, it lacks relevant and sufficient justification.*³¹⁷⁵

Att den tilltalade är underkastad ett kostnadsansvar är således en faktor som måste beaktas men, märk väl, enligt ordalydelsen bara när en domstol överväger att förordna fler advokater än en. En motsatsvis tolkning ger således vid handen att nationell domstol i det stora flertalet fall – där endast en försvarare förordnas – inte behöver förhålla sig till den tilltalades kostnadsansvar som ett moment i bedömningen av om försvarare skall förordnas.

Vad sedan avsåg den tilltalades kostnadsansvar vid fällande dom förklarade domstolen, för det andra, att ett system som det tyska systemet vore oförenligt med art. 6 ”if it adversely affected the fairness of the proceedings”. Utan att särskilt utförligt motivera sin ståndpunkt ansåg dock domstolen att så inte var fallet – varken i allmänhet eller i det enskilda fallet. I denna del konstaterade domstolen endast att det hade varit motiverat att förordna tre försvarare med hänsyn till rättvisans intresse (se ovanstående stycke), och att kostnaderna inte var överdrivna.³¹⁷⁶

Vad som komplicerar saken något är att domstolen inte prövade återbetalningsskyldigheten mot artikel 6.3.c, eftersom denna artikel inte ansågs tillämplig.³¹⁷⁷ Följaktligen var det enligt domstolens mening inte nödvändigt

”... to decide the question whether, under a system like the German one, it would be compatible with [Article 6 § 3.c] for the State to continue to seek full or partial reimbursement of expenses after the convicted person has established, in the enforcement proceedings, that he lacks sufficient means to bear the costs of his defence.”³¹⁷⁸

Domstolen nöjde sig därför med att konstatera att det inte fanns några skäl att betvivla att den klagandes ekonomiska förhållanden skulle beaktas inom ramen

³¹⁷⁵ *Croissant v. Germany* p. 27.

³¹⁷⁶ *Croissant v. Germany* p. 36: ”The national courts were entitled to consider it necessary to appoint them and the amounts claimed for them are not excessive.”

³¹⁷⁷ Att ED prövade återbetalningsskyldigheten mot art. 6 (och inte specifikt mot art. 6.3.c) förklaras av att de tre advokaterna, enligt ED:s uppfattning, inte hade förordnats på basis av art. 6.3.c. Ty: ”Unlike the rights embodied in other provisions of Article 6 para. 3 (art. 6-3) ... the right to free legal assistance conferred by sub-paragraph (c) (art. 6-3-c) is not absolute; such assistance is to be provided only if the accused ‘has not sufficient means to pay’. The applicant’s complaints in this respect ... are formulated as though [X, Y & Z] had been appointed pursuant to a grant of free legal assistance within the meaning of Article 6 para. 3 (c) (art. 6-3-c). However, that is not so. Under German law, whether one or more counsel should be appointed to defend an accused is a matter that is determined solely in the light of the requirements of the interests of justice, the question whether he has sufficient means to pay for legal assistance of his own choosing being wholly immaterial at that stage of the proceedings ... Accordingly, the present case does not involve the question whether Article 6 (art. 6) in all circumstances prevents the State from subsequently seeking to recover the cost of free legal assistance given to a defendant who lacked sufficient means at the time of the trial.” Denna slutsats hindrade dock inte domstolen från att pröva ersättningskyldigheten mot ”andra aspekter” av art. 6; se p. 33-35.

³¹⁷⁸ *Croissant v. Germany* p. 37. Se även p. 34, där domstolen uttryckligen avgränsade bort art. 6.3.c.

för verkställigheten, i enlighet med vad den tyska konstitutionsdomstolen hade förklarat.³¹⁷⁹

Av *Croissant* är det svårt att dra några bestämda slutsatser, eftersom avgränsningen i relation till artikel 6.3.c är allt annat än knivskarpt formulerad.³¹⁸⁰ I detta avseende är Kommissionens beslut i *X mot Tyskland* tydligare, eftersom återbetalningsskyldigheten i detta mål enbart prövades mot artikel 6.3.c. I detta beslut förklarade också Kommissionen att det inte är oförenligt med konventionens ordalydelse att betrakta rätten till offentligt finansierat biträde ”as a mere temporary exemption from costs, namely an exemption only as long as the accused does not have sufficient means to pay the costs incurred through legal assistance”. Till stöd för denna ståndpunkt anförde Kommissionen följande:

”The wording ‘has not sufficient means to pay’ does not, in the Commission’s opinion, refer solely to the moment when the court decides whether or not free legal assistance should be provided. It is relevant also at the time when the question is decided whether and to what extent the defendant has to pay the costs of the proceedings. For these reasons it is not contrary to [Article 6 § 3.c] that the accused has to pay the costs of his legal aid counsel after final conviction unless his means are insufficient.”³¹⁸¹

Givet att det enligt tysk rätt var möjligt att beakta den enskildas inkomstförhållanden vid verkställigheten av återkravet enligt ovan, stred den tyska regleringen således inte mot artikel 6.3.c.

Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera att det inte är oförenligt med artikel 6 att den som döms för ett brott blir skyldig att helt eller delvis ersätta statens kostnader för offentlig försvarare, förutsatt att det finns mekanismer genom vilka den dömdes inkomstförhållanden kan beaktas – antingen då kostnadsansvaret fastställs (den svenska modellen) eller vid verkställigheten (den tyska modellen). Det centrala i sammanhanget förefaller vara att återbetalningsskyldigheten inte får vara så omfattande/strikt att det avskräcker den enskilda från att begära biträde.³¹⁸² Eftersom det var just det svenska systemet som prövades i *Lagerblom* – och där befanns förenligt med artikel 6 – ser jag ingen anledning att fördjupa frågan ytterligare. Istället skall jag, i nästa avsnitt, utveckla statens kostnadsansvar vid friande dom. I sådana mål som klassificeras som brottmål utgår som bekant ersättning för biträdeskostnader enligt bestämmelserna i rättegångsbalken 31 kapitlet, men i de brottmålsliknande

³¹⁷⁹ *Croissant v. Germany* p. 37: “[T]here is no reason to doubt that, should the applicant be able to establish that he cannot afford to pay the entire amount, the relevant legislation and practice will be applied.”

³¹⁸⁰ Se exv. *Croissant v. Germany* p. 34: ”The present case does not involve the question whether [Article 6] in all circumstances prevents the State from subsequently seeking to recover the cost of free legal assistance given to a defendant who lacked sufficient means at the time of the trial.”

³¹⁸¹ *X. v. Germany* (app. no. 9365/81). Se även *Ognyan Asenov v. Bulgaria* (app. no. 38157/04) där ED i princip anslöt sig till Kommissionens linje, under anförande (p. 44) av att återbetalningskravet mot den dömde ”did not adversely affect the fairness of the criminal proceedings against him”.

³¹⁸² Detta följer (motsatsvis) av *Ognyan Asenov v. Bulgaria* (p. 44): ”There is no indication that the possibility of being ordered to bear the costs of his defence in the event of his being convicted inhibited the applicant from asking the trial court to appoint counsel for him.”

förvaltningsmålen finns inga sådana regler.³¹⁸³ Temat är därför intressant från ett svenskt perspektiv.

6.2.6.2 Biträdeskostnadernas fördelning vid friande dom

Den i Europakonventionen artikel 6.2 fastslagna oskuldspresumtionen ger uttryck för en synnerligen komplex rättsprincip,³¹⁸⁴ som bland annat ligger till grund för – eller åtminstone tangerar – skyddet mot självinkriminering (och därmed den misstänkta rätt att vara tyst/förhålla sig passiv) enligt vad jag har redogjort för ovan.³¹⁸⁵ I detta avsnitt skall jag dock diskutera en helt annan aspekt av principen, närmare bestämt – och med Nowaks terminologi – dess ”återupprättande” funktion.³¹⁸⁶

Den återupprättande aspekten av oskuldspresumtionen innebär, enligt Nowak, att den ”frikändes situation skall återställas sådan den var innan han kom att anklagas för brott”.³¹⁸⁷ Från denna utgångspunkt har Nowak utförligt argumenterat för att en person som misstänks/åtalas för brott utan att förklaras skyldig (därför att misstankarna antingen avskrivs eller åtalet nedläggs/ogillas) skall få ersättning av staten för de kostnader som uppstått till följd av misstankarna/åtalet. Till stöd för denna ståndpunkt anför Nowak tre argument, som i viss mån överlappar varandra:

För det första: Om ersättning för kostnader *inte* utgår kommer den enskildas situation *inte* att återställas, eftersom den enskilda kommer att ha lidit en ekonomisk skada till följd av misstanken/åtalet.³¹⁸⁸ Att inte ersätta den enskildas kostnader kan därför i praktiken betraktas *som ett straff*.³¹⁸⁹

För det andra: Om staten inte ersätter den enskildas kostnader kommer den enskilda i vart fall att *framstå som skyldig*, eftersom utebliven ersättning ”låter påskina” att vederbörande är skyldig, trots att någon skuld inte har fastställts. I förlängningen underminerar detta den frikännande domen.³¹⁹⁰

³¹⁸³ Jfr RÅ 2006 ref. 89.

³¹⁸⁴ En utförlig orientering finns hos Nowak (2003) s. 31 ff. (samt s. 49 ff. ang. presumtionens funktion).

³¹⁸⁵ Se avsnitt 6.2.2.2 ovan.

³¹⁸⁶ Se kap. 10 i Nowak (2003), som har rubriken ”Den återupprättande oskyldighetspresumtionen”. I detta kapitel diskuterar Nowak diffamerande domskäl (s. 255) samt diverse ersättningsfrågor/skadestånd (s. 237 ff. resp. 269 ff.).

³¹⁸⁷ Nowak (2003) s. 269 (och jfr även s. 237, där Nowak anför att ”den tilltalades situation skall återställas till det den var innan misstanke uppstod”).

³¹⁸⁸ Nowak (2003) s. 252: ”En friande dom innebär att oskyldighetspresumtionen visat sig bestå en rättslig prövning. Den före detta misstänkte/tilltalade måste därför ha rätt till ersättning för de kostnader som uppstått i samband med förfarandet för att hans situation skall kunna återställas till vad den var innan misstanken kom att riktas mot honom.” Se även s. 245 (och s. 255): ”Det rimliga vore att staten ålades att stå hela kostnaden för ett förfarande som initieras av staten själv och som inte visat sig, så att säga, bära hela vägen fram. Ett sådant förfarande kan även motiveras med att oskyldighetspresumtionen visat sig bestå och att statens påstående om motsatsen varit felaktiga.” Liknande tankegångar framförs på s. 235 och 269, där Nowak talar om den friande domen som ”ett kvitto på att den tilltalade är oskyldig och oskyldighetspresumtionen visat sig bestå”/”ett kvitto på den frikändes oskyldighet”, vilket Nowak anför som argument för att den enskilda ”skall återställas sådan den var innan han kom att anklagas för brott”.

³¹⁸⁹ Nowak (2003) s. 245 (och 255): ”Att låta den före detta tilltalade/misstänkte stå för de kostnader han haft i samband med ett nedlagt åtal innebär dessutom i praktiken att han utsätts för en påföljd trots att inget straff formellt utmätts.”

³¹⁹⁰ Se Nowak (2003) s. 253: ”En domstol som förvägrar en före detta tilltalad ersättning för låter påskina att denne är skyldig trots att det inte framgår av domslutet i skuldfrågan. En utebliven ersättning kan nämligen indikera att en misstanke om brott trots allt kvarstår.” Se även s. 270, där Nowak förklarar att ”nekad ersättning riskerar att underblåsa tvivel om att misstanken fortfarande kvarstår, vilket underminerar en frikännande dom”.

För det tredje: Om staten vore skyldig att ersätta den enskildas kostnader skulle oskuldspresumtionen i synnerhet och artikel 6 i allmänhet bli tydligt ekonomiskt sanktionerad, vilket ytterligare skulle avhålla stater från att ifrågasätta denna princip utan goda skäl (genom obefogade åtal).³¹⁹¹

I sin praxis har Europadomstolen förvisso funnit att kostnadsfördelningen mellan parterna ”ryms” inom artikel 6.2, till och med när frågan hanteras inom ramen för en separat process och den enskilda därmed inte längre är anklagad för brott (eftersom vederbörande har frikänts).³¹⁹² Nowaks argument är därmed på intet vis långsökta.³¹⁹³ Vi kan dock konstatera – vilket Nowak också gör³¹⁹⁴ – att Europadomstolen i sin praxis dels har konstaterat att konventionens artikel 6.2 inte i sig grundar någon rätt för den som frikänns att få ersättning för rättegångskostnader,³¹⁹⁵ dels att utebliven ersättning inte är – och inte heller kan jämföras med – ett straff.³¹⁹⁶ För att bara ta ett exempel gjorde domstolen följande uttalande i *Masson & van Zon mot Nederländerna*, som inte lämnar särskilt mycket utrymme för tolkning:

”[T]he Convention does not grant to a person ‘charged with a criminal offence’ but subsequently acquitted a right ... to reimbursement of costs incurred in the course of criminal proceedings against him, however necessary these costs might have been ... Such a right can be derived *neither from [Article 6 § 2] nor from any other provision of the Convention or its Protocols*. It follows that the question whether

³¹⁹¹ Se Nowak (2003) s. 253: ”En ersättning för en före detta tilltalad misstänkt är också ett incitament för staterna att efterleva kraven i artikel 6, eftersom bristfälliga förundersökningar och processer då kommer att medföra kostnader även för staten och inte bara för den enskilde.” Se även s. 245 (och s. 255), där Nowak menar att det inte bör vara ”kostnadsfritt att godtyckligt väcka åtal och ifrågasätta oskyldighetspresumtionen”.

³¹⁹² Se exv. *Lutz v. Germany* (app. no. 9912/82), där åtalet hade lagts ned pga. preskription. Detta till trots ansåg ED att art. 6.2 var tillämplig i efterspelet avseende kostnadsfördelningen (p. 56-57). Jfr även *Minelli v. Switzerland* (app. no. 8660/79) p. 32.

³¹⁹³ Jfr exv. *Lutz v. Germany* p. 60, där ED konstaterade att ”a decision refusing reimbursement of an accused’s necessary costs and expenses following termination of proceedings *may raise an issue* under Article 6 § 2 (art. 6-2)”. Samma ståndpunkt – att kostnadsbehandlingen ”may raise an issue” – intog ED (i Grand Chamber) i *Nölkenbockhoff v. Germany* (app. no. 10300/83) p. 37. För att så skall vara fallet fordras dock någonting mer än att kostnadsersättning i och för sig inte utgår, exv. att skälen till detta i det enskilda fallet strider mot art. 6.2. För att ta ett konkret exempel kan vi anta att en person har frikänts och att domstolen enligt nationell rätt har möjlighet att tillerkänna den frikända ersättning för sina kostnader. I en sådan situation skulle det kunna ”resa frågor” i relation till art. 6.2, om domstolen vägrar den enskilda ersättning på den grunden att det – trots den friande domen – ändå inte kan anses klarlagt att vederbörande är oskyldig; jfr *Leutscher v. The Netherlands* (app. no. 17314/90). p. 29 och *Baars v. the Netherlands* (app. no. 44320/98) p. 29-30.

³¹⁹⁴ Nowak (2003) s. 248, 251, 253 och 269. Till samma slutsats har också många andra kommit; se exv. Mahoney, Paul, *Right to a Fair Trial in Criminal Matters under Article 6 ECHR* (J.S.I.J. 4/2004) s. 107-129, som kort och gott konstaterar (s. 121) att ”[t]he presumption of innocence does not imply ... any reimbursement of costs if an accused is subsequently acquitted or criminal proceedings are discontinued”. Se även McBride, Jeremy, *Human Rights and Criminal Procedure* (2009) s. 378 ff.

³¹⁹⁵ Se exv. *Lutz v. Germany* p. 59, där ED konstaterade att ”[t]he refusal to reimburse Mr. Lutz for his necessary costs and expenses ... does not in itself offend the presumption of innocence”, och här till Nowak (2003) s. 245, som karaktäriserar ED:s resonemang som ”mindre genomtänkt eftersom det inte ger någon upprättelse för den före detta tilltalade/misstänkte, vare sig fiskalt eller rättsligt”. I senare praxis, exv. *Leutscher v. The Netherlands* p. 29, har dock ED uttryckt det som ”common ground that [Article 6 § 2] does not confer on a person ‘charged with a criminal offence’ a right to reimbursement of his legal costs where proceedings taken against him are discontinued”.

³¹⁹⁶ Se *Lutz v. Germany* p. 63: ”[T]he refusal to order the Treasury to pay Mr. Lutz’s necessary costs and expenses does not amount to a penalty or a measure that can be equated with a penalty.” Samma konstaterande i *Leutscher v. The Netherlands* p. 29, där ED – m.h.t. ”established case-law” – konstaterade att ”in itself the refusal to order the reimbursement to the former accused of his necessary costs and expenses following the discontinuation of criminal proceedings against him does not amount to a penalty or a measure that can be equated with a penalty”.

such a right can be said in any particular case to exist must be answered *solely with reference to domestic law.*³¹⁹⁷

Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera att varken Europakonventionens artikel 6.2 eller någon annan artikel i konventionen eller dess tilläggsprotokoll innefattar en rätt för den som frikänns från ett brott att hållas skadelös, givetvis under förutsättning att kostnadshanteringen inte påverkar rätten till en rättvis rättegång.

6.2.7 Rätt till biträde i brottmål – några slutsatser i relation till svensk rätt

Inom den svenska straff- och förvaltningsprocessen uppstår en rad problem i gränssnittet mot Europakonventionens artikel 6, som delvis överlappar varandra. I traditionella brottmål är det problematiskt (1) att den ovillkorliga rätten till försvarare har anknutits till ett minimistraff på sex månaders fängelse (när den misstänkta/tilltalade inte är frihetsberövad); (2) att tidpunkten för försvararinträdet har anknutits till skälig misstanke; (3) att en misstänkt/tilltalad kan avstå ifrån och erkänna brott utan försvarare (och därefter anses sakna behov av en försvarare på grund av erkännandet, varefter inkriminerande uppgifter som den misstänkta/tilltalade har lämnat utan försvarare kan återopas i den efterföljande processen till stöd för en fällande dom). I brottmålsliknande förvaltningsmål är det (4) problematiskt att ”rätten till försvarare” tilgodoses genom rättshjälslagen. Låt mig utveckla dessa fyra punkter inom ramen för detta avslutande avsnitt.

6.2.7.1 Den ovillkorliga rätten till försvarare vid ett straffminimum på sex månaders fängelse

I Sverige har en misstänkt/tilltalad en ovillkorlig rätt till försvarare i två situationer: (1) om vederbörande är frihetsberövad (anhållen/häktad) samt (2) om det för brottet inte är föreskrivet ett lindrigare straff än fängelse i sex månader. I alla andra situationer skall en försvarare förordnas efter en behovsprövning, vilket i praktiken innebär att en diskretionär makt har överförts på polis/åklagare och på domstolarna. Detta kan ställas mot Europadomstolens avgörande i *Benham*, där den nationella domstolen antingen kunde bevilja biträde enligt ”the Green Form scheme” (förprocessuell rådgivning) eller förordna biträde enligt ”the ABWOR scheme” (biträde i domstol) – i båda fallen dock efter en diskretionär bedömning. Europadomstolen konstaterade ett brott mot konventionen, eftersom *Benham* ”was not entitled *as of right* to be represented”.³¹⁹⁸

³¹⁹⁷ *Masson & van Zon v. The Netherlands* (app. nos. 15346/89; 15379/89) p. 49. Ungefär samma formulering använde ED i *Lutz v. Germany* p. 59: ”[N]either [Article 6 § 2] nor any other provision of the Convention gives a person ‘charged with a criminal offence’ a right to reimbursement of his costs where proceedings taken against him are discontinued.”

³¹⁹⁸ *Benham v. The United Kingdom* p. 63 och härtill Bentley & Thomas (2009) s. 274 och Emmerson et al. (2012) s. 432 f., som likaså talar om ”representation as of right”.

Ovanstående slutsats gäller dock endast om rättvisans intresse/rätten till en rättvis rättegång kräver att den misstänkta/tilltalade har tillgång till en försvarare. Även i detta avseende är *Benham* klargörande, eftersom domstolen anförde att ”where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation”,³¹⁹⁹ vilket är helt i linje med hur den amerikanska högsta domstolen har resonerat. I det aktuella målet var det föreskrivet ett *maximistraff* på fängelse i tre månader, *Benham* dömdes till 30 dagar och frigavs mot borgen efter 11 dagar. Under sådana omständigheter borde Storbritannien, enligt Europadomstolen, ha tillhandahållit biträde såsom en rättighet – inte efter en diskretionär prövning. Att avgörande vikt således inte kan tillmätas minimistraffet, eller ens den förväntade påföljden i det enskilda fallet, bekräftas ytterligare av *Quaranta*. I detta mål invände Schweiz att det inte fanns någonting som indikerade att domstolen skulle överskrida det för brottet föreskrivna *maximistraffet* (och *Quaranta* dömdes sedermera till sex månader i fängelse). Europadomstolen avfärdade dock resonemanget som ingenting mer än en uppskattning, ty ”the imposition of a more severe sentence was not a legal impossibility”.³²⁰⁰ Bedömningen utgår således ifrån det strängaste straff som inte är ”juridiskt omöjligt” att döma ut, vilket naturligtvis är någonting helt annat än att fästa vikt vid ett straffminimum på sex månaders fängelse – det senare omfattar ju inte ens alla brott i brottsbalken med synnerligen långa fängelsestraff i straffskalan.

Ovanstående kan möjligen betraktas som ett teoretiskt problem, snarare än ett praktiskt, eftersom den misstänkta – vid allvarlig brottslighet – vanligtvis är frihetsberövad och därmed kan hävda en rätt till försvarare på denna grund. De tre kvarvarande problemen är dock i högsta grad praktiskt relevanta och illustrerar tillsammans vad som – enligt min mening – endast kan beskrivas som ett systemfel i svensk straffprocess.

6.2.7.2 Försvararinträdet vid skäligen misstanke

Vad avser det ”tidsmässiga” tillämpningsområdet för artikel 6 konstaterade Europadomstolen i *Pishchalnikov* – i enlighet med tidigare avgöranden som *Imbrioscia*, *Salduz* och *Panovits* – att även om syftet med den ifrågavarande artikeln är att säkerställa en ”rättvis rättegång” så omfattas förundersökningsstadiet, under förutsättning att ”the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions”.³²⁰¹ Med andra ord inträder rätten till försvarare redan under förundersökningen, om avsaknaden av försvarare riskerar att göra rättegången – betraktad som en helhet – orättvis.

I Sverige är visserligen rätten till offentlig försvarare inte kopplad till åtalets väckande, utan till misstankegraden, vilket innebär att en sådan kan förordnas redan under förundersökningen, men – märk väl – först när den enskilda *hörs* i egenkap av skäligen misstänkt *och* har underrättats om misstanken, vilket sker senast

³¹⁹⁹ *Benham v. The United Kingdom* p. 63.

³²⁰⁰ *Quaranta v. Switzerland* p. 33. I det aktuella målet hade domstolen rent teoretiskt kunnat överskrida *maximistraffet* eftersom klaganden var villkorligt frigiven.

³²⁰¹ *Pishchalnikov v. Russia* p. 65.

i slutet av det så kallade 23:18-förhöret.³²⁰² Frågan är dock om denna tidpunkt för försvararinträdet infaller tillräckligt tidigt med beaktande av vad Europadomstolen uttalade i exempelvis *Salduz* och *Panovits* – att rätten till försvarare inträder redan vid *det inledande skedet av polisförhöret*,³²⁰³ och ibland ännu tidigare.³²⁰⁴ Annorlunda uttryckt: Kan en misstänkt person vara ”anklagad för brott” i Europakonventionens mening – och därmed vara tillförsäkrad en rätt till försvarare enligt konventionens artikel 6 – trots att vederbörande inte har hörts i egenskap ”skäligen misstänkt” i rättegångsbalkens mening, med påföljd att någon rätt till försvarare inte föreligger enligt svensk rätt? Denna fråga kan bara besvaras jakande.

I sin praxis använder Europadomstolen två epitet om den klagande – domstolen talar ömsom om ”den misstänkte”/”the suspect” ömsom om ”den anklagade”/”the accused”, utan att närmare kvalificera misstankegraden eller anklagelsen. Distinktionen häremellan tycks inte heller vara relevant vid bedömningen av om en rätt till försvarare föreligger. I *Pishchalnikov* gjorde exempelvis domstolen följande uttalanden:

<i>Suspect:</i>	<i>Accused:</i>
<p>”Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a <i>suspect</i> by the police”³²⁰⁵</p>	<p>”Article 6 requires that <i>the accused</i> have the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation ...”³²⁰⁶ // ”Article 6 will normally require that <i>the accused</i> be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation”³²⁰⁸</p>

Huruvida den klagande betraktas som misstänkt/”suspect” eller som anklagad/”accused” tycks alltså inte vara relevant, utan det är snarare åtgärden – förhöret – som triggar rätten till försvarare. Detta är helt i linje med den autonoma och substantiella tolkning som Europadomstolen har gett uttrycken ”criminal charge” (artikel 6.1) respektive ”charged with a criminal offence” (artikel 6.3), enligt vilken en person skall anses anklagad för brott när vederbörandes situation väsentligen har påverkats av brottsmisstanken, exempelvis genom att formellt underrättas om misstanken eller underkastas förhör. Annorlunda uttryck blir en misstänkt person ”anklagad” i konventionens mening, genom att utsättas för förhör i egenskap av misstänkt,

³²⁰² Se NJA 2001 s. 344 och vidare avsnitt 5.3.5.2 ovan.

³²⁰³ Se *Salduz v. Turkey* p. 52 (där ED konstaterade att ”Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the *initial stages* of police interrogation”) och jfr *Panovits v. Cyprus* p. 66 (där ED anförde att ”Article 6 requires that the accused be given the benefit of the assistance of a lawyer already at the *initial stages* of police interrogation”). Se även *Panovits v. Cyprus* p. 77 (där ED istället konstaterar ett brott mot art. 6 pga. ”lack of legal assistance ... in the *initial stages* of police questioning”) och vidare p. 70 (där ED talar om ”[the] right to consult a lawyer before proceeding to make any statement”, “[the right] to legal representation before ... questioning”, resp. “[the right] to see a lawyer before saying anything to the police”).

³²⁰⁴ Se exv. *Dayanan v. Turkey* p. 32: “[A]n accused person is entitled, as soon as he or she is *taken into custody* to be assisted by a lawyer”.

³²⁰⁵ *Pishchalnikov v. Russia* p. 70.

³²⁰⁶ *Pishchalnikov v. Russia* p. 81.

³²⁰⁷ *Pishchalnikov v. Russia* p. 67.

och detta oavsett vilken ”styrka” misstanken har. Syftet med denna ordning är just att omöjliggöra den typen av ”strategier” som är möjliga i svensk rätt, och som har kritiserats i doktrinen:

Trechsel: ”There is a clear possibility that states could postpone access to a lawyer ... by organizing their criminal proceedings in such a way as to ensure that a formal ‘charge’ occurs at a very late point in the proceedings, i.e. at the close of the investigation. This could lead to a considerable reduction in the effectiveness of the guarantee.”³²⁰⁸

Blomkvist: ”Det finns nu exempel på att vissa förhørsledare systematiskt lägger upp utredningen så, att den i princip är färdig redan innan den misstänkte hörs och sålunda innan han fått någon som helst vetskap om att han faktiskt, kanske sedan länge, är misstänkt för brott och varit föremål för utredning.”³²⁰⁹

Med hänvisning till att den som endast hörs upplysningsvis – även i egenskap av misstänkt³²¹⁰ – varken underrättas om misstanken eller om rätten till försvarare, har JO dock förordat att ”uppgifter om det inträffade i största möjliga utsträckning inhämtas från andra källor än en utpekad gärningsman, *innan* förundersökningsledaren tar ställning till exempelvis i vilka former ett förhör med denne skall genomföra”. Den misstänkta skall med andra ord få lämna sin version *efter* att förhör har hållits med alla andra personer ”som skulle kunna lämna upplysningar i saken”.³²¹¹ Det säger sig självt att det är en väsentlig nackdel att först vid ett sent skede få ge sin syn på saken, inte minst eftersom bevisning – som hade kunnat tala till den misstänkta fördel – under denna ”väntetid” mycket väl kan ha gått förlorad.³²¹² Att JO har förordat en sådan ordning beror dock på att alternativet – att höra den misstänkta tidigt – innebär ännu större nackdelar, närmare bestämt

”... en icke obetydlig risk för att han under förhöret, medvetet eller omedvetet, skulle komma att lämna för honom själv oförmånliga uppgifter, vilka sedermera kunde komma att användas mot honom vid en straffrättslig prövning, utan att

³²⁰⁸ Trechsel (2005) s. 32.

³²⁰⁹ Blomkvist (2003) s. 24. Se även kritiken mot ett sådant förfarande hos Andersson (2016) s. 72 f. och hos Ekelöf, Edlestam & Pauli (2011) s. 134 f.

³²¹⁰ Att en person hörs i en annan egenskap än misstänkt, trots att personen ifråga är misstänkt i EKMR:s mening, har ED kritiserat i flera avgöranden. Se exv. *Omelchenko v. Ukraine* p. 47: “[T]he applicant was questioned not as a suspect, but as a witness and was not provided with the option of appointing a lawyer to assist him during questioning. [...] It follows that the applicant’s confessional statement ... was obtained in a setting where he was deprived of basic procedural guarantees of the fundamental rights not to incriminate himself and to obtain legal assistance. The guarantees of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention were therefore not observed in respect of the applicant’s questioning ... and the taking of his confessional statement.” Se även exv. *Brusco v. France* och *Stojkovic v. France & Belgium* (app. no. 25303/08) och här till Danelius, Hans, *Europadomstolens domar – fjärde kvartalet 2010* (SvJT 2/2011) s. 217 f., ang. *Brusco*) och Danelius, Hans, *Europadomstolens domar – fjärde kvartalet 2011* (SvJT 2/2012) s. 144-175 (s. 156 f., ang. *Stojkovic*). Se även Brunosson, Alexandra, *Tala är silver, tinga är guld – En analys av hur svenska domstolar bör hantera uppgifter som den misstänkte lämnat under förundersökningen utan närvaro av en försvarare* (2015) s. 23 f.

³²¹¹ JO dnr 2198-1998.

³²¹² Enligt Andersson (2016) s. 72 f. kan detta strida såväl mot objektivitets- och hänsynsprincipen enligt RB, som mot EKMR.

han fått tillfälle att ta ställning till om han önskade biträde av en försvarare under förundersökningen.”³²¹³

Att rätten till försvarare enligt svensk rätt har kopplats till skäligen misstänkt ställer oss följaktligen inför ett val mellan pest eller kolera: ett sent 23:18-förhör medför vissa nackdelar; ett tidigt 23:6-förhör medför andra nackdelar. Givet Europakonventionens krav får det av JO förordade alternativet betraktas som det ”minst dåliga”. Som framgått av detta kapitel kommer nämligen artikel 6 i princip ofrånkomligen att kränkas om den misstänkta – för att parafrasera JO ovan – lämnar oförmånliga uppgifter under förhör utan försvarare närvarande, som sedan åberopas till stöd för en fällande dom. Detta förhållande skall jag utveckla något i nästa avsnitt.

6.2.7.3 Möjligheten att avstå från och erkänna brott utan försvarare

Som framgått ovan är den enskildas egen inställning inte av avgörande betydelse för om en försvarare skall förordnas enligt svensk rätt – även om den misstänkta/tilltalade inte begär en försvarare, eller uttryckligen motsätter sig att en försvarare förordnas, är behovet av försvarare ytterst avgörande. Vi kan dock konstatera (1) att den misstänkta/tilltalades vilja enligt motiven skall tillmätas stor betydelse, och i praktiken tillmäts stor betydelse, givet att ett mycket stort antal förhör genomförs utan försvarare – även med barn och ungdomar – efter ”samtycke” från den misstänkta/tilltalade. Vi kan också konstatera (2) att ett erkännande från den misstänkta/tilltalade i många fall anses göra det obehövt att förordna en försvarare (i vart fall under förundersökningen); samt (3) att det inte finns några hinder mot att åberopa ett erkännande som har lämnats under förundersökningen till stöd för en fällande dom, exempelvis om den enskilda återtar sitt erkännande.³²¹⁴ Med beaktande av Europadomstolens praxis måste rådande ordning betraktas som synnerligen problematisk – framförallt i två avseenden, vilket kan illustreras enligt följande:

<i>Pishchalnikov:</i>	<i>Salduz:</i>
”Given the <i>lack of legal assistance</i> the Court considers it also unlikely that the applicant could reasonably have appreciated the consequences of his proceeding to be questioned <i>without the assistance of counsel</i> ...” ³²¹⁵	”The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation <i>without access to a lawyer</i> are used for a conviction.” ³²¹⁶

Av Europadomstolens praxis följer alltså (1) att det ställs synnerligen höga krav för att en misstänkt/tilltalad skall anses ha avstått från både rätten till försvarare och rätten

³²¹³ JO dnr 2198-1998. Se även JO dnr 5950-2009.

³²¹⁴ Se RB 36 kap. 16 § 2 st. och 37 kap. 3 § 1 st. och härtill exv. Diesen, Christian, *Bevis 10: Bevisprövning i brottmål* (2015) s. 107.

³²¹⁵ *Pishchalnikov v. Russia* p. 80.

³²¹⁶ *Salduz v. Turkey* p. 55.

att vara tyst.³²¹⁷ I princip kan en misstänkt/tilltalad inte avstå från dessa rättigheter i förening utan att först ha konsulterat en försvarare (åtminstone inte i mål om allvarligare brottslighet), vilket medför (2) att rätten till en rättvis rättegång i princip ofrånkomligen kommer att kränkas om uppgifter som en enskild har lämnat utan tillgång till försvarare ”används” till stöd för en fällande dom.³²¹⁸ Frågan är dock vad som avses med att inkriminerande uppgifter ”are used for a conviction”.³²¹⁹ Innebär detta en inskränkning i principen om fri bevisvärdering, på så vis att uppgifterna skall tillmätas ett lägre bevisvärde?³²²⁰ Eller innebär *Salduz* rentav en inskränkning i principen om fri bevisföring, såtillvida att uppgifterna inte får åberopas som bevis (och därför skall lämnas helt utan avseende/avvisas om de ändå åberopas)? Av skäl som jag strax skall utveckla kan det, enligt min uppfattning, knappast anses tillräckligt att domstolarna tillmäter uppgifter som har lämnats under konventionsstridiga förhör ett lägre bevisvärde än vad som annars vore fallet. Däremot är det mer oklart om det räcker att domstolarna ”bortser” från uppgifterna om de åberopas som bevis, eller om bevisningen måste avvisas.³²²¹ Låt oss dock ta det från början.

I NJA 2001 s. 344 – vari Högsta domstolen slog fast att en offentlig försvarare *inte kan förordnas åt någon som hörs upplysningsvis*, även om vederbörande hörs som misstänkt enligt en lägre misstankegrad – konstaterade hovrätten att det ”inte alltid är möjligt” att avgöra om en person har rätt till offentlig försvarare enbart med tillämpning

³²¹⁷ Att, som i JO dnr 4608-2010, på vägen mellan arresten och förhørsrummet informera en frihetsberövad misstänkt (som dessutom är underårig) om att en begärd försvarare inte gått att nå, och därefter låta den misstänkta samtycka ”till att ändå låta sig höras”, förtjänar alltså inte enbart JO-kritik, utan får betraktas som direkt konventionsstridigt. Se även de nedan diskuterade avgörandena från hovrätterna i mål nr B 2111-10, B 1132-10, B 9446-13 och B 583-16, som alla innehåller kritik av den underliggande förundersökningen, med utförliga redogörelser för vad som krävs för att en tilltalad skall kunna avstå sin rätt till försvarare.

³²¹⁸ Jfr *Yurtias v. Turkey* (app. nos. 25143/94; 27098/95) p. 77, där ED fann att rätten till en rättvis rättegång inte hade kränkts därför att den klagande inte hade lämnat några uppgifter under de inledande förhören, och följaktligen fanns det inte heller några inkriminerande uppgifter att åberopa under rättegången (där den klagande hade tillgång till försvarare).

³²¹⁹ Problemet behandlas av Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 811 f. Se även den utförliga diskussionen kring s.k. ”bevisanvändarförbud” hos Lundqvist (2015) s. 234 ff. Lundqvist diskuterar ett sådant i förbud i termer av en skala mellan två ytterligheter (s. 249): å ena sidan ”bevisrättslig angräplighet” och å andra sidan ”bevisrättslig nullitet”.

³²²⁰ Se Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009) s. 75 f., ang. vilket bevisvärdet som i allmänhet kan tillmätas ett erkännande som lämnats under förundersökningen. Enligt Ekelöf har ett sådant erkännande normalt betydande bevisvärde, men han varnar också för att erkännandet – av en rad anledningar – kan vara falskt. Denna varning ter sig än mer befogad om den enskilda saknar tillgång till försvarare vid tidpunkten för erkännandet. Jfr exv. vad regeringen anförde i prop. 2004/05:131 s. 164: ”Förhör som hålls inför åklagare eller polismyndighet uppfyller generellt sett inte samma krav på rättssäkerhet som de förhör som hålls i en domstol. Förhören tillkommer i princip helt utan offentlighet och situationen vid förhören är delvis okänd för rätten.” Bevisvärdering av utsagor i brottmål behandlas utförligt av Schelin, Lena, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål* (2007). Se även Diesen (2015) s. 102.

³²²¹ Jfr 35 kap. 7 § 3 p., enligt vilken domstolen får avvisa bevisning som ”uppenbart skulle bli utan verkan” och härtill Lindkvist, Gustav & Lyhagen, Carsten, *Skatte- och brottmål i kontantbranschen – Prövning och bevisprövning i mål om oredovisade låner och intäkter* (2014) s. 101, som m.h.t. till *Salduz* anför att ED:s praxis ”möjligen” kan uppfattas som att beviset skall avvisas. Att avvisa ett bevis diskuteras av Lundqvist (2015) som ett sätt att upprätthålla ett s.k. ”bevisanvändarförbud”, eller närmare bestämt (s. 237) som ”ett rättsmedel i anledning av att en rättsregel blivit åsidosatt” vid bevisanskaffningen. Jfr även Frände, Dan, *Om den finska bevisreformen*, i Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift till Christian Diesen* (2014) s. 367-379, som ang. finsk rätt anför följande (s. 378): ”Enligt gällande rätt är det oklart hur domstolen ska förhålla sig till i sig lagliga bevis, som införskaffats på ett olagligt sätt. [...] Det kan t.ex. vara frågan om att polisen genomfört ett förhör med den misstänkte och då underlåtit att upplysa om rätten till rättegångsbiträde.” Enligt Frände skall ett sådant bevis användbarhet, enligt finsk bevisrätt, avgöras i en ”avvägningsprocess”, där utgångspunkten – liksom i svensk rätt – är att olagligt införskaffade bevis får användas, om inte vägande skäl talar för ett nyttjandeförbud. Att användandet av beviset skulle göra rättegången orättvis enligt EKMR art. 6 är, enligt min uppfattning, ett tungt vägande skäl för ett bevisanvändar-/nyttjandeförbud. Lundqvist (2015) diskuterar också ”avvägningsmetoden” på s. 245.

av rättegångsbalken 23 kapitlet 6 och 18 §§, eftersom Europakonventionens artikel 6 skall tolkas autonomt. Detta är naturligtvis helt riktigt. Därefter gjorde dock hovrätten följande uttalande, som får betraktas som mer problematiskt:

”Däremot kan inte enbart det förhållandet att vad som uppgetts under ett förhör enligt bestämmelserna i 23 kap. 6 § kan komma att åberopas vid förhandling inför domstol utgöra skäl att förordna offentlig försvarare. Om uppgiften åberopas *kan domstolen i sin bevisvärdering* ta hänsyn till att uppgiften har lämnats vid ett sådant förhör.”³²²²

Enligt min mening är det precis tvärtom: Att uppgifter som lämnas under förhör *kan komma att åberopas* mot förhörspersonen utgör ett skäl att förordna offentlig försvarare, eftersom rätten till en rättvis rättegång i princip ofrånkomligen kommer att kränkas om sådana uppgifter överhuvudtaget används till stöd för en fällande dom. Det alternativ som står till buds är således att *inte använda* uppgifterna – att vid bevisvärderingen ”ta hänsyn till” (vad det nu innebär) att uppgifterna har lämnats i strid med Europakonventionen torde inte vara tillräckligt. Jämför exempelvis hovrättens resonemang ovan med vad Europadomstolen anförde i *Omelchenko mot Ukraina*:

”[T]he Court concludes that confessional statements obtained from the applicant ... were received in breach of basic guarantees of procedural fairness in criminal proceedings. It also notes that in February 2005, after having obtained an opportunity to consult a lawyer, the applicant retracted his confessions and consistently pleaded innocent throughout the further proceedings. Nevertheless, the domestic courts *relied on the applicant's confessions as a basis for his conviction* and failed to act upon his complaints of a breach of his right to mount a defence. Although the confessional statements at issue *were not the sole basis for the conviction ... the Court finds this fact of little relevance*. Regard being had to the *use of these statements in the body of evidence held against the applicant in convicting him* and the failure of the domestic courts to take action to condemn the breach of the applicant's defence rights in the beginning of the investigation, the Court considers that this breach was not remedied by the subsequent legal assistance provided to the applicant or by the adversarial nature of the ensuing proceedings.”³²²³

JO har dock resonerat på motsvarande sätt som hovrätten, men från polisens/åklagarens perspektiv; enligt JO ligger det sällan i ”utredningens intresse att hålla förhören utan försvarare, eftersom det leder till att det som framkommer *generellt sett får ett lägre bevisvärde*”.³²²⁴ I detta uttalande ligger implicit att uppgifterna ”används”,

³²²² HD kommenterade inte hur uppgifterna skulle användas, utan anförde endast följande: ”Den omständigheten att [A] kallats till polisen för att höras upplysningsvis i anledning av att det gjorts en anmälan mot honom för misshandel kan inte i sig anses innebära att han i Europakonventionens mening blivit anklagad för brott. Det har inte heller i övrigt framkommit omständigheter som gör att bestämmelsen i artikel 6 i konventionen om rätt till rättegångsbiträde är tillämplig i förevarande fall.” Enligt min mening är detta felaktigt; genom att kallas till förhöret blev A misstänkt i EKMR:s mening.

³²²³ *Omelchenko v. Ukraine* p. 53.

³²²⁴ JO dnr 4608-2010.

eftersom det annars inte skulle gå att tillmäta dem ens ett lågt bevisvärde. I den mån domen är fällande kommer således uppgifterna att vara en del av ”the body of evidence held against the applicant in convicting him”, vilket utgör ett brott mot artikel 6 enligt *Omelchenko*.

Efter att Högsta domstolen meddelade dom i NJA 2001 s. 344 har Europadomstolen ytterligare preciserat kraven enligt artikel 6, och i senare avgöranden från hovrätterna kan man notera en viss förskjutning. I det följande skall jag redogöra för fyra domar som till dags dato har behandlat frågan, och därefter lämna en avslutande kommentar. Dessa domar uppvisar två gemensamma drag: För det första har samtliga tilltalade underkastats förhör utan försvarare närvarande på ett sätt som knappast har varit förenligt med Europakonventionen (vilket hovrätterna mycket riktigt noterade). För det andra har åklagaren i samtliga fall åberopat inkriminerande uppgifter som lämnats under dessa förhör till stöd för åtalet, sedan de tilltalade tagit tillbaka vissa uppgifter eller justerat sina utsagor (vilket ofta motiverades av att de, enligt egen uppgift, känt sig pressade/varit rädda under förhören och endast erkänt för att bli släppta).³²²⁵ Resonemanget nedan utgår således från dessa två grundpremissor, utan att det kommer att sägas särskilt i varje enskilt fall. Vad jag skall fokusera på är istället hur hovrätterna hanterade det faktum att åklagarna hade åberopat vad som kan betecknas som ”konventionsstridiga förhör”.

I mål nr B 2111-10 (HovR:n för Västra Sverige), som var ett medialt uppmärksammat mål avseende grovt förtal av ett stort antal målsägande, dömdes A av TR:n enligt två åtalpunkter för att tillsammans med fem andra pojkar ha framställt och spridit filmer med sexuellt innehåll på internet.³²²⁶ I de inledande polisförhören hade A, något förenklat, erkänt vad som lades honom till last enligt båda åtalpunkterna, för att sedermera ta tillbaka sitt erkännande avseende den ena åtalpunkten. I den delen åtalet inte längre stöddes av A:s erkännande grundande istället TR:n den fällande domen huvudsakligen på vad A själv hade uppgivit i de inledande polisförhören utan försvarare närvarande. HovR:n frikände dock A på den aktuella åtalpunkten, med en motivering som anknyter till HovR:ns uttalande i NJA 2001 s. 344 (och JO:s resonemang ovan). Förvisso noterade HovR:n att det ”kan innebära en kränkning av rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 i Europakonventionen att *använda uppgifter* som den misstänkte lämnat i polisförhör till stöd för en fällande dom, om hans eller hennes rättigheter enligt konventionen inte har iakttagits vid förhöret”. Med hänvisning till att det framstod som tveksamt om förhören genomförts i enlighet

³²²⁵ Ett tredje gemensamt drag var att de tilltalade i samtliga mål utom det sista var underåriga. I mål nr B 1132-10 var exv. den tilltalade endast 15 år gammal när den åtalade gärningen begicks.

³²²⁶ Se TR:ns dom i mål nr B 2580-09. Anmärkningsvärt är att endast ett av samtliga polisförhör med samtliga tilltalade, som alla var underåriga, hade genomförts med en försvarare närvarande. Detta till trots utgick åtalet i hög grad från uppgifter som pojkarna lämnat under förhören. I A:s fall är omständigheterna i övrigt också anmärkningsvärda, eftersom A kom till polisstationen efter att ha bokat ett möte för att prata om sin moped. Istället arresterades han och underkastades förhör avseende grovt förtal. Vid detta förhör begärde han försvarare, men trots detta fortsatte (de facto) förhöret, varvid A lämnade vissa inkriminerande uppgifter. Därefter hölls förnyade förhör under tiden A alltjämt var frihetsberövad, likaså utan försvarare närvarande (eftersom A:s tidigare begäran om försvarare inte hade hörtsammats). Jag har tidigare diskuterat omständigheterna i anslutning till JO:s beslut dnr 4608-2010 (eftersom A både överklagade TR:ns dom och anmälde händelserna till JO); se i anslutning till fn. 1949 ovan.

med konventionens krav konstaterade sedan HovR:n att de uppgifter som A lämnat under förhören skulle tillmätas ”ett *lägre bevisvärde* än vad tingsrätten kommit fram till”, vilket föranledde en friande dom:

”Med hänsyn ... till de utgångspunkter för bevisvärderingen som redogjorts för inledningsvis är bevisvärdet av [A:s] tidigare lämnade erkännande *lågt*. [...] Vid en samlad bedömning är bevisningen *inte tillräcklig* för att döma [A] för att ha medverkat i den aktuella gärningen.”

I mål nr B 1132-10 (HovR:n för Västra Sverige), som avsåg våldtäkt mot barn, hade B – som vid tidpunkten för gärningen endast var 15 år – dömts av TR:n mot sitt nekande, bland annat på grundval av uppgifter som han hade lämnat i de inledande polisförhören utan närvaro av försvarare.³²²⁷ HovR:n fastställde visserligen den fällande domen, men uttryckligen *utan att ”använda” A:s egna uppgifter*, vilket ansågs göra rättegången rättvis:

”Eftersom hovrätten till stöd för fällande dom *inte har använt* de uppgifter som [A] lämnade under polisförhöret, kan dock denna fällande dom i sig inte anses innebära en kränkning av hans rätt till en rättvis rättegång.”

En central skillnad mellan ovanstående mål är att hovrätten, i det första avgörandet, tillmätte A:s uppgifter ett *lågt bevisvärde*, vilket som sagt implicerar att uppgifterna ”användes” – de tillmättes ju trots allt ett bevisvärde, låt vara ett lågt sådant.³²²⁸ I enlighet med *Omelchenko* måste detta anses strida mot Europakonventionen. I det senare avgörandet använde däremot hovrätten inte B:s uppgifter, vilket ansågs medföra att den fällande domen inte längre kränkte A:s rättigheter.

I efterföljande avgöranden har därefter Svea hovrätt, respektive Hovrätten för Övre Norrland, anslutit sig till det senare alternativet genom att *bortse* från uppgifter lämnade under konventionsstridiga förhör:

I mål nr B 9446-13 (Svea HovR) frikände TR:n C från ansvar för häleri, efter att domstolen konstaterat att förundersökningen ”varit så bristfälligt att de förhörsuppgifter som åklagaren har lagt fram under huvudförhandlingen helt ska bortses ifrån och inte läggas [C] till last”.³²²⁹ HovR:n instämde:

³²²⁷ Se TR:ns dom i mål nr B 11221-08. HovR:ns avgörande diskuteras även av Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 817 f.

³²²⁸ Enligt JO:s tolkning av domen, såsom den kommer till uttryck i dnr 4608-2010, ”reparerades” de kränkningar av A:s rätt till försvar som förekom under polisutredningen ”i förfarandets avslutande del, inom ramen för hovrättens bevisvärdering”. Mot detta hade JO ingenting att invända: ”Utifrån det som sammantaget framkommit vid denna granskning anser jag därför att det inte föreligger något brott mot rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen.” Detta kan ställas i relation till exv. Lundqvist (2015) s. 241, som i anslutning till s.k. bevisanvändarförbud talar om en bevisrättslig nullitetsverkan, dvs. ”att bevisvärdet av beviset i fråga upphävs”, med tillägget: ”Eftersom beviset saknar ett bevisvärde skall beviset avvisas med stöd av reglerna i RB 35:7.”

³²²⁹ Se TR:ns dom i mål nr B 5619-13.

”Vid prövningen av åtalet ska ... *bortses* från det som kommit fram beträffande innehållet i polisförhören, på så sätt att detta *inte kan läggas till grund* för en fällande dom mot [C].”

Svea hovrätts hantering av C:s uppgifter påminner om hur Hovrätten för Västra Sverige hanterade B:s uppgifter i ovanstående avgörande, på så vis att dessa *inte tillmättes något bevisvärde alls*. Att vissa uppgifter inte används/bortses från/inte läggs till grund för domen får betraktas som olika sätt att uttrycka samma sak: att dessa uppgifter inte – i linje med *Salduz* – ”are used for a conviction”. I det aktuella målet gick dock HovR:n ännu längre, genom att anföra följande:

”*Detsamma gäller* vad [C] uppgett i tingsrätten till följd av att han konfronterats med innehållet i polisförhören.”

Svea hovrätt bortsåg alltså inte bara från vad C hade uppgett under de konventionsstridiga förhören (och som fanns nedtecknat i förhørsprotokollet), utan också från allt som C muntligen hade uppgett under rättegången med anledning av att han konfronterats med dessa polisförhör (i linje med idén om ”frukten från det förgiftade trädet”). På samma sätt hanterade hovrätten problemet i det sista avgörande som jag vill uppmärksamma:

I mål nr B 583-16 (HovR:n för Övre Norrland), som avsåg narkotikabrott, hade D av TR:n dömts mot sitt nekande, i princip enbart på grundval av de uppgifter som han hade lämnat i polisförhör utan försvarare närvarande.³²³⁰ I nära anslutning till de ovan citerade domskäl frikände HovR:n D, med följande motivering:

”Vid prövningen av åtalet ska ... *bortses* från det som kommit fram beträffande innehållet i polisförhören, på så sätt att detta *inte kan läggas till grund* för en fällande dom mot [D]. *Detsamma gäller* vad [D] uppgett vid tingsrätten till följd av att han konfronterats med innehållet i polisförhören.”

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att hovrätterna har uppmärksammat vissa av de problem som jag har diskuterat i detta kapitel, och erbjudit två alternativa lösningar på hur domstolarna kan hantera att uppgifter som lämnats under konventionsstridiga förhör åberopas i rättegången: Enligt det första alternativet kan sådana uppgifter tillmätas ett lägre bevisvärde.³²³¹ Detta alternativ är dock, enligt min mening, inte tillräckligt för att tillgodose kraven i Europakonventionen, eftersom det av *Salduz* uttryckligen framgår att rätten till försvar i princip ofrånkomligen kommer att kränkas om inkriminerande uppgifter som lämnats i polisförhör utan tillgång till försvarare ”are used for a conviction”. För om den tilltalade fälls kommer även sådana uppgifter som har tillmätts ett lågt bevisvärde för den tilltalades skuld att vara en del av den samlade bevisning som ligger till grund för den fällande domen, och därmed

³²³⁰ Se TR:ns dom i mål nr B 484-16.

³²³¹ HovR:n i NJA 2001 s. 344 och mål nr B 2111-10.

”användas”. Stöd för detta finns i *Omelchenko*, där domstolen talade om erkännandet som en del av ”the body of evidence held against the applicant in convicting him”.

Mot denna bakgrund får det andra alternativet – att helt bortse från sådana uppgifter³²³² – anses svara bättre mot den princip som Europadomstolen formulerade i *Salduz*, men frågan är om ens detta alternativ är tillräckligt långtgående. I praktiken torde det nämligen vara ytterst svårt för alla människor – även för domare – att ”bortse” från kunskap som man har.³²³³ Att åklagaren bringar i öppen dag att den tilltalade har lämnat två motstridiga berättelser lär således – om än omedvetet – påverka den tilltalades trovärdighet (och därmed, om inte annat, *sänka bevisvärdet* hos den tilltalades senare utsaga).³²³⁴ Detta gäller även om domstolarna, i linje med 2013 och 2016 års avgöranden, försöker ”bortse” också från sådana uppgifter som den tilltalade lämnar under rättegången efter att ha konfronterats med innehållet i polisförhören. Ett tredje (och lämpligare) alternativ är därför att åklagarna slutar att åberopa inkriminerande uppgifter som har lämnats under konventionsstridiga förhör, eftersom det knappast kan anses förenligt med objektivitetsprincipen att åberopa processmaterial till den tilltalades nackdel som domstolarna med hänsyn till Europakonventionen sedan måste lämna utan avseende (och möjligen borde avvisa med stöd av rättegångsbalken 35 kapitlet 7 §).³²³⁵

Ovanstående tre alternativ handlar dock till syvende och sist om skademinimering. Det stora problemet är förstås att brottsmisstänkta rätt till försvarare inte tillgodoses under förundersökningen, vilket medför att bristerna måste hanteras i ett senare skede av processen. Ett fjärde alternativ är därför att leva upp till kraven i Europakonventionen från första början. Detta alternativ förutsätter, enligt min mening, två saker: För det första att rätten till offentlig försvarare frikopplas från rättegångsbalken 23 kapitlet 18 §, eftersom delgivningsförhöret många gånger äger rum *efter* att en person anses vara anklagad för brott i konventionens mening.³²³⁶ För det andra att polis/åklagare (och i förekommande fall domstol) grundligt omvärderar vissa parametrar i behovsbedömningen enligt rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § andra stycket – framförallt vilken vikt som tillmäts den enskildas ”samtycke” att höras utan försvarare, men också den i Sverige rådande (van)föreställningen att försvarare inte behövs i erkända brott.

Med detta har jag uppmärksammat några problem i mötet mellan den svenska brottmålsprocessen och rätten till biträde enligt Europakonventionen. I nästa avsnitt skall vi dröja oss kvar vid mål som avser anklagelser om brott enligt artikel 6, men istället rikta fokus på (de brottmålsliknande) förvaltningsmålen. I förvaltningsprocessen uppstår inte de problem som jag nu har diskuterat, helt enkelt eftersom det

³²³² Mål nr mål B 9446-13 och B 583-16. Förvisso är dessa avgöranden nyare och kan kanske betraktas som en begynnande samsyn. Det finns dock avgöranden som talar i olika riktningar, varför ett klagörande från HID vore välkommet.

³²³³ Jfr Andersson & Hopman (JT 4/2010-11) s. 812.

³²³⁴ Jfr Brunosson (2015) s. 47.

³²³⁵ Jfr Lundqvist (2015) s. 242, som anför att ”bevisrättslig nullitet” skall ges den konsekvensen att de brottsutredande myndigheterna ”ska gallra bort ... och bortse från beviset, som inte får ingå i underlaget för åtalsprövningen”.

³²³⁶ I den mån den relevanta tidpunkten anses för svår att precisera i lagtexten, kan lagtexten anknytas till EKMR, exv. genom ett nytt 3 st. i 21 kapitlet 3 a §, med följande lydelse: ”En offentlig försvarare skall alltid förordnas om det behövs för att tillgodose rätten till en rättvis rättegång vid anklagelse om brott enligt artikel 6 i Europakonventionen.”

överhuvudtaget inte finns någon möjlighet att förordna en offentlig försvarare/ett offentligt biträde i det stora flertalet mål – inte ens i sådana måltyper som innefattar brottsanklagelser i konventionens mening. Istället får rätten till ”försvarare” tillgodoses genom rättshjälpslagen i alla sådana måltyper som inte omfattas av lagen om offentligt biträde. Frågan är dock om inte denna ordning är oförenlig med Europakonventionen.

6.2.7.4 Rätt till ”försvarare” i förvaltningsmål som innefattar anklagelser om brott

I relation till artikel 6 kan de svenska förvaltningsmålen delas in i tre kategorier: (1) sådana mål som innefattar anklagelser om brott; (2) sådana mål som avser civila rättigheter/skyldigheter; och slutligen (3) övriga mål, som helt faller utanför artikel 6. De två förstnämnda måltyperna måste uppfylla kravet på rättvis rättegång enligt artikel 6, medan den sista kategorin istället får bedömas mot regeringsformens motsvarande krav. I detta avsnitt skall jag säga något om den första kategorin.³²³⁷

Som jag visat i tidigare avsnitt finns det sedan länge en tendens i svensk rätt att beteckna vissa förvaltningsmål som ”brottmålsliknande”, vilket i Högsta förvaltningsdomstolens praxis har motiverat analogier med *rättegångsbalkens regler för brottmål* (dock inte reglerna om offentlig försvarare). Vad jag skall diskutera i detta avsnitt är en delvis parallell tendens, där vissa mål likaså har betraktats som brottmål, men i den mening som avses i *Europakonventionens artikel 6*. Denna tendens har jag redan berört i kapitel 4, med anledning av Lundins skiljaktiga mening i RÅ 2006 ref. 89.³²³⁸ Som jag då konstaterade är det dock i relation till systemen med offentliga försvarare/ biträden som artikel 6 blir av särskilt intresse, eftersom artikel 6.3.c innehåller en uttrycklig rätt till biträde ”utan kostnad” i mål som avser anklagelser om brott.³²³⁹ Och detta är någonting helt annat än att i efterhand, och endast vid en framgångsrik process, få ersättning för sina kostnader i analogi med rättegångsbalken 31 kapitlet (vilket Lundin diskuterade i det aktuella avgörandet).³²⁴⁰ Enkelt uttryckt kan den enskildas rätt till ett effektivt försvar/processuell balans *under* processen inte (enbart) säkerställas genom att vederbörande får ersättning *efter* processen.³²⁴¹ Jag skall därför här säga något ytterligare om den ifrågavarande utvecklingen.

I RÅ 2000 ref. 66 (I-II) prövade RegR systemet med skattetillägg i relation till EKMR art. 6. I det första målet anförde domstolen att det fanns ”anledning att undersöka om konventionen är tillämplig med avseende på skattetillägg”, och i så fall om det

³²³⁷ Den andra kategorin kommer jag att diskutera i avsnitt 6.3.6 nedan.

³²³⁸ Se avsnitt 4.9.3 ovan.

³²³⁹ Jfr den engelska språkversionen, som i art. 6.3.c talar om ”free [legal assistance]”.

³²⁴⁰ Jfr Lindkvist, Gustaf, *Rätt till ombud vid förhör och utredning hos Skatteverket?* (TSN 11/2011a) s. 893-897 (s. 897), som kontrasterar rätten till ersättning enligt dåvarande ErsättningsL. (nu SFL 43 kap.) mot rätten till biträde ”utan kostnad” enligt EKMR art. 6.3.c.

³²⁴¹ Jfr Lindkvist (SvSKT 6-7/2011b) s. 546, vars uppfattning jag delar.

förelåg ”en konflikt mellan konventionen och reglerna om skattetillägg”.³²⁴² Två frågor tilldrog sig således domstolens intresse:

1. Om ett mål om påförande av skattetillägg avser en anklagelse om brott, vilket avgör om art. 6 överhuvudtaget är tillämplig. (Med domstolens ord: ”om det handlande som kan leda till att skattetillägg påförs utgör brott eller, med andra ord, om skattetillägg i konventionens mening är att betrakta som en brottspåföljd”). Och om denna fråga besvarades jakande:
2. Om förfarandet vid påförande av skattetillägg lever upp till kraven i artikel 6. (Med domstolens ord: ”i vad mån regleringen av skattetilläggsförfarandet är så utformad att den kan tillgodose de i artikeln uppställda kraven på en rättvis rättegång”).

Båda de ovanstående frågorna bedömdes mot bakgrund av de, märk väl, *av klagande åberopade konventionsbestämmelserna*, närmare bestämt artikel 6.1 och 6.2.

Vad avser den första frågan – konventionens ”tillämplighet i fråga om skattetillägg” – konstaterade RegR att art. 6 skulle ”anses tillämplig på det svenska skattetillägget” (eller med en alternativ formulering: ”att det svenska skattetillägget får anses falla in under artikel 6 i Europakonventionen”).³²⁴³ Följaktligen fanns det skäl att överväga den andra frågan – ”om handläggningen i det aktuella fallet står i överensstämmelse med relevanta konventionsbestämmelser”. Även denna fråga besvarade domstolen jakande, både i relation till art. 6.1 och 6.2.³²⁴⁴

Sammanfattningsvis fann alltså Regeringsrätten i RÅ 2000 ref. 66 I att mål om påförande av skattetillägg (1) avser en anklagelse om brott (och att artikel 6 därför är ”tillämplig” på förfarandet) samt (2) att detta förfarande lever upp till kraven i artikel 6.1 och 6.2.³²⁴⁵ Till samma slutsatser kom domstolen i mål II, som likaså avsåg förfarandet vid påförande av skattetillägg, men aktualiserade delvis andra processuella problem (huruvida omedelbar verkställighet var förenligt med artikel 6).³²⁴⁶

Regeringsrättens avgörande i RÅ 2000 ref. 66 I och II ligger i linje med den äldre inhemska praxis som jag har redogjort för ovan, såtillvida att domstolen redan i tidigare avgöranden hade valt att tillämpa vissa av rättegångsbalkens bestämmelser om

³²⁴² Mål nr 1900-98.

³²⁴³ I denna del hänvisade RegR till HD:s dom i mål nr B 868-99, där HD hade uttalat att ”starka skäl talar för att artikel 6 är tillämplig även på det svenska skattetilläggsförfarandet”.

³²⁴⁴ RegR fann alltså att påförandet av skattetillägg inte stred mot oskuldspresumtionen, vilket många – vid tidpunkten – hade hävdad i litteraturen; se exv. Eklund, Hans & Johansson, Anders, *Hög tid för omprövning av den svenska skattetilläggsregleringen!* (TSN 5/1998) s. 276-284 (s. 284), Eklund, Hans & Johansson, Anders, *Europakonventionens tillämpning i mål om skattetillägg* (TSN 4/1999) s. 174-185 (s. 180 f.), Alexandersson, Stig, *Europakonventionens betydelse i mål gällande skattetillägg* (JT 1/1998-99) s. 251-263 (s. 259 ff.) och Alexandersson, Stig, *Skattetilläggen strider mot oskuldspresumtionen* (TSN 7-8/2000) s. 449-451. Motsatt mening dock hos exv. Asp, Petter, *Skattetilläggen och oskuldspresumtionen* (TSN 11/1999) s. 702-714 (särskilt s. 713 f.) och Asp, Petter, *Skattetilläggsregleringens förenlighet med Europakonventionen* (JT 3/2000-01) s. 606-620 (s. 608 ff.).

³²⁴⁵ Huruvida klaganden hade rätt till ”gratis” biträde (enligt artikel 6.1 och 6.3) aktualiserades dock inte. Kostnaderna hanterades istället enligt dåvarande ErsättningsL.

³²⁴⁶ Mål nr 2922-99.

brottmål också i mål om skattetillägg.³²⁴⁷ I efterföljande praxis har dock fler måltyper än skattetilläggsfall betraktats som brott i Europakonventionens mening,³²⁴⁸ vilket är helt i linje med Europadomstolens praxis. Det sagda kan illustreras genom två ytterligare exempel.

I RÅ 2004 ref. 17 aktualiserades frågan ”om artikel 6 i Europakonventionen är tillämplig på förfarandet vid påförande av särskild avgift” enligt anmälningsslagen. Med hänvisning till 2000 års skattetilläggsfall anförde RegR följande:

”Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2000 ref. 66 (I) slagit fast att fråga om påförande av skattetillägg ... innefattar en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen, *varför de i artikeln angivna rätts säkerhetsgarantierna måste respekteras* vid förfarandet för bestämmande av sådan påföljd. Den nu aktuella avgiften för underlåtenhet att anmäla ändrat aktieinnehav företer sådana karakteristika att detsamma enligt Regeringsrättens mening bör gälla vid uttagande av denna avgift.”

I RÅ 2004 ref. 17 förtydligade alltså Regeringsrätten, med hänvisning till RÅ 2000 ref. 66, att om ett förvaltningsfall innefattar en anklagelse om brott så är artikel 6 tillämplig på förfarandet, vilket med domstolens ord betyder att *de i artikeln angivna rätts säkerhetsgarantierna måste respekteras*. I likhet med 2000 års avgörande ansåg dock domstolen att förfarandet vid påförandet av den särskilda avgiften uppfyllde kraven enligt konventionen. I relation till kostnaderna gjordes dock ingen koppling alls till artikel 6. Klaganden yrkade, å ena sidan, ersättning för sina kostnader (utan att anföra konventionen som rättslig grund). Regeringsrätten, å andra sida, avslag yrkandet (utan att relatera avslagsbeslutet till konventionen i kostnadsdelen). Allt som anfördes var följande:

Slut: ”Regeringsrätten avslår ... yrkandet om ersättning för kostnader.”

Skäl: ”Förutsättningar att bevilja [A] ersättning för kostnader saknas.”

Omständigheterna i det efterföljande avgörandet RÅ 2006 ref. 89 var i allt väsentligt detsamma. Med hänvisning till 2004 års avgörande konstaterade Regeringsrätten ”att fråga om påförande av avgift av detta slag innefattar en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen”, och att den ifrågasvarande

³²⁴⁷ Se exv. RÅ 1987 ref. 42, där RegR fann att omröstningsreglerna för brottmål i RB 29 kap. skall tillämpas vid omröstning som avser skattetillägg. Att skattetillägget var ett ”brottspåföljdsliknande ingrepp” åberopade Petré redan i en skiljaktig mening RÅ Ba-17/82 till stöd för att tillämpa RF:s regler om nåd i skattetilläggsfall, vilket RegR sedermera anslöt sig till i exv. dnr Fi 5850/88.

³²⁴⁸ I denna kontext bör också nämnas att skattetillägg skall betraktas som straff också vid tillämpning av art. 4.1 i det sjunde tilläggsprotokollet till EKMR, som förbjuder dubbelstraffning, vilket både HD och HFD konstaterat; se NJA 2013 s. 502 (samt NJA 2013 s. 746 ang. resning) resp. HFD 2013 ref. 71 (samt HFD 2014 ref. 35 ang. resning). I relation till art. 4.1 har också RegR i RÅ 2000 ref. 65 konstaterat att ett beslut om körkortsåterkallelse i och för sig skall betraktas som ett straff (vilket dock inte ansågs stå i strid med principen om *ne bis in idem*). Denna ståndpunkt bekräftades sedermera av ED genom avgörandet *Nilsson v. Sverige* (app. no. 73661/01), och upprätthölls därför av HFD genom HFD 2014 ref. 80. Till samma slutsats kom också HD i NJA 2015 s. 587 – dock med förtydligandet att ett beslut om körkortsåterkallelse ”räknas som straff” i den mening som avses i *både* EKMR art. 6 och tilläggsprotokollets art. 4.

artikeln därför var ”tillämplig på förfarandet avseende särskild avgift”.³²⁴⁹ I kostnadsdelen hänvisade dock varken klaganden eller domstolen till konventionen, och utgången blev densamma som i 2004 års avgörande:

Slut: ”Regeringsrätten avslår yrkandet om ersättning för rättegångskostnader.”

Skäl: ”[A:s] yrkande om ersättning för rättegångskostnader kan inte vinna bifall.”

En intressant skillnad mellan 2004 och 2006 års fall är dock, som bekant, att Lundin skrev sig skiljaktig i RÅ 2006 ref. 89 under anförande av att *målet inte var klart för avgörande*, och detta med en motivering som förtjänar att återges i denna kontext:

”Regeringsrätten har slagit fast att ett mål om avgift för underlåtenhet att anmäla ändrat aktieinnehav innefattar en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen. [A:s] yrkande om ersättning för sina rättegångskostnader skall bedömas med *utgångspunkt i detta synsätt*. Vid en utgång i målet som innebär helt eller delvis bifall till hans överklagande bör han *därför* i analogi med reglerna i 31 kap. rättegångsbalken tillerkännas ersättning för sina kostnader med ett skäligen belopp. Innan målet avgörs bör [A] således beredas tillfälle att precisera sitt kostnadsyrkande.”

Att A skulle tillerkännas ersättning för sina kostnader i analogi med rättegångsbalken 31 kapitlet 2 § motiverade alltså Lundin med hänvisning till att målet innefattade en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6; *därför* skulle frågan betraktas från ett straffprocessuellt ”synsätt”. Jag har i och för sig inga invändningar mot en sådan analogi – tvärtom finns det starka skäl att i brottmålsliknande förvaltningsmål döma ut kostnadsersättning genom en analogivis tillämpning av kostnadsreglerna i brottmål. Europakonventionen utgör dock inte ett starkt argument för en sådan analogi, eftersom artikel 6 – enligt tydlig konventionspraxis – inte grundar någon rätt till kostnadsersättning vid friande dom ens i ”traditionella” brottmål.³²⁵⁰ Stöd för en sådan analogi får därför istället hämtas i de övervägande som enligt en lång rad prejudikat har motiverat just ett ”straffprocessuellt betraktelsesätt” på

³²⁴⁹ I praktiken innebar detta att domstolarna skulle göra en ”konventionsenlig tillämpning av avgiftssystemet”.

³²⁵⁰ Se även Lindkvist (SvSkT 6-7/2011b) s. 546, som m.h.t. *Stankiewicz v. Poland* (app. no. 46917/99) argumenterar för att rätten till kostnadsersättning i skattetilläggsfall enligt dåvarande ErsättningsL (nu SFL 43 kap.) är för begränsad för att uppfylla kraven i art. 6. Denna argumentation är, menar jag, systematiskt felaktig. *Stankiewicz* avsåg nämligen tvister kring civila rättigheter/skyldigheter, till skillnad från mål om skattetillägg som innefattar anklagelser om brott. ED:s praxis avseende kostnadsersättning visar också tydligt – åtminstone i dagsläget – att någon rätt till kostnadsersättning inte följer av art. 6 i brottmål. I den mån *Stankiewicz* skall kunna användas som ett argument också i brottmål kan resonemanget därför inte grundas direkt på konventionen. Detta hindrar dock inte *Stankiewicz* från att vara av indirekt betydelse, om argumentationen istället grundas på rätten till en rättvis rättegång enligt RF 2 kap. 11 §. Dessa tankar utvecklar jag i avsnitt 6.3.6.1 nedan, där jag också kommer att diskutera HD:s tolkning av *Stankiewicz*; se särskilt i och vid fn. 3377. ED:s dom i *Stankiewicz* diskuterar jag sedan mer utförligt i avsnitt 6.3.5 i relation till de civila målen.

förvaltningsprocessen i andra processuella frågor,³²⁵¹ det vill säga huvudsakligen – om än inte uteslutande, och inte alltid uttryckligen – *den enskilda partens rättsäkerhet*.³²⁵²

Vad artikel 6 (och särskilt artikel 6.3.c) däremot kan motivera, och kanske till och med påkalla, är analogivisa tillämpningar av rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § (alternativt lagen om offentligt biträde, i den mån det anses oegentligt att tala om ”offentliga försvarare” i den förvaltningsprocessuella kontexten). Förvisso kan det aldrig bli tal om en frihetsberövande påföljd i de måltyper som vi nu diskuterar, men som jag har visat ovan är detta inte en förutsättning för att rättvisans intresse/intresset av en rättvis rättegång skall motivera förordnandet av en offentlig försvarare.³²⁵³ I *Zdravko Stanev* fann nämligen Europadomstolen att Bulgarien hade brutit mot artikel 6 genom att inte tillhandahålla biträde i ett mål där den klagande inte riskerade att berövas friheten; utgången i målet kunde inte bli värre än att överinstansen fastställde underinstansens dom, genom vilken den klagande förpliktigats att utge 8 250 euro i böter och skadestånd. Detta till trots motiverade rättvisans intresse att en försvarare förordnades, dels därför att beloppet var betydande (”a significant amount in view of his financial situation”), dels därför att den klagande inte hade kunnat försvara sig själv på ett effektivt vis (”was almost certainly unable to defend himself effectively”).³²⁵⁴ Och inte nog med det – för att motivera utgången i *Zdravko Stanev* hänvisade Europadomstolen till ett tidigare beslut mot Sverige, enligt följande:

”[W]here deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation and if the defendant cannot pay for it himself, public funds must be available as of right; however, that is not to say that public funds do not have to be available where deprivation of liberty is not at stake (see, for example, *Barsom & Varli v. Sweden* ...).”³²⁵⁵

I *Barsom & Varli mot Sverige*, som avsåg påförande av skattetillägg, kom Europadomstolen visserligen fram till att det inte stred mot artikel 6 att de klagande hade nekats rättshjälpen enligt rättshjälplagen, men med en argumentation som inte på något vis utesluter att biträde måste kunna förordnas i sådana förvaltningsmål som innefattar anklagelser om brott. På något annat vis kan beslutet inte förstås, givet att Europadomstolen hänvisade till just *Barsom & Varli v. Sweden* för att motivera utgången i *Zdravko Stanev*. I korthet var omständigheterna som följer:

Barsom och Varli ägde aktier i ett holdingbolag som i sin tur ägde samtliga aktierna i ett annat bolag (en restaurang/nattklubb; nedan ”dotterbolaget”). Sedan SKV gjort

³²⁵¹ Se exv. RÅ 1987 ref. 42, RÅ 1989 ref. 67, RÅ 1990 ref. 108, RÅ 1990 ref. 64, RÅ 1991 ref. 67, RÅ 1993 ref. 26, RÅ 1993 ref. 76, RÅ 1994 ref. 88, RÅ 1996 ref. 15, RÅ 1996 ref. 83 och RÅ 1997 not. 216.

³²⁵² Kanske behövs dock inga sådana analogier, givet att HD – m.h.t. ED:s avgörande i *Stankiewicz* – har tolkat in en rätt till kostnadsersättning i rätten till en rättvis rättegång enligt RF 2 kap. 11 §, som omfattar alla rättegångar. Distinktionen mellan olika typer av förvaltningsmål blir med ett sådant synsätt obehövlig, om rätten till kostnadsersättning grundas på regeringsformen istället för på EKMR. Jfr mina kritiska anmärkningar mot Lindkvist i fn. 3250 strax ovan och se vidare i och vid fn. 3377 nedan.

³²⁵³ Se avsnitt 6.2.1.2 ovan.

³²⁵⁴ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 39-40.

³²⁵⁵ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 38.

revision hos dotterbolaget konstaterade verket att alla intäkter inte hade redovisats, varför bolaget skönstaxerades. Som en konsekvens av detta upptaxerades också Barsom och Varli, och påfördes dessutom skattetillägg. Barsom och Varli överklagade, (tillsammans med dotterbolaget) och ansökte om rättshjälp. Både LR:n och KamR:n avslag dock deras ansökan, varefter RegR beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Mot denna bakgrund klagade Barsom och Varli till ED, under anförande av att deras rättigheter enligt artikel 6.3.c hade kränkts.

Europadomstolen inledde med att konstatera att den i ett flertal domar mot Sverige hade funnit att mål om skattetillägg innefattar anklagelser om brott.³²⁵⁶ Vad som är särskilt intressant är dock att domstolen uttryckligen bekräftade vad jag har antytt ovan, närmare bestämt att det faktum att artikel 6 ”är tillämplig”³²⁵⁷ i en viss måltyp bara kan förstås som att *hela artikel 6 är tillämplig*, och att prövningen därmed måste uppfylla *alla de rättssäkerhetsgarantier* som kommer till uttryck i artikel 6.1, 6.2, och 6.3. Med domstolens ord:

”[The] imposition of tax surcharges involves the determination of a ‘criminal charge’ within the meaning of Article 6 of the Convention, although such surcharges cannot be said to belong to criminal law under the Swedish legal system. *It follows that Article 6 is applicable under its criminal head and the question arises whether Article 6 § 3(c) was complied with.*”

Förutom ovanstående konstaterande – att skattetillägg inte utgör ett straff enligt svensk systematik – fäste domstolen, åtminstone inte uttryckligen, något avseende vid att det inte var frågan om ett ”traditionellt” brottmål. Istället applicerade domstolen Quaranta-kriterierna på omständigheterna i målet; huruvida de klagande hade rätt till rättshjälp skulle bedömas med beaktande av rättegången som en helhet, däribland ”the seriousness of the offence, the severity of the possible sentence, the complexity of the case and the personal situation of the accused”. Vid denna bedömning kom domstolen fram till att Sverige inte hade brutit mot artikel 6 genom att neka de klagande rättshjälp, dock med ett utförligt resonemang i anslutning till samtliga kriterier.

Vad först avser målets betydelse/påföljdens allvar fäste domstolen vikt vid två faktorer: (1) att de klagande inte riskerade en frihetsberövande påföljd (och att ett skattetillägg inte heller kunde omvandlas till ett fängelsestraff vid ett senare tillfälle); samt (2) att de klagande faktiskt hade kunnat betala avgifterna. I sistnämnt avseende kan vi identifiera den första skillnaden mellan de två avgörandena:

³²⁵⁶ ED hänvisade här till *Janosevic v. Sweden* (app. no. 34619/97) och *and Vastberga Taxi Aktiebolag & Vulic v. Sweden*.

³²⁵⁷ Jfr RÅ 2000 ref. 66.

”Although the tax surcharges amounted to around EUR 11,500 for Mr. Barsom and around EUR 15,600 for Mr. Varli, *they were able to pay these sums* to the Tax Authority.”

”[T]he fine imposed on the applicant amounted to approximately 250 euros (EUR), and the damages he was required to pay amounted to more than EUR 8,000, *which was a significant amount in view of his financial situation.*”³²⁵⁸

Även om beloppen var något högre i *Barsom & Varli* än i *Zdravko Stanev* relaterade alltså domstolen dessa belopp till de klagandes ekonomiska förhållanden, med delvis olika utfall.

Vad sedan avser målens komplexitet föreligger också intressanta skillnader. Europadomstolen fann nämligen att *Barsom & Varli* huvudsakligen avsåg bevisfrågor, vilket kan kontrasteras mot *Zdravko Stanev*, som aktualiserade bevisfrågor, processuella frågor och uppsåtsfrågor:

”[T]he contentious issues before the national courts primarily concerned the assessment of the evidence, and, in particular, the question whether the restaurant had failed to record all its sales or not.”

”[T]he relevant issues included the rules on admissibility of evidence, the rules of procedure, and the meaning of intent.”³²⁵⁹

Mot denna bakgrund bedömde Europadomstolen slutligen de klagandes förmåga att föra sin egen talan, och även på denna punkt framträder vissa skillnader:

”[The applicants] have been living in Sweden for almost 30 years and are businessmen who own and are in charge of the daily running of a restaurant. In these circumstances, the Court finds it highly unlikely that they would not be able to present their case and arguments adequately, without legal assistance, before the national court.”

”The fact that the applicant, as an educated man, might have been able to understand the proceedings does not alter the fact that without the services of a legal practitioner he was almost certainly unable to defend himself effectively.”³²⁶⁰

Utöver ovanstående tre punkter föreligger en ytterligare skillnad mellan de diskuterade målen, som inte skall underskattas, nämligen att de klagande i *Barsom & Varli* hade haft tillgång ett juridiskt biträde som företrädde dem (och bolaget) både vid förfarandet inför Skatteverket och i den efterföljande överklagandeprocessen inför länsrätten, vilket Europadomstolen uttryckligen noterade i sitt beslut.³²⁶¹ Detta kan kontrasteras mot klaganden i *Zdravko Stanev*, som tvingades företräda sig själv till följd av att han hade nekats offentlig försvarare. Denna omständighet – att

³²⁵⁸ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 39.

³²⁵⁹ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 39.

³²⁶⁰ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 40.

³²⁶¹ Med ED:s ord: ”[The Court] further has regard to the fact that their cases were very closely connected to each other as well as to that of their restaurant and that *all three appellants were represented by the same lawyer* before the Tax Authority and in their appeals to the County Administrative Court.”

klaganden *faktiskt har haft tillgång till någon form av biträde* – har domstolen fäst stor vikt vid i en rad avgöranden, när den funnit att avsaknaden av rättshjälp inte har inneburit ett brott mot konventionen. Ett exempel härpå är det för svenskt vidkommande intressanta avgörandet *Handölsdalen Sami Village & Others mot Sverige*, där Europadomstolen anförde följande:

”More importantly, the applicants were in fact represented by legal counsel throughout the proceedings. [...] As is evident from the judgments and the various decisions taken during the proceedings, they presented a large amount of material to the courts and made numerous submissions on the substance of the case as well as on issues of procedure. The way in which the applicants conducted their defence does not indicate that they were unable to present their case properly.”³²⁶²

Resonemanget ovan skall förstås mot bakgrund av att Europadomstolen inte ser det som sin uppgift att bedriva abstrakt lagprövning – vad domstolen prövar är om rättegången har varit rättvis givet omständigheterna i det enskilda fallet.³²⁶³ Och har parten haft tillgång till kompetent biträde genom hela processen – och därigenom de facto kunnat föra sin talan på ett effektivt sätt – finns det en tydlig obenägenhet hos domstolen att konstatera brott mot artikel 6, helt enkelt eftersom förfarandet har varit rättvis.

Mot denna bakgrund kan utgången i *Barsom & Varli*, enligt min bestämda uppfattning, inte tas till intäkt för att offentligt biträde aldrig behöver förordnas i brottmålsliknande förvaltningsmål för att svensk rätt skall uppfylla kraven i artikel 6.1 och 6.3.c – tvärtom manar avgörandet till rejäl eftertanke. Vi kan nämligen konstatera (1) att om ett förvaltningsmål innefattar en anklagelse om brott i Europakonventionens mening är artikel 6 ”tillämplig” på domstolens prövning (RÅ 2000 ref. 66). Med Regeringsrättens ord betyder detta att ”de i artikeln angivna rättssäkerhetsgarantierna måste respekteras vid förfarandet” (RÅ 2004 ref. 17), eller annorlunda uttryckt, att prövning skall ”tillgodose de i artikeln uppställda kraven på en rättvis rättegång” (RÅ 2002 ref. 60). Det kan dock, på goda grunder, ifrågasättas om rätten till ett effektivt försvar, och i förlängningen principen om processuell balans, kan upprätthållas i en process där den enskilda parten i de allra flesta fall inte får någon ersättning för sina

³²⁶² *Handölsdalen Sami Village & Others v. Sweden* (app. no. 39013/04) p. 57. I målet, som inte var ett brottmål, hade ett antal landägare väckt en negativ fastställsetalan vid TR:n avseende samebyarnas rätt till renbete. Samebyarnas klagomål hos ED avsåg dels avsaknaden av rättshjälp, dels de höga processkostnader (ca 4 miljoner kr) som de hade förpliktigats att utge som tappande part. Trots att ED konstaterade (p. 54-55) att målet både var av stor betydelse (”undoubtedly of considerable importance to the applicants”) och komplicerat (”it is evident that the case was of a complex nature”) betraktades varken avsaknaden av rättshjälp eller skyldigheten att ersätta motparts kostnader som ett brott mot EKMR, och detta av en rad anledningar: samebyarna var juridiska personer och kostnadsansvaret var därför inte lika betungande som för en enskild individ, de hade fått finansiering på annat sätt m.m. Det huvudsakliga skälet till att avsaknaden av rättshjälp inte innebar en kränkning av art. 6 synes dock vara att samebyarna – genom att faktiskt ha haft tillgång till biträde – hade kunnat föra sin talan på ett effektivt sätt. Se även exv. *Bubbins v. The United Kingdom* (app. no. 50196/99) p. 163 (”Even if refused legal aid, the family was legally represented throughout the proceedings by experienced counsel”) samt *Santambrogio v. Italy* (app. no. 61945/00).

³²⁶³ Se exv. *Ognyan Asenov v. Bulgaria* p. 46 och *Taxquet v. Belgium* (app. no. 926/05) p. 83.

biträdeskostnader – varken under eller efter processen – och därför tvingas företräda sig själv mot staten.³²⁶⁴

En av de mest centrala rättssäkerhetsgarantierna i ett brottmål, och därmed en av de mest centrala komponenterna i en rättvis brottmålsrättegång, är rätten till försvarare. Att ett förvaltningsmål innefattar anklagelser om brott innebär således (2) att förfarandet också måste uppfylla kraven i artikel 6.3.c, vilket leder oss till slutsatsen att biträde skall förordnas med tillämpning av Quaranta-kriterierna (*Barsom & Varli*). Mig veterligen har dock Högsta förvaltningsdomstolen aldrig övervägt att tillämpa rättegångsbalkens regler om offentlig försvarare analogt i sådana mål som faller in under artikel 6. Däremot har domstolen i ett avgörande beaktat 6.3.c i ett skattetilläggsmål där den enskilda begärde – men nekades – rättshjälp enligt rättshjälpslagen. Det aktuella målet är refererat som RÅ 2003 ref. 56, och bär vissa likheter med *Barsom & Varli*.

I RÅ 2003 ref. 56 hade den skattskyldige (A) påförts skattetillägg med mer än 230 000 kr, vilket var mer än vad han maximalt hade kunnat påföras i böter om målet istället skulle ha prövats som ett ”traditionellt” brottmål. Mot denna bakgrund anförde A, med hänvisning till art. 6.3.c, att vid ”brottslighet som föranleder ett så kännbart straff är det normalt att den misstänkte erhåller en offentlig försvarare”.³²⁶⁵ Både LR:n och KamR:n avslag dock A:s begäran om rättshjälp. RegR meddelade prövningstillstånd, för att sedan avslå överklagandet med hänvisning till att ”de krav som uppställs för rätt till rättshjälp enligt rättshjälpslagen och rätt till rättegångsbiträde enligt Europakonventionen inte är uppfyllda”. Till stöd för denna ståndpunkt anförde domstolen följande:

”När mål rör skattetillägg bör *vid tillämpningen av artikel 6.3 c* i Europakonventionen hänsyn tas till storleken av de påförda skattetilläggen och målens art och beskaffenhet. Endast om det är fråga om särskilt betungande påföljder och komplicerade rättsfrågor bör fri biträdes hjälp kunna beviljas med stöd av Europakonventionen i mål om skattetillägg.”

Applicerat på omständigheterna i det aktuella målet betraktades således ett skattetillägg på nästan en kvarts miljon inte som ”särskilt betungande”, och inte heller ansågs målet ge upphov till komplicerade rättsfrågor (målet rörde framförallt frågan om ett visst kontrollmaterial som inhämtats och åberopats av Skatteverket kunde läggas till grund för att höja A:s inkomst av tjänst). I sistnämnt avseende ligger avgörandet visserligen i linje med *Barsom & Varli*, men vad gäller ”påföljden” kan vi konstatera att det påförda skattetillägget var betydligt högre. Vad som är mest anmärkningsvärt är dock att avgörandet på ett tydligt sätt illustrerar att den

³²⁶⁴ Jfr Lindkvist & Lyhagen (2014) s. 100 och 296, som exv. konstaterar att såväl kontradiktionen som den processuella balansen ”brister”/”uteblir” i många skattemål pga. att den skattskyldiga normalt inte kan få ersättning för sina biträdeskostnader.

³²⁶⁵ Detta påpekande har jag för egen del sympati för, och den anmärkningsvärda ”asymmetrin” mellan bötesmål och förvaltningsmål som avser olika former av sanktionsavgifter – som kan utgå med belopp som vida överstiger alla tänkbara bötesstraff och dessutom utgör straff i EKMR:s mening – har också påtalats i litteraturen, framförallt avseende skattetilläggen; se exv. Lindkvist (SvSKT 6-7/2011b) s. 549.

grundläggande rätten till ett effektivt försvar enligt artikel 6.1 och 6.3.c i Sverige *helt tillgodoses genom rättshjälpslagen* i sådana förvaltningsmål som innefattar anklagelser om brott.

Det är förstås naturligt att Regeringsrättens prövning i RÅ 2003 ref. 56 avsåg rättshjälpslagens tillämpning, eftersom det var underinstansernas avslag på den enskildas ansökan om rättshjälp som överklagades. Tar vi ett steg tillbaka och betraktar frågan från ett systemperspektiv, är dock rådande ordning närmast svindlande. Till följd av flera decenniers ”utomordentligt hårdföra besparingsåtgärder”³²⁶⁶ är nämligen den allmänna rättshjälpen urholkad till en sådan nivå, att rättshjälpslagen inte med några mått mätt kan anses tillgodose rätten till försvarare i brottmål enligt artikel 6, vilket heller aldrig har varit avsikten med denna lag. För att illustrera detta kan vi göra ett enkelt tankeexperiment. Pondera att reglerna om offentliga försvarare i rättegångsbalken togs bort och att rätten till försvarare i ”traditionella” brottmål framöver skall tillgodoses genom de regler som gäller för rättshjälpsbiträden enligt rättshjälpslagen. Utfallet skulle då bli enligt följande:

För det första skulle endast omkring 40 procent av befolkningen överhuvudtaget kunna förordnas en offentlig försvarare, eftersom rättshjälp *inte får beviljas* den vars ekonomiska underlag överstiger 260 000 kronor i årsinkomst.³²⁶⁷ Det torde dock stå klart för alla och envar att ett system med offentliga försvarare som utesluter 60 procent av befolkningen redan vid inkomstprövningen aldrig skulle accepteras under artikel 6.³²⁶⁸ Tvärtom har ED:s inkomstprövning enligt artikel 6.3.c visat sig vara påtagligt generös,³²⁶⁹ och mot bakgrund av föreliggande praxis är det överhuvudtaget svårt att se hur en i lag fixerad gräns skulle kunna tillgodose kraven i artikel 6 (såvida gränsen inte är så hög att den omfattar alla som rimligen inte har råd att finansiera en rättegången i åtminstone två instanser). Detta då fixerade gränser inte ställer den enskildas betalningsförmåga i relation till de faktiska processkostnaderna i ett visst mål.³²⁷⁰ I den mån det ens går att ha en i lag fastställd gräns skulle den alltså behöva höjas högst betydligt.

³²⁶⁶ Prop. 1987/88:73 s. 25.

³²⁶⁷ SOU 2014:86 s. 226.

³²⁶⁸ I *Barsom & Varli* prövade ED inte inkomstgränsen i RhjL, eftersom de klagande ändå inte ansågs ha rätt till biträde.

³²⁶⁹ I sin praxis har ED förklarat att bevisbördan för att en person saknar tillräckliga medel att själv bekosta ett biträde som utgångspunkt åvilar den enskilda, men att beviskravet inte skall sättas högt; se Mole & Harby (2006) s. 63, Stavros (1993) s. 208 f., Trechsel (2005) s. 271 f. samt *Pakelli v. Germany*. I det sistnämnda avgörandet konstaterade ED (p. 34) att det inte var nödvändigt att den tilltalade styrkte sin betalningsförmåga ”beyond all doubt”. Istället var det tillräckligt att det förelåg ”some indications” att vederbörande saknar erforderliga medel eller, med andra ord, ”a lack of clear indications to the contrary”. M.h.t. detta avgörande anför Trechsel (a. st.) att “[t]he rules are not very strictly applied – legal aid is only rarely refused for the reason that the applicant has sufficient means to pay for it hem- och herself”. Se även *Tsonyo Tzonev (II) v. Bulgaria* (app. no 2376/03) p. 39, där ED likaså fäste vikt vid ”the absence of clear indications to the contrary”. I senare praxis har också ED närmast kastat över bevisbördan på staten, i princip så snart den enskilda har anfört någonting som tyder på att vederbörande saknar tillräckliga medel; se exv. *Zdravko Stanev v. Bulgaria*, där det framkom i målet att den klagande var arbetslös, varvid ED anförde (p. 37) att ”the Government have not substantiated the claim made in their observations that the applicant had, in fact, sufficient resources to appoint counsel. Consequently, the Court accepts that the applicant lacked sufficient means to pay for legal assistance”. Se även *Tualib v. Greece* (app. no. 24294/94), *R.D. v. Poland* och *Croissant v. Germany*. Jfr även *Santambrogio v. Italy* ().

³²⁷⁰ Se exv. Open Society, Justice Initiative, *Legal Aid in Europe – Minimum requirements under international law* (2015) s. 5: ”The ECtHR has not provided a definition of ‘sufficient means’. Instead, the ECtHR takes all of the particular circumstances of each case into account when determining if the defendant’s financial circumstances required the granting of legal assistance.”

För det andra skulle den tilltalade *fortlöpande behöva självfinansiera sin offentliga försvarare* så snart en sådan förordnas. Rättshjälpsavgifterna är också så höga att det inte är frågan om försvarare ”utan kostnad” i enlighet med art. 6.3.c (att RegR i ovanstående avgörande talar om ”fri biträdes hjälp” i relation till rättshjälpslagen är missvisande). En tilltalad som exempelvis tjänar 150 000 kr per år skulle löpande behöva betala 30 procent av kostnaderna, och vid en årsinkomst på 200 000 kr eller mer skulle den löpande avgiften uppgå till 40 procent av försvararkostnaderna. Till detta kommer att rätten till försvarare *skull upphöra* för de fall den tilltalade inte lyckades betala sin löpande avgift.³²⁷¹ Vi kan alltså föreställa oss ett scenario där domstolen i ett pågående brottmål plötsligt skulle entlediga den offentliga försvararen därför att den tilltalade, med en så låg årsinkomst som 120 000 kr per år, inte fortlöpande lyckades skrapa ihop 20 procent av den offentliga försvararens arvode. Inte heller detta torde vara förenligt med artikel 6, i den mån försvararbehovet kvarstår.

För det tredje skulle den som åtalas för brott behöva ”hushålla” med timmarna, eftersom rätten till försvarare nu bara omfattar ersättning motsvarande arbete i högst 100 timmar,³²⁷² varefter rätten till försvarare skulle upphöra. I större brottmål skulle således rätten till försvarare inte ens omfatta hela processen i TR, och att överklaga domen med hjälp av en försvarare skulle i många fall vara uteslutet. Inte heller en sådan ordning torde vara förenlig med art. 6, varken i ett omfattande mål i första instans eller när en enskild önskar överklaga en fällande dom – om så till sista instans – helt enkelt eftersom 100 timmar inte räcker så värst lång i komplicerade/omfattande mål.

Listan kan göras betydligt längre, eftersom alla de problem som jag har diskuterat i anslutning till de traditionella brottmålen också uppkommer i brottmålsliknande förvaltningsmål, men med den skillnaden att rättshjälpslagen ger ett betydligt sämre skydd än rättegångsbalken. Exempelvis kan rättshjälp, för det fjärde, bara beviljas efter ansökan. Detta medför i praktiken att en enskild kan ”avstå” sin rätt till biträde genom att helt enkelt inte ansöka om rättshjälp;³²⁷³ någon möjlighet att förordna ett biträde oberoende av den enskildas vilja finns inte, alldeles oavsett om rättvisans intresse så kräver. Inte heller finns det, för det femte, någon allmän skyldighet för myndigheterna att informera den enskilda om möjligheten att ansöka om rättshjälp. Detta är i och för sig inte så konstigt, eftersom en sådan ansökan, för det sjätte, ändå inte kommer att beviljas i det stora flertalet förvaltningsmål, och än mindre i förvaltningsärenden; om inte ansökan avslås redan vid inkomstprövningen enligt ovan tillkommer ju behovsprövningen, som i förvaltningsmål (och -ärenden) är synnerligen restriktiv.³²⁷⁴ Mot denna bakgrund inställer sig en rad följdfrågor – inte minst hur sådana uppgifter som den enskilda har lämnat utan att ha informerats om eller haft möjlighet att konsultera ett biträde skall hanteras av myndigheterna.³²⁷⁵

³²⁷¹ RhjL 24–25 §§ och 32 § 1 p.

³²⁷² RhjL 15 och 34 §§.

³²⁷³ RhjL 3 §.

³²⁷⁴ Notera dessutom att det i angelägenheter som rör skatter, tullar, avgifter eller betalningssäkring för skatter, tullar och avgifter krävs särskilda skäl för att rättshjälp skall beviljas enligt RhjL 11 § 3 p.

³²⁷⁵ Lindkvist behandlar denna problematik i anslutning till *Panovits* i Lindkvist (TSN 11/2011a) s. 894 ff.

Ponera att den enskilda lämnar ofördelaktiga uppgifter i förhör utan biträde inför exempelvis Skatteverket – får verket lägga dessa uppgifter till grund för ett beslut om att påföra skattetillägg? Och om beslutet överklagas – får förvaltningsdomstolen i så fall ”använda” uppgifterna till den enskildas nackdel, trots att den enskildas rätt till försvarare inte har tillgodosetts i det förvaltningsärende som nu har transformerats till ett (förvaltnings)mål som innefattar brottsanklagelser? Eller ännu mer tillspetsat: Om Åklagarmyndigheten väcker talan för skattebrott och grundar åtalet på inkriminerande uppgifter som den tilltalade har lämnat till Skatteverket – får allmän domstol i så fall ”använda” dessa uppgifter till stöd för en fällande dom?³²⁷⁶ För att visa på vidden av den nu antydda problematiken kan vi exempelvis konstatera (1) att åklagaren i *samtliga* av Lindkvist och Lyhagen undersökta åtal för skattebrott åberopade just sådan utredning genomförd av Skatteverket, där den skattskyldiga – och sedermera åtalade – saknade rätt till försvarare, samt (2) att denna utredning godtogs av tingsrätterna.³²⁷⁷

Hela syftet med den autonoma tolkningen av begreppet ”anklagelse för brott” har varit att omöjliggöra för medlemsstaterna att kringgå artikel 6, genom att exempelvis kalla vad som i egentlig mening är böter för en ”avgift”.³²⁷⁸ Frågan är dock om inte nu nämnda exempel, och kanske i synnerhet det sista, illustrerar just ett sådant kringgående.

Vad jag vill visa med det sagda är att även om vi accepterar en lägre standard i brottmålslikande förvaltningsmål än i traditionella brottmål – framförallt på den grunden att en frihetsberövande påföljd inte kan bli aktuell – är *den standard som rättshjälpslagen erbjuder knappast tillräcklig om saker och ting ställs på sin spets*. I den mån rättshjälpslagen är den lag varigenom Sverige tillgodoser rätten till ett effektivt försvar i brottmålsliknande förvaltningsmål, torde det således krävas betydande anpassningar av denna lag.³²⁷⁹ Enligt min uppfattning vore det dock mer systematiskt korrekt – och förmodligen både enklare och billigare – att istället utvidga tillämpningsområdet för lagen om offentligt biträde, så att denna lag också möjliggör biträdesförordnanden i sådana förvaltningsmål som innefattar anklagelser om brott.

³²⁷⁶ Se Lindkvist (TSN 11/2011a) s. 896, som m.h.t. TR:s avgörande i mål nr B 15091-10 konstaterar att åklagaren ”enbart [åberopade] utredning som genomförts vid Skatteverket; skriftlig utredning i form av skattepromemorior samt vittnesförhör med den aktuella skatterevision”. Till detta kommer att det förvisso inte längre är möjligt att initiera parallella förfaranden avseende skattetillägg och skattebrott mot *samma subjekt*, men det är fortfarande möjligt att exv. påföra ett bolag skattetillägg och därefter döma dess företrädare för skattebrott för samma oriktiga uppgiftslämnande. Det finns m.a.o. alltså en påtaglig överlappning mellan dessa förfaranden, och det är inte ovanligt att vad som framkommit i skatteutredningen åberopas i processen avseende skattebrott, eller att vad som framkommit i förundersökningen åberopas i processen avseende skattetillägg. Se till det sagda Lindkvist & Lyhagen (2014) s. 99 f., där förf. konstaterar att det ”är vanligt att åklagarens utredning till stor del består av skatteutredningen i skattemålet” och att detta, i deras undersökning, förekom ”undantagslöst”. Se även vad som anförs i och vid nästa fn.

³²⁷⁷ Lindkvist & Lyhagen (2014) s. 296 ff. M.h.t. *Panovits* anför förf. sedan att det kan ”argumenteras för att domstolarna i brottmålet borde ha avvisat eller inte tillmätt denna bevisning bevisvärde [men istället] godtogs Skatteverkets utredning i denna del”. Förf. ger också exempel på fällande domar som grundats på vad den skattskyldiga uppgett till SKV.

³²⁷⁸ Jag instämmer således i vad som anförs i Eklund & Johansson (TSN 5/1998) s. 282, närmare bestämt att ”de rättssäkerhetsgarantier som kommer till uttryck i Europakonventionen inte [skall] kunna åsidosättas” genom att lagstiftaren ”av förenklings skull” väljer ett administrativt sanktionssystem, istället för ett straffrättsligt.

³²⁷⁹ Ett ytterligare problem är hur RhjL tillgodoser rätten till försvarare under förvaltningsprocessens motsvarighet till förundersökningen. Se till det sagda exv. Lindkvist (TSN 11/2011a), med följande konstaterande (s. 895): ”Det får hållas för visst att den skattskyldige kan lämna uppgifter som ligger denne till last om denne inte biträvs av ombud vid skatteutredningen.”

Rättsregler med en sådan konstruktion, som uttryckligen knyter an till konventionen, finns redan i svensk rätt. Detta kan illustreras genom ett avslutande exempel:

<i>FL 3 § (nuvarande lydelse):</i>	<i>LOB 1 § (med föreslaget andra stycke):</i>
Om en annan lag eller en förordning innehåller någon bestämmelse som avviker från denna lag, gäller den bestämmelsen.	Denna lag tillämpas när offentligt biträde skall förordnas i ett mål eller ärende enligt särskild föreskrift i lag.
<i>Bestämmelserna om överklagande i denna lag tillämpas dock alltid om det behövs för att tillgodose rätten till domstolsprövning av civila rättigheter eller skyldigheter enligt artikel 6.1 i [Europakonventionen].</i>	<i>Bestämmelserna om förordnande av offentligt biträde i denna lag tillämpas dock alltid om det behövs för att tillgodose rätten till en rättvis rättegång vid anklagelser om brott enligt artikel 6 i Europakonventionen.</i> ³²⁸⁰

6.3 Rätt till biträde i civila mål

I mål som avser civila rättigheter och skyldigheter – motsvarande våra tvistemål samt ett flertal förvaltningsmål – finns det ingen uttrycklig rätt till biträde i artikel 6; konventionens artikel 6.3.c omfattar enligt sin ordalydelse endast den som har blivit ”anklagad för brott”. Som framgått av föregående avsnitt preciserar dock artikel 6.3.c det allmänna kravet på rättvis rättegång enligt artikel 6.1. Mot denna bakgrund är det knappast förvånande att Europadomstolen också i civila mål har härlett en rätt till – av staten finansierat – biträde ur kravet på att domstolsprövningen skall vara både effektiv och rättvis (”Effective Access to Court”/”Fair Trial”). Denna utveckling bör betraktas som en del i en global trend – kanske som den europeiska motsvarigheten till den amerikanska diskussionen kring en ”Civil Gideon”, det vill säga en rätt till biträde i åtminstone sådana civila mål som avser ”basic human needs”.³²⁸¹

6.3.1 Rätt till biträde som en del av rätten till en ”effektiv domstolsprövning”

Europadomstolens praxis kring de civila målen utgår ifrån det centrala avgörandet *Airey mot Irland*, där Europadomstolen för första gången slog fast att förekomsten av en explicit rätt till biträde i brottmål inte skall tolkas e contrario – såsom *uteslutande* en implicit rätt till biträde också i tvister kring civila rättigheter och skyldigheter.³²⁸² Låt oss därför ta avstamp i detta avgörande.

³²⁸⁰ Nuvarande st. 2, som stadgar att bestämmelserna i LOB gäller ”om inte annat är särskilt föreskrivet”, kan med detta förslag bli st. 3, vilket lagtekniskt skulle innebära att lagen om offentligt biträde blev subsidiär till RB:s regler. I sådana mål, som enligt nationell systematik prövas som brottmål av allmän domstol, skulle således alljämt offentliga försvarare förordnas – inte offentliga biträden.

³²⁸¹ Se i och vid fn. 2879 och 2888 ovan.

³²⁸² Se *Airey v. Ireland* p. 26. Se härtill exv. Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 236, McBride (C.J.Q. 17/1998) s. 259 och Thornberry, Patrick, *Poverty, Litigation and Fundamental Rights – A European Perspective* (I.C.L.Q. 29/1980) s. 250-258 (s. 252 ff.).

6.3.1.1 Airey – konventionsgrundad rätt till biträde i civila mål

Omständigheterna i *Airey* var i korthet som följer:

Den klagande – Mrs. Airey – kom, med ED:s ord, från ”a humble family background”. Hon hade börjat arbeta i ung ålder och sakande därför högre utbildning. Vid tidpunkten för ED:s prövning var hon också arbetslös och levde på a-kassa. Hon hade fyra barn, av vilka hon fortfarande försörjde de yngsta. Sedan hon under en tid, enligt egen uppgift, hade blivit utsatt för både psykisk och fysisk misshandel av sin alkoholiserade make, försökte hon utverka motsvarigheten till en dom på äktenskapskillnad; att skilja sig i sedvanlig mening var inte möjligt i dåtidens Irland, men High Court kunde som enda domstol på vissa särskilda grunder förklara ett äktenskap som en nullitet. Och detta var vad Airey ville. Hon nekades dock rättshjälp – helt enkelt eftersom Irland på den tiden inte hade något egentligt rättshjälpssystem – och tvingades därför föra sin egen talan.

Inför Europadomstolen gjorde Airey – med hänvisning till domstolens tidigare avgörande i *Golder* – gällande att hennes rätt att få tillträde till domstolsprövning hade kränkts, eftersom ”the prohibitive cost of litigation prevented her from bringing proceedings before the High Court for the purpose of petitioning for judicial separation”.³²⁸³ Att Airey varken hade ekonomiska förutsättningar att själv anlita biträde eller kunde beviljas rättshjälp hindrade henne alltså från att få sina civila rättigheter domstolsprövade. Irland var dock av motsatt mening. Eftersom det inte förelåg något formellt biträdestvång var Aireys rätt till domstolsprövning tillgodosedd; ”she [was] free to go before [the] court *without the assistance of a lawyer*”.³²⁸⁴ Med andra ord fanns det, enligt Irlands uppfattning, ingenting som hindrade Airey från att initiera en domstolsprocess *utan ett biträde*.

Omständigheterna i *Airey* är särskilt intressanta eftersom Irland hade reserverat sig mot artikel 6.3.c, det vill säga inte ens förbundet sig att tillhandahålla offentligt finansierat biträde åt den som anklagades för brott.³²⁸⁵ Som ett ytterligare argument anförde Irland att rättshjälp är en social rättighet och att Europakonventionen inte är avsedd att ”framtinga” sociala reformer i medlemsstaterna, eftersom sådana reformer måste ske med beaktande av varje lands förhållanden.

Den intrikata fråga som Europadomstolen hade att ta ställning till var följaktligen om Irland kunde anses ha brutit mot Europakonventionen genom att inte tillhandahålla rättshjälp, trots att tvisten: (1) var civil och någon skyldighet att tillhandahålla biträde därmed inte följer av konventionstexten; (2) Irland hade reserverat sig mot den skyldighet att tillhandahålla biträde (i brottmål) som faktiskt följer av konventionstexten; och (3) Europakonventionen i grunden säkerställer liberala

³²⁸³ *Airey v. Ireland* p. 20.

³²⁸⁴ *Airey v. Ireland* p. 24.

³²⁸⁵ Se *Airey v. Ireland* p. 26: “[W]hen ratifying the Convention, [Ireland] made a reservation to [Article 6 § 3.c] with the intention of limiting its obligations in the realm of criminal legal aid, a fortiori it cannot be said to have implicitly agreed to provide unlimited civil legal aid.”

rättigheter – inte sociala.³²⁸⁶ Om vi börjar från slutet avfärdade domstolen den sista invändningen enligt följande:

”The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation – notably financial – reigning in the State in question. On the other hand, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals. Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers ... that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.”³²⁸⁷

Att rättshjälp kan betraktas som en social rättighet – dessutom en tämligen kostsam sådan – hindrade således inte *i sig* domstolen från att tolka in en dylik rätt i konventionen. Med detta konstaterande på plats övergick domstolen till att bedöma om Aireys rättigheter enligt konventionen hade kränkts.

Att Airey i och för sig kunde väcka talan vid domstol utan biträde menade Europadomstolen inte var avgörande, eftersom Europakonventionen

”... is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial. It must therefore be ascertained whether Mrs. Airey’s appearance before the High Court *without the assistance of a lawyer would be effective*, in the sense of whether she would be able to present her case properly and satisfactorily ...”³²⁸⁸

För att tillgodose kraven i konventionens artikel 6.1 var det således inte tillräckligt att Airey i och för sig hade tillträde till domstol; den avgörande frågan var istället om hon – utan ett biträde – hade kunnat föra sin talan inför domstolen på ett korrekt och tillfredsställande vis. Denna fråga besvarade domstolen nekande:

”[I]t is *not realistic*, in the Court’s opinion, to suppose that, in litigation of this nature, the applicant could effectively conduct her own case, despite the assistance ... the judge affords to parties acting in person.”³²⁸⁹

För att motivera denna ståndpunkt resonerade Europadomstolen enligt följande, som sedermera har fått stor betydelse i domstolens efterföljande praxis:

³²⁸⁶ Om sociala rättigheter i relation till EKMR; se exv. Pellonpää, Matti, *Economic, Social and Cultural Rights*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) s. 854-874 (särskilt s. 866 ff. beträffande den dynamiska tolkningsprincipen).

³²⁸⁷ *Airey v. Ireland* p. 26.

³²⁸⁸ *Airey v. Ireland* p. 24.

³²⁸⁹ *Airey v. Ireland* p. 24.

”In Ireland, a decree of judicial separation is not obtainable in a District Court, where the procedure is relatively simple, but only in the High Court. A specialist in Irish family law, Mr. Alan J. Shatter, regards the High Court as the least accessible court not only because ‘fees payable for representation before it are very high’ but also by reason of the fact that ‘the procedure for instituting proceedings ... is complex particularly in the case of those proceedings which must be commenced by a petition’, such as those for separation. Furthermore, litigation of this kind, in addition to involving complicated points of law, necessitates proof of adultery, unnatural practices or, as in the present case, cruelty; to establish the facts, expert evidence may have to be tendered and witnesses may have to be found, called and examined. What is more, marital disputes often entail an emotional involvement that is scarcely compatible with the degree of objectivity required by advocacy in court. For these reasons, the Court considers it *most improbable* that a person in Mrs. Airey’s position can effectively present his or her own case.”³²⁹⁰

Enligt Europadomstolen var det alltså orealistiskt/högst osannolikt att en person med Aireys bakgrund – märk väl, ens under aktiv processledning från domstolen – skulle ha kunnat föra sin egen talan på ett effektivt sätt i det aktuella målet. Att hon inte kunnat anlita ett biträde till hjälp gjorde således hennes rätt till domstolsprövning illusorisk; hon var förvisso tillförsäkrad tillträde till domstol – eftersom hon hade kunnat initiera en process utan ett biträde – men hon hade inte tillförsäkrats en effektiv domstolsprövning, vilket utgjorde en kränkning av Europakonventionen artikel 6.1.³²⁹¹

Som ett svar på Irlands invändningar enligt punkterna 1-2 ovan inskräpte dock domstolen att det vore ”felaktigt”³²⁹² att tolka utgången i *Airey* såsom en generell skyldighet att tillhandahålla rättshjälp i alla civila mål:

”To hold that so far-reaching an obligation exists would, the Court agrees, sit ill with the fact that the Convention contains no provision on legal aid for those disputes, [Article 6 § 3.c] dealing only with criminal proceedings.”

”However”, fortsatte domstolen,

”... despite the absence of a similar clause for civil litigation, Article 6 para. 1 (art. 6-1) *may sometimes* compel the State to provide for the assistance of a lawyer when such assistance proves indispensable for an effective access to court either because legal representation is rendered compulsory, as is done by the domestic law of certain Contracting States for various types of litigation, or by reason of the complexity of the procedure or of the case.”³²⁹³

³²⁹⁰ *Airey v. Ireland* p. 24.

³²⁹¹ *Airey v. Ireland* p. 28. Se härtill Harris, O’boyle & Warbrick (2009) s. 236 fn. 337.

³²⁹² *Airey v. Ireland* p. 26: ”It would be *erroneous to generalize the conclusion* that the possibility to appear in person before the High Court does not provide Mrs. Airey with an effective right of access; that conclusion does not hold good for all cases concerning ‘civil rights and obligations’ or for everyone involved therein.”

³²⁹³ *Airey v. Ireland* p. 26.

I civila mål måste alltså rätten till biträde – på ett kanske ännu tydligare sätt än i brottmål – kopplas till processens utformning, vilket betyder att problemet lika gärna kan angripas i motsatt ände:

”[W]hilst [Article 6 § 1] guarantees to litigants an effective right of access to the courts for the determination of their ‘civil rights and obligations’, it leaves to the State a free choice of the means to be used towards this end. The institution of a legal aid scheme ... constitutes one of those means *but there are others such as, for example, a simplification of procedure*. In any event, it is not the Court’s function to indicate, let alone dictate, which measures should be taken; all that the Convention requires is that an individual should enjoy his effective right of access to the courts in conditions not at variance with [Article 6 § 1].”³²⁹⁴

Sammanfattningsvis ger *Airey* vid handen att rätten till en effektiv domstolsprövning kan inbegripa en vidhängande rätt till biträde också i tvister om civila rättigheter – vilket såvitt avser mindre bemedlade skall tolkas som en rätt till rättshjälp³²⁹⁵ – nämligen om den enskilda till följd av processens eller den underliggande materiella rättens komplexitet inte kan föra sin egen talan på ett effektivt sätt.³²⁹⁶ Europakonventionens artikel 6 garanterar dock ingen rätt till biträde per se, och det står därför medlemsstaterna fritt att säkerställa en effektiv domstolsprövning på andra sätt än genom att tillhandahålla rättshjälp, exempelvis genom att förenkla processen.

6.3.1.2 *Airey*-kriterierna i efterföljande praxis

Trots att Europadomstolen i *Airey* uttryckligen förklarade att frågan om det finns en rätt till biträde i civila mål måste bedömas med beaktande av omständigheterna i varje enskilt fall,³²⁹⁷ har vissa allmänna kriterier fått viss fasthet i domstolens praxis.³²⁹⁸ Dessa kriterier kan således betraktas som de civila målen motsvarighet till Quaranta-kriterierna.

Som framgått av de citerade domskälen ovan fäste Europadomstolen i *Airey* avseende vid att processen som sådan var komplicerad, att den underliggande materiella lagstiftningen var komplex, att bevisbördan för vissa sakförhållanden åvilade den klagande (och att hon därför sannolikt var nödgad att förete viss bevisning och höra vittnen), samt vid att klaganden var från en, fritt översatt, ”enkel bakgrund” och dessutom var känslomässigt berörd av processen. I efterföljande avgöranden vari samma principfråga har aktualiserats, har Europadomstolen anslutit sig till och i viss mån preciserat dessa kriterier. I *McVicar mot Storbritannien* uttalade sålunda domstolen, i anslutning till *Airey*, att artikel 6.1 ”requires the provision of legal representation to an individual litigant” om den enskilda saknar förmåga att föra

³²⁹⁴ *Airey v. Ireland* p. 26.

³²⁹⁵ Harris, O’boyle & Warbrick (2009)s. 236.

³²⁹⁶ Jfr White, Ovey & Jacobs (2010) s. 255.

³²⁹⁷ Se *Airey v. Ireland* p. 26, där ED anförde ”much must depend on the particular circumstances”.

³²⁹⁸ Jfr Shipman, Shirley, *Defamation and legal aid in the European Court of Human Rights* (C.J.Q. 24/2005) s. 23-30 (s. 24).

sin talan ”properly and satisfactorily without the assistance of a lawyer”. För denna bedömning hänvisade domstolen till Airey-kriterierna:

”In *Airey*, the Court highlighted *a number of circumstances which cumulatively* led to a finding that Mrs. Airey had been denied an effective right of access to a court by the State’s refusal of legal aid. Firstly, the proceedings ... were commenced by petition and conducted in the High Court, where the *procedure was complex*. Secondly, litigation of the kind at issue, in addition to involving *complicated points of law, necessitated proof* of adultery, unnatural practices or cruelty, which might have required the tendering of expert evidence or the calling and examining of witnesses. Thirdly, marital disputes often entailed an *emotional involvement* that was scarcely compatible with the degree of objectivity required by advocacy in court. The Court drew attention also to the fact that the applicant was from *a humble background*, had gone to work as a shop assistant at a young age before marrying and having four children, and had been unemployed for much of her life.”³²⁹⁹

Omständigheterna i *McVicar* var i korthet följande:

Den klagande hade publicerat en artikel där han gjorde gällande att den brittiska löparen Linford Christie hade tagit otillåtna preparat under sin karriär. Till följd av detta påstående initierade Christie en förtalsprocess mot den klagande, med yrkande om att han skulle förpliktigas att utge skadestånd. McVicar nekades rättshjälp i processen, på den grunden att den aktuella måltypen var generellt undantagen från den allmänna rättshjälpen. Inför ED gjorde klagande gällande att hans rätt till en effektiv domstolsprövning hade kränkts, eftersom han inte hade kunnat beviljas rättshjälp. Storbritannien invände bland annat på den grunden att McVicar – till skillnad från Airey – var en erfaren journalist, och därför hade kunnat föra sin egen talan på ett effektivt sätt.

Inledningsvis konstaterade Europadomstolen att det faktum att McVicar var svarande i nationella rättsprocessen och inte – såsom Airey – agerade som kärke var irrelevant (med ett resonemang som för tankarna till straffprocessen, eftersom domstolen talade om ett ”effektivt försvar”):

”[T]he Court considers that the relevant question is not whether the applicant had access to a court as such, since he was defendant in the proceedings. Rather, the applicant’s complaints relate to the fairness of libel proceedings generally and his right under Article 6 § 1 of the Convention to *present an effective defence*. However, the principles which apply to his complaint *are identical* to those which applied in *Airey*.”³³⁰⁰

³²⁹⁹ *McVicar v. The United Kingdom* (app. no. 46311/99) p. 48-49.

³³⁰⁰ *McVicar v. The United Kingdom* p. 50.

Av *McVicar* kan vi således dra slutsatsen att rättshjälp skall beviljas på grundval av samma kriterier oavsett i vilken egenskap en part uppträder. Beträffande omständigheterna i målet konstaterade domstolen, å ena sidan, att den klagande

”... was faced with the burden of having to prove, on the balance of probabilities, that the allegations which he had made against his opponent were substantially true, and in order to do so was required to call witness and expert evidence, some of which was excluded as a result of his failure to comply with the rules of court. He was also required to scrutinise evidence submitted on behalf of the plaintiff and to cross-examine the plaintiff’s witnesses and experts in the course of a trial which lasted over two weeks. He had no formal legal training and ... the Court considers that the libel trial must have taken a significantly greater physical and emotional toll on the applicant than would have been the case on an experienced legal advocate.”³³⁰¹

I likhet med omständigheterna i *Airey* var således det aktuella målet både komplicerat och påfrestande. Å andra sidan konstaterade domstolen, att den klagande ”was a well-educated and experienced journalist who would have been capable of formulating cogent argument.”³³⁰² Till skillnad från *Airey* var således *McVicar* tämligen kompetent att processa i domstol. Vid en sammantagen bedömning fann domstolen därför att den klagande hade kunnat föra sin talan på ett effektivt sätt, och följaktligen att hans rättigheter enligt artikel 6.1 inte hade kränkts.³³⁰³

Ur Europadomstolens praxis går det således att urskilja vissa allmänna kriterier som domstolen tillmätt betydelse när den har haft att pröva huruvida en rätt till biträde kan följa av rätten till en effektiv domstolsprövning enligt Europakonventionens artikel 6.1, vilka torde kunna sammanfattas enligt följande:

1. *Sakens natur*: Är processen av stor betydelse?
2. *Processens/den materiella rättens utformning*: Är processen som sådan komplicerad? Är den tillämpliga materiella lagen komplicerad? Vilar bevisbördan för vissa sakförhållande på den enskilda (och är denna därför nödgad att förhöra sakkunniga och vittnet eller förete annan typ av bevisning för att kunna vinna framgång)?
3. *Den enskildas (o)förmåga*: Har den enskilda adekvat utbildning och är denna i övrigt skickad att föra en process på egen hand (även med beaktande av hur känslomässigt berörd den enskilda är av processen)?

Punkterna 1-2 kan betecknas som ”objektiva”, i så måtto att de består av för omvärlden iakttagbara drag hos processen eller den underliggande materiella rätten som sådan, medan det sistnämnda kriteriet kan betecknas som ”subjektivt”, såtillvida

³³⁰¹ *McVicar v. The United Kingdom* p. 51.

³³⁰² *McVicar v. The United Kingdom* p. 52.

³³⁰³ *McVicar v. The United Kingdom* p. 62: ”In all the circumstances, the Court concludes that the applicant was not prevented from presenting his defence effectively to the High Court, nor was he denied a fair trial, by reason of his ineligibility for legal aid. It follows that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.” Se även *Munro v. The United Kingdom*.

att de anknyter till parternas personliga (o)förmågor och känslor. Utifrån denna distinktion kan tillämpningen av kriterierna med fördel brytas ned i två steg: Först kan de objektiva kriterierna appliceras på *den aktuella processen* i syfte att utreda vilka krav som den enskilda möter däri. Därefter kan det subjektiva kriteriet appliceras på *parten i processen* i syfte att utreda om denna är kapabel att uppfylla dessa krav. Ett sådant tvådelat ”effektivitetstest”³³⁰⁴ påminner om vad som gäller i brottmål enligt *Quaranta* och kan – möjligen med lite välvilja – läsas in i Europadomstolens domskäl i *Steel & Morris mot Storbritannien*. Det sistnämnda avgörandet skall jag diskutera närmare i nästa avsnitt i anslutning till rätten till en rättvis domstolsprövning, men om vi tills vidare begränsar diskussionen till att enbart avse rätten till en effektiv domstolsprövning, inledde dock domstolen med en allmän redogörelse för Airey-kriterierna:

”The question whether the provision of legal aid is necessary for a fair hearing must be determined on the basis of the particular facts and circumstances of each case and will depend, inter alia, upon [1] *the importance of what is at stake* for the applicant in the proceedings, [2] *the complexity of the relevant law and procedure* and [3] *the applicant’s capacity* to represent him or herself effectively.”³³⁰⁵

Därefter applicerade domstolen de objektiva kriterierna på omständigheterna i den aktuella processen:

”First, as regards what *was at stake for the applicants ...* // As for the *complexity of the proceedings ...* // Nor was the *case straightforward legally ...*”³³⁰⁶

Efter att sålunda ha utrett vilka krav som uppställdes i processen applicerade domstolen avslutningsvis det subjektiva kriteriet på parterna i processen:

”Against this background, the Court must assess the extent to which the applicants were able to bring an effective defence despite the absence of legal aid. The present applicants appear to have been ...”³³⁰⁷

Effektivitetstestet lämnar dock en del frågor obesvarade, exempelvis hur kriterierna förhåller sig till varandra: är de kumulativa eller alternativa och vilken inbördes vikt skall de i så fall tillmätas?³³⁰⁸ Vad som i viss mån komplicerar saken ytterligare är att rätten till biträde i civila mål, liksom i brottmål, också kan härledas ur den mer övergripande rätten till en rättvis domstolsprövning, vilket skall utvecklas i nästa avsnitt.

³³⁰⁴ Jfr Hatzis, Nicholas, *Fairness and Proportionality in Defamation Proceedings – Steel and Morris v. United Kingdom* (Nott. L.J. 15/2006) s. 13-18 (s. 15).

³³⁰⁵ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 61.

³³⁰⁶ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 63-66.

³³⁰⁷ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 67-68.

³³⁰⁸ Jfr Shipman, Shirley, *Steel & Morris v United Kingdom: Legal aid in the European Court of Human Rights* (C.J.Q. 25/2006) s. 5-19 (s. 12): ”Lack of guidance in relation to *the weighting of these varying factors* makes it difficult for contracting states to assess whether national criteria for awarding legal aid enables compliance with Art. 6(1).” Se även Hatzis (Nott. L.J. 15/2006) s. 15.

6.3.2 Rätt till biträde som en del av rätten till en ”rättsvis domstolsprövning”

Redan i *Airey* antydde Europadomstolen i förbigående att andra omständigheter än den enskildas förmåga att föra sin talan på ett effektivt sätt kan vara av intresse vid bedömningen av om en rätt till biträde kan härledas ur artikel 6.1. Domstolen gjorde nämligen det intressanta uttalandet, att det framstod som sannolikt att Airey ”would be at a disadvantage if her husband were represented by a lawyer and she were not”,³³⁰⁹ men utvecklade inte detta resonemang ytterligare. Varför är då detta uttalande intressant? Jo, därför att resonemanget i denna del avser den processuella balansen mellan parterna och därmed den klagandes rätt till en rättsvis domstolsprövning – inte bara hennes förmåga att föra sin talan på ett effektivt sätt. Härigenom öppnade domstolen dörren för en intressant utveckling, som följdes upp genom avgörandet *P., C. & S. mot Storbritannien*.³³¹⁰

6.3.2.1 *P., C. & S.* – konventionsgrundad rätt till biträde på två skilda grunder?

Omständigheterna i *P., C. & S.* var som följer:

Två makar – P. och C. – fick tillsammans dottern S. Bara några timmar efter att S. hade fötts tvångsomhändertogs hon emellertid interimistiskt av de sociala myndigheterna, sedan dessa hade fått information om att P. hade skadat sina barn i ett tidigare äktenskap, då P. var bosatt i USA. Därefter genomförde myndigheterna ett antal utredningar som utmynnade i en begäran om att domstol skulle fastställa beslutet om att S. skulle skiljas från sina föräldrar och istället adopteras av fosterföräldrar, eftersom hon löpte stor risk att skadas om hon kvarblev hos sina biologiska föräldrar. På grund av målets komplexitet hänsköts det till High Court, som sedermera biföll myndigheternas begäran.

Under processen inför High Court hade makarna inledningsvis beviljats rättshjälp. Efter en tid valde dock C. att medge talan eftersom han betraktade prognosen att vinna framgång som så låg och processen som så känslomässigt nedbrytande att han inte orkade driva den. Ungefär samtidigt valde P:s biträden att begära entledigande, på den grunden att de inte ansåg sig kunna föra P:s talan på det sätt hon krävde. P. hemställde då om uppskov i processen, vilket domaren beviljade. När fristen var ute begärde P. på nytt uppskov, men denna gång avslög domaren P:s begäran på ett flertal grunder – däribland med hänvisning till barnets intresse av att avgörandet inte fördröjdes ytterligare. Till följd av det beslutet tvingades P. att föra sin egen talan under den resterande delen av processen, dock med betydande hjälp både från barnets juridiska biträde och från domstolen. Inför ED gjorde P. gällande att hennes rättigheter enligt artikel 6.1 härigenom hade kränkts.

³³⁰⁹ *Airey v. Ireland* p. 24.

³³¹⁰ *P., C. & S. v. The United Kingdom* (app. no. 56547/00).

Europadomstolen inledde med att göra följande klargörande uttalande:

”There is no automatic right under the Convention for legal aid or legal representation to be available for an applicant who is involved in proceedings which determine his or her civil rights. Nonetheless, Article 6 may be engaged under two interrelated aspects. *Firstly*, Article 6 § 1 of the Convention embodies the right of access to a court for the determination of civil rights and obligations. Failure to provide an applicant with the assistance of a lawyer may breach this provision where such assistance is *indispensable for effective access to court*, either because legal representation is rendered compulsory ... or by reason of the complexity of the procedure or the type of case. [...] *Secondly*, the key principle governing the application of Article 6 is fairness. In cases where an applicant appears in court notwithstanding lack of assistance by a lawyer and manages to conduct his or her case in the teeth of all the difficulties, the question may nonetheless *arise as to whether this procedure was fair*.³³¹¹

En rätt till biträde i civila mål kan således härledas ur Europakonventionens artikel 6.1 på två skilda grunder, mellan vilka det föreligger ett nära samband: dels ur rätten till en *effektiv* domstolsprövning (rätten att få tillträde till domstol/”Access to Court”); dels ur rätten till en *rättvis* domstolsprövning (rätten till rättvis rättegång/”Fair Trial”). Beträffande den första grunden anslöt sig domstolen till Airey-kriterierna:

”Factors identified as relevant in *Airey* in determining whether the applicant would have been able to present her case properly and satisfactorily without the assistance of a lawyer included the complexity of the procedure, the necessity to address complicated points of law or to establish facts, involving expert evidence and the examination of witnesses, and the fact that the subject matter of the marital dispute entailed an emotional involvement that was scarcely compatible with the degree of objectivity required by advocacy in court. In such circumstances, the Court found it unrealistic to suppose that the applicant could effectively conduct her own case, despite the assistance afforded by the judge to parties acting in person.³³¹²

Därefter applicerade Europadomstolen dessa kriterier på omständigheterna i målet, som enligt domstolens uppfattning var av ”exceptional complexity” – målet pågick i över 20 dagar och innehöll en omfattande skriftlig bevisningen, däribland synnerligen komplicerade sakkunnigutlåtanden avseende P:s förmåga att ta hand om sin dotter.³³¹³ Därutöver fäste domstolen avseende vid att målet både var av stor betydelse för de klagande och synnerligen känsligt,³³¹⁴ och kom sammantaget till slutsatsen ”the principles of effective access to a court *and* fairness required that P.

³³¹¹ *P. C. & S. v. The United Kingdom* p. 88-91.

³³¹² *P. C. & S. v. The United Kingdom* p. 89.

³³¹³ Se *P. C. & S. v. The United Kingdom* p. 95, där ED talar om bevisningen som ”voluminous” och om ”highly complex expert evidence relating to the applicants P. and C.’s fitness to parent their daughter”.

³³¹⁴ Se *P. C. & S. v. The United Kingdom* p. 95, där ED bl.a. noterar ”the highly emotive nature of the subject matter”. I denna del noterade också ED att P. vid ett tillfälle ”brutit samman” i rätssalen (”at one point in the proceedings, which were conducted at the same time as she was coping with the distress of the removal of S. at birth, P. broke down in the courtroom”).

receive the assistance of a lawyer”.³³¹⁵ För att ytterligare motivera denna ståndpunkt hänvisade Europadomstolen också till att den nationella domaren vitsordat att P:s talan hade utförts annorlunda om hon haft tillgång till ett biträde, med följande intressanta tillägg:

”The Court notes that the judge himself commented that if P. had been represented by a lawyer her case would have been conducted differently. Although he went on in his judgment to give the opinion that this would not have affected the outcome of the proceedings, *this element is not decisive as regards the fairness of the proceedings*. Otherwise, a requirement to show actual prejudice from a lack of legal representation would deprive the guarantees of Article 6 of their substance.”³³¹⁶

Europadomstolen noterade förvisso att den nationella domstolen hade varit tvungen att göra en delikat avvägning mellan å ena sidan barnets intressen av en skyndsam handläggning och å andra sidan P:s intresse av att få tillgång till ett biträde, men fann att barnets intresse inte motiverade ”the draconian action of proceeding to a full and complex hearing, followed within one week by the freeing for adoption application, both without legal assistance being provided to the applicants”.³³¹⁷ Vid en sammantagen bedömning fann således domstolen att P:s rättigheter enligt artikel 6.1 hade kränkts, och detta trots att P. hade fått ”hjälp” både av barnets biträde och av domstolen:

”Recognising that the courts in this matter were endeavouring in good faith to strike a balance between the interests of the parents and the welfare of S., the Court is nevertheless of the opinion that the procedures adopted not only gave the appearance of unfairness but *prevented the applicants from putting forward their case in a proper and effective manner* on the issues which were important to them. [...] The assistance afforded to P. by counsel for other parties and the latitude granted by the judge to P. in presenting her case *was no substitute, in a case such as the present one, for competent representation* by a lawyer instructed to protect the applicants’ rights. The Court concludes that the assistance of a lawyer during the hearing of these two applications which had such crucial consequences for the applicants’ relationship with their daughter was an indispensable requirement. Consequently, the parents did not have fair and effective access to a court as required by Article 6 § 1 of the Convention.”³³¹⁸

Sammanfattningsvis konstaterade Europadomstolen i *P, C. & S.* att avsaknad av biträde stred *både* mot rätten till effektiv domstolsprövning *och* mot rätten till en rättvis domstolsprövning. I förstnämnd avseende innebär avgörandet ingenting mer än en praktisk tillämpning av Airey-kriterierna. I sistnämnd avseende är dock avgörandet betydligt mer intressant. Utöver att P. inte hade kunnat föra sin talan på ett

³³¹⁵ *P, C. & S. v. The United Kingdom* p. 95.

³³¹⁶ *P, C. & S. v. The United Kingdom* p. 96.

³³¹⁷ *P, C. & S. v. The United Kingdom* p. 98.

³³¹⁸ *P, C. & S. v. The United Kingdom* p. 99-100.

effektivt sätt konstaterade nämligen domstolen att processen ”gave the appearance of unfairness” – att det enligt den nationella domstolen inte påverkade utgången i målet att P. saknade biträde var inte avgörande. Avsaknad av biträde behöver således inte ge upphov till ”actual prejudice” eftersom ett sådant krav ”would deprive the guarantees of Article 6 of their substance”. Vi kan också konstatera att Europadomstolen inte fäste någon vikt vid att P., C. & S. avsåg ett mål med en allmän motpart (närmare bestämt ett tvångsvårdsmål), till skillnad från *Airey* som var ett traditionellt tvistemål (äktenskapsskillnadsmål). Intresset av att tillförsäkras en både effektiv och rättvis domstolsprövning gör sig således gällande med samma styrka i relation till stat/kommun som i tvister mellan enskilda.³³¹⁹

I P., C. & S. klargjorde dock inte Europadomstolen under vilka förutsättningar rätten till en rättvis rättegång kan grunda en rätt till biträde, trots att parten har lyckats föra sin egen talan på ett effektivt sätt (”in the teeth of all the difficulties”). Mer klargörande i detta avseende är avgörandet *Steel & Morris mot Storbritannien*, i vilket Europadomstolen fann att Storbritannien brutit mot Europakonventionen genom att inte bevilja rättshjälp i en förtals-/skadeståndsprocess som inför brittisk domstol hade initierats mot dem av restaurangkedjan McDonald’s.³³²⁰

6.3.2.2 *Steel & Morris och den processuella balansen*

Steel & Morris har sin grund i den notoriska skadeståndsprocess – i folkmun kallad ”The McLibel” – som McDonald’s under början på 90-talet initierade mot två medlemmar i London Greenpeace. Omständigheterna var i korthet följande:

I mitten på 80-talet bedrev London Greenpeace en McDonald’s-kritisk kampanj och som ett led i denna distribuerade organisationen en sexsidig broschyr (rubricerad ”What’s wrong with McDonald’s: Everything they don’t want you to know”), innehållande negativa påståenden om företaget. Eftersom London Greenpeace inte var en juridisk person – och följaktligen inte kunde svara inför domstol – valde McDonald’s att först anlita privatdetektiver som infiltrerade organisationen, för att därefter initiera en David mot Goliat-liknande förtalsprocess mot två av dess medlemmar personligen, Steel och Morris, med yrkande om att dessa skulle förpliktigas att utge 100 000 pund i skadestånd. Steel och Morris bestred McDonald’s yrkande, under anförande av att påståendena i broschyren var sanna och därmed inte utgjorde förtal. Det sagda utgjorde startskottet på en domstolsprocess som sammantaget skulle pågå i drygt ett decennium och, till McDonald’s stora förtret, tilldra sig omfattande medial uppmärksamhet världen över – vida överstigande det njugga intresse som London Greenpeace kampanj initialt åtnjutit från allmänhet och media.

³³¹⁹ Se även exv. *A.B. v. Slovakia* p. 61, där ED konstaterade att avsaknaden av biträde stred mot art. 6.1 i ett socialförsäkringsmål (avseende rätt till invalidpension); det faktum att den enskilda tvingades föra sin egen talan ”deprived the applicant of the opportunity to present her case under conditions of equality vis-à-vis the defendant”.

³³²⁰ *Steel & Morris v. The United Kingdom* (app. no. 68416/01). Avgörandet har kommenterats av bl.a. Shipman (C.J.Q. 24/2005) s. 23 ff., Shipman (C.J.Q. 25/2006) s. 5 ff., och av Hudson, Anthony, *Free Speech and Equality of Arms – The Decision in Steel and Morris v United Kingdom* (Eur. Hum. Rts L. Rev. 3/2005) s. 301-309. Se även Hatzis (Nott. L.J. 15/2006) s. 13 ff.

I rättegången, som i sak kom att handla om huruvida McDonald's de facto vållade svält i tredje världen, förstörde regnskogen etcetera – vilket Steel och Morris bland annat hade gjort gällande i sin broschyr – biträdde McDonald's av advokater från de främsta byråerna med specialistkompetens inom det aktuella rättsområdet, till en blygsam kostnad av uppskattningsvis 10 miljoner pund. Steel och Morris, som i princip var arbetslösa, levde på socialbidrag och därför saknade egna medel att bekosta juridiskt biträde, ansökte om rättshjälp men fick avslag; enligt brittisk rätt var den aktuella måltypen generellt undantagen från den allmänna rättshjälpens omfattning. Steel och Morris tvingades därför att företräda sig själva under i stort sett hela rättegången, som inför London High Court pågick i 2 år och 6 månader – med 313 förhandlingsdagar! – och därmed kom att bli den längsta rättsprocessen i Storbritanniens historia.

I sin 726 sidor långa dom fann slutligen London High Court att Steel och Morris inte hade kunnat bevisa sanningshalten i *samtliga* sina påståenden och att de därför skulle utge 60 000 pund i skadestånd. Denna ”seger” för McDonald's överskuggades dock av att Steel och Morris faktiskt vann framgång på *somliga* punkter; domstolen konstaterade att Steel och Morris hade lyckats bevisa att McDonald's utnyttjade barn i sin marknadsföring, orsakade djurplågeri genom sin produktion och betalade sina anställda låga löner, vilket naturligtvis var mycket graverande för företaget. Sedan domen överklagats till London Court of Appeal fick Steel och Morris dessutom rätt på ytterligare en punkt – att McDonald's mat var ohälsosam – varvid skadeståndet sattes ned till 40 000 pund.

För McDonald's utgör ”The McLibel” vår tids kanske största rättsliga pyrrhusseger; företaget – som anständigt nog valde att stå sina egna rättegångskostnader – kom i praktiken att betala 10 miljoner pund för att erhålla en närmast oöverblickbar PR-skada. För Steel och Morris skulle däremot framgångssagan få ytterligare ett kapitel. Inför Europadomstolen gjorde nämligen duon gällande att deras rättigheter enligt Europakonventionens artikel 6.1 hade kränkts genom att de hade nekats rättshjälp i skadeståndsprocessen och därför tvingats företräda sig själva mot McDonald's, vars ekonomiska resurser ”outstripped that of many small countries”.³³²¹ Europadomstolen gav också Steel och Morris rätt:

”[T]he Court finds that the denial of legal aid to the applicants deprived them of the opportunity to present their case effectively before the court *and* contributed to an unacceptable inequality of arms with McDonald's. There has, therefore, been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”³³²²

Utgången i *Steel & Morris* är intressant av flera skäl. Till en början anslöt sig Europadomstolen till etablerad konventionspraxis, enligt vilken den enskilda har en rätt till biträde om denna inte kan föra sin egen talan på ett *effektivt* sätt (”the denial of legal aid [deprived Steel and Morris] of the opportunity to present their case

³³²¹ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 50.

³³²² *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 72.

effectively before the court”). I likhet med *P., C. & S.* gick dock domstolen ett steg längre genom att också tolka in en rätt till biträde i det övergripande kravet på rättvis rättegång, närmare bestämt i principen om processuell balans (”and contributed to an unacceptable *inequality of arms*”).³³²³ Till stöd för denna ståndpunkt anförde domstolen följande, som sedan har upprepats i flera efterföljande domar:

”[T]he Convention is intended to guarantee practical and effective rights. This is particularly so of the right of access to a court in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial. It is central to the concept of a fair trial, in civil as in criminal proceedings, that a litigant is not denied the opportunity to present his or her case effectively before the court *and that he or she is able to enjoy equality of arms with the opposing side*. Article 6 § 1 leaves to the State a free choice of the means to be used in guaranteeing litigants the above rights. The institution of a legal aid scheme constitutes one of those means but there are others, such as for example *simplifying the applicable procedure*. The question whether the provision of legal aid is necessary for a fair hearing must be determined on the basis of the particular facts and circumstances of each case and will depend, inter alia, upon the importance of what is at stake for the applicant in the proceedings, the complexity of the relevant law and procedure and the applicant’s capacity to represent him or herself effectively.”³³²⁴

Ovanstående domskäl överensstämmer i stora delar med vad domstolen tidigare hade konstaterat i *Airey*, men med tillägget att en central aspekt under artikel 6 – i både civila mål och brottmål – är att var och en tillförsäkras ”equality of arms with the opposing side”. I likhet med *Airey* antydde dock domstolen att det fanns alternativ till rättshjälp, exempelvis att förenkla processen. I det aktuella målet fann dock Europadomstolen att avsaknaden av biträde medförde en processuell obalans parterna emellan som var oförenlig med artikel 6.1 och detta – märk väl – trots att den nationella domstolen hade försökt att underlätta för klagandena och därigenom kompensera frånvaron av biträde på svarandesidan:

”The Government have laid emphasis on the considerable latitude afforded to the applicants by the judges of the domestic courts, both at first instance and on appeal, in recognition of the disadvantages the applicants faced. However, the Court considers that, in an action of this complexity, neither the sporadic help given by the volunteer lawyers *nor the extensive judicial assistance and latitude granted to the applicants as litigants in person was any substitute for competent and sustained representation* by an experienced lawyer familiar with the case and with the law of libel. [...] [T]he disparity between the respective levels of legal assistance enjoyed by the applicants and McDonald’s was of such a degree that it could not have failed, in

³³²³ Jfr Shipman (C.J.Q. 25/2006) s. 6: ”Ensuring equality of arms between the parties cannot be considered an aspect of the right to access to a court but is rather an important element of a fair hearing.” Se även Danelius (2015) s. 263, som konstaterar att det ibland kan vara nödvändigt att bevilja rättshjälp ”för att upprätthålla en rimlig balans mellan parterna”.

³³²⁴ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 59-61.

this exceptionally demanding case, to have given rise to unfairness, *despite the best efforts of the judges at first instance and on appeal.*³³²⁵

Av *Steel & Morris* kan vi sammantaget dra slutsatsen, att avsaknad av biträde kan konstituera ett brott mot Europakonventionens artikel 6.1 också i civila mål på två grunder, varemellan det föreligger ett intimt samband: för det första om avsaknaden av biträde medför att den enskilda inte kan föra sin talan på ett effektivt sätt; för det andra om avsaknaden av biträde medför en oacceptabel obalans mellan processens parter. I senare avgöranden har domstolen exempelvis använt följande – mer koncisa – formulering i diskussionen kring rätten till biträde:

”It is central to the concept of a fair trial ... that a litigant is not denied the opportunity to *present his case effectively* to the courts and that he is able to *enjoy equality of arms* with the opposing side. Article 6 § 1 leaves to the State a free choice of the means to be used in guaranteeing litigants these rights. Undoubtedly, the institution of a legal aid scheme, constitutes one of those means.”³³²⁶

Att rätten till biträde således kan härledas både ur rätten till en effektiv domstolsprövning och ur rätten till en rättvis domstolsprövning ger dock upphov till frågan, om *samma kriterier* skall användas för att bedöma rätten till biträde oavsett vilken utav dessa grunder som åberopas, och i så fall, vad som skiljer de ifrågakvarande grunderna/bedömningarna från varandra.³³²⁷ I en rättsfallskommentar till *Steel & Morris* har Shipman beskrivit problematiken enligt följande:

”Ensuring equality of arms between the parties cannot be considered an aspect of the right to access a court, but is rather an important element of a fair hearing. [...] Determination of an equality of arms is a matter of degree. The test is whether or not the applicant suffered a substantial disadvantage compared to the adversary ... Unfortunately, the court failed to make this clear in the *Steel* case: rather it appeared to elide its discussion of whether the applicant had been afforded an opportunity to present an effective defence with the equality of arms point. [...] Factors relevant to the applicants’ ability to effectively defend a claim (such as educational background, complexity of procedure and so on), whilst matters of degree, *may not be the same as those relevant to the issue of equality of arms*. The issue of equality is determined by an assessment of whether the parties are equally equipped to conduct the proceedings to the extent that there is no ‘substantial disadvantage’ and of whether procedural rules are applied even-handedly. The applicant’s educative background *may be of relevance*, where the advisory is represented by skilled legal advisors *but may not have any bearing* where both parties appear in person and are equally well educated (or not). The court took no opportunity to provide guidance as to what constitutes ‘substantial disadvantage’ vis-à-vis the opponent such that the state should provide

³³²⁵ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 69.

³³²⁶ *Uršienė & Urbšys v. Lithuania* (app. no. 16580/09) p. 43.

³³²⁷ Jfr Shipman (C.J.Q. 25/2006) s. 7 ff.

legal aid. This is a matter of degree and, whilst it might be considered a clear issue in the Steel case, in other situations it may be less clear.”³³²⁸

Huruvida det föreligger ”equality of arms” är alltså en gradfråga; processen kan vara mer eller mindre (o)balanserad. Av *Steel & Morris* framgår också uttryckligen att det inte finns någon skyldighet att, genom rättshjälp, tillse att det råder *fullständig balans* mellan en part som saknar möjlighet att anlita biträde å ena sidan och en part som har möjlighet att anlita biträde å andra sidan:

”[I]t is not incumbent on the State to seek through the use of public funds to ensure *total equality* of arms between the assisted person and the opposing party, as long as each side is afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a *substantial disadvantage vis-à-vis the adversary*.”³³²⁹

Endast om den ena parten hamnar i ett *betydande underläge* i förhållande till motparten aktualiseras alltså statens skyldighet att utge rättshjälp. Vid denna bedömning torde Airey-kriterierna många gånger kunna tjäna som en utgångspunkt – men med den modifikationen, att bedömningen *också måste relateras till motparten i processen*. I princip kan vi därmed tänka oss tre scenarier: Om parterna, till följd av processens eller den underliggande materiella lagstiftningens komplexitet, har ett behov av biträde för att kunna föra sin talan på ett effektivt sätt, måste ju den ena parten befinna sig i ett betydande underläge i förhållande till motparten, om bara motparten har möjlighet att anlita ett biträde och därigenom kan föra sin talan på ett effektivt sätt. Avsaknaden av rättshjälp skulle i denna situation (1) utgöra ett brott *såväl mot rätten till en effektiv domstolsprövning som mot rätten till en rättvis domstolsprövning*, vilket kan illustreras av *Steel & Morris*. Om ingen utav parterna har kunnat anlita biträde uppstår däremot ingen obalans dem emellan, varvid avsaknaden av rättshjälp (2) skulle utgöra ett brott *endast mot rätten till en effektiv domstolsprövning*, vilket kan illustreras av *Airey*. Det är dock högst tänkbart att den ena parten med nöd och näppe (”in the teeth of all the difficulties”) kan föra sin egen talan på ett ändamålsenligt vis och därmed är tillförsäkrad ett effektivt tillträde till domstolen, men att avsaknaden av biträde likväl medför att parten befinner sig i ett betydande underläge i förhållande till motparten.³³³⁰ Avsaknaden av rättshjälp skulle i denna situation (3) utgöra ett brott *endast mot rätten till en rättvis domstolsprövning*. Det sagda kan illustreras som tre typfall enligt följande:

³³²⁸ Shipman (C.J.Q. 25/2006) s. 12.

³³²⁹ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 62.

³³³⁰ *Jfr P. C. & S. v. The United Kingdom* p. 91.

Om den enskilda inte kan föra sin talan på ett effektivt sätt och <i>därför</i> befinner sig i ett betydande underläge i förhållande till motparten	... innebär avsaknad av rättshjälp ett brott <i>både</i> mot rätten till en effektiv domstolsprövning och mot rätten till en rättvis domstolsprövning.
Om den enskilda inte kan föra sin talan på ett effektivt sätt men detta till trots <i>inte</i> befinner sig i ett betydande underläge i förhållande till motparten	... innebär avsaknad av rättshjälp ett brott <i>endast</i> mot rätten till en effektiv domstolsprövning.
Om den enskilda kan föra sin talan på ett effektivt sätt men <i>ändå</i> befinner sig i ett betydande underläge i förhållande till motparten	... innebär avsaknad av rättshjälp ett brott <i>endast</i> mot rätten till en rättvis domstolsprövning.

Frågan är dock när en enskild part – som förvisso har kunnat föra sin talan på ett effektivt sätt – befinner sig i ett betydande underläge visavis motparten i processen: Var går så att säga ”gränsen” mellan att vara i *total balans* med och befinna sig i ett *betydande underläge* i förhållande till motparten? *Steel & Morris* ger här ingen vägledning – inte minst eftersom obalanserna i målet var närmast absurda; McDonald’s företrädde av en grupp specialister inom det aktuella rättsområdet till en kostnad på 10 miljoner pund, medan klagandena företrädde sig själva, med sporadisk hjälp från pro bono-advokater. Att ribban inte är fullt så hög framgår dock av senare avgöranden – exempelvis domstolens avgörande i *Bertuzzi mot Frankrike*,³³³¹ som kan få sammanfatta diskussionen i detta avsnitt. Omständigheterna var som följer:

I *Bertuzzi* hade den klagande ansökt om och beviljats rättshjälp för att kunna väcka en skadeståndstalan mot sin tidigare advokat. Tre olika advokater förordnades men alla begärde att bli entledigade på grund av jäv (”personliga band” till svaranden). När Bertuzzi för fjärde gången ansökte om att ett nytt biträde skulle förordnas hade hans ansökan om rättshjälp ”löpt ut” och han blev därför uppmanad att inkomma med en ny ansökan. Istället vände han sig till ED där han gjorde gällande brott mot artikel 6.1 på den grunden att han inte hade förordnats något biträde. Frankrike invände dels att den klagade på nytt hade kunnat ansöka om rättshjälp (om han nu ansåg sig vara i behov av biträde); dels att den typ av process som den klagade önskade initiera – till skillnad från omständigheterna i *Airey* – var ”straightforward” och att den klagande därför i vart fall saknade behov av biträde. Och det är framförallt i sistnämnt avseende som avgörandet är av intresse.

Europadomstolen noterade att klaganden tidigare hade beviljats rättshjälp i det aktuella målet (vilket i sig ansågs tala för att han behövde biträde³³³²), men att beslutet ”remained a dead letter” eftersom han de facto aldrig fick tillgång till ett biträde. Under sådana förutsättningar ansåg inte domstolen att det ankom på den enskilda att inkomma med en ny ansökan.³³³³ Beträffande Frankrikes invändning att *Bertuzzi* i vart fall hade saknat behov av biträde, var domstolen tämligen kortfattat. Att låta klaganden företräda sig själv

³³³¹ *Bertuzzi v. France* (app. no. 36378/97).

³³³² *Bertuzzi v. France* p. 29.

³³³³ *Bertuzzi v. France* p. 30.

”... in proceedings *against a legal practitioner* did not afford him access to a court under conditions that would secure him the effective enjoyment of equality of arms that is inherent in the concept of a fair trial. In conclusion, the Court finds that the applicant did not have effective access to a court. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”³³³⁴

Avgörandet är systematiskt inte helt enkelt att få rätsida på. Som synes konstaterade domstolen inledningsvis ett brott mot rätten till en *effektiv* domstolsprövning (”the Court finds that the applicant did not have effective access to a court”), men på den grunden att klaganden hade förvägrats en (effektiv?) processuell balans (”the effective enjoyment of equality of arms”), vilket i sin tur betraktades som en del av rätten till en *rättvis* domstolsprövning (”that is inherent in the concept of a fair trial”). De två grunderna som jag har försökt att särskilja ovan flyter således samman helt och hållet. Renodlar vi bedömningen avseende den processuella balansen mellan parterna är dock avgörandet intressant, eftersom den ribba som domstolen sätter får betraktas som låg; att låta en lekman företräda sig själv mot en praktiserande jurist skapade en oacceptabel obalans enligt artikel 6.1.³³³⁵ Punkt slut. Vad detta innebär för förvaltningsmålens del, där åtminstone större myndigheters talan alltid förs av särskilda processförare med juridisk utbildning,³³³⁶ låter jag vara osagt.

Bertuzzi är intressant i ytterligare ett avseende, nämligen såtillvida att domstolen inledde sin bedömning genom att tydligt framhålla skillnaden mellan civila mål och brottmål:

”The Court reiterates that there is no obligation under the Convention to provide legal aid for all civil disputes. There is a *clear distinction* between the terms of Article 6 § 3 (c), which guarantees the right to free legal aid under certain conditions in criminal proceedings, and of Article 6 § 1, which does not contain any reference to legal aid. However, the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. [...] It is therefore for the Contracting States to decide how they will comply with the obligations arising under the Convention and legal-aid systems cannot function unless there is *a means of selecting the cases* that should qualify for legal aid.”³³³⁷

Även om rätten till biträde i civila mål och brottmål ytterst skall säkerställa de allmänna kraven i artikel 6, står det således klart att denna rättighet är ”starkare” vid anklagelser om brott än i tvister kring civila rättigheter och skyldigheter. Beträffande de civila målen uttalade domstolen kategoriskt att ett rättshjälpsystem inte kan fungera ”unless there is a means of selecting the cases that should qualify for legal

³³³⁴ *Bertuzzi v. France* p. 31-32.

³³³⁵ Att motparten var advokat fäste ED avseende vid på flera ställen i domen; se exv. p 29 där domstolen – m.h.t. den nationella myndighetens beslut att bevilja rättshjälp – anförde följande: ”This indicates that it considered it essential for the applicant to be assisted by a qualified practitioner in the proceedings, as the proposed defendant was a lawyer.”

³³³⁶ Kvalifikationskravet för en processförare vid exv. MV och FK är juristexamen, samt vanligtvis notariemeritering/flerårig dokumenterad erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete, där arbete vid domstol eller processvana förvärvat på annat sätt är meriterande.

³³³⁷ *Bertuzzi v. France* p. 25. Se även *Essaadi v. France* (app. no. 49384/99) p. 30 och *Urbienė & Urbys v. Lithuania* p. 45.

aid”, vilket implicerar att olika urvalssystem i och för sig är tillåtna. Kring detta tema – med andra ord vilka *begränsningar* som rätten till biträde kan förses med i civila mål – skall vi uppehålla oss i nästa avsnitt.

6.3.3 Begränsningar i rätten till rättshjälp i civila mål

I avgörandet *Ashingdane mot Storbritannien* gjorde domstolen följande uttalande, som utgör en lämplig utgångspunkt för den fortsatta diskussionen:

”[T]he right of access to the courts *is not absolute but may be subject to limitations*; these are permitted by implication since the right of access ‘by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and in place according to the needs and resources of the community and of individuals’. In laying down such regulation, the Contracting States enjoy *a certain margin of appreciation*. [...] Nonetheless, the limitations applied must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that *the very essence of the right is impaired*. Furthermore, a limitation will not be compatible with [Article 6 § 1] if it does not pursue a *legitimate aim* and if there is not a reasonable relationship of *proportionality* between the means employed and the aim sought to be achieved.”³³³⁸

Av *Ashingdane* följer alltså att rätten till domstolsprövning som sådan inte är absolut, och med hänvisning härtill har Europadomstolen i flera avgöranden förklarat att inte heller rätten till biträde – betraktad som en del av rätten till domstolsprövning – är absolut.³³³⁹ I det ovan diskuterade *P, C. & S.* uttalade exempelvis domstolen följande, i nära anslutning till *Ashingdane*:

”[T]he right of access to a court is not absolute and may be subject to legitimate restrictions. Where an individual’s access is limited either by operation of law or in fact, the restriction will not be incompatible with Article 6 where the limitation did not *impair the very essence of the right* and where it pursued a *legitimate aim*, and there was a reasonable relationship of *proportionality* between the means employed and the aim sought to be achieved. *Thus*, although the pursuit of proceedings as a litigant in person may on occasion not be an easy matter, the limited public funds available for civil actions renders a procedure of selection a necessary feature of the system of administration of justice, and the manner in which it functions in particular cases may be shown not to have been *arbitrary* or *disproportionate*, or to have *impinged on the essence of the right of access to a court*.”³³⁴⁰

³³³⁸ *Ashingdane v. The United Kingdom* (app. no. 8225/78) p. 57.

³³³⁹ Se exv. *Steel & Morris v. The United Kingdom*. p 62 samt *Gnaboré v. France* (app. no. 40031/98) p. 41 *Del Sol v. France* (app. no. 46800/99) p. 23. Se även *Shipman* (C.J.Q. 25/2006) s. 8 och 12 ff.

³³⁴⁰ *P, C. & S. v. The United Kingdom* p. 90.

6.3.3.1 Ashingdane-kriterierna

Klart är således att Europadomstolen i och för sig accepterar begränsningar i rätten till rättshjälp, under förutsättning att dessa begränsningar uppfyller en rad kriterier ("Ashingdane-kriterierna"), som jag snart skall återkomma till. Här skall blott inflikas att i litteraturen har det gjorts gällande att vad som kan begränsas med hänvisning till *Ashingdane* är rätten till domstolsprövning som sådan (frågan om "Access" inklusive frågan om "Effective Access"), men aldrig rätten till en rättvis domstolsprövning (frågan om "Fair Trial"). Till skillnad från rätten att få tillträde till domstol (som Europadomstolen uppehöll sig vid i *Ashingdane*) skulle således rätten till en rättvis rättegång vara absolut, i den bemärkelsen att

"... the hearing must always be fair (and, indeed, must be seen to be fair). In assessing whether a hearing is fair the court is concerned with matters of degree rather than whether the provision that causes the unfairness is justifiable. Thus, if consideration of the facts peculiar to it leads to the conclusion that the hearing is unfair, in that there is no opportunity to present the case in an effective manner, then the issue is not whether the refusal to grant legal aid is justifiable but rather whether legal aid provisions were necessary to ensure a fair trial. If so, then there can be no justification for refusing to grant such assistance."³³⁴¹

Med den reservation som ligger i det ovan sagda innebär Ashingdane-kriterierna att en begränsning av rätten till rättshjälp (1) måste tjäna legitima syften, (2) vara proportionell i förhållande till dessa syften och (3) inte får urholka rätten till domstolsprövning som sådan. I efterföljande avgöranden (exempelvis det ovan citerade *P. C. & S.*) har domstolen dessutom lagt till ett ytterligare kriterium: begränsningen får inte heller (4) vara godtycklig. Två exempel från Kommissionen kan få illustrera kriterierna i praktisk tillämpning.

I *Thaw mot Storbritannien* hade den klagande nekats rättshjälp i en insolvensprocess. Kommissionen avisade dock klagomålet såsom uppenbart ogrundat, med följande motivering:

"The Commission recalls that [Article 6] of the Convention does not guarantee a right to legal aid in civil proceedings and that the means by which the State ensures effective access to civil courts is therefore within its margin of appreciation. In particular, the Commission recalls that even where legal aid may be available for certain types of civil action, *it is reasonable to impose conditions on its availability involving inter alia, the financial situation of the litigant or the prospects of success of the proceedings*. Where legal aid is denied on the basis that the claim is either not sufficiently well-grounded or is regarded as frivolous or vexatious, such a situation would not normally constitute a denial of access to court unless the applicant could show that the decision of the administrative authority was arbitrary."

³³⁴¹ Shipman (C.J.Q. 2006) s. 9 f.

I det aktuella fallet noterade Kommissionen att Thaws ansökan om rättshjälp ”was refused on the basis that ... his claim had very little prospect of success”, och att beslutet inte framstod som godtyckligt. Följaktligen kom Kommissionen till slutsatsen att ”the applicant was not denied effective access to court as a result of not having been granted legal aid”.³³⁴²

I *Stewart-Brady mot Storbritannien* försökte en dömd mördare genom domstol hindra publiceringen av en bok samt ett antal artiklar om honom, och därtill få skadestånd för förtal. I de tidigare processerna (som alla gick honom emot) beviljades han rättshjälp, men inte vid överklagan och inte heller i skadeståndsprcessen. Liksom i *Thaw* fann Kommissionen att klagomålet var uppenbart ogrundat, eftersom de nationella myndigheternas skäl för att vägra Thaw rättshjälp inte var godtyckliga: Stewart-Brady hade i princip genomgående förlorat de tidigare processerna och bedömdes, med hänsyn härtill och till sitt rykte, inte heller ha någon realistisk chans att vinna förtalsprocesserna (“by virtue of the applicant’s reputation he had no realistic cause of action in libel”). Till detta kom att kostnaderna för skadeståndsprcesserna inte stod i rimlig proportion till det yrkade skadeståndet (“the costs of funding litigation being disproportionate to any likely damages to be awarded”).³³⁴³

6.3.3.2 Inkomst-, rimlighets- och behovsprövning

Vilka slutsatser kan man då dra av ovanstående avgöranden? Jo, med hänsyn till att alla rättshjälpssystem finansieras av skattemedel och därmed har begränsningar anses det som utgångspunkt vara ett legitimt syfte att av *rent statsfinansiella skäl* begränsa den allmänna rättshjälp i vissa avseenden. Detta kan sedan göras på en rad olika sätt, varvid en första distinktion vanligtvis görs mellan inkomstprövning (“means tests”) och rimlighetsprövning (“merits tests”).³³⁴⁴ Att enbart bevilja rättshjälp efter en inkomstprövning anses således inte konventionsstridigt i och för sig,³³⁴⁵ så länge “the essence of the right of access to a court is not impaired”.³³⁴⁶ Det faktum att det kostar pengar att anlita biträde betraktar Europadomstolen inte ens som en “relevant faktor” under artikel 6 – det är ingen mänsklig rättighet för alla och envar att processa “gratis”.³³⁴⁷ Den avgörande frågan är istället om processkostnaderna *hindrar parten från att föra sin talan på ett adekvat sätt*, och vid denna bedömning anses det legitimt att beakta partens möjligheter att självfinansiera sin rättegång. Exakt var inkomstgränsen kan dras för att alljämt betraktas som proportionell

³³⁴² *Thaw v. The United Kingdom* (app. no. 27435/95); Kommissionens beslut av den 26 juni 1996.

³³⁴³ *Stewart-Brady v. The United Kingdom* (app. nos. 27436/95; 28406/95); Kommissionens beslut av den 2 juli 1997.

³³⁴⁴ Se exv. översikten i *Legal Aid in Europe – Minimum requirements under international law* (2015) s. 5.

³³⁴⁵ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 62. Se även exv. *Santambrogio v. Italy* p. 58 och *Urbšienė & Urbšys v. Lithuania* p. 45.

³³⁴⁶ *Handbook on European law relating to access to justice* (2016) s. 63. Se även *Guide on Article 6 – Right to Fair Trial* (civil limb; 2013) s. 18.

³³⁴⁷ Jfr *Glaser v. the United Kingdom* (app. no. 32346/96) p. 99: “[T]he Court observes that the applicant fell outside the legal aid scheme as his income exceeded the financial criteria. There is no right as such to receive legal aid in civil proceedings guaranteed under the Convention. However, a lack of legal aid may, in certain circumstances, deprive an applicant of effective access to court. [...] While he complains of the cost to him of obtaining representation, *this by itself is not a relevant factor under Article 6 § 1 of the Convention.*”

går dock inte att säga, eftersom en rad faktorer måste beaktas.³³⁴⁸ Klart är dock att fixerade inkomstgränser – såsom den svenska – kan komma i konflikt med artikel 6, eftersom sådan gränser inte ställer de faktiska processkostnaderna för en tvist i relation till partens inkomstförhållanden.³³⁴⁹ För att uppfylla kraven i konventionen menar därför Fleming att en inkomstgräns måste ha en inbyggd flexibilitet (vilket för tankarna till den relativitetsprincip som låg till grund för lagen om fri rättegång³³⁵⁰):

”[T]he criteria must address and assess the financial capacity of applicants *in the context of the particular proceedings*. Applicants unable to afford the cost of legal representation where such representation is necessary for them to effectively exercise their rights to due process must be eligible for legal aid, which means that eligibility cannot be restricted to poor and low-income people. If the cost of legal representation is high, or the proceedings are complex or prolonged, middle income and high income people must also be eligible for assistance.”³³⁵¹

Vad sedan gäller olika former av rimlighetsprövningar framgår av Kommissionens ovanstående beslut att det inte i sig anses strida mot artikel 6 att rättshjälp nekats därför att partens saknar befogat intresse av att få tvisten prövad, exempelvis därför att utsikterna att vinna framgång är små, eller därför att processkostnaderna inte står i rimlig proportion till tvisteföremålets värde.

Slutligen framgår det redan av *Airey* att rättshjälp kan nekats på den grunden att den enskilda saknar behov av biträde. Att ”förenkla processen” betraktas således som ett alternativ till att tillhandahålla rättshjälp – åtminstone i teorin. I praktiken synes dock Europadomstolen ställa höga krav för att en process skall anses ”tillräckligt enkel” för en enskild att hantera utan biträde – en bedömning som nogsnamt måste relateras till *Airey*-kriterierna.

6.3.4 Rättegången som en helhet – ett försök till sammanfattning

Att Europadomstolen har funnit att en rad begränsningar i och för sig kan vara förenliga med artikel 6 – och som utgångspunkt faller inom medlemsstaternas ”margin of appreciation” – skall inte betraktas som ett *carte blanche* för lagstiftaren att beskära rättshjälpen efter eget gottfinnande. Av Europadomstolens praxis följer nämligen att alla sådana begränsningar i princip skall bedömas utifrån samma kriterier. Det föreligger med andra ord ingen principiell skillnad mellan exempelvis sådana fall där den enskilda formellt inte kan beviljas rättshjälp (exempelvis på grund av en inkomstgräns, eller därför att en viss måltyp är undantagen från rättshjälpen) och sådana fall där den enskilda i och för sig hade kunnat beviljas rättshjälp, men nekats

³³⁴⁸ Jfr *Legal Aid in Europe – Minimum requirements under international law* (2015) s. 5.

³³⁴⁹ Fleming (2007) s. 14.

³³⁵⁰ Se vid fn. 1382 ovan.

³³⁵¹ Fleming (2007) s. 15.

rättshjälp (exempelvis efter en rimlighets- eller behovsprövning i det enskilda fallet). Detta kan illustreras av *Steel & Morris*, där den aktuella måltypen (förtalsprocesser) var generellt undantagen från den allmänna rättshjälpen. Inför Europadomstolen anförde Storbritannien till sitt försvar att även om de klagande hypotetiskt hade kunnat beviljas rättshjälp så skulle de sannolikt likväl ha nekats rättshjälp i det aktuella målet. Domstolen avfärdade dock denna argumentationslinje som spekulativ och irrelevant:

”It is, in the first place, a matter of pure speculation whether, if legal aid had been available, it would have been granted in the applicants’ case. More importantly, if legal aid had been refused or made subject to stringent financial or other conditions, *substantially the same Convention issue would have confronted the Court*, namely whether the refusal of legal aid or the conditions attached to its granting were such as to impose an *unfair restriction on the applicants’ ability to present an effective defence*.”³³⁵²

Oavsett om den enskilda inte kan beviljas eller nekats rättshjälp med tillämpning av nationella villkor, skall alltså avsaknaden biträde bedömas på samma sätt – vad det till syvende och sist handlar om är att rätten till en effektiv/rättvis domstolsprövning inte träds för när i det enskilda fallet. Ett ytterligare exempel på detta, som får avsluta diskussionen, är *Urbšienė & Urbšys mot Litauen*. Detta avgörande meddelades under slutet 2016 och är särskilt intressant, av det skälet att de klagande var juridiska personer. Europadomstolen noterade nämligen att det mellan medlemsstaterna inte råder enhetlighet (eller ens en tydlig tendens) beträffande företags möjligheter att erhålla rättshjälp, liksom att ett betydande antal stater inte beviljar någon sådan hjälp till företag överhuvudtaget. Detta till trots kom domstolen fram till att avsaknaden av rättshjälp i det enskilda fallet stred mot artikel 6,³³⁵³ vilket om något illustrerar att Europadomstolen sätter sin egen standard vid uttolkningen av konventionen.

I *Urbšienė & Urbšys* noterade domstolen, i anslutning till tidigare praxis, dels att rätten till domstolsprövning (och därmed rätten till rättshjälp) inte är absolut,³³⁵⁴ dels att det inte finns någon skyldighet för medlemsstaterna att alltid tillhandahålla rättshjälp i alla civila mål (givet att artikel 6.3.c endast är tillämplig i brottmål).³³⁵⁵ ”Nevertheless”, fortsatte domstolen,

”... the question of whether the provision of legal aid is necessary for a fair hearing must be determined on the basis of the specific facts and circumstances of each case and will depend, inter alia, on the importance of what is at stake for the applicant in the proceedings, the complexity of the relevant law and procedure and the applicant’s capacity to represent him or herself effectively. In this context, it must be ascertained whether the applicant’s appearance before the courts without the assistance of a lawyer

³³⁵² *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 71. Se även Hudson (Eur. Hum. Rts L. Rev. 3/2005) s. 302.

³³⁵³ *Urbšienė & Urbšys v. Lithuania* p. 46 och 54. Att neka rättshjälp till (utländska) juridiska personer accepterades dock i *Granos Organicos Nacionales S.A. v. Germany* (app. no. 19508/07), förmodligen därför att Tyskland motiverade sin begränsning bättre än Litauen; se *Granos Organicos Nacionales* p. 52-53 och jfr *Urbšienė & Urbšys* p. 53 samt vidare vid fn. 3358 strax nedan.

³³⁵⁴ *Urbšienė & Urbšys v. Lithuania* p. 44.

³³⁵⁵ *Urbšienė & Urbšys v. Lithuania* p. 45.

would be effective, in the sense of whether he or she would be able to present his or her case properly and satisfactorily.”³³⁵⁶

Efter alla begränsningar och avgränsningar – som i och för sig kan vara tillåtna – befinner vi oss alltså åter på ruta ett: i de kriterier som formulerades redan i *Airey*. Och med tillämpning av dessa kriterier kom Europadomstolen i det aktuella fallet till slutsatsen att målet både var av stor betydelse för de klagande och komplicerat till sin karaktär. Förvisso hade de kunnat föra sin talan förhållandevis väl, men inte tillräckligt väl för att ha garanterats ”an effective defence and an ability to present their case properly and satisfactorily”. Att den aktuella begränsningen i rättshjälpen – som generellt exkluderade företag – var motiverad av statsfinansiella skäl betraktade domstolen som irrelevant, eftersom det i vart fall var uppenbart oproportionerligt att ställa upp begränsningar som inte beaktade omständigheterna i det enskilda fallet.³³⁵⁷

Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera att vad som är av intresse i relation till artikel 6 är att den enskilda (1) kan föra talan på ett effektivt sätt och (2) befinner sig i någorlunda balans med motparten. För denna bedömning måste en lång rad faktorer beaktas, och vad som kanske är viktigast av allt är att dessa faktorer faktiskt beaktas. Detta betyder i sin tur att ett beslut om att bevilja/neka rättshjälp alltid måste vara förankrad i omständigheterna i det enskilda fallet – ”a rigid application of the domestic provisions without any consideration of their particular circumstances”³³⁵⁸ kommer helt enkelt inte att accepteras. I relation till den svenska rättshjälpen reser detta en del frågor, som jag återkommer till strax.

Avslutningsvis ett viktigt påpekande: I likhet med brottmålen behöver den enskilda inte visa att avsaknaden av biträde har påverkat utgången i målet eller på något annat sätt inneburit en *faktisk skada* (”show actual prejudice from a lack of legal representation”), eftersom ett sådant krav ”would deprive the guarantees of Article 6 of their substance”. I *P, C. & S.* nöjde sig därför domstolen med att konstatera att processen *framstod som orättvis* (”gave the appearance of unfairness”).³³⁵⁹

6.3.5 Biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna i civila mål

I diskussionen kring brottmålen konstaterade vi dels att Europakonventionens artikel 6 inte innehåller några bestämmelser om kostnadsfördelningen mellan parterna, dels att Europadomstolen i sin praxis har konstaterat att den som frikänns från ett brott inte har någon generell rätt till kostnadsersättning på grundval av artikel

³³⁵⁶ *Urbšienė & Urbšys v. Lithuania* p. 45.

³³⁵⁷ *Urbšienė & Urbšys v. Lithuania* p. 53.

³³⁵⁸ *Urbšienė & Urbšys v. Lithuania* p. 53. Ett exempel på motsatsen, där ED ansåg att beslutet att neka rättshjälp var just väl förankrad i omständigheterna i det enskilda fallet, är *N.J.D.B. v. The United Kingdom* (app. no. 76760/12), där en pappa nekades rättshjälp i en vårdnadstvist, dock efter att ha beviljats rättshjälp i första och andra instans. Det var alltså först vid överklagan till skotska Supreme Court som hans ansökan avslogs, varför han istället kom att företrädas på pro bono-basis.

³³⁵⁹ *P, C. & S.* p. 96. Se även exv. *A.B. v. Slovakia* p. 61 och jfr fn. 3162 ovan ang. brottmål.

6. Beträffande de civila målen är utgångspunkten densamma,³³⁶⁰ åtminstone i mål mellan enskilda individer. I civila mål med en allmän motpart har Europadomstolen dock meddelat ett synnerligen intressant avgörande som jag skall diskutera i detta avsnitt, närmare bestämt *Stankiewicz mot Polen*. Omständigheterna var i korthet följande:

Makarna Stankiewicz förvärvade vid en offentlig auktion en fastighet, varefter polska staten genom Åklagarmyndigheten – agerande i egenskap av rättsordningens väktare ("guardian of the legal order") – väckte talan mot makarna i civil domstol med yrkande om att de skulle förpliktigas att utge en högre köpeskilling. Grunden för talan var, såvitt jag förstår, att fastigheten hade förvärvats till underpris och att makarna därmed gjort en orättmätig vinst på statens bekostnad (i domen talas det om "unjustified enrichment at the expense of the State"³³⁶¹). Makarna motsatte sig statens yrkande, bland annat på den grunden att det var staten själv som hade värderat fastigheten. Den regionala domstolen ogillade statens talan och förpliktigade staten att ersätta makarnas rättegångskostnader, varvid staten överklagade och vidhöll sin talan i sak. I kostnadsdelen anförde staten dessutom att den allmänna regeln i civilprocesslagen – enligt vilken tappande part skulle ersätta vinnande parts kostnader – inte var tillämplig. Den aktuella processlagen innehöll nämligen ett undantag från huvudregeln, enligt vilken Åklagarmyndigheten i egenskap av tappande part inte var skyldig att ersätta vinnande parts kostnader när myndigheten agerade inför civil domstol för att "protect the rule of law or citizens' rights, or in the public interest".³³⁶² Makarna vidhöll också sin talan i sak, och anförde i kostnadsdelen att den aktuella undantagsregeln gav Åklagarmyndigheten "an unfair advantage vis-à-vis the other party".³³⁶³ Överinstansen avslog överklagandet i sak, men ändrade underinstansens dom i kostnadsdelen på så vis, att makarna inte tillerkändes ersättning för processkostnader (varken i över- eller underinstansen).

Mot denna bakgrund klagade makarna Stankiewicz till Europadomstolen, under anförande av att de inte hade tillförsäkrats en rättvis rättegång till följd av den nationella domstolens beslut att kvitta kostnaderna. Närmare bestämt anförde de att den aktuella kvittningsregeln "in so far as it did not permit the courts to order reimbursement of the litigation costs to a party against whom the prosecutor had brought an unsuccessful civil action, was blatantly unfair",³³⁶⁴ bland annat därför att Åklagarmyndigheten

"... had at their disposal ample financial means exceeding those available to any individual. Nevertheless, the prosecuting authorities were not immune to errors of law when bringing a case before a civil court. [...] In their view, the notion of fairness

³³⁶⁰ Se exv. *Handölsdalen Sami Village & Others v. Sweden*.

³³⁶¹ *Stankiewicz v. Poland* p. 9.

³³⁶² Se redogörelsen för polsk rätt i *Stankiewicz v. Poland* p. 27-37.

³³⁶³ *Stankiewicz v. Poland* p. 23.

³³⁶⁴ *Stankiewicz v. Poland* p. 54.

could not be restricted to a fair judicial decision on the merits of a civil dispute; it must also encompass fairness in adjudicating the litigation costs.”³³⁶⁵

Med hänvisning till att myndigheten hade agerat i den speciella rollen som rättsordningens väktare, menade dock Polen att det hade varit korrekt att låta makarna Stankiewicz bära sina egna rättegångskostnader. Dessutom konstaterade Polen – och detta är viktigt – att den aktuella kostnadsregeln inte alls verkade ”diskriminerande”, eftersom staten också bar sina egna kostnader:

”[T]he provisions of Article 106 of the Code of Civil Procedure did not discriminate against private parties as they did not provide for the reimbursement of legal costs *either to or from* the State Treasury in civil cases in which the prosecuting authorities participated. Thus, the latter were not placed at an unfair advantage.”³³⁶⁶

Vad Polen beskriver är således en ”no way-rule”, enligt vilken kostnaderna kvittas i båda riktningar (fast uttryckt tvärtom: ersättning för kostnader utgick *inte* i någon riktning, ”either to or from the State”). Ordningen var således densamma som i den svenska förvaltningsprocessen, liksom i vissa mål/ärenden med allmän motpart inför allmän domstol.

Europadomstolen inledde med att konstatera att höga ansökningsavgifter och andra domstolsavgifter, enligt domstolens tidigare praxis, kan betraktas som ett hinder ”that impair[s] the very essence of the applicants’ right of access to a court”.³³⁶⁷ Rättegångskostnader var visserligen någonting annat än sådana avgifter, men domstolen ansåg ändå att liknelsen var adekvat, eftersom

”...the issues linked to the determination of litigation costs [also] can be of relevance for the assessment as to whether the proceedings in a civil case seen as a whole have complied with the requirements of Article 6 § 1 of the Convention.”³³⁶⁸

Och redan här kan man givetvis ana varthän det hela kommer att bära: Europadomstolen konstaterade sedermera att den aktuella kvittningsregeln stred mot artikel 6.³³⁶⁹ Låt oss dock titta lite närmare på argumenten.

Såväl de materiella som de processuella reglerna i målet framstår – åtminstone för en utomstående – som tämligen komplexa.³³⁷⁰ I vilken omfattning detta inverkade på utgången i målet går inte att säga, men Europadomstolen konstaterade i vart fall

³³⁶⁵ *Stankiewicz v. Poland* p. 56-58.

³³⁶⁶ *Stankiewicz v. Poland* p. 50.

³³⁶⁷ *Stankiewicz v. Poland* p. 59. Här hänvisade ED till *Kreuz v. Poland* (I), (app. no. 28249/95), *Jedamski and Jedamska v. Poland*, (app. no. 73547/01) och *Podbielski and PPU Polpure v. Poland* (app. no. 39199/99).

³³⁶⁸ *Stankiewicz v. Poland* p. 60. Hur processkostnaderna har fördelats mellan parterna har ansetts strida mot art. 6 i ett flertal ytterligare fall; se exv. *Piętka v. Poland* (app. no. 34216/07) p. 58, där domstolen likaså konstaterade att ”the determination of litigation costs can be of relevance for the assessment of whether the proceedings in a civil case seen as a whole have complied with the requirements of Article 6 § 1 of the Convention”. Se även *Čepek v. Czech Republic* (app. no. 9815/10) p. 43.

³³⁶⁹ *Stankiewicz v. Poland* p. 76.

³³⁷⁰ Polen hade exv. tidigare kritiserats av ED för hur de aktuella auktionerna genomfördes, och det tycks också ha rättklarheter kring när Åklagarmyndigheten egentligen skulle anses agera i egenskap av ”guardian of the legal order”. Se till det sagda p. 64-65 och 70-71 i domen.

att målet hade varit just komplext. Med beaktande av tvisteföremålets värde hade det därför inte varit omotiverat att anlita biträde i och för sig ("[not] unwarranted"), och kostnadsyrkandet framstod inte heller som omotiverat högt ("[not] without proper justification").³³⁷¹ Domstolen "noterade" också klagandens argument, med följande intressanta tillägg:

"[T]he Court also notes the applicants' argument that in any event the prosecuting authorities have at their disposal legal expertise and ample financial means exceeding those available to any individual. It is true that such a privilege may be justified for the protection of the legal order. However, it should not be applied so *as to put a party to civil proceedings at an undue disadvantage vis-à-vis the prosecuting authorities*."³³⁷²

Och med denna motivering fann domstolen att det stred mot artikel 6 att inte tillerkänna makarna Stankiewicz ersättning för sina processkostnader – huvudsakligen kostnader för juridiskt biträde. Det är mot denna bakgrund Högsta domstolens avgörande i det ovan diskuterade NJA 2015 s. 374 – avseende kostnadsfördelningen i domstolsärenden med allmän motpart – skall förstås. I nästa avsnitt skall jag dock utveckla diskussionen något ytterligare, i skärningspunkten mellan Europakonventionen och biträdeskostnadernas hantering enligt svensk rätt.

6.3.6 Rätt till biträde i civila mål – några slutsatser i relation till svensk rätt

För svenskt vidkommande ger utgången i *Stankiewicz* upphov till fler frågor än svar, inte minst i relation till kostnadsfördelningen i förvaltningsmål. Som framgått av kapitel 4 har nämligen Högsta domstolen, med hänvisning till *Stankiewicz*, i två avgöranden åsidosatt respektive omtolkat både ärende- och fastighetsbildningslagens särskilda kvittningsregler, och härigenom formulerat vissa riktlinjer för kostnadshandlingen i mål/ärenden med allmän motpart inför allmän domstol. Någon motsvarande praxis från Högsta förvaltningsdomstolen finns dock – mig veterligen – inte, vilket innebär att förvaltningsdomstolarna har att tillämpa den oskrivna (och absoluta) kvittningsregeln som gäller i alla förvaltningsmål utom skattemål. Frågan är dock om detta är förenligt med rätten till en rättvis rättegång. I nästa avsnitt skall jag kort utveckla det nu sagda, och därefter sammanfatta diskussionen om rättshjälp i civila mål.

6.3.6.1 Ersättning av motparten i mål med allmän motpart

I inte mindre än tre avgöranden har Högsta domstolen – eller åtminstone en minoritet av dess ledamöter – förhållit sig till Europadomstolens dom i *Stankiewicz*,

³³⁷¹ *Stankiewicz v. Poland* p. 73-75, där ED bl.a. konstaterade att "the applicant's decision to have professional legal representation cannot be said to have been unwarranted" liksom att "the costs of professional legal assistance in the civil case were not incurred recklessly or without proper justification".

³³⁷² *Stankiewicz v. Poland* p. 68-69.

närmare bestämt (och i kronologisk ordning): mål nr Ö 3509-10 (sedermera refererat som NJA 2012 s. 896), mål nr Ö 2481-13 (sedermera refererat som NJA 2015 s. 374) samt mål nr T 3957-15 (än så länge orefererat³³⁷³). De två senare avgörandena har jag diskuterat i kapitel 4, och det finns inte anledning att i detta avsnitt upprepa omständigheterna.³³⁷⁴ Vad jag vill framhålla i denna kontext är dock hur Högsta domstolen har tolkat *Stankiewicz* i relation till rätten till en rättvis rättegång enligt Europakonventionen artikel 6 och regeringsformen 2 kapitlet 11 §. Låt oss därför börja från början:

I det första avgörandet (NJA 2012 s. 896) – som jag inte har diskuterat ovan – hade KFM för A:s skulder till SKV (samt en advokatbyrå) utmätt en i dom fastställt fordran, som A hade på tredjeman (B). Indrivning skedde sedermera genom att den utmätta fordringen utsöktes, varvid B framställde en kvittningsinvändning mot A som hinder mot verkställighet. KFM lämnade invändningen utan bifall, varvid B överklagade beslutet med yrkande om att TR:n skulle förklara att det förelåg hinder mot verkställighet. TR:n beslutade i enlighet med B:s yrkande, varvid SKV (och advokatbyrån) överklagade till HovR:n, som dels inte meddelade prövningstillstånd, dels förpliktigade SKV att (solidariskt med advokatbyrån) ersätta B:s kostnader i HovR:n. SKV överklagade i kostnadsdelen med hänvisning ÄL 32 §. HD:s avslag (i plenum) SKV:s överklagande, och förpliktigade dessutom verket att ersätta B:s kostnader i HD. Domstolen var dock splittrad såvitt avsåg motiveringen. Majoriteten löste – utan hänvisning till *Stankiewicz* – problemet genom att förklara att staten skulle ”anses som enskild vid tillämpningen av 32 § ärendelagen”, trots att den aktuella fordringen hade utmåtts för skatteskulder; eftersom verkställigheten avsåg betalningsskyldighet för en privaträttslig skuld hade SKV genom utmättningen ”trätt i den enskilda fordringsborgenärens ställe”. En minoritet (bestående av fyra JustR), var dock skiljaktiga såvitt avsåg motiveringen, och det är därför som avgörandet är av intresse från ett EKMR-perspektiv.

Enligt minoriteten omfattades visserligen inte indrivning av skatt av bestämmelserna i artikel 6, eftersom ett indrivningsärende betraktas som en ”fortsättning på skatteprocessen” (som i sin tur inte avser civila rättigheter och skyldigheter). Det aktuella målet avsåg dock utsökning av en privaträttslig fordran mot tredje man, vilket gjorde artikel 6.1 tillämplig (även om Skatteverket var part).³³⁷⁵ Med hänvisning till *Stankiewicz* anförde därefter minoriteten följande:

”Enligt Europadomstolen kan regleringen av rättegångskostnadsansvaret ha betydelse för frågan om ett civilrättsligt förfarande sammantaget uppfyller kraven enligt artikel 6.1 i konventionen. Om den vinnande parten inte får ersättning för sin rättegångskostnad *kan detta sålunda, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, utgöra en kränkning av rätten till en rättvis rättegång*. Europadomstolen fann i

³³⁷³ Men tillgängligt på HD:s hemsida: <http://www.hogstodomstolen.se/Domstolar/hogstodomstolen/Avgoranden/2017/2017-06-15%20T%203957-15%20Beslut.pdf>.

³³⁷⁴ Se avsnitt 4.9.1 och 4.9.2 ovan.

³³⁷⁵ Minoriteten hänvisade här till NJA 2000 s. 109.

Stankiewicz-målet att det förelåg ett brott mot artikel 6.1 i konventionen genom att vinnande part, som haft anledning att anlita juridiskt ombud i en tvist mot polska staten, inte fick ersättning för sina kostnader.”

Mot denna bakgrund ansåg minoriteten att de sakliga skälen för att i ”tredjemansfallen” betrakta staten som enskild part i rättegångskostnadshänseende var så tungt vägande att en ändring av rättspraxis i anslutning till ärendelagens 32 § borde ske. Slutsatsen låg således helt i linje med vad majoriteten hade kommit fram till, men motiveringen grundades till stor del på Europakonventionen; enligt minoriteten fanns det anledning att ”beakta de rättssäkerhetsaspekter som utgör grunden för artikel 6.1 i konventionen och som kommer till uttryck i Stankiewicz-målet”.

Sammanfattningsvis tog Högsta domstolens minoritet genom NJA 2012 s. 896 ett första steg i riktning mot att underkasta det allmänna ett kostnadsansvar som tappande part med hänvisning till artikel 6, varefter domstolen – i det efterföljande NJA 2015 s. 374 – tog steget fullt ut. De två avgörandena uppvisar nämligen några centrala skillnader:

För det första: Utmättningsfordran i 2015 års fall avsåg just skatt och inte – som i 2012 års avgörande – en privaträttslig fordran. Detta fick i sin tur två konsekvenser:

- dels att staten *inte* kunde ”anses som enskild” i kostnadshänseende (eftersom KFM inte hade trätt i någon enskild fordringsborgenärens ställe);
- dels att artikel 6 *inte* var tillämplig (eftersom indrivningsärendet var just en fortsättning på skatteprocessen).

För det andra: I 2015 års fall var det majoriteten som motiverade utgången med hänvisning till EKMR art. 6 och inte – som i 2012 års avgörande – en minoritet av domstolens ledamöter. Följaktligen innebar avgörandet en förändring av rättsläget.

Eftersom det inte gick att betrakta staten som enskild vid tillämpningen av ärendelagen 32 § enligt ovan, valde majoriteten att istället åsidosätta kvittningsregeln, och detta med hänvisning till *Stankiewicz*. Domstolen anförde:

”Europadomstolen fann i målet ... att en kränkning hade skett av artikel 6.1 i Europakonventionen genom att makar som hade vunnit ett mål mot polska staten hade nekats ersättning för sina kostnader. I målet förde polska staten talan mot makarna Stankiewicz under påståendet att de hade berikats orättmätigt i samband med att de hade förvärvat en fastighet ... Domstolen uttalade att det mot bakgrund av tvistens betydelse för sökandena och dess komplexitet samt tvisteföremålets värde (motsvarande cirka 300 000 kr) inte hade varit obefogat för makarna att anlita juridiskt ombud. Rättegångskostnaderna uppgick till motsvarande cirka 60 000 kr, vilket ansågs skäligt med hänsyn till tvistens omfattning.”

Mot denna bakgrund gjorde domstolen följande tolkning av avgörandet:

”Avgörandet ... innebär att det under vissa förutsättningar är i konflikt med rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 i Europakonventionen att en enskild som vinner ett mål mot staten inte har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Det gäller även när staten – såsom var fallet i *Stankiewicz* – inte uppträder som enskild.”

Att 2015 års fall avsåg en skattefordran innebar dock, som jag har konstaterat ovan, att målet föll utanför artikel 6. Med hänvisning till att regeringsformen 2 kapitlet 11 § andra stycket har utformats ”efter mönster” av artikel 6.1 och ”anknyter till de grundläggande principer som anges där, bl.a. att parterna ska vara likställda i processen” fann dock Högsta domstolen – och detta är viktigt – att *motsvarande måste gälla i ”alla rättegångar i domstol”*. Med andra ord var inte bara ”i konflikt” med Europakonventionen att kvitta kostnaderna, utan det kunde också ”strida mot grundlagsbestämmelsen om den enskilde inte ges rätt till ersättning av staten för sina rättegångskostnader”. Att sådan ersättning inte utgick kunde nämligen ”leda till begränsningar av den enskildes möjlighet att anlita ombud” och därmed försätta denne ”i underläge mot staten”. Slutsatsen blev således att det

”... av bestämmelsen i 2 kap. 11 § RF [måste] anses följa att en enskild som vinner ett överklagat utmättningsmål har rätt att under vissa förutsättningar få ersättning av staten för rättegångskostnader även när utmätningen sker för skattefordringar eller liknande.”

Vad minoriteten hade anfört i 2012 års fall (som avsåg en civil rättighet) kom således genom 2015 års fall (som inte avsåg en civil rättighet) att omfatta ”alla rättegångar”, vilket Högsta domstolen sedermera bekräftade i mål nr T 3957-15, där argumentationen huvudsakligen utgick från regeringsformen.³³⁷⁶

För att kostnadsersättning skall utgå i det enskilda fallet formulerade Högsta domstolen följande kriterier, som ansluter väl till Europadomstolens dom i *Stankiewicz*:

”Befogade” kostnader (NJA 2015 s. 374):

”I rättstillämpningen bör krävas, för att den enskilde ska ha rätt till ersättning, att kostnaderna *har varit befogade* med hänsyn till sakens beskaffenhet.”

”Nödvändiga” kostnader (mål nr 3957-15):

”En grundläggande förutsättning är ... att kostnaderna *är nödvändiga* för att den enskilde ska kunna tillvarata sin rätt.”

Vid bedömningen av om det har varit befogat/nödvändigt att anlita biträde fäste Högsta domstolen i båda avgörandena vikt vid två faktorer: (1) målets komplexitet; och (2) dess betydelse. Domstolen anförde:

³³⁷⁶ I mål nr T 3957-15 hänvisar HD i första hand till NJA 2015 s. 374, och förser resonemanget med en ”Jfr också-hänvisning” till *Stankiewicz* (som ansågs innebära att ”det under vissa förutsättningar är i konflikt med rätten till en rättvis rättegång att en enskild som vinner ett mål mot staten inte har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader”).

”Det aktuella utmätningssmålet *krävde omfattande bevisning* och avsåg en stor mängd egendom som sammantaget hade ett *högt värde*. Det var *befogat* att [A] och dödsboet anlidade ombud för att bevaka sin rätt i målet.”

”Fastighetsregleringen gällde ... ett markområde som hade ett *högt värde*. Utgången av målet får därför anses ha varit av *stor betydelse* för honom. [M]ålet vid mark- och miljödomstolen [kom] att röra en fråga av *juridisk komplexitet*. För att [A] skulle kunna ta tillvara sin rätt var det *befogat* att han anlidade ett juridiskt biträde.”

För det allmänna domstolarnas vidkommande finns det således en begynnande praxis enligt vilken enskilda som vinner ett mål/ärende mot staten kan få sina biträdeskostnader ersatta – i förekommande fall med åsidosättande av bestämmelser i lag, varvid rätten till kostnadsersättning får grundas direkt på Europakonventionen artikel 6.1/ regeringsformen 2 kapitlet 11 §.

Vad som gör ovanstående mål särskilt intressanta är dock Högsta domstolens allmänna uttalanden kring rätten till en rättvis rättegång. Konstaterandet att det ”under vissa förutsättningar är i konflikt med rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6.1 i Europakonventionen att en enskild som vinner ett mål mot staten inte har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader” träffar nämligen *alla förvaltningsmål som angår civila rättigheter* (låt vara att Högsta förvaltningsdomstolen naturligtvis kan ha en annan uppfattning än Högsta domstolen kring tolkningen av *Stankiewicz* i relation till artikel 6). Och inte nog med det, konstaterandet att det ”i vissa fall [skulle] strida mot grundlagsbestämmelsen om den enskilde inte ges rätt till ersättning av staten för sina rättegångskostnader” *träffar alla förvaltningsmål* (låt vara att Högsta förvaltningsdomstolen kan ha en annan uppfattning än Högsta domstolen också kring tolkningen av regeringsformen).³³⁷⁷

Vad som i viss mån talar mot att resonemanget ovan har bäring på förvaltningsprocessen är att civilprocesslagen i *Stankiewicz* ställde upp olika fördelningsregler beroende på om den enskilda hade en enskild eller allmän motpart (som agerade i egenskap av ”rättsordningens väktare”), på samma sätt som både ärendelagens och fastighetsbildningslagens kostnadsregler gör skillnad på om den enskilda har en enskild eller allmän motpart (som agerar just i egenskap av offentligt subjekt och inte ”som enskild”). Omständigheterna var således förhållandevis lika. I förvaltningsprocessen har dock den enskilda (i princip) alltid en allmän motpart och den oskrivna kvittningsregeln tillämpas därför konsekvent. Att så är fallet är emellertid en konsekvens av att vi i Sverige har två domstolsslag och frågan är om detta i sig är tillräckligt för att undanta förvaltningsprocessen från de principer som Europadomstolen och Högsta domstolen har formulerat i och i anslutning till *Stankiewicz*. Det kan ju exempelvis noteras att de särskilda kvittningsreglerna i både ärendelagen och fastighetsbildningslagen – som var föremål för Högsta domstolens prövning i NJA 2015 s. 374 respektive mål nr 3957-15 – infördes med det uttryckliga

³³⁷⁷ På så vis kan *Stankiewicz* indirekt vara ett argument för att kostnadsersättning måste utgå också i brottmålsliknande förvaltningsmål, men detta förutsätter då att argumentationen utgår ifrån HD:s tolkning av RF 2 kap. 11 §. Jfr vad jag anför i anslutning till Lundins och Lindkvist respektive resonemang i och vid fn. 3250 och 3252 ovan.

syftet att *skapa konsekvens med kostnadshanteringen i förvaltningsdomstol*. Vi erinrar oss vad departementschefen anförde i förarbetena till ärendelagen:

”Frågan om en enskild part bör ha rätt att få ersättning för sina rättegångskostnader av det allmänna, när han har en myndighet som motpart och vinner framgång i processen, har en ojämförligt större betydelse för förvaltningsdomstolarnas mål än för domstolsärendena. Mycket talar för att *svaret på frågan bör vara detsamma* för de berörda målen och ärendena.”³³⁷⁸

Med anledning av Högsta domstolens dom i NJA 2015 s. 374 är dock svaret på frågan *inte längre detsamma* för de berörda målen och ärendena, eftersom allmän domstol – med hänvisning till Europakonventionen/regeringsformen – kan döma ut kostnadsersättning till den enskilda parten. Mycket talar dock för att svaret på frågan *bör vara detsamma*, det vill säga att Högsta förvaltningsdomstolen bör ta intryck av Högsta domstolens resonemang. Två skäl talar för detta: För det första att Högsta domstolen, åtminstone enligt min mening, har resonerat helt korrekt i relation till *Stankiewicz*. Att enskilda aldrig kan få ersättning för sina kostnader kan komma i konflikt med Europakonventionen, och strida mot grundlagen (åtminstone om regeringsformen etablerar ett motsvarande skydd som konventionen). Det sagda innebär naturligtvis inte att kostnadsersättning måste dömas ut i alla förvaltningsmål, men en ordning där ersättning aldrig kan dömas ut torde förr eller senare visa sig vara konventionsstridig.³³⁷⁹ I den mån lagstiftaren inte åtgärdar problemet vore det därför välkommet om också Högsta förvaltningsdomstolen introducerade ett kostnadsansvar genom praxis, varvid de kriterier som Högsta domstolen redan har formulerat med fördel kan återanvändas. En sådan utveckling skulle, för det andra, ge begreppet ”rättsvis rättegång” i regeringsformen 2 kapitlet 11 § andra stycket en enhetlig tolkning i ”alla rättegångar”, i enlighet med vad Högsta domstolen anförde i NJA 2015 s. 374. En ordning där vad som är orättvist i allmän domstol betraktas som rättvist i förvaltningsdomstol framstår nämligen, åtminstone enligt min mening, som otillfredsställande.

6.3.6.2 Rättshjälp i civila mål

Redogörelsen för artikel 6.1 har gett vid handen att rätten till av staten finansierat biträde inte är lika ”stark” i civila mål som i brottmål, i den bemärkelsen att statens utrymme att *inte* bekosta juridiskt biträde åt enskilda är större i tvister kring civila rättigheter/skyldigheter än i mål som avser anklagelser om brott.³³⁸⁰ Ytterst sett är dock intresset av att säkerställa ett effektivt tillträde till domstol och en rättsvis rättegång utslagsgivande i båda måltyperna. På vissa punkter finns det också anledning att

³³⁷⁸ Prop. 1995/96:115 s. 118 f. Beträffande fastighetsbildningsmål; se övervägandena i prop. 1969:128 s. 921.

³³⁷⁹ Detta betraktar jag som ett ytterligare stöd för den slutsats jag kom till i kapitel 4 – att det är motiverat att införa en särskild kostnadsregel i förvaltningsmål.

³³⁸⁰ Se *exv. Bertuzzi v. France* p. 22-25.

vara vaksam i skärningspunkten mellan Europakonventionen och inhemsk rätt, framförallt vad avser kostnadshanteringen i förvaltningsmål.

Sedan den allmänna rättshjälpen gjordes subsidiär till rättsskyddet tillgodoses rätten till biträde i civila mål framförallt genom privata försäkringar. Mot en sådan ordning kan man naturligtvis ha principiella invändningar, men sakernas tillstånd torde inte i sig strida mot konventionen så länge människor som inte själva har råd att anlita biträde vid behov kan få tillgång till biträde.³³⁸¹ Med andra ord måste försäkringsskyddet fungera tillfredsställande, och för detta har staten naturligtvis det yttersta ansvaret. Enligt min bedömning erbjuder dock rättsskyddsförsäkringarna i Sverige ett tillfredsställande skydd, men *bara i de måltyper som omfattas av försäkringarna*.

Det stora problemet uppkommer således i sådana måltyper som helt faller utanför försäkringsskyddet, och det är i dessa måltyper som statens subsidiära ansvar aktualiseras med full kraft. Som jag har visat i kapitel 5 föreligger dock vad som närmast kan beskrivas som ett 1:1-förhållande mellan det privata rättsskyddet och den allmänna rättshjälpen: Sådana måltyper som inte omfattas av rättsskyddet träffas genomgående av krav på särskilda skäl för att rättshjälp skall beviljas, vilket i praktiken innebär att rättshjälp inte beviljas (annat än i flagranta undantagsfall). Detta är naturligtvis ingen slump. Det sagda gäller (1) vissa tvistemål, exempelvis småmål och vårdnadsmål, och (2) alla förvaltningsmål. I relation till Europakonventionen kan vi dock konstatera att Europadomstolen inte gör någon direkt distinktion mellan mål där den enskilda har en enskild motpart och mål där den enskilda har en allmän motpart, så länge tvisten avser en civil rättighet. Följaktligen har några av domstolens mest centrala avgöranden avseende rättshjälp handlat om vad som i Sverige skulle betraktas som ett förvaltningsmål, exempelvis *P., C. & S.* Detta framstår som tämligen naturligt, eftersom många länder endast känner till två måltyper: brottmål och civila mål, varvid sådana mål som i Sverige klassificeras som förvaltningsmål hänförs till den senare kategorin.

Distinktionen mellan tvistemål och förvaltningsmål har dock stor betydelse i Sverige, eftersom dessa måltyper prövas av två olika domstolar, som har att tillämpa två olika processlagar och därtill knutna allmänna principer. I relation till rättshjälpen får denna distinktion ett enormt genomslag, eftersom rätten till rättshjälp är direkt kopplad till partens "behov" av biträde. Av olika anledningar anses nämligen detta behov variera högst betydligt mellan de två domstolsslagen. Att rättshjälp som huvudregel inte beviljas i förvaltningsmål är således ett resultat av att enskilda anses sakna behov av biträde inför förvaltningsdomstol, där processen är "enkel". Detta sakernas tillstånd är dock *i sig* oproblematiskt i relation till artikel 6. Redan i *Airey* förklarade nämligen Europadomstolen att rätten till en effektiv domstolsprövning kan tillgodoses på olika sätt, och av senare praxis framgår att detta även gäller rätten till en rättvis rättegång, enligt följande:

³³⁸¹ Jfr vad som anförts ovan i och vid fn. 3261-3263 ang. att ED sällan ägnar sig åt abstrakt lagprövning. En europeisk utblick ger också vid handen att rättsskyddet i många länder säkerställs genom en kombination av just privata och offentliga finansieringsmodeller.

Airey: "[W]ilst [Article 6 § 1] guarantees to litigants an *effective right of access* to the courts ... it leaves to the State a free choice of the means to be used towards this end. The institution of a legal aid scheme ... constitutes one of those means but there are others such as, for example, a *simplification of procedure*."³³⁸²

Steel & Morris: "It is central to the concept of a *fair trial* ... that a litigant is not denied the opportunity to present his or her case effectively before the court and that he or she is able to enjoy equality of arms with the opposing side. Article 6 § 1 leaves to the State a free choice of the means to be used in guaranteeing litigants the above rights. The institution of a legal aid scheme constitutes one of those means but there are others, such as for example *simplifying the applicable procedure*."³³⁸³

Att "förenkla processen" är således – åtminstone i civila mål – ett acceptabelt alternativ till att bevilja rättshjälp. Och inte nog med det, att "förenkla processen" är också ett mycket billigare alternativ för staten än att tillhandahålla rättshjälp. Dyliga förenklingar/besparingar kan nämligen genomföras i en handvändning, genom att lagstiftaren – åtminstone på pappret – kastar om roll- och/eller ansvarsfördelningen i rättegången. Tankegången är enkel att följa: Biträdets uppgifter "flyttas" helt enkelt till andra aktörer, och på så vis behövs inte längre något biträde och därmed ingen rättshjälp. Detta argumentationsmönster kan vi framöver kalla "kompensationsargumentet", eftersom det går ut på att frånvaron av biträde skall "kompenseras" ("tillgodoses" eller "ersättas") genom att domstolen (eller motparten) fullgör biträdets funktioner. Som jag har visat i kapitel 4 och 5 har också lagstiftaren använt detta argument för att begränsa rätten till offentligt finansierat biträde i samtliga måltyper, vilket kan illustreras med följande exempel:

Förenklade tvistemål: "Det biträdeshöjningsbehov som kan finnas kompenseras delvis genom att domstolen åläggs en mer aktiv processledning ..." ³³⁸⁴

Brottmål (den tilltalade): "Om försvarare inte medverkar kan detta kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida." ³³⁸⁵

Brottmål (målsäganden): "Målsägandens behov av juridisk hjälp vid huvudförhandlingen bör många gånger kunna tillgodoses genom åklagarens försorg." ³³⁸⁶

Förvaltningsmål: "Domstolens materiella processledning och utredningsansvar enligt FPL ... ersätter behovet av juridisk biträdeshjälp och därmed också behovet av rättshjälp ..." ³³⁸⁷

³³⁸² *Airey v. Ireland* p. 26.

³³⁸³ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 59-61.

³³⁸⁴ Prop. 1986/87:89 s. 69.

³³⁸⁵ Prop. 1983/84:23 s. 16. Se även NJA 1984 s. 435 och NJA 1986 s. 86, där HD gjorde följande identiska uttalande: "Om försvarare inte medverkar, kan detta enligt propositionen kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida."

³³⁸⁶ Dir. 2005:19, i SOU 2007:6 s. 507.

³³⁸⁷ JuU7:1995/96 s. 8.

En central skillnad mellan den allmänna processen och förvaltningsprocessen är dock att ”kompensationsargumentet” utgör ett undantag från den sedvanliga logiken i tvistemål och brottmål. I förvaltningsmål illustrerar dock ovanstående citat den grundläggande utgångspunkten, vilket i sin tur förklarar varför rättshjälpsbiträden i praktiken inte förordnas (och varför offentliga biträden endast kan förordnas i ett fåtal måltyper).

I förvaltningsprocessen har kompensationsargumentet också använts i motsatt riktning – för att *inte* genomföra (kostsamma) reformer trots att förändringar i det materiella eller processuella regelverket har ansetts föranleda ett ökat biträdesbehov. I sådana situationer kan lagstiftaren helt enkelt ”förklara” att behovet av biträde *inte* har ökat, och på så vis motivera en fortsatt restriktiv behovsprövning. I vissa lagstiftningsärenden blir detta påfallande tydligt:

<i>Lagrådets ”bedömning”</i>	<i>Regeringens ”mening”</i>
”Mot bakgrund av [de] förändringar och tendenser [som skett] inom förvaltningsprocessen ligger det enligt <i>Lagrådets bedömning</i> närmast till hands att utgå ifrån att behoven av rättsligt biträde i förvaltningsmål kommer att bli i vart fall något större än som återspeglas i hittillsvarande starkt återhållsamma praxis.” ³³⁸⁸	”De förändringar som under senare år skett på förvaltningsprocessens område har inte minskat förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet. Enligt <i>regeringens mening</i> kan det därför inte sägas att biträdesbehovet generellt sett skulle ha ökat i mål vid förvaltningsdomstol.” ³³⁸⁹

Biträdesbehovet är mycket svårt att få grepp om, eftersom det till syvende och sist ger uttryck för en värdering. Följaktligen kan Lagrådet göra en ”bedömning”, som avviker från regeringens ”mening” i precis samma fråga. Detta till trots framställs biträdesbehovet inte sällan om det vore någonting verkligt/faktiskt, vilket öppnar upp för skenargumentation. I nästföljande kapitel 7 – som är avhandlingens näst sista – skall jag därför lämna kostnadsreglerna och istället fördjupa diskussionen kring det ”behov” som reglerna hela tiden utgår ifrån. Dessförinnan vill jag dock skicka med två slutsatser från detta kapitel, som är värda att ha i åtanke vid den fortsatta läsningen.

Bedömningen enligt artikel 6 måste, för det första, alltid relateras till omständigheterna i det enskilda fallet. På denna punkt menar jag dock att svenska domstolar många gånger brister, vilket kan förklaras av den i Sverige dominerande *förarbetslojaliteten*. Av rättshjälpslagen följer visserligen att rättshjälp kan beviljas om den enskilda parten behöver biträde. Behovsbedömningen sker dock inte alltid med referens till den verklighet som målet handlar om, utan istället med hänvisning till den verklighetsbeskrivning som regeringen har gett uttryck för i förarbetena. Jag har tidigare gett följande exempel:

³³⁸⁸ Prop. 1996/97:9 s. 357. Se även a. prop. 116.

³³⁸⁹ Prop. 1996/97:9 s. 117.

”Enligt 7 § rättshjälpslagen får rättshjälp beviljas om den rättssökande behöver juridiskt biträde utöver rådgivning och detta behov inte kan tillgodoses på annat sätt. [...] Av *förarbetena till rättshjälpslagen (prop. 1996/97:9 s. 115)* framgår att behov av biträde inte kan anses föreligga om den rättssökande själv kan tillvarata sina intressen. Härvid ska ärendets svårighetsgrad ställas mot den rättssökandes personliga kvalifikationer. *Vidare framgår att förvaltningsdomstolarnas materiella processledning och utredningsansvar enligt 8 § förvaltningsprocesslagen gör att biträdesbehovet i dessa domstolar inte är detsamma som i mål vid allmän domstol.* Frågan i målet rör rätten till återbetalning av utgiven assistansersättning. Med hänsyn till de frågor som kan aktualiseras i målet och mot bakgrund av länsrättens utredningsansvar enligt 8 § förvaltningsprocesslagen kan något behov av rättshjälp inte anses föreligga. Ansökan om rättshjälp avslås därför.”³³⁹⁰

Trots att det av förarbetena ”framgår” att målets svårighetsgrad skall ställas mot den rättssökandes personliga kvalifikationer görs ingen sådan avvägning, helt enkelt eftersom det också ”framgår” av förarbetena att det *inte finns något biträdesbehov i förvaltningsdomstol*, varför någon avvägning inte är nödvändig in casu. Ovanstående problem, som angår förståelsen av biträdesbehovet, kommer jag att utveckla i nästa kapitel.

För det andra kan vi konstatera att Europadomstolen inte utan vidare accepterar medlemsstaternas beskrivning av en processform som ”enkel” enligt ovan. En mycket vanlig invändning från svarandestaterna – som förekommer i princip alla domar som jag har läst – är nämligen att parten inte hade behov av biträde och att avsaknaden av rättshjälp därför inte stred mot artikel 6. Detta kan motiveras på en rad olika sätt, vanligtvis med hänvisning till att målet var ”straightforward” och/eller att domstolen underlättade för parten att föra sin egen talan. Många gånger avfärdar dock Europadomstolen sådana invändningar såsom ”orealistiska”. Låt mig ge några exempel på detta, som en brygga till nästa kapitel:

”[I]t is not realistic, in the Court’s opinion, to suppose that, in litigation of this nature, the applicant could effectively conduct her own case, *despite the assistance which ... the judge affords to parties acting in person*”³³⁹¹

”[T]he latitude granted by the judge to P. in presenting her case *was no substitute, in a case such as the present one, for competent representation* by a lawyer instructed to protect the applicants’ rights.”³³⁹²

”[N]either the sporadic help given by the volunteer lawyers nor the extensive judicial assistance and latitude granted to the applicants as litigants in person *was any*

³³⁹⁰ Mål nr 25800-08. Jfr även NJA 1986 s. 86, där HD gjorde följande identiska uttalande: ”Om försvarare inte medverkar, kan detta enligt *propositionen* kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.”

³³⁹¹ *Airey v. Ireland* p. 24.

³³⁹² *P. C. & S. v. The United Kingdom* p. 99. Se även p. 89.

substitute for competent and sustained representation by an experienced lawyer familiar with the case and with the law of libel.”³³⁹³

”[T]he disparity between the respective levels of legal assistance enjoyed by the applicants and McDonald’s was of such a degree that it could not have failed ... to have given rise to unfairness, *despite the best efforts of the judges at first instance and on appeal.*”³³⁹⁴

Mot denna bakgrund skall jag nu fördjupa diskussionen kring biträdesbehovet i allmänhet, och ”kompensationsargumentet” i synnerhet. Som kommer att framgå i nästa kapitel finns det nämligen fog för Europadomstolens ståndpunkt. Idén att låta partens behov av biträde kompenseras av domstolen är – enligt min uppfattning – i grunden ”realistisk”, åtminstone i en kontradiktoriskt inrättad process.

³³⁹³ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 69.

³³⁹⁴ *Steel & Morris v. The United Kingdom* p. 69.

DEL III

AVSLUTNING

7. BITRÄDESBEHOVET

”Åh, det är mycket vackert!” sade kejsaren. ”Det har mitt allerhögsta bifall.” Och han nickade belåten och betraktade den tomma väfstolen; ty han ville icke säga, att han ingenting kunde se. Hela sviten, som han hade med sig, såg och såg, men såg ändå icke mera än alla de andra; emellertid sade de, liksom kejsaren: ”Åh, det är mycket vackert!” och rådde honom att kläda sig i detta nya präktiga tyg första gången vid den stora procession, som snart skulle ega rum. ”Det är magnifikt, ypperligt, charmant!” gick det från mun till mun, och allesammans voro de så innerligt nöjda dermed.

– H.C. Andersen, *Kejsarens nya kläder*

7.1 Introduktion

I avhandlingens första kapitel ställde jag upp två delfrågor till diskussion, närmare bestämt:

1. I vilka måltyper kan enskilda parter få ersättning för sina biträdeskostnader?
2. Varför anses enskilda parter ha behov av biträde i vissa måltyper, men inte i andra?

Den första frågan anser jag mig nu ha besvarat, genom att i del II ha inventerat och systematiserat de regelverk genom vilka den som är part i en domstolsprocess antingen kan få sina biträdeskostnader ersatta av någon annan – motparten, staten eller tredje man – eller tvingas bära dessa kostnader själv.³³⁹⁵ Härigenom har jag också i viss mån tangerat den andra frågeställningen, eftersom kostnadsreglerna i mångt och mycket kan betraktas som just *lagstiftarens reaktion* på partens biträdesbehov, i avvägning mot andra intressen. Att kostnadsersättning inte utgår i somliga måltyper kan således förklaras av att lagstiftaren – eller domstolen i det enskilda fallet – har ansett att parten saknar behov av biträde. Den fråga som nu återstår att fördjupa är varför enskilda anses ha behov av biträde i vissa måltyper, men inte i andra. Genom att besvara denna fråga hoppas jag – i avhandlingens avslutande kapitel 8 – kunna bidra till en mer nyanserad diskussion kring biträdeskostnadernas hantering i svensk rätt i relation till kraven på ”Access to Justice” respektive ”Access to Court”.

³³⁹⁵ En sammanfattning av slutsatserna, kopplad till frågeställningen, följer i kap. 8

7.1.1 Behov av biträde?

Som framgått av del II går det att kritisera biträdeskostnadernas hantering i svensk rätt utan att på allvar förhålla sig till vad som avses med att en part har/saknar ”behov av biträde” i en domstolsprocess – närmast genom logiska konsekvensargument, eller genom att ställa inhemsk rätt i relation till överordnade normer såsom Europakonventionen. För egen del finner jag det dock djupt otillfredsställande att inte uppmärksamma det faktum att biträdesbehovet inte existerar, eftersom alla som talar om detta behov *som om* det existerar bidrar till att upprätthålla en illusion. Min ambition med detta kapitel är därför att fördjupa min kritik av kostnadsreglernas utformning genom att problematisera hur biträdesbehovet hanteras – eller rättare sagt konstrueras³³⁹⁶ – i rättskällorna.³³⁹⁷

Som jag har visat i del II bryts ett flertal intressen mot varandra genom kostnadsreglerna, vilket har gett regelverken dess nuvarande utformning. Följande citat – ur förarbetena till ersättningslagen – sammanfattar grundtanken inom alla ersättningsystem:

”[Det är] *inte meningsfullt* ... att ge ersättning till en enskild som av bekvämlighets-skäl låter ett juridiskt ombud föra talan. Om man emellertid uppställer villkoret att kostnaderna för ombud eller biträde ... *skäligen behövs för att ta till vara den skatt-skyldiges rätt* ... [kan] domstolen pröva huruvida sådant behov förelegat eller ej.”³³⁹⁸

Syftet med behovsrequisitet/-prövningen är således att endast den som *skäligen har behövt* anlita biträde skall få ersättning för sina biträdeskostnader. Om vi för stunden bortser från att den anbefallna bedömningen av ”huruvida sådant [skäligt] behov förelegat eller ej” – ibland med tillägget ”för att parten skall kunna ta tillvara sin rätt” eller något motsvarande – saknar semantisk referens och därmed förutsätter värderingar i flera led,³³⁹⁹ har jag inga invändningar att rikta mot tankegången som sådan. Att den som *inte* behöver anlita biträde *inte* tillåts att åsamka någon annan kostnader för biträde framstår ju som en ”skälig” ordning. Detta resonemang förutsätter dock, om inte samsyn så åtminstone en någotsånär gemensam förståelse av vad som konstituerar ett biträdesbehov, och någon sådan förståelse finns knappast.

Förvisso torde alla ha en uppfattning om vad som i vardagligt språk avses med ett ”behov” – ungefär en medveten eller omedveten saknad/upplevd känsla av brist på

³³⁹⁶ En tänkbar synonym till ”konstrueras” vore möjligen ”fabriceras”.

³³⁹⁷ Vad som i detta kapitel tilldrar sig intresse är således inte primärt *vad* lagstiftaren tycker, utan *varför* lagstiftaren tycker som den gör. Jfr Westberg (1992) s. 430, som gör en motsvarande distinktion: ”Med den regelorienterade ansatsen kommer doktorandens huvuduppgift nästan alltid att bli att berätta *hur* ’gällande rätt’ ser ut på området, *inte varför* den ser ut som den gör.” Se härtill Glavå (1999) s. 23.

³³⁹⁸ Prop. 1993/94:151 s. 134 f.

³³⁹⁹ Jfr exv. Olivecrona, Karl, *Law as fact* (1971) s. 246, 255 och 261 samt Olivecrona, Karl, *Rätt och dom* (1960) s. 86 ff. ang. begreppet ”rättighet”, och härtill Ekelöf, Per Olof, *Anm. av Olivecrona, Rätt och dom* (SvJT 1/1961) s. 359-371 (s. 364).

något, som man inte vill eller anser sig kunna undvara.³⁴⁰⁰ Jag behöver dricka när jag är törstig, äta när jag är hungrig och sova när jag är trött. Vi känner alla till Maslows behovstrappa som, utöver nämnda exempel på (1) kroppsliga behov, listar: (2) behovet av trygghet/säkerhet; (3) behovet av kärlek/gemenskap; (4) behovet av uppskattning; samt (5) behovet av självförverkligande.³⁴⁰¹ Och utanför motivationspsykologin har vi alla någon gång behövt en hammare för att kunna slå i en spik eller hjälp av en vän för att kunna flytta på en tung möbel. Jag vill dock påstå att frågan om en part har eller saknar behov av biträde i en rättegång är synnerligen komplicerad att besvara, av flera skäl – inte minst eftersom någonting händer när ett ord, som har en vag och värderande språklig innebörd, ”upphöjs” till ett rekvisit i en lagregel. Ja, människor behöver dricka – ytterst sett *för att inte dö* – men vad avses egentligen med att parten behöver biträde *för att ta tillvara sin rätt*? Hur skall vi kvalificera/precisera biträdesbehovet rent rättsligt? Och vilka omständigheter i verkligheten konstituerar detta behov?

Syftet med detta kapitel är inte att ge ”svar” utan snarare att resa frågor. Huruvida den som är part i en domstolsprocess har/saknar behov av biträde angår nämligen ett flertal utav processrättens största – och mest komplexa – problem, såsom rättegångens grundläggande struktur (kontradiktorisk respektive inkvisitorisk rättskipning), vad som utgör en ändamålsenlig rollfördelning mellan domstolen och parterna (förhandlings- respektive officialprincipen, och särskilt omfattningen av rättens utredningsansvar/materiella processledning), processuell handläggningsform (muntlig eller skriftlig process), processlagens och den materiella lagstiftningens utformning, med mera. Därtill tangerar biträdesbehovet ett antal teoretiska frågor, såsom skiljelinjen mellan sakfrågor och rättsfrågor,³⁴⁰² och mellan rättsvetenskap och annan vetenskap.³⁴⁰³ Naturligtvis går det att skriva en avhandling (eller flera) om dessa frågor,³⁴⁰⁴ men det är inte möjligt att uttömmande behandla samtliga frågor *och dessutom behandla biträdeskostnadernas hantering* på det sätt som jag har gjort i avhandlingens del II – helt enkelt eftersom det skulle spränga alla ramar.³⁴⁰⁵ I

³⁴⁰⁰ Söker vi ordet semantiska betydelse får vi följande definition i svenska akademins ordbok (www.saob.se): ”BEHÖF (1) gagn, nytta, bruk, ändamål ... (2) (medveten l. omedveten) saknad (af) l. (känsla af) brist (på ngt som man ej l. bl. med svårighet l. obehag kan undvara), i allm. förbunden med åstundan att fylla bristen ... (3) brist, fattigdom, nöd ... (4) om det ngn behöfver l. tarivar l. har af nöden l. anser sig behöfva; ngt som ej kan undvaras, behöflig sak.”

³⁴⁰¹ Ursprungligen lanserad i Maslow, A. H., *A Theory of Human Motivation* (Psychol. Rev. 50/1943) s. 370-396.

³⁴⁰² Denna skiljelinje behandlar Lindell i sin avhandling *Sakfrågor och rättsfrågor* (1987).

³⁴⁰³ Jfr Kaldal (2010) som i sin studie av riskbedömningar kompletterar det rättsvetenskapliga perspektivet med ett beteendevetenskapligt perspektiv på barn och risk (vilket diskuteras på s. 73) men också ett rättspsykiatriskt perspektiv på mänskligt beteende och risk (vilket diskuteras på s. 86).

³⁴⁰⁴ Se exv. Kaldals avhandling *Parallella processer – en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål* (2010), som – i enlighet med titeln – behandlar riskbedömningar i två måltyp. Riskbedömningar är inte detsamma som behovsbedömningar, men det går att dra många paralleller mellan dessa prövningar, särskilt eftersom ”behovet” i grunden kan kopplas till en risk, enligt vad jag skall diskutera i avsnitt 7.3 nedan. Övriga ovan nämnda teman – som i olika avseenden påverkar biträdesbehovet – har också ägnats hela monografier; se exv. Westbergs avhandling *Domstols officialprövning* (1988) och Bylanders avhandling *Muntlighetsprincipen* (2006). Kring de grundläggande principerna finns också åtskilligt skrivet; se exv. Ekelöfs *Processuella grundbegrepp och allmänna rättsprinciper* (1956).

³⁴⁰⁵ Ett illustrativt exempel på detta är Assys avhandling *Injustice in Person* (2015), i vilken Assy utförligt kritiserar den inom common law etablerade ”rätten till självrepresentation”. Assy avgränsar dock i mångt och mycket bort kostnadsproblematiken, vilket bekräftar min poäng – en avhandling som vill diskutera biträdesbehovet på djupet kan inte också omfatta kostnadshanteringen (och vice versa) eftersom båda frågorna var för sig är omfattande.

denna avhandling har jag därför valt att ställa kostnadshandlingen i centrum, och den framställning som nu följer har en mer begränsad ambition än att fullödigt behandla alla de problem som skär varandra i biträdesbehovet. Förhoppningsvis får jag, eller någon annan, anledning att återkomma till dessa problem i framtiden – temat ”biträdesbehov” påkallar, enligt min mening, ytterligare forskning i Sverige.

För att kunna problematisera handlingen av parternas biträdesbehov kommer jag i nästföljande avsnitt (7.2) att först diskutera förhållandet mellan behovsrekvisiten (”regeln”) och behovsprövningen (”regeltillämpningen”). Detta genom att inledningsvis förhålla mig till behovsrekvisitens juridisk-tekniska konstruktion (betraktade som moment i olika rättsregler), och därefter diskutera prövningen av detta behov (det vill säga appliceringen av regeln på omständigheterna i det enskilda fallet). I följande avsnitt (7.3) kommer jag sedan att bryta ned begreppet ”behov” i sina mindre beståndsdelar, genom att i grunden betrakta behovsbedömningen som en riskbedömning. Genom dessa övningar vill jag visa dels att det inte finns någon konsekvens – eller ens en antydning till systematik – i hur biträdesbehovet hanteras i rättskällorna, dels att resonemanget över lag har svag ”verklighetsförankring”. Detta till trots talas det frekvent om partens biträdesbehov *som om behovet i sig vore verkligt*, vilket – åtminstone enligt min uppfattning – är direkt olämpligt.

Att kostnadsreglerna ger uttryck för politiska avvägningar är naturligtvis inget märkvärdigt i sig. Juridik är i mångt och mycket frusen politik, och ger som sådan ofta uttryck för just värderingar.³⁴⁰⁶ Att verklighet och värdering flyter samman i rättskällorna är dock problematiskt, eftersom det möjliggör skenargumentation.³⁴⁰⁷ Lagstiftaren kan uttala värderingar under förevändningen att beskriva verkligheten, vilket försvarar en nyanserad – och i förlängningen demokratisk – diskussion. För om vi inte ens vet om *att* vi prioriterar mellan olika motstående intressen, är det förstas omöjligt att diskutera *hur* vi skall prioritera mellan dessa. På så vis kan föreställningen om ett objektivt konstaterbart biträdesbehov användas som en ”fasadlegitimerande slöja, bakom vilken maktprocesser resulterar i att förhärskande intressen tillgodoses och realiserar”.³⁴⁰⁸ Det är också min uppfattning att ”biträdesbehovet” används på detta sätt, vilket jag skall försöka visa i detta kapitel. Även en praktisk sats kan nämligen vara mer eller mindre rationellt underbyggd.³⁴⁰⁹ Följaktligen är det fullt möjligt att problematisera hur lagstiftaren förhåller sig till biträdesbehovet genom att ifrågasätta *varför* enskilda anses ha behov av biträde i vissa måltyper, och sakna behov av biträde i andra måltyper. Detta är också – på ett övergripande plan – syftet med förevarande kapitel.

³⁴⁰⁶ Här ligger, på ett djupare plan, att jag ansluter mig till Martinssons ståndpunkt att rättens roll är att förebygga och hantera intressekonflikter i samhället – att rätten i grund och botten *är* ett verktyg för intresseavvägningar; se Martinsson (2002) s. 69 och 82.

³⁴⁰⁷ Jfr Olivecrona (1940) s. 60 f., som talar om ”förstuckna värderingar [som framförs] under falsk skylt”.

³⁴⁰⁸ Glavá & Petrusson (2002) s. 109 f.

³⁴⁰⁹ Jfr Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009) s. 13 fn. 3. Om skillnaden mellan praktiska och teoretiska satsar; se även exv. Peczenik (1995) s. 159 f.

7.1.2 Biträdesbehovet från ett externt perspektiv

I det ovan sagda ligger att jag i avhandlingens del III anlägger ett delvis externt perspektiv på rätten.³⁴¹⁰ Att försöka dekonstruera rättsliga konstruktioner – istället för att okritiskt reproducera dessa – är enligt min uppfattning rättsvetenskapens ansvar.³⁴¹¹ Eriksson har elegant uttryckt detta på följande sätt:

”Juridiken är inte bara juridik, dvs. en doktrin som bara ägnar sig åt tolkning och systematisering. Den är även ideologikritik, dvs. en vetenskap som sysslar med att blottlägga det sätt på vilket rättens objektivism, formalism, universalism döljer faktisk maktanvändning. Som ideologikritik sysslar rättsvetenskapen med att uppdaga de faktiska intresse- och värdemotsättningar som inte syns i själva rättsordningen, men som de facto utövar inflytande över hur den fungerar och i praktiken tillämpas. Men rättsvetenskapen är inte bara doktrin och ideologikritik. Som vetenskapligt projekt är det även utopi. Rättsvetenskapen bär på samma sätt som all annan mänsklig verksamhet ansvar inför framtiden. Rättsvetenskapen är i denna mening ett historiskt projekt, som deltar – om den är kritisk – i utformningen av framtiden.”³⁴¹²

Glavå och Petrusson formulerade, enligt min mening, ett lovvärt rättsvetenskapligt program då de anförde att ”vi alltid måste vara villiga att översätta rättskonstruktionen i dess realiteter – vi måste växla mellan ett substantiellt förhållningssätt och ett realitetssträvande”.³⁴¹³ Rättsvetenskapen måste med andra ord kunna skifta perspektiv, från det interna till det externa. Detta är också min ambition med denna avhandling, genom att i del II ha närmat mig kostnadsreglerna såsom de framträder ur rättskällorna, för att nu – i avhandlingens avslutande del – övergå till att kritisera de föreställningar som regelverket utgår ifrån, och detta genom att beakta också andra kunskapskällor – framförallt empirisk forskning. Låt oss dock ta avstamp i reglerna, närmare bestämt i de behovsrekvisit som jag har ägnat betydande utrymme i avhandlingens del II åt att uttolka.

7.2 Behovsrekvisiten och behovsprövningen

Alla rättsregler är uppbyggda av ord. Att dessa ord fylls med ett juridiskt definierat innehåll är naturligtvis ingenting konstigt i sig. Det finns heller ingen nödvändig koppling mellan ett ords juridiska ”innebörd” – såsom det framträder ur rättskällorna

³⁴¹⁰ Se vad som anføres i avsnitt 1.4.3.2 ovan.

³⁴¹¹ Jfr Glavå & Petrusson (2002) s. 112 samt Martinsson (2002) s. 83.

³⁴¹² Eriksson, Lars D., *Anm. av Touri, Rättsdogmatikens alternativ* (Retfærd 45/1989) s. 104, även citerad i Glavå & Petrusson (2002) s. 138 f.

³⁴¹³ Glavå & Petrusson (2002) s. 139. Jfr även a.a. s. 132, där Glavå och Petrusson pratar om att ”växla mellan ett rättskonstruktionsbaserat (strukturellt/substantiellt) förhållningssätt och ett realitetssträvande”, samt s. 144 ff.

– och dess betydelse i vardagligt språk, inte ens vad gäller rent ”deskriptiva” rekvisit.³⁴¹⁴ För att bara ta ett exempel kan en människa vara ”sjuk” – i bemärkelsen sjukskriven av en läkare i enlighet med den medicinska förståelsen av begreppet ”sjukdom” – men ändå betraktas som rättsligt ”frisk”. Den rättsliga definitionen av sjukdom kan också variera från en dag till en annan – den som bedömdes vara juridiskt sjuk igår (och därför beviljades sjukpenning) kan betraktas som frisk imorgon (och därmed förlora sin ”rätt” till sjukpenning), trots att personens ”verkliga” hälsotillstånd är helt oförändrat. Skälet till att sjukdomsbegreppet får en förändrad juridisk definition kan då exempelvis vara att det anses statsfinansiellt motiverat att spara pengar inom den allmänna sjukförsäkringen, eller omvänt, att tillgängliga resurser möjliggör ett mer omfattande skydd vid arbetsoförmåga. På samma sätt förhåller det sig med biträdesbehovet – detta är som utgångspunkt ett tomt ord som lagstiftaren kan fylla med vilket innehåll som helst, exempelvis givet det statsfinansiella läget, eller rådande politiska prioriteringar. Följaktligen finns det ingenting som hindrar lagstiftaren från att i lag eller förarbeten förklara att högerhänta har behov av biträde/vänsterhänta saknar behov av biträde, eller att den som förnekar brott har behov av biträde/den som erkänner brott saknar behov av biträde, med den enda skillnaden att den senare regeln förmodligen skulle framstå som mer rationell än den tidigare. Utan att den processuella ”verkligheten” på något sätt har förändrats står det också lagstiftaren fritt att ena dagen förklara att enskilda skall anses ha behov av biträde i förvaltningsdomstol, för att nästa dag förklara att enskilda skall anses sakna behov av biträde i förvaltningsdomstol, med den enda konsekvensen att lagstiftaren och/eller lagstiftningen kan ge ett irrationellt/inkonsekvent intryck – åtminstone om förändringen inte motiveras på ett rationellt godtagbart sätt.

7.2.1 Det (o)verkliga behovet

Vad som komplicerar saken – och i viss mån särskiljer behovsrekvisiten från andra vanligt förekommande vaga/normativa rekvisit³⁴¹⁵ – är att lagstiftaren själv talar om och förhåller sig till behovet av biträde som någonting *verkligt i sig*.³⁴¹⁶ Några exempel ur diverse lagförarbeten kan få illustrera detta:

”[E]n *verklig prövning* av behovet av målsägandebiträde [skall] göras.”³⁴¹⁷ // ”Jag anser att det är angeläget att det i lagtexten tydligare markeras att en *verklig behovsprövning*

³⁴¹⁴ Lindell (1987) s. 197, som ger exemplet ”byggnad”. Se även den intressanta diskussionen om juristen och språket hos Frände, Dan, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (1989) s. 39 ff. (särskilt s. 43, där Frände – utifrån exemplet ”fordon” – konstaterar att rättssystemet utgår ifrån ”normalspråket och dess ordförråd”, men att vissa nyckelord (t.o.m. inom straffrätten) kan ges en juridisk-teknisk betydelse som avviker från normalspråkets).

³⁴¹⁵ Det finns nog få som skulle påstå att vad som exv. är ”skäligt”, ”nödvändigt” eller ”lämpligt” *inte* ger uttryck för en värdering. Om skillnaden mellan normativa och deskriptiva rekvisit; se Lindell (1987) s. 197 f. och Kaldal (2010) s. 176.

³⁴¹⁶ På detta sätt används ibland begreppet ”risk”, trots att varje bedömning av en (”verklig”) risk, på samma sätt som varje bedömning av ett (”verkligt”) behov, förutsätter värderingar; jfr Kaldal (2010) s. 91, som karakteriserar riskbedömningar som ”en normativ beslutsprocess”.

³⁴¹⁷ SOU 2014:86 s. 140.

skall göras ...”³⁴¹⁸ // [E]n *verklig prövning* av målsägandens behov av biträde [skall ske] i det enskilda fallet.”³⁴¹⁹ // Statlig hjälp bör bara ges när det *verkligen behövs*.”³⁴²⁰ // ”Det är angeläget att en offentlig försvarare förordnas bara om det finns ett *verkligt behov* därav.”³⁴²¹ // ”[D]en som har ett *verkligt behov* av en offentlig försvarare ... skall få denna förmån.”³⁴²² // ”Det skall med andra ord förelegat ett *verkligt behov* av sakkunnig hjälp.”³⁴²³ // ”Det är angeläget att offentligt biträde förordnas endast när det föreligger ett *reellt behov* av biträde.”³⁴²⁴

Lagstiftaren gör således anspråk på att det juridiskt definierade behovet (och därmed prövningen av detta) skall vara ”verklighetsförankrat” i någon mening, dock utan att närmare förklara hur denna ”verklighet” skall förstås, avgränsas eller studeras.³⁴²⁵ Detta anspråk ger upphov till en rad olika frågor, som jag nu skall börja nysta i.

7.2.1.1 En verklig prövning av om den enskilda verkligen har ett verkligt behov?

Om vi sorterar lite bland citaten ovan kan vi konstatera att statsmakten har förklarat (1) att domstolarna skall göra en ”verklig” prövning av den enskildas biträdesbehov samt (2) inskräpvt vikten av att biträde bara förordnas när parten ”verkligen” behöver biträde. Dessutom synes lagstiftaren (3) betrakta biträdesbehovet som någonting ”verkligt” i sig. Vid tillämpningen av behovsrekvisiten skall domstolarna således göra *en verklig prövning av om den enskilda verkligen har ett verkligt behov av biträde*.

Det förstnämnda uttryckssättet – att prövningen skall vara ”verklig” – är mindre problematiskt, eftersom det kan förstås som att domstolarna vid behovsprövningen faktiskt skall beakta *de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet*. Att biträde bara skall förordnas när det ”verkligen” behövs kan, vid en välvillig läsning, förstås på samma sätt – som en ytterligare betoning/förstärkning av att kostnadsersättning inte skall dömas ut/biträden inte skall förordnas slentrianmässigt.³⁴²⁶ Den sista punkten – att biträdesbehovet som sådant skulle vara ”verkligt”/”reellt” – är däremot ett mycket märkligt synsätt, eftersom biträdesbehovet knappast kan existera i verkligheten annat än som *en värdering av vissa omständigheter*. Dessa omständigheter kan förvisso föreligga på ”verklighetsplanet”, men det är likafullt värderingen av dem som *är biträdesbehovet*. Och denna värdering kan aldrig vara verklig – tvärtom kan olika subjekt ha olika subjektiva uppfattningar utan att något av dem kan ha ”rätt” eller ”fel” i objektiv mening.

³⁴¹⁸ SOU 1995:81 s. 211 f.

³⁴¹⁹ Prop. 1989/90:158 s. 8.

³⁴²⁰ Prop. 1996/97:9 s. 82.

³⁴²¹ DsJu 1983:2 s. 60.

³⁴²² JuU 1983/84:7 s. 9.

³⁴²³ Prop. 1993/94:151 s. 174.

³⁴²⁴ SOU 1995:81 s. 197.

³⁴²⁵ Jfr Kaldal (2010) s. 75, som med åsyftan på risk/riskbedömningar betonar vikten av en ”gemensam teoretisk grund” för diskussionen. Hennes resonemang kan i mångt och mycket överföras på behov/behovsbedömningar, men med den skillnaden att den teoretiska diskussionen kring risker och hur dessa skall bedömas är betydligt mycket mer utvecklad (exv. inom beteendevetenskapen och rättspsykologin).

³⁴²⁶ Ordet ”verkligen” behöver inte nödvändigtvis avse verkligheten, utan används också som ett allmänt förstärkningsord.

En konsekvens av lagstiftarens synsätt är att den juridiska definitionen av behovet, såsom denna kommer till uttryck i och vid tillämpningen av regeln, anses kunna sammanfalla med det ”verkliga behovet”, men också avvika ifrån detta. När regeln appliceras på verkligheten kan vi således få tre möjliga utfall:

1. Att alla som har behov av biträde (”i verkligheten”) har rätt till biträde (enligt regeln), vilket kan formuleras så här: ”Den nuvarande regeln *återspeglar* ... det faktiska behovet.”³⁴²⁷ Alternativt så här: ”[Regeln] kommer således fortfarande att *avspegla* det faktiska behovet.”³⁴²⁸
2. Att vissa som har behov av biträde (”i verkligheten”) *inte* har rätt till biträde (enligt regeln). Med andra ord är regeln, eller tillämpningen av regeln, *för restriktiv* (i förhållande till det ”verkliga” behovet), vilket kan uttryckas så här: ”Med stöd av gjorda erfarenheter kan [det] konstateras att möjligheterna att få målsägandebiträde *inte motsvarar* aktuella behov.”³⁴²⁹
3. Att vissa som *inte* har behov av biträde (”i verkligheten”) har rätt till biträde (enligt regeln). Med andra ord är regeln, eller tillämpningen av regeln, *för generös* (i förhållande till det ”verkliga” behovet), vilket kan uttryckas så här: ”Om biträde förordnas även i en del fall där något *egentligt behov inte föreligger* medför det både en onödig tidsutdräkt ... och ökade kostnader.”³⁴³⁰

Det går också att hitta rikligt med uttalanden som går ut på att den som har ett ”verkligt” behov av biträde *bör* ha rätt till biträde, det vill säga att det juridiskt definierade biträdesbehovet bör avspegla/återspegla verkligheten (enligt punkten i ovan), vilket kan uttryckas så här:

”En presumptionsregel *bör* med andra ord avspegla det faktiska behovet av biträde i den ärendekategori som den är avsedd för.”³⁴³¹ // ”[D]en som är misstänkt för brott skall få juridiskt bistånd om han är i behov av det för att kunna ta tillvara sin rätt. *Självfallet kan det inte komma ifråga* att överge denna princip.”³⁴³²

7.2.1.2 Behovet av biträde kan aldrig vara verkligt

Det fundamentala problemet med resonemanget, såsom det kommer till uttryck i ovanstående rättskällor, är att det verkliga (faktiska/egentliga/reella) biträdesbehovet inte existerar i verkligheten och därmed inte kan ge uttryck för någonting verkligt (faktiskt/reellt/egentligt). Vad som kan föreligga på verklighetsplanet är endast olika konkreta omständigheter i det enskilda målet, som olika personer – *givet deras*

³⁴²⁷ Prop. 1987/88:73 s. 84.

³⁴²⁸ Prop. 1888/89:86 s. 134 f.

³⁴²⁹ JuU 1989/90:5 s. 22.

³⁴³⁰ SOU 1995:81 s. 197. Jfr även a. SOU s. 211 f., där det likaså talas om att biträde ”förordnas utan att något *egentligt behov föreligger*”.

³⁴³¹ SOU 1985:4 s. 142.

³⁴³² DsJu 1983:2 s. 7.

värderingar – kan anse ge upphov till ett behov. I avhandlingens inledande kapitel gav jag två exempel på detta, i följande ordalag:

Påståendet att parten har behov av biträde i måltypen X måste exempelvis – för att framstå som rationellt – förstås såsom innefattande ett implicit påstående om *existensen av vissa omständigheter*, som ligger till grund för värderingen. Sådana omständigheter kan i sin tur vara antingen normativa eller empiriskt konstaterbara. För att bara ge ett exempel av vardera slag kan parten *anses* ha behov av biträde i måltypen X därför att intresset av materiellt korrekta domar tillmäts stor vikt (vilket likaså är en värdering), eller därför att domstolarna är passiva i sin materiella processledning (vilket däremot är ett påstående om verkligheten, som kan studeras empiriskt).

Med andra ord går det att bryta ned biträdesbehovet i mindre beståndsdelar för att på så vis komma *närmare verkligheten*.³⁴³³ Att intresset av materiellt korrekta domar tillmäts ”stor vikt” i måltypen X, enligt exemplet ovan, är naturligtvis också en värdering, men även denna värdering kan härledas till konstaterbara omständigheter (vad processen kan utmynna i). Att den enskilda kan dömas till fängelse kan således fungera som ett rationellt argument för varför det skall anses ”viktigt” att domen är materiellt korrekt, vilket i sin tur kan bilda ett argument för att parten anses ha ”behov” av biträde. Den sista länken i kedjan – behovet – kommer dock alltid att ge uttryck för en värdering, vilket inte är något trängande problem *så länge argumentationskedjan är transparent* och därmed kan bli föremål för diskussion. Detta är särskilt viktigt i sådana måltyper där parten anses sakna behov av biträde, eftersom denna värdering får som praktisk konsekvens, att många enskilda tvingas att processa utan biträde (eftersom kostnaderna inte ersätts).³⁴³⁴

Min utgångspunkt för den fortsatta diskussionen är att det inte spelar någon roll att lagstiftaren talar om sin egen värdering i termer av ett ”verkligt” (faktiskt/reellt/egentligt) behov, eftersom ordet ”behov” förutsätter en värdering i åtminstone det sista argumentationsledet (och ofta i flera utav leden). Varken det positiva påståendet att en regel återspeglar/avspeglar ett verkligt behov, eller dess negation – att regeln inte motsvarar det verkliga behovet – är teoretiska (i bemärkelsen empiriska) satsar, som kan vara sanna eller falska.³⁴³⁵ Att påstå att en regel *bör* återspeglar/avspeglar/motsvara det verkliga behovet blir därmed en värdering staplad på en annan värdering (vilket naturligtvis också gäller påståendet att behovet skall vara skäligt). Den enda skillnaden mellan det juridiskt definierade biträdesbehovet (regeln) och det behov som omtalas som verkligt/faktiskt, är att riksdagen har fattat beslut om att lägga det tidigare till grund för lagstiftningen – *inget av behoven är mer eller mindre verkligt än det andra*, och detta oavsett om regeln råkar avspegla eller avvika från det behov som ibland omtalas som ”verkligt”. Däremot måste regeln som utgångspunkt appliceras på en verklighet,³⁴³⁶ men vilka omständigheter i verkligheten som anses konstituera

³⁴³³ Jfr Kaldal (2010) s. 179.

³⁴³⁴ Se avsnitt 7.4.2 nedan.

³⁴³⁵ Jfr Peczenik (1995) s. 159 f.

³⁴³⁶ Detta under förutsättning att domstolen inte fastställer fakta på annat sätt, exv. genom presumtioner.

ett behov *avgörs också av regeln*, eftersom abstrakta rättsfakta definierar konkreta rättsfakta. Detta är viktigt att ha i åtanke vid studiet av både behovsrekvisiten och behovsprövningen, enligt vad jag nu skall utveckla.

7.2.2 Förhållandet mellan det ”verkliga” behovet och behovsrekvisiten

Den närmare utformningen av behovsrekvisiten har inte ägnats någon systematisk hantering varken i förarbetena eller i litteraturen. Det mest utvecklade resonemanget återfinns i Rättshjälpskommitténs betänkande angående offentliga biträden, och är inte längre än att det kan återges i sin helhet:

”Om det *vanliga är att det i en viss ärendekategori finns behov av ett biträde* är det lämpligt att föreskriva att biträde skall förordnas om det inte i det enskilda fallet kan antas att behov saknas. Med en sådan regel följer handläggningssmässiga vinster i form av minskad byråkrati, förkortad handläggningstid osv. Är det å andra sidan så att *behov vanligtvis inte föreligger* bör regeln i stället formuleras så att biträde skall förordnas om det i det enskilda fallet finns behov därav. En presumptionsregel *bör med andra ord avspegla det faktiska behovet av biträde* i den ärendekategori som den är avsedd för.”³⁴³⁷

Ovanstående utdrag innehåller två viktiga poänger: En grundläggande premis för utredningens resonemang är (1) att regelns utformning bör avspegla det ”faktiska behovet” av biträde, vilket förutsätter att behovet betraktas som någonting faktiskt existerande (i verkligheten, således oberoende av regeln). Av det fortsatta resonemanget får vi också veta (2) att detta ”faktiska behov” tydligen kan variera mellan olika måltyper. Av detta skäl introducerade kommittén en distinktion mellan sådana kategorier av mål där det *vanliga är att det finns ett behov av biträde* å ena sidan, och sådana målkategorier där det *vanligtvis inte finns något behov av biträde* å andra sidan. För dessa två kategorier ställde kommittén upp ”presumptionsregler” som verkar i olika riktningar, vilket kan illustreras genom följande tabell:

<i>Det ”faktiska” behovet av biträde:</i>	<i>Behovsrekvisitets konstruktion:</i>
Om det <i>vanliga</i> är att parten har behov av biträde skall parten presumeras <i>ha behov</i> av biträde.	”[B]iträde skall förordnas om det inte i det enskilda fallet kan antas att <i>behov saknas</i> .”
Om parten <i>vanligtvis</i> inte har behov av biträde skall parten presumeras <i>sakna behov</i> av biträde.	”[B]iträde skall förordnas om det i det enskilda fallet <i>finns behov</i> därav.”

Enligt min uppfattning erbjuder kommitténs ovanstående kategorisering en bra utgångspunkt för diskussionen, eftersom det öppnar upp för en rad olika frågor: Vad menas med ett ”faktiskt behov” av biträde? Hur får vi kunskap om att parten

³⁴³⁷ SOU 1985:4 s. 142.

vanligtvis har/saknar ett sådant behov? Och vad innebär den uppställda presumtionen? Innan jag börjar nysta i dessa frågor vill jag dock förfina begreppsapparaten, eftersom behovsrekvisitet kan konstrueras på betydligt fler sätt än två. För detta ändamål har jag funnit det funktionellt att använda den systematik som sedan länge är vedertagen inom offentlighets- och sekretesslagstiftningen,³⁴³⁸ där det görs åtskillnad mellan *raka skaderekvisit* respektive *omvända skaderekvisit*,³⁴³⁹ enligt följande:

Ett *rakt skaderekvisit* innebär att det föreligger en presumtion för offentlighet: "Sekretess gäller (y) om det kan antas att skada uppkommer om uppgiften röjs (vagt x)." Utgångspunkten är således att en uppgift skall lämnas ut på begäran, och endast om det finns en konkretiserad risk i det enskilda fallet gäller sekretess. De *omvända skaderekvisiten* innebär motsatsen – det råder en presumtion för sekretess, och endast om ett utelämnande kan ske utan risk för skada får uppgiften lämnas ut. Lagtekniskt konstrueras denna presumtion genom dubbla negationer: "Sekretess gäller (y) om det *inte* står klart att uppgiften kan röjas *utan* att skada uppkommer (vagt x)." Båda presumptionerna kan sedan *kvalificeras* genom diverse förstärkningsord, såsom "uppenbart", "betydande", "allvarligt", "särskilt" och så vidare, vilket sammantaget ger en fyra-gradig skala: (1) förstärkt presumtion för sekretess (genom kvalificerat omvänt skaderekvisit); (2) presumtion för sekretess (genom omvänt skaderekvisit); (3) presumtion för offentlighet (genom rakt skaderekvisit); samt (4) förstärkt presumtion för offentlighet (genom kvalificerat rakt skaderekvisit).³⁴⁴⁰

Ett rakt skaderekvisit ger således upphov till en annorlunda riskprövning än ett omvänt skaderekvisit, vilket lagstiftaren förhåller sig till när sekretessreglerna konstrueras. Om vi utgår ifrån antagandet att lagstiftaren, på motsvarande sätt, *vill uppnå olika typer av behovsprövningar genom att konstruera behovsrekvisiten på olika sätt* – och därigenom ställa upp presumtioner i olika "riktningar" – kan ovanstående struktur användas för att pröva konsekvens inom systemet, eftersom behovsrekvisiten har samma juridisk-tekniska konstruktion som skaderekvisiten. Jag kommer därför fortsättningsvis att tala om *raka behovsrekvisit* som någonting annat än *omvända behovsrekvisit*, enligt följande förslag till typologi.

³⁴³⁸ Analogin mellan behovsrekvisit och skaderekvisit framstår som adekvat, givet att tillämpningen av båda typerna av rekvisit förutsätter just ett visst utövande av fritt skön; jfr å ena sidan fn. 92 (ang. behov) och å andra sidan prop. 1979/80:2 del A (ang. skada), där DepC anförde (s. 80) att "[d]et ligger i sakens natur att en exakt tillämpning av regler som innehåller skaderekvisit inte är möjlig", eftersom prövningen av om ett skaderekvisit är uppfyllt eller inte "alltid [innefattar] ett visst mått av skönsmässighet". Genom att formulera sig på det ena eller det andra sättet har lagstiftaren dock – i båda fallen – velat snäva in detta skönsmässiga utrymme medelst presumtioner. Dessa presumtioner kan också – i båda fallen – vara mer eller mindre "starka", genom att förses med diverse kvalifikationer (exv. uttryck som "betydande men" resp. "särskilt starkt behov").

³⁴³⁹ Se till det sagda prop. 1979/80:2 del A s. 78 ff., prop. 2008/09:150 s. 284 ff. och 348 ff. samt exv. Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, *Handlingsoffentlighet och sekretess* (2009) s. 47 ff.

³⁴⁴⁰ Egentligen rör det sig om en femgradig skala, eftersom regler helt utan skaderekvisit innebär absolut sekretess. På motsvarande sätt förhåller det sig inom det här diskuterade regelverket; regler *utan behovsrekvisit innebär en absolut rätt till biträde*. Som vi har konstaterat är dock sådana regler ytterst ovanliga; jfr RB 21 kap. 3 a § 1 st. samt UtL 18 kap. 1 § 2-3 st. och 1 a § 2 st.

7.2.2.1 En typologi

Om vi utgår ifrån de regler som använder raka behovsrekvisit som avvägningsrekvisit kan rättegångsbalken 21 kapitel 3 a § andra stycket tjäna som ett inledande exempel:

En offentlig försvarare skall förordnas (y) ”om den misstänkte *har behov* av försvarare” (vagt x).³⁴⁴¹

I vissa lagar har det raka behovsrekvisitet försetts med kvalifikationer (vilket är ägnat att göra bedömningen än mer restriktiv); exempelvis skall målsägandebitråde, enligt den tredje punkten i lagens 1 §, förordnas endast om målsäganden har ett *särskilt starkt behov* av biträde.³⁴⁴²

Det förekommer dock även ett flertal omvända behovsrekvisit, innebärande att avvägningsrekvisitet istället har konstruerats med dubbla negationer:

Offentligt biträde skall förordnas (y) ”om det *inte* måste antas att behov av biträde *saknas*” (x).³⁴⁴³

Liksom de raka behovsrekvisiten kan de omvända förses med kvalifikationer, exempelvis genom uppenbarhetsrekvisit. För både unga lagöverträdare och målsäganden (i vissa fall) gäller således att biträde skall förordnas om det *inte är uppenbart att parten saknar behov* av biträde.³⁴⁴⁴ Därmed kan vi konstatera att samtliga fyra regeltyper används i lagstiftningen, vilket kan presenteras som en skala:

<i>Omvänt/kvalificerat</i>	<i>Omvänt/okvalificerat</i>	<i>Rakt/okvalificerat</i>	<i>Rakt/kvalificerat</i>
”om parten <i>inte uppenbart saknar behov</i> av biträde”	”om parten <i>inte saknar behov</i> av biträde”	”om parten <i>har behov</i> av biträde”	”om parten <i>har ett särskilt starkt behov</i> av biträde”

Med detta har vi nu en begreppsapparat på plats som vi kan applicera på de olika kostnadsreglerna för att se vilken typ av prövning som lagstiftaren har avsett.

7.2.2.2 Omvända behovsrekvisit – ett presumerat behov?

Idén att regler med omvända behovsrekvisit innefattar en ”presumtion” genomsyrar många olika lagstiftningsärenden – framförallt i relation till systemet med offentliga biträden, men också avseende målsägandebiträden och offentliga försvarare. Samtliga

³⁴⁴¹ RB 21 kap. 3 a § 2 st. Samma konstruktion i RhjL 7 § och LMB 1 § 1 st. 2 p. Även fördelningsreglerna i RB 18 kap. 1 § (rvisetmål), 31 kap. 2 § (brottmål) samt SFL 43 kap. 1 § (skattemål) har denna konstruktion; ersättning skall utgå om kostnaden varit skäligen påkallad/motiverad.

³⁴⁴² LMB 1 § 1 st. 3 p.

³⁴⁴³ UtLL 18 kap. 1 §. Konstruktionen är, med vissa variationer, densamma vid förordnande av offentligt biträde vid tvångsvårdsmål av missbrukare resp. barn; se LVM 42 § och LVU 39 §. De omvända behovsrekvisiten förekommer dock i två varianter, enligt följande: ”Ett biträde skall förordnas (y), om parten *inte saknar* behov av biträde (x).” // ”Ett biträde *skall inte* förordnas (y), om parten *inte* har behov av biträde (x).” Den senare modellen används exv. i LPT 38 a § och LRV 22 a §.

³⁴⁴⁴ LUL 24 §. Samma konstruktion i LMB 1 § 1 st. 1 p.

dessa regelsystem har diskuterats utförligt i avhandlingens del II. Jag skall därför endast återge vissa huvudpoänger, eftersom lagstiftarens syn på behovsprövningen framträder mellan raderna.

Lagen om målsägandebitråde tillkom som bekant på förslag av Rätts hjälpskommittén. Redan i utredningens lagförslag hittar vi också grunden för dagens ”presumtionsregel” – ett biträde skulle förordnas i mål om sexualbrott *om det inte måste antas att behov av biträde saknas*.³⁴⁴⁵ Genom denna regelkonstruktion ansåg sig utredningen ställa upp just en ”presumtion för att *målsäganden i dessa mål har behov* av ett målsägandebitråde”, med följande tillägg:

”Om målsäganden redan har ett biträde i målet måste det emellertid antas att behov av målsägandebitråde saknas. Detsamma gäller i regel om målsäganden själv ... uppger att hon inte vill ha ett målsägandebitråde.”³⁴⁴⁶

Det sagda rimmar väl med hur en presumtion vanligtvis förstås, det vill säga som ett antaget samband mellan fakta: om faktum x_1 föreligger (presumerande omständighet) skall faktum x_2 anses fastställt (presumerad omständighet). Applicerat på den aktuella presumtionen kan vi också konstatera att mål om sexualbrott (presumerande omständighet) innebär en sådan påfrestning på målsäganden (presumerad omständighet) att ett ”behov” av biträde skall anses föreligga (enligt den juridiska förståelsen av detta rekvisit).³⁴⁴⁷ Detta samband behöver därför inte prövas i det enskilda fallet; påfrestningen (konkret rättsfaktum) tas för given och konstituerar i sin tur behovet (abstrakt rättsfaktum), varvid rättsföljden skall inträda.

Den uppställda presumtionen kunde dock omkullkastas/anses motbevisad (1) om målsäganden redan hade ett biträde eller (2) inte ville ha ett biträde, vilket inte kräver någon egentlig prövning av ”behovet” (det vill säga den ”faktiska påfrestningen”) i det enskilda fallet. Vid den efterföljande behandlingen valde dock lagstiftaren att förstärka presumtionen med en kvalificering; ett biträde skulle förordnas om det inte på grund av *särskilda omständigheter* kunde antas att målsäganden saknade behov av sådant biträde.³⁴⁴⁸ Genom denna kvalificering ansåg sig departementschefen ha formulerat en ”stark presumtion”. Ställer man utredningens uttalande i relation till departementschefens framträder dock en skillnad; vad som skulle presumeras enligt utredningens resonemang var *att målsäganden hade behov av biträde*, till skillnad från departementschefens presumtion, som beskrevs enligt följande:

³⁴⁴⁵ Se 1 § i utredningens förslag till lag om målsägandebitråde, återgivet i SOU 1986:49 s. 17.

³⁴⁴⁶ Se även specialmotiveringen i SOU 1986:49 s. 116.

³⁴⁴⁷ Jfr Lindell (1987) s. 308 f. Lindell förklarar (s. 303 f.) att en presumtion, som på detta vis vilar på en erfarenhetsats (dvs. en iakttagelse av faktiska samband) har ”empirisk täckning”. Se även prop. 1980/81:8 s. 1106 f., där Lagrådet talar om att en presumtion har ”stark verklighetsförankring”.

³⁴⁴⁸ Prop. 1987/88:107 s. 2.

”[Det] gäller en stark presumtion för att målsägandebitråde skall förordnas.”³⁴⁴⁹ //

”Enligt min mening kan det vara lämpligt att en sådan presumtion för målsägandebitråde får gälla i mål om brott enligt 6 kap. 1-6 §§ [BrB].”³⁴⁵⁰

Utredningen anknöt således den omtalade presumtionen till förekomsten av rättsfakta (målsägandens biträdesbehov), medan departementschefen anknöt presumtionen dels till rättsföljden (att målsägandebitråde skulle förordnas), dels till målsägandebiträdet som sådant (hur de nu skall förstås att ett målsägandebitråde presumeras). Utan att departementschefen synes ha uppmärksammat skillnaden i uttryckssätt, eller för den delen ha åsyftat någon skillnad i sak, talar vi således – möjligen³⁴⁵¹ – om två olika typer av presumtioner: en faktapresumtion å ena sidan, och en rättspresumtion å andra sidan. Detta är ett intressant konstaterande i sig – eftersom det illustrerar avsaknaden av konsekvens i diskussionen kring biträdesbehovet – men torde vara av mindre praktisk betydelse. Som Lindell har konstaterat kan nämligen en rättspresumtion enkelt omskrivas till en faktapresumtion, och båda konstruktionerna innebär att någon subsumtion inte skall ske.³⁴⁵² Som utgångspunkt behöver alltså domstolen *inte* pröva om sådana omständigheter (konkreta rättsfakta) föreligger i det enskilda fallet som svarar mot den rättsliga förståelsen av behovsrekvisitet (abstrakt rättsfaktum), utan kan utgå från detta (med konsekvensen att rättsföljden inträder utan någon egentlig prövning av behovet), såvida presumtionen inte motbevisas. I propositionen talades det också i termer av att behov av biträde ”regelmässigt” förelåg och att målsäganden därför som ”huvudregel” hade rätt till biträde; endast ”undantagsvis” kunde ett biträde betraktas som obehövt, närmare bestämt i samma situationer som Rättshjälpskommittén hade omnämnt: om målsäganden (1) redan hade ett biträde i målet eller (2) motsatte sig ett biträdesförordnade.³⁴⁵³

Trots att regeln konstruerades med ett kvalificerat omvänt behovsrekvisit – som i sin tur ansågs ge upphov till en stark presumtion – kom den dock att kritiseras av Justitieutskottet såsom varande *för restriktiv till sin utformning*. Enligt utskottets mening avspeglade nämligen inte (den ”starka”) presumtionen det ”aktuella behovet”, varför utskottet förordade att rätten till målsägandebitråde (vid sexualbrott) skulle gälla ”utan begränsningar”.³⁴⁵⁴ Vad utskottet föreslog var således en obligatorisk regel (utan behovsrekvisit). Detta får förstås som att målsäganden, enligt utskottets mening, alltid hade ett ”verkligt behov” av biträde, varför det fakultativa utrymmet att inte förordna biträde skulle tas bort. Fullt så långt var dock regeringen inte beredd att gå – istället förstärktes presumtionen ytterligare genom ett uppenbarhetsrekvisit (ett biträde skulle förordnas om det inte var *uppenbart* att målsäganden saknade behov av biträde). Denna konstruktion har i punkten i 1 § lagen om målsägandebitråde än

³⁴⁴⁹ Prop. 1987/88:107 s. 37.

³⁴⁵⁰ Prop. 1987/88:107 s. 20.

³⁴⁵¹ Det kan också vara frågan om ren begreppsförvirring; som Lindell (1987) konstaterar (s. 303 fn. 10) används ordet ”presumtion” ibland för att beteckna *slutledningen* från den presumerande till den presumerade omständigheten.

³⁴⁵² Lindell (1987) s. 313 ff.

³⁴⁵³ Prop. 1987/88:107 s. 20 och 37.

³⁴⁵⁴ JuU 1989/90:5 s. 22.

idag. Vad som i detta sammanhang är mest intressant är dock vad departementschefen anförde i motiven, nämligen att det ”i allmänhet inte skall ske någon prövning av målsägandens behov av biträde fränsett den situationen att ett annat biträde redan är förordnat”.³⁴⁵⁵ Detta uttalande får förstås som att målsägandens biträdesbehov skall presumeras, och att denna presumption endast bryts (biträde anses uppenbart obehövt) om målsäganden redan har tillgång till biträde.

Sammantaget illustrerar ändringarna i lagen hur lagstiftaren gradvis kan inskränka domstolarnas fakultativa utrymme (här att *inte* förordna biträde) genom att förse ett omvänt behovsrekvisit med allt ”starkare” kvalificeringar:

1. ”om det inte måste antas att behov av sådant biträde saknas”
2. ”om det inte *på grund av särskilda omständigheter* kan antas att målsäganden saknar behov av sådant biträde”
3. ”om det inte *är uppenbart* att målsäganden saknar behov av sådant biträde”

Om, och i så fall hur, dessa tre nivåer skiljer sig åt är dock svårt att se, eftersom de två presumptionsbrytande omständigheterna som diskuterades redan av Rätthjälpskommittén (enligt punkten 1) går igen i senare förarbeten, trots tillkomsten av ytterligare förstärkningsord (i punkterna 2 och 3). Den nuvarande formuleringen anses dock innebära att ”domstolen i princip skall förordna biträde *för alla som önskar det*”,³⁴⁵⁶ vilket rimmar väl med departementschefens uppfattning att någon prövning av behovet inte skall ske i det enskilda fallet. Vi befinner oss alltså mycket nära en obligatorisk ”rätt” till målsägandebitråde (i linje med vad Justitiekottet efterfrågade). Regeln är förvisso tolkningsfakultativ/tvingande, men något fakultativt utrymme att avslå en begäran om målsägandebitråde föreligger knappast (fränsett i de situationer som uttryckligen omnämns i förarbetena), varför regeln närmast kan beskrivas som obligatorisk.

En delvis parallell diskussion har förts beträffande presumptionsregelns innebörd vid förordnande av offentliga biträden. Denna diskussion är intressant eftersom den tydligt avviker från ovanstående. I relation till målsäganden adderades nämligen de diverse förstärkningsorden som ett svar på Justitiekottets kritik. Syftet med lagändringen var således *att utvidga rätten till biträde*, eftersom behovsrekvisitet/-prövningen inte ansågs motsvara det ”aktuella” behovet av biträde. När en motsvarande presumptionsregel infördes i utlänningsärenden, efter förslag från Utlänningskommittén, var utgångspunkten närmast den omvända. Syftet med lagändringen var *inte primärt att utvidga rätten till biträde*, eftersom domstolarna redan förordnade biträden i hög utsträckning. Ett omvänt behovsrekvisit skulle istället bättre korrelera mot

³⁴⁵⁵ Prop. 1989/90:158 s. 6. Se härtill SOU 2007:6 s. 114.

³⁴⁵⁶ Ds 1992:24 s. 32.

domstolarnas (redan generösa) praxis, och på så vis effektivisera behovsprövningen.³⁴⁵⁷ Detta är dock inte den enda skillnaden mellan de två regelverken.

I de ursprungliga förarbetena talade inte Utlänningskommittén om en presumtion, utan formulerade istället ”huvudprincipen” att *ingen skulle kunna avlägsnas ur riket utan att ha erbjudits bistånd av ett offentligt biträde*. Genom denna huvudprincip ville kommittén dels öka effektiviteten (eftersom biträden redan förordnades i det stora flertalet fall), dels öka rättssäkerheten (genom att biträden skulle förordnas i några fler fall).³⁴⁵⁸ Till denna huvudprincip anslöt sig sedermera Rättshjälpsutredningen i sitt betänkande, där principen dock paketerades om i termer av just en ”presumtionsregel”, enligt vilken ett biträde skulle förordnas *om det inte var obehövt*.³⁴⁵⁹ Trots att det omvända behovsrekvisitetet inte var kvalificerat ansåg sig utredningen ställa upp en ”mycket stark presumtion”, som likaså anknöts till rättsföljden; det anfördes att ”presumtionen för offentligt biträde blir mycket stark” (vilket kan jämföras med den starka presumtionen för målsägandebiträde enligt ovan).³⁴⁶⁰ I den efterföljande propositionen anslöt sig också departementschefen till den föreslagna presumtionsregeln, med följande tillägg:

”Erbjudandet bör ges så snart man börjar sätta i fråga att utlänningen skall avlägsnas. [...] Vill utlänningen då ha biträde, skall han få det.”³⁴⁶¹

I likhet med rätten till målsägandebiträde gavs alltså den aktuella presumtionsregeln den innebörden, att *alla som önskade ett offentligt biträde (i princip) skulle få ett biträde*. Vi noterar dock en betydelsefull skillnad: Den presumerade rätten till biträde kopplades dessförinnan till den förväntade utgången i målet som presumerande omständighet, närmare bestämt till en (i någon mån) *konkretiserad risk för ett negativt beslut*. Följaktligen fick också de presumtionsbrytande omständigheterna annan karaktär; rättsföljden skulle inte inträda *när det inte förelåg någon sådan risk* (det framstod som ”klart” att utlänningen skulle få stanna).³⁴⁶² Men inte nog med det – grundprincipen/presumtionen försågs med ytterligare undantag, däribland att det ansågs uppenbart att någon grund för uppehållstillstånd inte förelåg. Även utlänningar som *löper en betydande risk att avlägsnas* kan således nekas biträde, i strid med den ”huvudprincip”/”starka presumtion” som hade formulerats. Jämfört med systemet med målsägandebiträden är således domstolens behovsprövning (1) relaterad till utgången i målet, vilket (2) ger domstolen ett större fakultativt utrymme

³⁴⁵⁷ Biträden skulle möjligen förordnas i några fler fall till följd av det omvända behovsrekvisitetet, men detta skulle ”väl” kompenseras av ”de vinster som den förkortade handläggningstiden medförde”. Se även prop. 1977/78:90 s. 67 och prop. 1978/79:90 s. 185.

³⁴⁵⁸ SOU 1977:28 s. 92 ff.

³⁴⁵⁹ SOU 1977:49 s. 231.

³⁴⁶⁰ Se SOU 1977:49 s. 236: ”Visserligen innebär rättshjälpsutredningens förslag ... att presumtionen för offentligt biträde blir *mycket stark*. Rätten till sådant biträde blir emellertid *inte helt obligatorisk* utan visst utrymme för att avslå ansökningar kommer att kvarstå även med utredningens förslag.” Se även a. SOU s. 283, där det talas om en ”stark presumtion”.

³⁴⁶¹ Prop. 1978/79:90 s. 67.

³⁴⁶² Prop. 1978/79:90 s. 67.

att avslå en begäran om offentligt biträde. Föga förvånande beskrivs också själva behovsprövningen på ett diametralt annorlunda sätt i förarbetena:

<i>Målsägandebitråde:</i>	<i>Offentligt biträde:</i>
”Det skall alltså ... i allmänhet <i>inte ske någon prövning</i> av målsägandens behov av biträde frånsett den situationen att annat biträde redan är förordnat.” ³⁴⁶³	”[Det har] klart uttalats att den nuvarande generella presumptionsregeln <i>inte befriar</i> den som har att besluta om ... offentligt biträde från skyldigheten att göra en <i>individuell prövning</i> i det enskilda fallet.” ³⁴⁶⁴

Frågan är om ovanstående skillnad kan förklaras av att det omvända behovsrekvisitet till vänster är kvalificerat (genom kravet på att målsäganden *uppenbart* skall sakna behov av biträde) till skillnad från det omvända behovsrekvisitet till höger (där det räcker att utlänningen saknar behov av biträde), eller om det snarare handlar om att behovsrekvisitet har helt olika innebörd: Målsäganden antas ha ett *generellt behov* av biträde alldeles oavsett utgången i målet (i de brottstyper som omfattas av första punkten i 1 §), medan utlänningens behov av biträde är *kopplat till risken för ett negativt utfall*, som varken får vara för liten eller för stor. Förklaringen ligger nog i det sistnämnda förhållandet – att biträdesbehovet förstås på olika sätt – vilket jag återkommer till i nästa avsnitt. Här kan vi bara konstatera att lagstiftaren har förhållit sig till de två paragraferna på helt olika sätt, trots att de har en närmast identisk juridisk-teknisk konstruktion:

<i>En ”stark presumtion”</i>	<i>En ”mycket stark presumtion”</i>
Målsägandebitråde skall förordnas (y) ”om det inte är uppenbart att målsäganden saknar behov av sådant biträde” (x). ³⁴⁶⁵	Offentligt biträde skall förordnas (y) ”om det inte måste antas att behov av biträde saknas” (x). ³⁴⁶⁶

Att det föreligger en ”stark presumtion” för målsägandebitråde kan, å ena sidan, betyda (1) att biträdesbehovet inte skall prövas i varje enskilt fall, liksom (2) att sådant biträde skall förordnas åt alla som begär det (vilket rimmar väl med idén om en presumtion). Att det föreligger en ”mycket stark presumtion” för offentligt kan dock, å andra sidan, betyda (1) att behovet av biträde skall prövas i varje enskilt fall (det vill säga inte presumeras), liksom (2) att ett biträde i många fall inte skall förordnas trots att parten begär biträde. I förarbetena går det också att hitta rikligt med ytterligare exempel på båda perspektiven; det rör sig alltså inte – varken till vänster eller till höger i tabellen – om något ”olycksfall i arbetet”. Följande uttalande

³⁴⁶³ Prop. 1989/90:158 s. 6. Se härtill SOU 2014:86 s. 139.

³⁴⁶⁴ Prop. 1992/93:109 s. 36.

³⁴⁶⁵ LMB 1 § 1 st. 1 p.

³⁴⁶⁶ UtL 18 kap. 1 § 1 st.

från Rättshjälpskommittén låg exempelvis till grund för vad departementschefen anförde i den högra kolumnen ovan:

”Vi vill emellertid understryka att det även med en [omvänd] presumtionsregel finns anledning till en *nyanserad tillämpning* så till vida som att myndigheten *alltid måste pröva om behov saknas*.”³⁴⁶⁷

Anlägger man Rättshjälpskommitténs perspektiv på presumtionsregeln, det vill säga förutsätter att biträdesbehovet – här uttryckt som ”avsaknaden av behov” – alltid skall prövas kan man dock fråga sig vad ”presumtionen” egentligen ger uttryck för, och i förlängningen vad som skiljer ett omvänt behovsrekvisit från ett rakt. För om domstolen alltid skall göra en *nyanserad bedömning* av om parten saknar behov av biträde kommer den naturligtvis samtidigt att pröva om parten har behov av biträde (det vill säga *inte* anse detta faktum vara fastställt genom den så kallade presumtionen), eftersom detta är två sidor av samma mynt. Så är åtminstone fallet om *samma omständigheter* skall beaktas vid båda bedömningarna, vilket kan illustreras med ett sista exempel: rätten till offentlig försvarare för unga respektive vuxna misstänkta/tilltalade. Reglerna har följande konstruktion:

<i>Unga misstänkta/tilltalade:</i>	<i>Vuxna misstänkta/tilltalade:</i>
En offentlig försvarare skall förordnas (y) ”om det inte är uppenbart att han eller hon saknar behov av försvarare” (x). ³⁴⁶⁸	En offentlig försvarare skall förordnas (y) ”om den misstänkte är i behov av försvarare” (x). ³⁴⁶⁹

Rätten till offentlig försvarare för unga lagöverträdare har som synes precis samma konstruktion som rätten till målsägandebiträde enligt lagens 1 § 1 punkt; det rör sig i båda fallen om omvända behovsrekvisit som har kvalificerats med ett uppenbarhetsrekvisit. Därmed inställer sig frågan om ”domstolen i princip skall förordna biträde för alla som önskar det”³⁴⁷⁰ också åt unga lagöverträdare (vilket man skulle kunna tro med tanke på att behovsrekvisiten är identiska). Svaret på denna fråga är tveklöst nej, i vart fall enligt de ursprungliga förarbetena,³⁴⁷¹ där det tydligt framgår att en ung brottsmisstänkt uppenbart kan sakna behov av biträde i en rad olika situationer:

”om den unge har erkänt den gärning åtalet avser och utredningen är okomplicerad”³⁴⁷² // ”om gärningen är erkänd och det inte finns någon tveksamhet om vilken

³⁴⁶⁷ SOU 1985:4 s. 147. För att motivera sin ståndpunkt hänvisade RHK i sin tur (a. st.) till vad SoU hade anfört i utlåtandet 1980/81:15 s. 5, vilket i princip ordagrant är vad DepC anförde i prop. 1992/93:109 s. 36 (citerat i tabellen ovan), närmare bestämt ”att den omständigheten att det infördes en generell presumtionsregel om rätt till offentligt biträde inte befriar den som har att besluta om rättshjälpen från *skyldigheten att göra en individuell prövning i varje mål eller ärende*”.

³⁴⁶⁸ LUL 24.

³⁴⁶⁹ RB 21 kap. 3 a § 2 st. 1 p.

³⁴⁷⁰ Ds 1992:24 s. 32.

³⁴⁷¹ Svaret idag är nog snarare ja, givet ED:s praxis. När jag påstår att svaret är nej baseras detta således på lagstiftarens uppfattning när regeln konstruerades.

³⁴⁷² Prop. 1994/95:12 s. 94.

påföljd som skall väljas³⁴⁷³ // ”vid bagatellartade brott [eller vid] erkända brott av inte alltför allvarlig beskaffenhet”³⁴⁷⁴ // ”vid bagatellartade brott [eller vid] erkända brott av inte alltför svår beskaffenhet”³⁴⁷⁵

Att den unga erkänt gärningen är visserligen en sådan omständighet som inte kräver någon ingående prövning. Övriga ”presumtionsbrytande omständigheter” (i den mån vi ens kan prata om en presumption) är dock av ett sådant slag att de kräver en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet, och lämnar dessutom ett betydande diskretionärt utrymme åt domstolens bedömning: Är utredningen ”okomplicerad”, finns det någon ”tveksamhet” kring valet av påföljd, är brottet inte av ”alltför allvarlig” beskaffenhet?

Ställer man förarbetena till lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare (citerade ovan) i relation till rättegångsbalkens förarbeten, framgår det också att prövningen av om den misstänkta/tilltalade (uppenbart) *saknar behov/har* behov av försvarare skall ske med hänsyn till samma kriterier, vilket jag har visat i tidigare kapitel. Jag nöjer mig därför med två exempel här:

För unga gäller, något förenklat, att de (uppenbart) anses sakna behov av försvarare om de *erkänner* gärningen, medan vuxna har behov av försvarare om de *förnekar* den gärning som åtalet avser. Och om påföljdsvalet *inte är tveksamt* anses unga (uppenbart) sakna behov av försvarare, medan vuxna, återigen mycket förenklat, har behov av försvarare om påföljdsvalet *är tveksamt*.

Naturligtvis måste någon skillnad vara avsedd mellan att förordna ett biträde åt alla parter som inte uppenbart saknar behov av biträde givet vissa kriterier, och att förordna biträde åt parter som har behov av biträde givet samma kriterier.³⁴⁷⁶ Om domstolarna dock (1) skall göra en nyanserad prövning av partens individuella biträdesbehov i varje enskilt fall och vid denna behovsprövning dessutom (2) skall beakta precis samma omständigheter – endast uttryckta som varandra negationer – blir dock skiljelinjen mellan att inte (uppenbart) sakna behov respektive ha behov allt annat än skarp. Det finns mot denna bakgrund skäl att inte stirra sig blind på ordvalen/konstruktionen, eftersom lagstiftaren tycks använda begreppet ”presumtion” något oreflekterat, vilket yttrar sig genom att *helt olika behovsprövningar kan anvisas, trots att identiska regelkonstruktioner har använts*. En regel med ett omvänt behovsrekvisit – innefattande en ”stark presumtion – kan vara snudd på obligatorisk för domstolen (målsägandebiträde), men också innefatta ett betydande fakultativt utrymme att avslå en begäran om biträde efter en nyanserad bedömning i varje enskilt fall (offentligt biträde och offentlig försvarare). Förklaringen till detta är, menar jag, att behovet av biträde förstås på helt olika sätt i relation till målsäganden å ena sidan (som antas ha

³⁴⁷³ Ds 1993:80 s. 40.

³⁴⁷⁴ SOU 1999:108 s. 173.

³⁴⁷⁵ Prop. 2000/01:56 s. 32.

³⁴⁷⁶ I den mån presumptionen betraktas som en bevisbörderegulering – vilket inte är ovanligt i doktrinen – kan man möjligen anta att ovisshet skall hanteras olika beroende på vilken regelkonstruktion som används. Att tala om bevisbörda i relationen mellan domstolen och parterna framstår dock som oegentligt.

ett generellt behov av biträde vid sexualbrott), och utlänningar/brottsmisstänkta å andra sidan (vars behov av biträde snarare tycks vara kopplad till utgången i målet). Till denna skillnad – som avser förståelsen av biträdesbehovet – återkommer jag i avsnitt 7.3.

7.2.2.3 Raka behovsrekvisit – ett presumerat icke-behov?

Beträffande den regelkonstruktion som jag har valt att benämna ”raka behovsrekvisit” finns det likaså ett antal uttalanden i olika lagförarbeten som ger stöd för att denna konstruktion skall förstås som en ”presumtion”, som därmed får antas verka i motsatt riktning jämfört med det omvända behovsrekvisitet.³⁴⁷⁷ Detta torde då innebära att domstolens utgångspunkt skall vara att *parten saknar behov av biträde/kan föra sin egen talan*,³⁴⁷⁸ alternativt att parten *inte har rätt till biträde*. För att denna presumtion skall brytas/motbevisas fordras det, med lagstiftarens ord, att ett ”behov av biträde kunnat konstateras vid en objektiv bedömning i det enskilda fallet”.³⁴⁷⁹ Detta synsätt rimmar i sin tur väl med alla de otaliga förarbetsuttalanden som går ut på att biträde skall förordnas/kostnadsersättning skall dömas ut efter en *verklig* prövning av om parten *verkligen* har (eller har haft) ett *verkligt* behov av biträde.³⁴⁸⁰ Att biträdesbehovet således inte skall ”tas för givet” vid raka behovsrekvisit kan illustreras med ett exempel.

I Sverige har behovet av offentlig försvarare i hög grad kopplats till den misstänkta/tilltalades inställning till åtalet. Vad gäller *förnekade* gärningar förklarade således RHK att den enskilda kunde ”ha behov av juridiskt bistånd för att kunna hävda sin ståndpunkt mot åklagarens”.³⁴⁸¹ Och inte nog med det – det förelåg till och med ”en *viss presumtion* för att han behöver en försvarare för att kunna ta tillvara sin rätt”. Redan i nästa mening tog dock kommittén avstånd från sitt eget uttalande – det var nämligen ”för mycket sagt att det *som regel* behövs en offentlig försvarare när gärningen förnekas”.³⁴⁸² Den försiktiga presumtion som kommittén ställde upp vid förnekade gärningar var alltså ingen presumtion, eftersom en presumtion innebär just ett antagande om att det *som regel* föreligger ett samband mellan den presumerande omständigheten (förnekandet) och den presumerade omständigheten (partens behov av juridiskt bistånd för att kunna hävda sin ståndpunkt mot åklagarens). I den efterföljande riksdagsbehandling blev det också uppenbart att domstolarna inte ens vid förnekade gärningar skall utgå ifrån att den misstänkta/tilltalade har behov av försvarare. Förvisso ansåg DepC – i likhet med kommittén – att en misstänkt/tilltalad som förnekar gärningen kan ”ha behov av juridisk hjälp för att kunna hävda sin ståndpunkt gentemot åklagarens”.³⁴⁸³ Så var dock, enligt DepC:s uppfattning, endast fallet om målet dessutom aktualiserade komplicerade rätts- eller bevisfrågor

³⁴⁷⁷ Se exv. prop. 1992/93:109 s. 36 f., där DepC talar om de raka resp. omvända behovsrekvisiten i termer av ”skilda presumtioner”.

³⁴⁷⁸ Jfr prop. 1983/84:23 s. 13: ”Utgångspunkten för rättens bedömning av om offentlig försvarare skall förordnas skall alltid vara *om försvarare över huvud taget behövs* med hänsyn till målets beskaffenhet o.d.”

³⁴⁷⁹ Prop. 1972:132 s. 185. Se även SOU 1985:4 s. 91.

³⁴⁸⁰ Se exemplen i fn. 3421-3424 ovan.

³⁴⁸¹ DsJu 1983:2 s. 57.

³⁴⁸² DsJu 1983:2 s. 57 f.

³⁴⁸³ Prop. 1983/84:23 s. 16.

eller avsåg omfattande/svåröverskådliga sakförhållanden. I enklare mål skulle således den misstänkta/tilltalade ”normalt kunna föra sin talan själv” även när vederbörande förnekade, eftersom avsaknaden av en försvarare kunde ”kompenseras” genom aktiv materiell processledning.³⁴⁸⁴ Att det skulle föreligga en ”viss presumtion” för att den enskilda har ett behov av försvarare så snart denna förnekar gärningen är således inte en adekvat beskrivning – om det går att tala om en presumtion vid förnekade gärningar så verkar den i motsatt riktning, eftersom det måste tillkomma *ytterligare omständigheter för att ett biträdesbehov skall uppstå*.

Diverse förslag om att övergå från ett omvänt till ett rakt behovsrekvisit har också syftat till att markera vikten av att pröva det ”verkliga” (”objektiva”, ”faktiska”, ”egentliga”, ”aktuella”, ”reella”) biträdesbehovet, exempelvis i följande ordalag:

”En allmän utgångspunkt för en reform av rättshjälpsystemet är att statligt stöd till rättsligt bistånd *bara skall ges när det verkligen behövs*. [...] Jag anser att det är angeläget att det i lagtexten tydligare markeras att *en verklig behovsprövning skall göras* och bedömer att detta kan ske utan att några rättssäkerhetsintressen träds för när.”³⁴⁸⁵

Mot denna bakgrund kan vi konstatera att det tycks råda bredare konsensus kring hur ett rakt behovsrekvisit skall förstås. Utgångspunkten är att parten kan föra sin egen talan, och denna presumtion kan bara omkullkastas genom en (”objektiv”) bedömning av omständigheterna i varje enskilt mål. Det är dock inte svårt att hitta inkonsekvenser också i diskussionen kring de raka behovsrekvisiten, av mer eller mindre problematisk – eller i vart fall svårförklarlig – karaktär. Två exempel kan ges:

En första skillnad föreligger *mellan de olika ersättningsystemen*. Som framgått ovan presumeras parterna ha haft behov av biträde vid tillämpningen av RB 18 kapitlet respektive 31 kapitlet, trots att reglerna är utformade med raka behovsrekvisit. I tvistemål kan således kostnader för biträde betraktas som *skäligen påkallade* trots att parten tidigare har ansetts sakna ett *verkligt behov* av (rättshjälps)biträde, och därför nekats rättshjälp. På motsvarande sätt kan det i brottmål anses *skäligen motiverat* för en enskild att anlita en privat försvarare trots att den misstänkta (av samma domstol och i samma mål) tidigare har ansetts sakna ett *verkligt behov* av offentlig försvarare. Denna inkonsekvens kan dock förklaras av att de olika systemen bärs upp av delvis olika intressen; syftet med det strikta kostnadsansvaret mellan parterna är som bekant att hålla vinnande part skadelös vid en framgångsrik process, till skillnad från systemen med allmän rättshjälp/offentliga försvarare, som bärs upp av delvis andra intressen. RB:s fördelningsregler mellan parterna kan således inte inordnas i systemet med raka/omvända behovsrekvisit, i den mån dessa begrepp förstås som presumtioner verkande i olika riktningar.

Motsvarande inkonsekvenser kan dock identifieras också på *samma ersättningsnivå*. Som jag konstaterade ovan prövas inte den enskildas biträdesbehov per se vid till-

³⁴⁸⁴ Prop. 1983/84:23 s. 16.

³⁴⁸⁵ SOU 1995:81 s. 211 f.

lämpningen av RB:s fördelningsregler – däremot kan förstås behovet av de åtgärder som biträdet vidtar (och därmed storleken på biträdets arvode) prövas.³⁴⁸⁶ Med andra ord kan kostnadsyrkandet prutas, men inte gärna till noll kr endast av det skälet att parten *lika gärna hade kunnat föra sin egen talan*. Skälet till detta är bland annat att det anses ”ogörligt” att i efterhand bedöma om en part helt saknade behov av biträde. Detta till skillnad från skattemålen, där det inte är ovanligt att den skattskyldiga även vid en framgångsrik process helt nekas ersättning på den grunden att parten helt saknade behov av biträde.³⁴⁸⁷ Trots att behovsrekvisitet har en i princip identisk utformning i SFL (”skäligen har behövt” biträde) och i RB (”skäligen påkallad” respektive ”skäligen motiverad” biträdeskostnad), prövas alltså biträdesbehovet som sådant endast i skattemål.³⁴⁸⁸ Detta ligger dock helt i linje med vad DepC uttryckte i förarbetena, närmare bestämt att det måste föreligga ”ett verkligt behov” av biträde för att ersättning skall utgå i skattemål.³⁴⁸⁹ I skattemål kan man därför möjligen tala om en presumtion mot att parten har behov av biträde, vilket medför att behovsprövningen sker i två steg: först bedöms behovet av biträde som sådant; sedan bedöms skäligheten i den yrkade ersättningen (givet arbetets art och omfattning med mera).³⁴⁹⁰ Detta till skillnad från (sedvanliga) tvistemål och brottmål, där domstolen i princip hoppar över det första steget. Vad som är ogörligt i tvistemål och brottmål (att i efterhand pröva behovet som sådant) är alltså görligt i skattemål.³⁴⁹¹

Trots att den särskilda ersättningsregeln i skattemål inte bara har samma konstruktion, utan också samma bakomliggande syfte som rättegångsbalkens fördelningsregler, sker alltså en (förhållandevis restriktiv) prövning av det ”verkliga” behovet endast i skattemål. Den senare ordningen påminner mer om de offentliga finansieringssystemen, där lagstiftaren tämligen konsekvent har förhållit sig till det raka behovsrekvisitet på motsvarande sätt. Att förvaltningsdomstolarna förhåller sig till behovsprövningen på ett annorlunda sätt än de allmänna domstolarna torde dock bero på diametralt olika utgångspunkter till partens biträdesbehov, enligt vad jag skall utveckla närmare i avsnitt 7.3.

7.2.3 Framgår det ”verkliga” behovet i praxis?

Vi har ovan konstaterat att biträdesbehovet inte existerar i någon faktisk bemärkelse – tvärtom uttrycker det blott en värdering. Hur lagstiftaren sluter sig till att det föreligger ett ”verkligt” behov är också höljt i dunkel. I olika förarbeten har dock *domstolarnas praxis* ansetts ”ge uttryck” för det verkliga biträdesbehovet. Något förenklat indikerar då en generös praxis att parten vanligtvis har (ett ”verkligt”)

³⁴⁸⁶ Se dock NJA 2007 s. 579, där HD konstaterade att det *inte* alltid är skäligen påkallat för en näringsidkare att anlita ett biträde i förenklade tvistemål.

³⁴⁸⁷ SOU 2009:58 s. 479.

³⁴⁸⁸ Se dock ang. kostnadsfördelningen i småmål i fn. 3486 strax ovan.

³⁴⁸⁹ Prop. 1993/94:151 s. 174.

³⁴⁹⁰ Remstam (TSN 4/2000) s. 191.

³⁴⁹¹ Eftersom det torde vara förenat med betydande svårigheter att i efterhand bedöma hur parten hypotetiskt sett hade kunnat föra sin talan utan biträde har, enligt min uppfattning, den senare ordningen störst fog för sig; jfr SOU 1982:26 s. 219.

behov av biträde (vilket i sin tur motiverar ett omvänt behovsrekvisit/presumerat biträdesbehov), medan en restriktiv praxis indikerar motsatsen (vilket motiverar ett rakt behovsrekvisit/presumerat icke-behov). Lika ofta har dock domstolarnas praxis ansetts avvika från det ”verkliga” biträdesbehovet, vilket föranlett lagändringar syftande till att påverka praxis i antingen en generösare eller restriktivare riktning. Den som försöker förstå vad som är orsak och vad som är verkan inom de här diskuterade systemen hittar ingen rät linje. Låt mig visa några exempel på båda tendenserna.

7.2.3.1 Ibland anses domstolarnas behovsprövning avvika från det ”verkliga” behovet

Utgångspunkten är förstås att lagstiftaren genom rättsreglerna vill styra de tillämpande myndigheterna. Följaktligen har både raka och omvända behovsrekvisit – samt diverse specificeringar och kvalificeringar – övervägts i olika lagstiftningsärenden för att *ändra rådande praxis*. Detta får förstås som att domstolarnas behovsprövning avviker från lagstiftarens uppfattning om det ”verkliga” behovet av biträde i en viss måltyp.

I SOU 1977:49 föreslog utredningen en övergång *från ett rakt till ett omvänt behovsrekvisit* med hänvisning till att ”[d]en restriktivitet beträffande användningen av rättshjälpsformen offentligt biträde som av kostnadsmässiga skäl har kommit till uttryck i förarbetena har slagit igenom också vid den praktiska tillämpningen av rättshjälpslagen”.³⁴⁹² Det raka behovsrekvisitet i lagen, kombinerat med vissa uttalanden i propositionen, medförde alltså att domstolarna förordnade offentligt biträde i *för få fall* i relation till utredningens syn på (det verkliga?) biträdesbehovet. Mot denna bakgrund föreslog utredningen att ett offentligt biträde skulle förordnas om det ej var obehövt, det vill säga ett omvänt behovsrekvisit.³⁴⁹³ DepC anslöt sig sedermera till utredningens uppfattning, och anförde följande:

”Man har i den praktiska tillämpningen av rättshjälpslagen varit relativt återhållsam med att förordna offentligt biträde. Rättshjälp genom offentligt biträde har därigenom *inte kommit att motsvara den önskan* om förstärkta rättssäkerhetsgarantier för den som låg bakom rättshjälpsreformen.”³⁴⁹⁴

Genom att införa ett presumerat biträdesbehov ville således lagstiftaren *påverka tillämpningen i en generösare riktning*. När praxis väl antog en sådan riktning (vilket kostade pengar) svängde dock pendeln, och för att markera att en ”verklig” behovsprövning skulle göras i varje enskilt fall diskuterade departementschefen huruvida det omvända behovsrekvisitet skulle ersättas med ett rakt behovsrekvisit. Presumtionen för biträde ansågs nämligen – underförstått – medföra att domstolarna förordnade biträden även i sådana fall då det inte fanns något (verkligt?) biträdesbehov:

³⁴⁹² SOU 1977:49 s. 229.

³⁴⁹³ SOU 1977:49 s. 232.

³⁴⁹⁴ Prop. 1979/80:1 s. 514.

”Om regeln ändras och istället utformas [med ett rakt behovsrekvisit], dvs. att biträde skall förordnas om det behövs, skulle i och för sig den avsedda individuella prövningen bättre återge lagstiftarens intentioner. Därmed skulle också de tillämpande myndigheterna *få ett bättre stöd för att underlåta förordnanden när bistånd genom offentligt biträde inte behövs.*”³⁴⁹⁵

Genom att återgå till ett rakt behovsrekvisit förväntades sig alltså departementschefen att *tillämpningen skulle påverkas i en restriktivare riktning*, eftersom domstolarna därigenom skulle få ett bättre ”stöd” för att avslå en begäran om offentligt biträde, i sådana fall parten saknade (verkligt?) behov av biträde.³⁴⁹⁶ Hur regeringen kom fram till att domstolarnas praxis var för generös – i jämförelse med det ”verkliga behovet” – framgår inte.

Ett mindre ingripande sätt att försöka påverka behovsprövningen i en viss riktning är att göra behovsrekvisitet mer detaljerat – det vill säga minska domstolarnas fakultativa utrymme genom att redan i lagtexten precisera biträdesbehovet – vilket införandet av rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § kan få illustrera.

Denna regel tillkom som bekant på förslag av RHK, som fick i uppgift stävja kostnadsutvecklingen genom att ”undersöka om förutsättningar för att förordna offentlig försvarare [kunde] stramas åt”.³⁴⁹⁷ I enlighet med direktiven föreslog kommittén en mer detaljerad reglering, vilket var ägnat att medföra just ”en åtstramning jämfört med den praxis för förordnanden som har utbildats under senare år”.³⁴⁹⁸ Detta dock utan att frånga den s.k. ”principen”, att försvarare skulle förordnas om det behövdes. Vid remissbehandlingen avstyrktes förslaget av en rad remissinstanser, däribland av Advokatsamfundet som förklarade att en ”offentlig försvarare *behövs i betydligt fler fall* än enligt kommitténs förslag”.³⁴⁹⁹ Åtstramningen skulle därför leda till att ”ett stort antal misstänkta *som är i behov av biträde* av offentlig försvarare kan bli ställda utan sådan hjälp”.³⁵⁰⁰ Följaktligen hade kommittén och samfundet helt olika syn på det (verkliga?) biträdesbehovet. Med hänvisning till det rådande statsfinansiella läget anslöt sig dock DepC till vad kommittén hade anfört; det var ”angeläget att försöka hejda ökningen av statens utgifter” för offentliga försvarare, vilket motiverade att reglerna skärptes.³⁵⁰¹

Genom att bryta ut rätten till offentlig försvarare till en egen paragraf – som gavs en mer detaljerad utformning – ville alltså lagstiftaren påverka domstolarnas praxis *i en restriktivare riktning*. Detta får förstås som att domstolarna tidigare förordnade

³⁴⁹⁵ Prop. 1992/93:109 s. 36.

³⁴⁹⁶ Jfr SOU 1995:81 s. 211: ”Den nuvarande formuleringen befriar visserligen inte den som har att besluta om offentligt biträde från skyldigheten att göra en individuell prövning i varje enskilt fall, men det torde stå klart att den nuvarande regeln *endast medger en mycket begränsad behovsprövning.*”

³⁴⁹⁷ Dir 1981:75. Jfr DsJu 1983:2 s. 26.

³⁴⁹⁸ DsJu 1983:2 s. 8.

³⁴⁹⁹ Prop. 1983/84:23 s. 13.

³⁵⁰⁰ Prop. 1983/84:23 s. 10.

³⁵⁰¹ Prop. 1983/84:23 s. 11 f.

försvarare trots att den misstänkta/tilltalade saknade ett (verkligt?) behov av försvarare. Hur lagstiftaren drog denna slutsats framgår inte.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att lagstiftaren har genomfört många reformer för att anpassa behovsrekvisitet och därmed behovsprövningen till sin egen uppfattning om det ”verkliga” biträdesbehovet. Symptomatiskt för dessa reformer är att det aldrig framgår *hur lagstiftaren får kunskap om det ”verkliga” biträdesbehovet.*³⁵⁰²

7.2.3.2 Ibland anses domstolarnas behovsprövning avspegla det ”verkliga” behovet

Gemensamt för de exempel som jag har diskuterat i föregående avsnitt är att lagstiftaren har genomfört reformer i syfte att *påverka behovsprövningen genom att ändra behovsrekvisitet på olika sätt*. Alla reformer och reformförslag har dock inte följt denna logik, vilket ger upphov till intressanta frågor. Det finns nämligen en handfull exempel där reglerna istället har ändrats för att *bättre harmonisera med rådande praxis*. I dessa fall har alltså domstolarnas uppfattning om det ”verkliga” biträdesbehovet accepterats av lagstiftaren, och reglerna justerats för att bättre korrelera med detta behov (såsom det framgår i praxis), vilket kan yttra sig på två sätt:

Å ena sidan har en *generös praxis* anförts som ett argument *för* ett omvänt behovsrekvisit/*mot* ett rakt behovsrekvisit, vilket jag redan har visat i tidigare avsnitt. Vi erinrar oss att det presumerade biträdesbehovet i utlänningsärenden (åtminstone delvis) motiverades med hänvisning till att offentliga biträden regelmässigt redan förordnades i praxis, varför ett omvänt behovsrekvisit (presumerat behov) skulle effektivisera handläggningen så till den grad, att den marginella ökningen av antalet förordnanden väl skulle kompenseras av de handläggningssmässiga vinsterna.

Å andra sidan har en *restriktiv praxis* anförts som ett argument *för* ett rakt behovsrekvisit/*mot* ett omvänt behovsrekvisit, vilket kan illustreras med följande exempel:

I SOU 1985:4 diskuterade RHK huruvida det omvända behovsrekvisitet skulle behållas inom vissa mål-/ärendekategorier. Beträffande tvångsvård av psykiskt sjuka fann kommittén *inte* skäl att presumera biträdesbehovet, med följande motivering:

”De här redovisade siffrorna visar att man från nämndernas sida ofta gör den bedömningen i ett konkret ärende att behov av biträde saknas. Presumtionsregeln skulle här med andra ord *inte avspegla det faktiska behovet av offentligt biträde sådant det bedöms i praxis.*”³⁵⁰³

Till denna slutsats kom kommittén *utan att själv ha studerat – eller ens övervägt – det ”verkliga” behovet*, vilket kommittén också förklarade:

³⁵⁰² Ett ytterligare exempel på detta erbjuder lagen om målsägandebiträde, där uppenbarhetsrekvisitet som bekant infördes för att åstadkomma en generösare praxis. Detta efter att JuU, m.h.t. ”gjorda erfarenheter”, hade konstaterat att ”möjligheterna att få målsägandebiträde inte motsvarar aktuella behov”. Se JuU 1989/90:5 s. 22.

³⁵⁰³ SOU 1985:4 s. 145.

”[Vi har] inte ansett oss böra tränga in i problematiken och göra någon *egen bedömning av behovet* av biträde vid nuvarande förhållanden. Vi konstaterar endast att presumptionsregeln inte motsvarar *det faktiska behovet av biträde såsom detta kommer till uttryck i praxis*. Presumptionsregeln *bör därför ändras* för att man skall nå en bättre överensstämmelse med praxis.”³⁵⁰⁴

Syftet med att kasta om presumptionen var alltså, i båda exemplen, att regeln bättre skulle korrelera mot det faktiska behovet av offentligt biträde *såsom detta behov kom till uttryck i praxis* – inte primärt att påverka tillämpningen.

7.2.3.3 Regel och regeltillämpning – vad är orsak och vad är verkan?

Sammanfattningsvis har precis samma tendenser i praxis föranlett rakt motsatta reaktioner hos lagstiftaren. En summering kan tydliggöra detta:

Ursprungligen prövades behovet av både offentligt biträde och offentlig försvarare enligt ett rakt behovsrekvisit. När domstolarnas praxis avseende offentliga försvarare utvecklades i en generös riktning svarade lagstiftaren, å ena sidan, genom att införa ett *restriktivare* (i bemärkelsen mer detaljerat) behovsrekvisit, med det uttryckliga syftet att påverka behovsprövningen i en restriktivare riktning. När praxis avseende offentliga biträden utvecklade sig i en motsvarande riktning svarade lagstiftaren, å andra sidan, genom att införa ett *generösare* (i bemärkelsen omkastat) behovsrekvisit. Domstolarnas bedömning av det faktiska biträdesbehovet (såsom detta ”yttrade sig i praxis”) *ifrågasattes inte*, och reformen var inte heller ägnad att påverka tillämpningen i nämnvärd utsträckning.

Vi kan därmed konstatera en växelverkan mellan lagstiftarens och domstolarnas bedömning av det ”verkliga” biträdesbehovet; domstolarna anpassar naturligtvis sin behovsprövning efter lagstiftarens syn på biträdesbehovet *såsom detta kommer till uttryck i behovsrekvisitet*, men lagstiftaren anpassar också behovsrekvisitet efter domstolarnas syn på biträdesbehovet *såsom detta kommer till uttryck i behovsprövningen*. Det framstår dock som tämligen slumpartat i vilka fall regeringen anser att en generös praxis kan tas till intäkt för att biträdesbehovet faktiskt är ”stort”, och i vilka fall en generös praxis snarare anses bero på att domstolarna förordnar biträden trots att det inte behövs ”på riktigt”. Några ingående studier av domstolarnas förordnanden presenteras i vart fall inte – tvärtom föreslås/genomförs reformer *utan att någon sådan bedömning görs*, eller med Rättshjälpskommitténs ord, utan att ”tränga in i problematiken och göra någon egen bedömning av behovet av biträde”.

Desto tydligare är att behovsrekvisitets utformning – och vidhängande uttalanden i förarbetena – har en betydande påverkan på domstolarnas behovsprövning, och

³⁵⁰⁴ SOU 1985:4 s. 146. Se även förtydligandet i a. SOU s. 145: ”Vi vill för egen del inte ge uttryck för någon bestämd uppfattning i frågan om det faktiska behovet av offentligt biträde i ärenden enligt LSPV och omsorgslagen.” Till samma slutsats kom kommittén beträffande gruppen ”övriga mål/ärenden”, enligt ett motsvarande resonemang (s. 13): ”I övriga ärendekategorier förordnas i dag offentligt biträde sällan eller mycket sällan trots att det i lagtexten finns en presumtion för att så skall ske. Vi föreslår att lagtexten skall ändras så att rättshjälp i dessa ärenden skall beviljas när det finns behov av biträde. Avsikten härmed är dock *inte att åstadkomma en minskning av antalet förordnanden* av offentligt biträde jämfört med förhållandena i dag.”

detta i båda riktningar. När reglerna om offentlig försvarare gavs en mer detaljerad utformning kunde således Högsta domstolen i NJA 1986 s. 86 konstatera ett ”kraftigt genomslag i underrätterna”. Med andra ord justerade tings- och hovrätterna sin behovsprövning i restriktivare riktning i linje med vad lagstiftaren hade önskat. Likaså fick övergången till ett omvänt behovsrekvisit vid förordnande av offentliga biträden ett kraftigt genomslag, märk väl, trots att detta inte ens var avsikten – syftet med reformen var ju endast att anpassa behovsrekvisitet till domstolarnas redan generösa behovsprövning. Följaktligen förutspådde Utlänningskommittén endast en ”måttlig” kostnadsökning, vilket departementschefen instämde i:

”Den utvidgning av rätten till offentligt biträde som jag nu har förordnat medför naturligtvis en viss kostnadsökning. Som kommittén framhåller kan kostnadsökningen beräknas bli måttlig och väl uppvägas av de vinster som de kortare handläggningstiderna medför.”³⁵⁰⁵

Kostnadsökningen blev dock allt annat än måttlig, vilket följande kronologi över den aktuella tioårsperioden illustrerar:

	<i>Kostnadsutveckling, offentligt biträde: (mnr)</i>									
År:	74/75	75/76	76/77	77/78	78/79	79/80	80/81	81/82	82/83	84/85
Kr:	0,4	1,0	2,1	3,7	7,3	7,9	9,4	13,4	15,7	16,0

Det omvända behovsrekvisitet i utlänningsärenden infördes år 1978, och som framgår av tabellen *fördubblades* kostnaderna för offentliga biträden mellan budgetåren 1977/78 och 1978/79.³⁵⁰⁶ Efterföljande år planade sedan kostnadsutvecklingen ut, vilket antyder att ökningen år 1978 var direkt föranledd av att det omvända behovsrekvisitet utmynnade i en generösare praxis. Visserligen inträffar en ny ökning – som avviker från mönstret – år 1981/82. Detta kan dock förklaras av att presumtionsregeln år 1982 gjordes generell tillämplig också i tvångsvårdsmål.³⁵⁰⁷ Vi kan därmed konstatera att övergången från ett rakt till ett omvänt behovsrekvisit, vid två på varandra följande tillfällen, sammanfaller med en betydande kostnadsökning.³⁵⁰⁸ Vad som är särskilt intressant är dock att *även domstolarnas generösare praxis ansågs avspegla det ”faktiska behovet” av biträde*, trots att regeländringen inte ens var avsedd att leda till en generösare praxis. Följaktligen behölls presumtionsregeln, av samma ”administrativa skäl” som hade motiverat det omvända behovsrekvisitet från första början. Adderar vi några år till kronologin ovan, får vi följande bild:

³⁵⁰⁵ Se SOU 1977:28 s. 95 och jfr prop. 1977:78:90 s. 67. Samma konstaterande i prop. 1978/79:90 s. 185.

³⁵⁰⁶ Samma relativa utveckling (det vill säga en ungefärlig ”dubbling”) kan man visserligen notera redan från år 1974/75 och framåt, men den faktiska ökningen är naturligtvis betydligt större år 1978/79 än tidigare år.

³⁵⁰⁷ SOU 1985:4 s. 127.

³⁵⁰⁸ På samma sätt som en mer restriktiv regel medförde en restriktivare praxis beträffande offentliga försvarare.

År 1985: ”Den nuvarande presumtionsregeln avspeglar ... det faktiska behovet. Skäl saknas alltså att ändra denna regel, som här medför rent administrativa fördelar för berörda myndigheter.”³⁵⁰⁹

År 1987/88: ”Den nuvarande regeln återspeglar inom dessa områden väl det faktiska behovet.”³⁵¹⁰

År 1988/89: ”Presumtionsregeln ... kommer således fortfarande att avspegla det faktiska behovet.”³⁵¹¹

Trots att kostnaderna för offentliga biträden fördubblades år 1978/79, för att sedan öka betydligt år 1981/82 – händelsevis samma år som reglerna ändrades för att bättre återspegla ”rådande praxis” – ansågs alltså praxis *hela tiden återspegla det ”faktiska” biträdesbehovet*. Man kan därmed fråga sig om det ”verkliga” behovet av biträde, liksom av en slump, också fördubblades från ett år till ett annat, eller om det snarare var så att det omkastade behovsrekvisitet gav upphov till kostnadsökningen.³⁵¹²

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att behovsrekvisitets utformning verkar styrande på de tillämpande myndigheterna genom att markera ”lagstiftarens syn på behovet”.³⁵¹³ Som framgått av detta avsnitt lägger dock lagstiftaren domstolarnas praxis till grund för sin bedömning av det faktiska behovet, vilket skapar ett cirkelresonemang. Eller åtminstone ibland – en generös praxis kan lika gärna motivera införandet av en mer generös regel som en mer restriktiv sådan. Hur lagstiftaren sluter sig till att praxis avspeglar/avviker ifrån det faktiska behovet framgår dock inte. Vad som däremot framgår är att reformer i inskränkande riktning *alltid motiveras av besparingsskäl*, vilket egentligen är den enda röda tråden som går att identifiera.

7.2.4 Framgår det ”verkliga” behovet i förarbetena?

I föregående avsnitt har jag visat att det sker en ömsesidig påverkan mellan lagstiftaren och domstolarna: Å ena sidan styr lagstiftarens utformning av behovsrekvisiten domstolarnas behovsprövning; å andra sidan kan domstolarnas prövning påverka

³⁵⁰⁹ SOU 1985:4 s. 143.

³⁵¹⁰ Prop. 1987/88:73 s. 84.

³⁵¹¹ Prop. 1888/89:86 s. 134 f.

³⁵¹² Under 1990-talet ändrades sedan tongångarna i och med RHU:s betänkande, där utredaren föreslog att det omvända behovsrekvisitet skulle ändras till ett rakt rekvisit i alla mål- och ärendekategorier som omfattas av systemet med offentliga biträden. Se SOU 1995:81 s. 197 (ang. utlänningsmål och -ärenden): ”Jag delar uppfattningen att rätten till offentligt biträde är av största vikt i utlänningsärenden. Det behövs emellertid enligt min mening inte innebära att den nuvarande presumtionsregeln bör behållas oförändrad. Det är angeläget att offentligt biträde förordnas endast när det föreligger ett reellt behov av biträde. Om biträde förordnas även i en del fall där något egentligt behov inte föreligger medför det både en onödig tidsutdräkt i ärendet och ökade kostnader. Presumtionsregeln bör därför i enlighet med vad jag anser lämpligt som allmän regel för behovsprövningen ändras så att biträde skall förordnas endast för den som behöver offentligt biträde.” Se även a. SOU s. 212 (ang. tvångsvårdsmålen). Dessa förslag lade utredningen uttryckligen fram utan att utredaren ansåg sig ha några som helst ”belägg” för att praxis var för generös (s. 211 f.): ”Även om det saknas belägg för att domstolar och myndigheter i den nuvarande tillämpningen brister i behovsprövningen medför varje fall där offentligt biträde förordnas utan att något egentligt behov föreligger att samhället åsamkas onödiga kostnader.”

³⁵¹³ SOU 1985:4 s. 142.

lagstiftaren att justera rekvisiten. Sådillvida föreligger en viss växelverkan, låt vara att lagstiftarens påverkan på domstolarna genom reglerna naturligtvis är större än domstolarnas påverkan på lagstiftaren genom regeltillämpningen. I detta avsnitt skall jag fördjupa diskussionen kring lagstiftarens styrning av domstolarna, dock inte genom behovsrekvisiten enligt ovan, utan *genom förarbetena*.

Att lagstiftaren genom behovsrekvisitens utformning sätter ramarna för domstolarnas behovsprövning är helt naturligt; för att citera Rättshjälpskommittén är det ”självklart ... att en presumtionsregel verkar styrande på de tillämpande myndigheterna, eftersom den markerar *lagstiftarens syn på behovet*”.³⁵¹⁴ Jag vill dock påstå att den huvudsakliga styrningen inte sker genom rekvisitens regel-tekniska utformning. Som vi har konstaterat i föregående avsnitt kan nämligen identiskt konstruerade behovsrekvisit utmynna i helt olika behovsprövningar. Förklaringen till detta är, menar jag, att den huvudsakliga styrningen sker genom förarbetena. Inte heller detta vore problematiskt i sig, om lagstiftaren begränsade sin verksamhet till att ge sin ”syn” på det rättsligt definierade biträdesbehovet såsom detta kommer till uttryck i regeln. Problem uppstår dock när lagstiftaren i förarbetena tangerar gränsen mellan rättsfrågor och sakfrågor genom att dessutom *ge sin ”syn” på hur verkligheten är beskaffad* – i synnerhet om domstolarna okritiskt utgår ifrån lagstiftarens verklighetsbeskrivning vid subsumtionen av fakta under regeln.

7.2.4.1 Behov av biträde – en rättsfråga eller sakfråga?

Tudelningen mellan rättsfrågor och sakfrågor är grundläggande för den processrättsliga systematiken och angår förhållandet mellan rätten och den verklighet på vilken rätten är tänkt att appliceras.³⁵¹⁵ För de flesta jurister framstår också distinktionen som självklar. Exempelvis förutsätter principen *jura novit curia* att det går att skilja mellan rätt och faktum; enligt förhandlingsprincipen ankommer det som utgångspunkt på parterna att visa förekomsten av fakta, medan det är domstolens ansvar att uttolka och applicera gällande rätt på den verklighet som parterna har lyckats bevisa. Parterna behöver således inte föra bevisning i rättsfrågor, och domstolen kan inte hantera sakfrågan genom rättsdogmatisk metod. Det sagda utvecklar Lindell i följande ordalag:

”Skall man på ett meningsfullt sätt kunna skilja mellan sak- och rättsfrågor bör ... till sakfrågan hänföras fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering.”³⁵¹⁶
// ”Till rättsfrågan hör inte bara subsumtionen, som är av mer teknisk natur, utan även frågan vilka fakta som i ett händelseförlopp skall läggas till grund för domen och således ingå i subsumtionen. Ytterligare en rättsfråga är ... om en rättsregel, t.ex. en presumtion, kan användas för att fastställa ett faktum. Till rättsfrågan hör också spørsmålet vilken rättsföljd som bör knytas till ett fastställt sakförhållande.”³⁵¹⁷

³⁵¹⁴ SOU 1985:4 s. 142.

³⁵¹⁵ Lindell (1987) s. 15.

³⁵¹⁶ Lindell (1987) s. 19.

³⁵¹⁷ Lindell (1987) s. 24 f.

Till sakfrågan hänförs således fastställandet av de omständigheter (konkreta rättsfakta) som motsvarar rekvisiten i en rättsregel (abstrakta rättsfakta), medan avgränsningen av dessa omständigheter, liksom den därefter följande subsumtionen av fakta under en viss rättsregel, hänförs till rättsfrågan i målet.

Som utgångspunkt är därmed frågan under vilka förutsättningar någon skall anses ha ett behov av biträde *i den bemärkelsen att rättsföljden skall inträda* en rättsfråga som domstolen har att besvara med sedvanlig (rättsdogmatisk) metod, medan frågan *om det föreligger sådana omständigheter*, som anses konstituera ett biträdesbehov enligt regeln, är en sakfråga som domstolen skall besvara genom fri bevisvärdering. Fullt så enkelt är det dock inte. Om parten exempelvis begär att ett biträde skall förordnas och därvid påstår sig ”ha behov av biträde” är det nämligen inte självklart hur domstolens fastställande av fakta i målet skall skiljas från subsumtionen av fakta under rättsregeln. Det sagda exemplifierar Lindell enligt följande:

”Ifall vi har rekvisitet ’störande’, och ett vittne säger att en hyresgäst varit ’störande’ kan man inte skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. I så fall går nämligen värderingen och beskrivningen hand i hand.”³⁵¹⁸

I biträdesbehovet tycks således rätts- och sakfrågan flyta samman. Kanske kan man dock påstå att hanteringen av sakfrågan respektive rättsfrågan sker i två steg: Först fastställs att den enskilda har eller saknar ett ”verkligt” behov av biträde (genom fri bevisvärdering); därefter subsumeras fakta under det aktuella behovsrekvisitet för att (med sedvanlig juridisk metod) besvara om den enskildas ”faktiska behov” är tillräckligt kvalificerat för att betraktas som ett ”rättsligt behov” av biträde.³⁵¹⁹ Sakfrågan konstitueras då av värdering av de konkreta omständigheterna i målet, medan rättsfrågan angår behovsrekvisitets utformning. Eftersom biträdesbehovet inte existerar i verkligheten, annat än som en värdering av en lång rad potentiella omständigheter, kan dock inte domstolen förhålla sig till biträdesbehovet på detta sätt – helt enkelt eftersom det är omöjligt att veta *vilka fakta som grundar biträdesbehovet*. Ordet behov är nämligen så vagt, att olika domare princip skulle kunna anse att vilka omständigheter som helst grundar ett behov, i den mån behovsrekvisitet inte preciseras i förarbetena.³⁵²⁰ För att överhuvudtaget kunna identifiera konkreta rättsfakta måste därför domstolen först bryta ner behovsrekvisitet i abstrakta rättsfakta, vilket ger upphov till en växelverkan.³⁵²¹ Som vi har kunnat se kan nämligen helt olika omständigheter (på verklighetsplanet) konstituera ett (rättsligt) biträdesbehov i olika mål, beroende på vilket behovsrekvisit som tillämpas. Det sagda låter sig

³⁵¹⁸ Lindell (1987) s. 24.

³⁵¹⁹ Lindell (1987) s. 373 f. Jfr även Kaldal (2010) s. 174.

³⁵²⁰ För att citera Frände (1989) s. 42 saknar ordet behov ”betydelsefasthet”. Se även Kaldal (2010) s. 173 som, beträffande riskbedömningar, anför att en ”öppen formulering medför ett stort utrymme för tolkning av vilka effekter som utgör skada i lagens mening. Den öppna tolkningen av vilka faktiska faktorer som motsvarar lagens skaderekvisit inverkar även på vad som utgör bevisfakta i målet och medför att gränsen mellan sakfrågor och rättsfrågor blir flytande.” Resonemanget är direkt överförbart på behovsbedömningar/behovsrekvisit.

³⁵²¹ Jfr Kaldal (2010) s. 178 och Lindell, Bengt, *Notoriet och kontradiktion* (2007) s. 238 (som talar om ”växelverkansmekanismen”).

bäst illustreras med utgångspunkt i ett antal konkreta exempel som kommer att illustrera en gradvis ökad problematik, i bemärkelsen sammanblandning mellan sak- och rättsfrågor.

7.2.4.2 Exempel 1: Behov av offentligt biträde i utlänningsmål

Något förenklat anses en utlänning ha ett behov av biträde i utlänningslagens mening, om sökanden riskerar att avvisas eller utvisas. Varje ansökan om uppehållstillstånd innefattar prima facie en sådan risk, eftersom varje ansökan kan avslås (med påföljd att utläningen inte får kvarstanna i riket). Detta betyder dock inte att den enskilda alltid har behov av/rätt till biträde (enligt regeln). Av förarbetena framgår nämligen – likaledes förenklat – att ett behov av biträde inte skall anses föreligga om det är uppenbart att ansökan antingen kommer att bifallas eller avslås. Följaktligen är det inte tillräckligt att utläningen riskerar att avvisas eller utvisas, utan bedömningen måste nyanseras; det skall råda *osäkerhet i relation till utgången i ärendet/målet* för att ett behov av biträde skall anses föreligga. Därmed har vi snävat in behovsprövningen: Råder det osäkerhet i relation till risken för utvisning/avvisning? Likaledes förenklat är svaret på denna fråga nej, om den enskilda ansöker om uppehållstillstånd som flykting/alternativt skyddsbehövande från (A) Syrien (uppenbart att ansökan kommer att bifallas) respektive (B) från Bulgarien (uppenbart att ansökan kommer att avslås). I den mån den enskilda kommer ifrån (C) Somalia är dock svaret ja (varken uppenbart att ansökan kommer att bifallas eller avslås). Den sökandes härkomst är således av avgörande betydelse för den rättsliga bedömningen (ett konkret rättsfaktum), eftersom härkomsten är en av flera omständigheter som avgör osäkerheten/risken i relation till utgången (abstrakt rättsfaktum). Kring denna fråga kan den enskilda föra bevisning (genom att exempelvis förete en passhandling), och domstolen kan avgöra frågan genom fri bevisvärdering.

Vad exemplen ovan är avsedda att illustrera är att abstrakta rättsfakta alltid definierar vilka omständigheter på verklighetsplanet som utgör konkreta rättsfakta. Därmed kommer den juridiska definitionen av ett biträdesbehov – såsom detta framgår av rättskällorna – *alltid att avgöra vilka omständigheter på verklighetsplanet som anses konstituera det "verkliga" biträdesbehovet*. Att A:s ursprung är rättsligt relevant vid behovsprövningen framgår ju endast om vi, vid sidan av lagtexten, förhåller oss till lagstiftarens "syn" på biträdesbehovet i den aktuella måltypen, såsom detta behov har definierats i förarbetena. Trots att behovsrekvisiten är identiskt utformade är exempelvis den enskildas ursprung irrelevant vid förordnande av offentligt biträde i tvångsvårdsmål. Följaktligen måste behovsrekvisitet stegvis brytas ned på den rättsliga nivån (med sedvanlig juridisk metod) för att vi skall kunna ringa in de relevanta omständigheterna på verklighetsnivån, enligt följande:

<i>Precisering av biträdesbehovet (rättsfrågan):</i>	<p>Offentligt biträde skall förordnas om det <i>inte måste antas att behov av biträde saknas</i>.³⁵²²</p> <p>Parten skall inte anses sakna behov av biträde om vederbörande löper en risk att avvisas eller utvisas <i>och därigenom dödas eller utsätts för inhuman behandling</i> i hemlandet. // Parten skall anses sakna behov av biträde om vederbörande inte löper någon sådan risk.</p> <p>Parten löper en risk att dödas eller utsätts för inhuman behandling i hemlandet i sådana mål där det råder <i>osäkerhet huruvida ansökan om uppehållstillstånd skall bifallas eller avslås</i>. // Parten löper ingen sådan risk i sådana mål där det är <i>uppenbart att ansökan antingen kommer att bifallas eller avslås</i>.³⁵²³</p>
<i>Fastställande av fakta (sakfrågan):</i>	<p>A kommer ifrån Syrien, vilket kan bevisas.</p> <p>B kommer ifrån Bulgarien, vilket kan bevisas.</p> <p>C kommer ifrån Somalia, vilket kan bevisas.</p>
<i>Subsumtionen:</i>	<p>Eftersom A kommer ifrån Syrien är det uppenbart att ansökan kommer att bifallas. Därför skall ett offentligt biträde inte förordnas; A löper ingen risk att dödas eller utsätts för inhuman behandling i hemlandet.</p> <p>Eftersom B kommer ifrån Bulgarien är det uppenbart att ansökan kommer att avslås. Därför skall ett offentligt biträde inte förordnas; B löper ingen risk dödas eller utsätts för inhuman behandling i hemlandet.</p> <p>Eftersom C kommer ifrån Somalia är det osäkert om ansökan kommer att avslås/bifalls. Därför skall ett offentligt biträde förordnas; C löper risk dödas eller utsätts för inhuman behandling i hemlandet vid ett ”materieilt felaktigt” avslagsbeslut.</p>

Uttolkningen av rättsfrågan enligt ovan görs, som jag har visat, med sedvanlig juridisk metod; det omvända behovsrekvisitetet tolkas i ljuset av förarbetena, vilket snävar in behovsprövningen. När den rättsliga förståelsen av behovsrekvisitetet har kunnat preciseras på detta sätt, vållar det inte heller några större svårigheter att särskilja sakfrågan från rättsfrågan. Exemplet är såtillvida oproblemiskt från juridisk-teknisk synvinkel. Låt oss därför trappa upp komplexiteten en nivå.

7.2.4.3 Exempel 2: Behov av målsägandebiträde i brottmål

Det finns naturligtvis ingenting som hindrar riksdagen får att anta mer eller mindre restriktiva regler, exempelvis om det statsfinansiella läget är sådant att staten inte anser det vara motiverat att spendera åtskilliga miljarder på rättsliga biträden åt alla och envar. Annorlunda uttryck måste vi prioritera mellan olika parter, vilket förutsätter att vi värderar deras ”behov” av biträde i olika situationer. Lagen om målsägandebiträde är ett bra exempel på detta; enligt den första punkten i 1 § är bedömningen mycket ”generös”, medan ett biträde enligt den tredje punkten bara skall förordnas om det med hänsyn till målsägandens personliga förhållanden och

³⁵²² UtL 18 kap. 1 §.

³⁵²³ Om det är uppenbart att ansökan kommer att bifallas råder ingen risk, eftersom utlänningen kommer att få kvarstanna i Sverige. Om det är uppenbart att ansökan kommer att avslås beror det på att det inte anses råda någon sådan risk i *hemlandet*.

övriga omständigheter kan antas att målsäganden har ett *särskilt starkt behov* av sådant biträde. Här är det således tydligt att lagstiftaren har värderat behoven, och kommit fram att det är mer prioriterat att målsäganden får tillgång till biträde vid sexualbrott än i kategorin övriga brott på vilka fängelse kan följa. Prioriteringen mellan/värderingen av olika målsägandens behov av biträde vid olika typer av brott är såtillvida transparent. Beträffande den tredje punkten förklarade också departementschefen i propositionen att behovsrekvisitets utformning markerade att förordnande av biträde skulle ske ”med restriktivitet”. Därefter preciserades behovsrekvisitet enligt följande:

”[B]evisläget och det processuella läget i övrigt [skall] vara sådant att man kan räkna med att målsäganden *kommer att utsättas för ingående och pressande förhör*. Ytterligare gäller att målsägandens fysiska och psykiska tillstånd skall vara sådant att målsäganden kan antas ha *väsentlig nytta av ett juridiskt biträde*.”³⁵²⁴

Mot ovanstående resonemang har jag inga invändningar att rikta. Vilka fakta som skall ingå i subsumtionen är som bekant en rättsfråga. I ovanstående uttalande rör sig också lagstiftaren på regelnivån genom att precisera behovsrekvisitet, vilket möjliggör för domstolen att just identifiera vilka omständigheter på verklighetsnivån som är rättsligt relevanta. Att sedan värdera/fastställa dessa fakta i varje enskilt mål överläts åt domstolen, vilket kan struktureras enligt följande:

<p><i>Precisering av biträdesbehovet (rättsfrågan):</i></p>	<p>Målsägandebitråde skall förordnas om det med hänsyn till målsägandens personliga förhållanden och övriga omständigheter kan antas att målsäganden har ett särskilt starkt behov av sådant biträde.³⁵²⁴</p> <p>Målsäganden skall anses ha ett särskilt starkt behov av biträde (1) <i>om</i> bevisläget och det processuella läget är sådant att man kan räkna med att målsäganden kommer att utsättas för ingående och pressande förhör och (2) <i>om</i> målsägandens fysiska och psykiska tillstånd är sådant att målsäganden kan antas ha väsentlig nytta av ett juridiskt biträde.</p>
<p><i>Fastställande av fakta (sakfrågan):</i></p>	<p>Bevisläget och det processuella läget <i>är sådant</i> att man kan räkna med att målsäganden kommer att utsättas för ingående och pressande förhör och målsägandens fysiska och psykiska tillstånd <i>är sådant</i> att målsäganden kan antas ha väsentlig nytta av ett juridiskt biträde.</p>
<p><i>Subsumtionen:</i></p>	<p>Eftersom bevisläget och det processuella läget är sådant att man kan räkna med att målsäganden kommer att utsättas för ingående och pressande förhör och målsägandens fysiska och psykiska tillstånd sådant är att målsäganden kan antas ha väsentlig nytta av ett juridiskt biträde skall målsägandebitråde förordnas.</p>

Ovanstående precisering av behovsrekvisitet lämnar således ett utrymme för domstolarna att beakta omständigheterna i målet inom ramen för behovsprövningen. Frågan är dock vad som händer om regeringen istället – rent hypotetiskt – skulle ha anfört följande i propositionen:

³⁵²⁴ Prop. 1993/94:26 s. 51.

³⁵²⁵ LMB 1 § 1 st. 3 p.

Precisering av biträdesbehovet (rättsfrågan):

Målsäganden skall anses ha ett särskilt starkt behov av biträde om (1) bevisläget och det processuella läget är sådant att man kan räkna med att målsäganden kommer att utsättas för ingående och pressande förhör och (2) målsägandens fysiska och psykiska tillstånd är sådant att målsäganden kan antas ha väsentlig nytta av ett juridiskt biträde.

Vid mål om misshandel *är inte* bevisläget och det processuella sådant att målsäganden kommer att utsättas för ingående och pressande förhör och målsägandens fysiska och psykiska tillstånd *är inte* sådant att målsäganden kan antas ha väsentlig nytta av ett juridiskt biträde.

Fastställande av fakta (sakfrågan):

Alternativ 1: Anse fakta vara fastställd genom förarbetena.

Alternativ 2: Fastställa fakta genom att beakta omständigheterna i målet.

Ovanstående exempel är som sagt hypotetiskt – lagstiftaren har inte förklarat att målsäganden aldrig utsätts för ingående och pressande förhör/aldrig befinner sig ett sådant fysiskt och psykiskt hälsotillstånd att vederbörande skulle ha väsentlig nytta av ett biträde i mål om misshandel. Men låt oss anta detta. Hur skall domstolen fastställa fakta i målet, om lagstiftaren redan har gjort detta i förarbetena? Skall domstolen (1) acceptera regeringens verklighetsbeskrivning och därmed *anse* att målsäganden saknar behov av biträde eftersom *det står i förarbetena* att målsäganden inte kommer att utsättas för ingående och pressande förhör? I så fall kommer subsumtionen av ”fakta” under regeln alltid leda till att den enskilda anses sakna behov av biträde i mål om misshandel. Eller skall domstolen (2) fastställa fakta med hänsyn till omständigheterna i målet, och förordna biträde om bevisläget och det processuella läget i övrigt är sådant att målsäganden *enligt domstolens bedömning* kan komma att utsättas för ingående och pressande förhör? Denna frågeställning är däremot inte hypotetisk, eftersom den senare lagstiftningstekniken är frekvent förekommande. Låt oss därför diskutera ytterligare ett exempel.

7.2.4.4 Exempel 3: Behov av rättshjälpsbiträde i förvaltningsmål

I den mån lagstiftaren inte tydligt har redovisat hur biträdesbehovet skall förstås enligt en viss regel har vi att falla tillbaka på en allmän avvägning mellan målets art och komplexitet å ena sidan, och den enskildas personliga kvalifikationer å andra sidan.³⁵²⁶ Häri ligger en allmän precisering av behovsrekvisitet som går igen i många regelverk: Ett biträdesbehov skall inte anses föreligga i ”enkla mål”. Därmed har vi också preciserat domstolens behovsprövning: Är målet svårt/enkelt? Om målet är ”svårt” skall rättsföljden inträda – parten har behov av och därmed rätt till biträde. Om målet däremot är ”enkelt” blir utgången den omvända. Med denna precisering av behovsprövningen går det också att ringa in sakfrågan: Är målet de facto enkelt eller svårt?

³⁵²⁶ Till denna avvägning skall jag återkomma i avsnitt 7.3 nedan, där jag kommer bryta ner biträdesbehovet i dessa tre komponenter och diskutera dem var och en för sig.

Naturligtvis ger själva kategoriseringen av måltyper som ”enkla” respektive ”svåra” endast uttryck för värderingar som knappast kan bli föremål för en preciserad bevisföring, vilket i praktiken medför att behovsprövningen till stor del kommer att utgå ifrån domarens erfarenhetssatser.³⁵²⁷ Huruvida en måltyp är enkel/svår kan nämligen betraktas som summan av ett antal förenklande/försvårande omständigheter på verklighetsplanet, som tillsammans avgör målets ”svårighetsgrad”, exempelvis hur komplicerad den materiella lagstiftningen är, hur formaliserad processen är, hur aktiv domstolen är och så vidare. Kring dessa omständigheter har domstolen sannolikt en uppfattning, och likaså skulle parten – hypotetiskt sett – kunna föra viss bevisning. Följaktligen kan vi ställa upp följande schema:

<i>Precisering av biträdesbehovet (rättsfrågan):</i>	<p>Rättshjälpsbiträde skall förordnas om den rättssökande behöver juridiskt biträde.</p> <p>Den rättssökande skall anses ha behov av biträde om målet är <i>svårt</i>. // Den rättssökande skall anses sakna behov av biträde om målet är <i>enkelt</i>.</p> <p>Ett mål skall betraktas som ”svårt” om den materiella lagstiftningen är komplicerad, processen är formaliserad och domstolen är passiv (m.m.). // En måltyp skall betraktas som enkel om den materiella lagstiftningen är okomplicerad, processen är informell och domstolen är aktiv (m.m.).</p>
<i>Fastställande av fakta (sakfrågan):</i>	<p>Måltyp X är svår eftersom den materiella lagstiftningen är komplicerad, processen är formaliserad och domstolen är passiv (m.m.). // Måltyp Y är enkel eftersom den materiella lagstiftningen är okomplicerad, processen är informell och domstolen är aktiv (m.m.).</p>
<i>Subsumtionen:</i>	<p>Eftersom måltyp X är svår har A behov av och därför rätt till biträde.</p> <p>Eftersom måltyp Y är enkel har B inte behov av och därför inte rätt till biträde.</p>

Vad som komplicerar saken är att lagstiftaren inte har stannat vid att anknyta rätten till biträde till distinktionen mellan enkla/svåra mål (med eventuell precisering enligt ovan), utan dessutom har ställt upp ett flertal generella ”presumtioner” i förarbetena kring vilka måltyper som skall anses enkla/svåra. Förarbetena till rättshjälpslagen kan tjäna som ett exempel:

”När det gäller frågan om den rättssökande själv har förmåga att föra sin talan skall ärendets svårighetsgrad ställas mot den rättssökandes personliga kvalifikationer. [...] Behovet av biträde är i hög grad beroende av vilken domstol – allmän domstol eller allmän förvaltningsdomstol – som skall handlägga ärendet. Förvaltningsdomstolarnas materiella processledning och utredningsansvar enligt förvaltningsprocesslagen gör att biträdesbehovet i dessa domstolar inte är detsamma som i mål vid allmän domstol.”³⁵²⁸

Ovanstående uttalande är illustrativt för den totala avsaknaden av både empirisk förankring och analytiskt djup som präglar diskussionen kring biträdesbehovet, särskilt i förvaltningsdomstol. I ett närmast oräkneligt antal offentliga utredningar

³⁵²⁷ Jfr Kaldal (2010) s. 211

³⁵²⁸ Prop. 1996/97:9 s. 115.

och propositioner har nämligen förvaltningsprocessen beskrivits som ”enkel” – inte sällan i svepande ordalag och med hänvisning till den så kallade officialprincipen. Ett ytterligare exempel kan få illustrera detta:

”Inom förvaltningsförfarandet är behovet för den enskilde att anlita biträde som regel mindre framträdande än när det gäller förfarandet vid de allmänna domstolarna. Detta sammanhänger med den officialprövning som i allmänhet åligger förvaltningsdomstolarna och förvaltningsmyndigheterna. Domstolen eller myndigheten har i enlighet härmed skyldighet att tillse att ärendet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Den relativt informella handläggningen av förvaltningsärenden medför också att det är betydligt lättare för den enskilde att själv ta tillvara sin rätt vid en sådan myndighet än vid allmän domstol.”³⁵²⁹

I citaten ovan uttalar sig som synes departementschefen om hur verkligheten är beskaffad; med hänvisning till begrepp som ”materiell processledning”, ”utredningsansvar” och ”officialprövning” – som är aktiviteter som låter sig studeras empiriskt – påstås det att behovet av biträde *inte är detsamma som regel är mindre framträdande* i förvaltningsdomstol än i allmän domstol, vilket bara kan förstås som att allmän domstol inte ägnar sig åt ”materiell processledning”, ”utredningsansvar” och ”officialprövning” – åtminstone inte i samma utsträckning som förvaltningsdomstol. Denna skillnad mellan processformerna leder, med departementschefens ord, till att det inte bara är lättare, utan *betydligt lättare för den enskilda att tillvarata sin rätt* i förvaltningsmål än i tvistemål och brottmål. Något empiriskt stöd för dessa påståenden presenteras dock inte.

Ovanstående förarbetsuttalande ställer förvaltningsdomstolarna inför ett val: Skall de (1) anse fakta vara fastställt genom förarbetena, eller skall de (2) beakta omständigheterna i målet? Väljer domstolen det första alternativet – att acceptera regeringens verklighetsbeskrivning – kommer subsumtionen av fakta under rättsregeln oundvikligen att leda till att enskilda vägras rättshjälp i förvaltningsmål, helt enkelt eftersom förvaltningsmål är ”enkla”. Ser man till den praxis som har utvecklats i anslutning till rättshjälpslagens 7 § går det också att skönja en tendens hos domstolarna att inte göra någon närmare analys av de konkreta omständigheterna i målet (i vart fall inte uttryckligen i beslutsskålen). Istället fastställs den enskildas biträdesbehov med hänvisning till vad regeringen har anfört i propositionen, exempelvis i följande ordalag:

”Enligt 7 § rättshjälpslagen får rättshjälp beviljas om den rättssökande behöver juridiskt biträde utöver rådgivning och detta behov inte kan tillgodoses på annat sätt. [...] Av förarbetena till rättshjälpslagen (prop. 1996/97:9 s. 115) framgår att behov av biträde inte kan anses föreligga om den rättssökande själv kan tillvarata sina intressen. Härvid ska ärendets svårighetsgrad ställas mot den rättssökandes personliga kvalifikationer. Vidare framgår att förvaltningsdomstolarnas materiella processledning

³⁵²⁹ Prop. 1972:132 s. 170. Samma verklighetsbeskrivning i prop. 1993/94:151 s. 132. Se även prop. 1971:30 s. 521 och SOU 1991:106 del A s. 631.

och utredningsansvar enligt 8 § förvaltningsprocesslagen gör att biträdesbehovet i dessa domstolar inte är detsamma som i mål vid allmän domstol. Frågan i målet rör rätten till återbetalning av utgiven assistansersättning. Med hänsyn till de frågor som kan aktualiseras i målet och mot bakgrund av länsrättens utredningsansvar enligt 8 § förvaltningsprocesslagen kan något behov av rättshjälp inte anses föreligga. Ansökan om rättshjälp avslås därför.³⁵³⁰

Trots att den enskilda (åtminstone enligt egen utsago) led av en allvarlig sjukdom som rimligtvis borde inverka menligt på hennes förmåga att driva en process, och trots att frågan om assistansersättning skall utgå eller ej (varom målet handlade) kan anses vara av stor betydelse och tämligen komplicerad beskaffenhet, gjorde förvaltningsrätten i sina beslutsskäl ingen egentlig avvägning mellan å ena sidan den klagandes personliga kvalifikationer och å andra sidan målets svårighetsgrad. Istället konstaterade domstolen att det *av förarbetena framgick* att den enskildas behov av biträde (till följd av förvaltningsdomstolarnas materiella processledning och utredningsansvar) inte är detsamma i förvaltningsdomstol som i allmän domstol. Efter att mer eller mindre ordagrant ha återgett departementschefens uppfattning kom domstolen sedan till den på förhand givna slutsatsen, att något behov av rättshjälp *inte kunde anses föreligga*. Att det av förarbetena framgår att den enskilda saknar behov av biträde, därför att förvaltningsdomstolarna är aktiva i sin processledning etcetera, säger dock ingenting om hur aktiva domstolarna de facto är – inte sant?³⁵³¹ Följaktligen skulle domstolen lika gärna ha kunnat komma till motsatt slut, *om det enligt domstolens uppfattning inte är korrekt att förvaltningsdomstolar är "aktiva"* i ovan angiven bemärkelse.

De rättstillämpande organens förhållningssätt till förarbetena varierar som bekant mellan olika rättskulturer. I Norden i allmänhet och i Sverige i synnerhet tillmäts förarbetena i regel en stor tyngd. Att förarbetenas verklighetsbeskrivningar – snarare än omständigheterna i det enskilda fallet – används som tolkningsdata då domstolen har att fastställa fakta i målet är mot den bakgrunden föga förvånande; detta kan betraktas som ett utflöde av den i Sverige utpräglade *förarbetslojaliteten*.³⁵³² Enligt min mening bör dock domstolarna vara uppmärksamma när de söker ledning i förarbetena, så att inte uttalanden om verkligheten betraktas och behandlas som uttalanden om innehållet i gällande rätt. För att citera Lindell är nämligen förarbetsuttalanden i empiriska frågor "naturligtvis inte" bindande för domstolen på samma sätt som ett uttalande om hur rättstillämpningen bör gå till.³⁵³³ Det går också att hitta exempel

³⁵³⁰ Mål nr 25800-08.

³⁵³¹ Detta var också vad KamR:n fann sedan målet överklagats dit, genom att faktiskt göra en avvägning mellan den enskildas personliga kvalifikationer ("som till följd av sitt funktionshinder har svårt att föra sin talan själv") och målets svårighetsgrad ("den rättsliga angelägenheten [är inte] okomplicerad och ... sakförhållanden som kan ha betydelse för utgången är oklara"). I så måtto illustrerar FR:ns och KamR:ns skäl olika metoder att besvara sakfrågan: en som i princip utgår ifrån förarbetenas verklighetsbild, och en som fäster större vikt vid verkligheten i det enskilda fallet. Se mål nr 1825-10, som tillsammans med underinstansens avgörande diskuteras vid fn. 1595-1596 ovan.

³⁵³² En rättstillämpning som innebär att domstolarna ser det som sin uppgift att verkställa "de av lagen formulerade politiska intentionerna" betecknas *lagpositivistisk*. En sådan positivism går i sin tur hand i hand med en påtaglig förarbetslojalitet. Peczenik i SOU 1999:58 s. 11 f.

³⁵³³ Lindell (2007) s. 96.

där domstolarna *inte har accepterat svepande beskrivningar i propositionstexterna* om komplexa empiriska samband, vilket kan illustreras genom ett avslutande exempel.

7.2.4.5 Exempel 4: Behov av offentlig försvarare i brottmål

I förarbetena till rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a § anförde departementschefen följande:

”Om försvarare inte medverkar *kan detta kompenseras genom en mera aktiv processledning* från domstolens sida. Enbart den omständigheten att det i sådana mål skall förekomma förhör med målsägande och vittnen utgör alltså inte i sig ett skäl att förordna offentlig försvarare.”³⁵³⁴

Detta uttalande kan i sin tur spåras tillbaka till Rättshjälpskommitténs betänkande, där kommittén anförde följande:

”När domstolen skall bedöma om den tilltalade har behov av offentlig försvarare bör domstolens möjligheter och skyldigheter att utöva materiell processledning beaktas. Om domstolarna är *tillräckligt aktiva* kan antalet förordnanden av offentliga försvarare minska utan att rättssäkerhetsintressena åsidosätts.”³⁵³⁵

I ovanstående citat görs antaganden om verkligheten; domstolen kan, något förenklat, fullgöra försvarsadvokatens funktion genom att vara *tillräckligt aktiv* i sin materiella processledning (vilket förutsätter att domstolen de facto är aktiv genom att ”hjälpa” den tilltalade under förhören). Till skillnad från förvaltningsrätten i ovanstående exempel, valde dock Högsta domstolen att inte acceptera denna verklighetsbeskrivning fullt ut.

I både NJA 1984 s. 435 och NJA 1986 s. 86 utgick domstolen visserligen från vad lagstiftaren hade anfört angående den tilltalades behov av försvarare, i följande ordalag:

NJA 1984 s. 435: ”Om försvarare inte medverkar, kan detta *enligt propositionen* kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.”

NJA 1986 s. 86: ”Om försvarare inte medverkar, kan detta enligt *propositionen* kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida. Enbart den omständigheten att det i sådana mål, *sägs det*, skall förekomma förhör med målsägande och vittnen utgör alltså inte i sig ett skäl att förordna offentlig försvarare.”

Det är alltså tydligt att också Högsta domstolen förhåller sig till lagstiftarens syn på det ovan nämnda sambandet mellan (avsaknad av) biträdesbehov och processledning. I båda avgörandena förmedlade dock domstolen därefter en avvikande uppfattning, enligt följande:

³⁵³⁴ Prop. 1983/84:23 s. 16.

³⁵³⁵ DsJu 1983:2 s. 7.

NJA 1984 s. 435: ”Inte heller torde frånvaron av försvarare ... *kunna* kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.”

NJA 1986 s. 86: ”Av det förut anförda framgår att det inte *lämpligen bör* bero enbart av HovR:ns processledning att ett sådant [förhör med målsäganden] kommer till stånd.”

I 1984 års avgörande accepterade som synes Högsta domstolen att partens faktiska behov skulle vara utslagsgivande, men satte sin egen uppfattning om detta behov framför lagstiftarens. Domstolen gjorde således en egen bedömning av den processuella verkligheten (där frånvaron av försvarare, enligt domstolens mening, *inte kunde* kompenseras genom aktiv processledning) istället för att blott acceptera regeringens verklighetsbild (där frånvaron av försvarare *kunde* kompenseras genom aktiv processledning). I 1986 års avgörande gick domstolen ett steg längre, genom att förklara att frånvaron av försvarare *inte borde* kompenseras genom rättens processledning, alldeles oavsett om detta var möjligt eller inte. Detta illustrerar väl att domstolarna kan opponera sig, om lagstiftarens syn på hur det går till (eller kan/bör gå till) i en rättegång i alltför hög grad avviker från domstolarnas uppfattning om hur det faktiskt går till. Detta är helt i sin ordning; förarbetena utgör en tungt vägande rättskälla i rättsfrågor men är inte en ”bindande” källa när det kommer till sakfrågor. Eller för att knyta an till vad jag anförde i inledningen till detta kapitel: Att det står lagstiftaren fritt att förklara att vänsterhänta skall anses sakna behov av biträde enligt en viss regel betyder inte att domstolarna måste acceptera ett kompletterande påstående om att människor i allmänhet är vänsterhänta.

7.2.4.6 Biträdesbehovet – i brytpunkten mellan faktum och rätt

Mot bakgrund av ovanstående exempel kan vi konstatera att olika saker händer när lagstiftaren ”upphöjer” partens behov av biträde till ett rekvisit i en rättsregel. Att biträdesbehovet (genom behovsrekvisitet) förvandlas till ett abstrakt rättsfaktum medför nämligen att de omständigheter i målet, som tillsammans skall anses konstituera (det ”verkliga”) biträdesbehovet, blir konkreta rättsfakta. Detta är inget märkvärdigt i sig, utan sedvanlig subsumtionslogik. Ordet behov är dock så vagt till sin karaktär, att domstolarnas behovsprövning skulle bli påfallande skönsmässig om inte behovsrekvisitet preciseras.³⁵³⁶ Följaktligen får det anses fullt legitimt att lagstiftaren i förarbetena förklarar hur det juridiskt definierade biträdesbehovet skall förstås i olika måltyper. I nästa led kommer en sådan precisering att snäva in domstolarnas behovsprövning, eftersom det bara är relevant att beakta sådana omständigheter (konkreta rättsfakta) i målet som svarar mot den rättsliga förståelsen av behovet (såsom abstrakt rättsfaktum). Att tala om biträdesbehovet som någonting ”verkligt” är redan av det skälet missvisande, eftersom lagstiftaren genom att precisera behovsrekvisitet *kan bestämma vilka omständigheter ”i verkligheten” som skall vara rättsligt relevanta*, eller med Lindells ord, tillmätas ett ”rättsvärde” vid domstolarnas

³⁵³⁶ Jfr Kaldal (2010) s. 176.

bedömning.³⁵³⁷ Som har framgått ovan varierar också dessa omständigheter – både från måltyp till måltyp och över tid – vilket innebär att det inte existerar ett enhetligt biträdesbehov i ”verkligheten”, utan snarare ett flertal juridiskt konstruerade behov.

Vad som är än mer problematiskt är dock att lagstiftaren ibland går ett steg längre, genom att också *förklara hur verkligheten är beskaffad*, oftast utan att förankra resonemanget i några empiriska utredningar. I den mån domstolarna lägger en sådan verklighetsbeskrivning till grund för rättstillämpningen kan behovsprövningen knappt beskrivas som en prövning. Sakfrågan behandlas då som en rättsfråga, vilket innebär att alla svar kan sökas i förarbetena *utan att de konkreta omständigheterna i målet ens behöver beaktas*. Detta rimmar inte särskilt väl med den ”verkliga prövning”, som lagstiftaren har talat om i förarbete efter förarbete.³⁵³⁸

Den sistnämnda problematiken – att förarbeten används som kunskapskällor i empiriska frågor – har uppmärksammats i den processrättsliga doktrinen, bland annat av Lindell som anför följande:

”Problemet synes ... vara att förarbetena, som domstolarna regelmässigt använder och vilkas användning anses fullt *legitim*, och till och med nödvändig när det gäller *rättstillämpningen*, är en rättskälla som ex officio används för ett icke avsett ändamål, nämligen som en tillförlitlig källa också beträffande *kunskapsfrågor*. Genom att kunskapsfrågan finns behandlad i förarbetena riskerar den att i domstolens händer *felaktigt omvandlas till ett rättstillämpningsfaktum* enbart av den anledningen att den är omtalad där, varvid konsekvensen riskerar att bli att parterna inte får möjlighet att uttala sig om den.”³⁵³⁹

För att konkretisera diskussionen ger Lindell följande exempel, från Högsta domstolens praxis:

I NJA 1995 s. 89 anförde TR:n följande: ”Föreskrivningen av läkemedel som används i dopningsammanhang *är liten*. Receptförfalskning och stöder förekommer inte i någon stor omfattning. Det stora tillflödet av dopningsmedel kommer in i landet genom illegal införsel (*se prop. 1990/91:199 s. 8*).” Därefter vad det HovR:ns tur: ”Beträffande dopningsmedels farlighet *uttalade departementschefen* vid tillkomsten av lagen (1991:1969) om förbud mot vissa dopningsmedel följande. Det är delvis oklart hur en användning av läkemedel som innehåller anabola steroider påverkar den mänskliga organismen på lång sikt. De anabola steroidernas verkningsätt ... tyder dock på att de på ett allvarligt sätt kan rubba kroppens normala funktion och ger anledning att befara skadeverkningar i form av störningar i hormonbalansen och fettomsättningen, vilket bl.a. innebär höjd risk för åderförkalkning och kranskärlsjukdomar. [...] (*Se Prop. 1990/91:199 s. 16.*)” Och slutligen anförde HD: ”Det är *enligt propositionen* delvis oklart hur en sådan användning påverkar den mänskliga

³⁵³⁷ Lindell (2015) s. 82 och mer utförligt på s. 141.

³⁵³⁸ Se exv. prop. 1989/90:158 s. 8, SOU 1995:81 s. 211 f. och SOU 2014:86 s. 140. Behovsrekvisiten som sådana är påfallande öppna, vilket som utgångspunkt ger domstolarna ett stort utrymme att beakta en rad omständigheter i det enskilda fallet; jfr Kaldal (2010) s. 174. Genom förarbetena har dock antalet rättsligt relevanta omständigheter begränsats högst väsentligt i relation till respektive behovsrekvisit.

³⁵³⁹ Lindell (2007) s. 95.

organismen på lång sikt. De anabola steroidernas verkningssätt ... tyder dock *enligt propositionen* på att de på ett allvarligt sätt kan rubba kroppens normala funktioner och ger anledning att befara att skadeverkningarna i form av störningar i hormonbalansen och fettomsättningen, vilket bl.a. kan innebära höjd risk för åderförkalkning och kranskärlsjukdomar.³⁵⁴⁰

Med anledning av detta avgörande ställer Lindell den befogade frågan, om "en proposition [är] en tillförlitlig källa när det gäller sakomständigheter av detta slag". Denna fråga besvarar Lindell med ett ord: "Knappast." Det får nämligen antas att departementschefen varken har några kunskaper om hur dopingmedel faktiskt införs i Sverige, eller hur skadliga sådana medel är för den mänskliga organismen. Tillförlitligheten i dessa uppgifter – som tillskrivs departementschefen och framställs som fakta – kan därmed inte tas för givna, utan får bedömas mot bakgrund av det empiriska underlag som "departementschefen" grundar sina påståenden om verkligheten på, exempelvis kvaliteten på den offentliga utredning som (förhoppningsvis) ligger till grund för propositionen.³⁵⁴¹ Och vad gäller denna kvalitet har Riksrevisionen, med hänvisning till en expertgranskning, konstaterat att

"...[m]indre än hälften av de betänkanden som ingick i urvalet bedömdes hålla tillräckligt god kvalitet. Särskilt allvarlig kritik riktades mot den sakliga grunden för resonemang och slutsatser. Kritiken gällde såväl förekomsten av data, som kvaliteten på dessa och hur de redovisades."³⁵⁴²

Trots att offentliga utredningar/propositioner innehåller verklighetsbeskrivningar som just saknar saklig grund – i bemärkelsen inte är grundade på empiriska data – förekommer sällan någon källkritik i domar. Istället betraktas och behandlas uttalanden om verkligheten *närmast på samma sätt som normativa uttalanden om hur rättsreglerna skall förstås*. Som jag har visat i detta avsnitt kan en sådan tendens skönjas också i domstolarnas behovsprövning. Att detta är problematiskt, inte minst givet den bristfälliga kvaliteten på dagens förarbeten, torde stå klart.³⁵⁴³ Det är dock

³⁵⁴⁰ Jfr även exv. NJA 1998 s. 162, där HD anförde följande: "Det har ansetts vara viktigt att slå vakt om en helhetssyn på patienten och att ta fasta på att psykiska störningar numera i regel anses kunna återföras på så väl biologiska som psykologiska och sociala faktorer, vilka ofta samspelar och förstärker varandra. (Prop. 1990/91:58 s. 85.)" Lindell hänvisar också, som ytterligare exempel, till NJA 1997 s. 477 (där en SOU används som kunskapskälla), samt till NJA 1997 s. 525 (där HD hänvisar till sig själv som en kunskapskälla).

³⁵⁴¹ Lindell (2007) s. 94 f. Om kvaliteten på offentliga utredningar; se a.a. s. 97 ff. Se även SvJT 8/2011 (s. 725 ff.), som innehåller ett antal intressanta artiklar på temat "Kommittéväsendet förr, nu och i framtiden", däribland Håstad, Torgny, *Vad har vi att vänta oss av kommittéväsendet?* (SvJT 8/2011) s. 772-776, Bengtsson, Bertil, *SOU som rättskälla* (SvJT 8/2011b) s. 777-787 och Heckscher, Sten, *Reflektioner kring utredningsväsendet* (SvJT 8/2011) s. 844-847. Att kvaliteten på offentliga utredningar har blivit allt sämre torde de flesta idag vara ense om, vilket bl.a. kan förklaras av att utredningstiden är för kort och graden av politisk styrning för hög; se kritiken hos Abrahamsson, Olle, *Lagstiftningspolitiken och den nationella lagberedningen* (SvJT 1/2003) s. 1-17 (särskilt s. 7 ff.) och Öberg Ahlbäck, Shirin, *Kunskap och politik – mellan nonchalans och teknokrati* (SvJT 8/2011) s. 765-771 (särskilt s. 769 f.) och vidare exv. Riksdagens revisorers rapport (1997/98:RR3), *Kommittéväsendets roll och arbetsformer*, Riksrevisionens rapport 2004:2, *Förändringar inom kommittéväsendet*, samt Ds 1998:57.

³⁵⁴² RiR-rapport (2004:2) s. 76 f.

³⁵⁴³ För att citera Lindell (2007) s. 99: "Departementschefen är den store experten på allt från anabola steroider och ämnesomsättningsrubbnings till bilmotorer och gatuväld. Att detta är klart oroväckande med tanke på den kvalitetsnedgång i de statliga utredningarna som har belagts måste anses som odiskutabel."

fullt förståeligt att domstolarna söker ledning i förarbetena också beträffande sådana kunskapsfrågor som anknyter till biträdesbehovet, eftersom behovsprövning till hela sin karaktär är problematiskt, vilket jag nu skall utveckla.³⁵⁴⁴

7.3 Behovet dekonstruerat

I det föregående har jag berört vissa av de problem som behovsrekvisiten, och den därtill kopplade behovsprövningen, ger upphov till. Dessa problem kan i mångt och mycket förklaras av två omständigheter: å ena sidan präglas ordet ”behov” av en påtaglig vaghet/är värderande till sin karaktär; å andra sidan förhåller sig lagstiftaren till biträdesbehovet som om det vore verkligt och därmed konstaterbart. Var för sig och särskilt i förening ger dessa två omständigheter upphov till en rad märkligheter. Vid det här laget kan vi nämligen konstatera att det inte föreligger ett enkelt 1:1-förhållande mellan behovsrekvisitet (det juridiskt definierade behovet) och vissa objektivt givna omständigheter i verkligheten (det verkliga behovet) – tvärtom kan i princip vilka omständigheter som helst, efter en subjektiv värdering, anses grunda ett biträdesbehov. Låt mig illustrera detta med ett exempel:

Ponera att tre domare får i uppgift att pröva behovet av biträde i ett och samma mål, enligt en regel med följande lydelse: ”Biträde skall förordnas åt den som har behov av biträde.” Några vägledande förarbetsuttalanden finns inte, och inte heller någon praxis. Vid behovsprövningen står således domarna helt fria att identifiera vilka omständigheter i verkligheten som helst, som enligt deras bedömning grundar ett behov av biträde.³⁵⁴⁵ Det slumpar sig så att alla tre domare uppmärksammar samma omständighet – att den enskilda inte talar svenska som modersmål. Bedömningarna skiljer sig dock åt:

- Domare A beslutar att inte förordna biträde, eftersom hon anser att språksvårigheter aldrig kan grunda ett biträdesbehov – istället förordnar hon en tolk, eftersom hon bedömer att parten talar så pass dålig svenska att en tolk behövs.
- Domare B anser, till skillnad från domare A, att språksvårigheter i och för sig kan grunda ett biträdesbehov som inte kan kompenseras genom anlitaandet av tolk, men hon bedömer att den enskilda talar tillräckligt bra svenska för att kunna förstå och göra sig förstådd. Hon förordnar därför varken biträde eller tolk.
- Domare C anser, i likhet med domare B, att språksvårigheter kan ge upphov till ett biträdesbehov. Till skillnad från domare B gör dock domare C bedömningen att partens kunskaper i svenska är så undermåliga att ett behov av biträde föreligger. Hon förordnar därför både ett biträde och en tolk.

³⁵⁴⁴ Jfr Bylander (2006) s. 404, som anför att ”[b]edömningen av ombudslösa parters förmåga att komma till sin rätt är problematisk”.

³⁵⁴⁵ Jfr Kaldal (2010) s. 179, som beträffande domstolarnas prövning av öppna rekvisit talar om en ”kunskapssteoretisk slutledning”. Se även a.a. s. 304.

Samma omständighet har således lagts till grund för tre olika bedömningar, och inget av besluten kan beskrivas som objektivt ”rätt” eller ”fel”.

Av ovanstående exempel kan vi dra följande slutsatser: För det första att ordet ”behov” är så öppet att olika bedömare kan ha olika uppfattningar om vilka konkreta omständigheter i verkligheten som konstituerar ett behov av någonting.³⁵⁴⁶ Används ordet som ett rättsligt rekvisit utan precisering, finns det således tusen och åter tusen omständigheter som olika domare kan betrakta som rättsligt relevanta.³⁵⁴⁷ I mitt exempel begränsade jag mig till endast en sådan omständighet: B och C ansåg att språksvårigheter kan ge upp till ett biträdesbehov, medan A var av motsatt mening. Eftersom behovsrekvisitet inte har preciserats finns det dock i princip ingenting som hindrar domarna från att beakta ett oändligt antal ytterligare omständigheter, som antingen var för sig eller i förening kan anses konstituera ett behov av biträde: att målet är ingripande, att parten saknar akademisk utbildning, att motparten har tillgång till biträde, att den materiella lagstiftningen är komplicerad, och så vidare.

För det andra kan vi konstatera att det inte heller är objektivt givet hur en viss omständighet, som i och för sig kan betraktas som rättsligt relevant, skall värderas i det enskilda fallet. I mitt exempel yttrade sig detta genom att B och C hade olika uppfattningar om de aktuella språksvårigheterna var tillräckligt svåra för att ge upphov till ett biträdesbehov. Detta illustrerar att en ”öppen” behovsprövning förutsätter normativa ställningstaganden i flera led: Först vid valet av omständigheter, sedan vid värderingen av dessa omständigheter var för sig, och slutligen vid den sammantagna behovsbedömningen, där alla omständigheter skall viktas mot varandra.³⁵⁴⁸ Den enskildas språksvårigheter kanske inte i sig var tillräckligt allvarliga för att grunda ett behov, men om vi dessutom beaktar att parten är gammal och sjuk, att målet är ingripande och att den materiella lagstiftningen var komplicerad, blir kanske bedömningen annorlunda.

För det tredje visar exemplet ovan att de värderingar som behovsprövningen innefattar alltid måste relateras till någonting. Partens språksvårigheter är ju nämligen helt irrelevanta i sig – däremot kan man anta att bristfälliga kunskaper i svenska kan påverka partens förmåga att själv agera/tillvarata sina intressen i rättegången, vilket i sin tur *riskerar att påverka utgången i målet till partens nackdel*. Detta svarar väl mot den semantiska förståelsen av ordet ”behov”, som likaså brukar kopplas till en brist av något slag som i sin tur ger ”negativa konsekvenser” i bredaste bemärkelse.

Att på detta vis koppla behovsrekvisiten till risker relaterade till processens förlopp och/eller utgång torde vara den vanligaste förståelsen av biträdesbehovet. Ett ändamålsenligt sätt att närma sig detta behov är därför att betrakta behovsbedömningen som en riskbedömning, där *tillgången till biträde förutsätts reducera risken för att*

³⁵⁴⁶ Jfr Kaldal (2010) s. 176 och 178 f.

³⁵⁴⁷ Jfr Kaldal (2010) s. 75 som m.h.t. till rekvisitet ”barnets bästa” konstaterar att öppet formulerade rekvisit ”medför att ett stort tolkningsutrymme överlämnas till rättsstillämpningen att konkretisera innebörden”. Se även a.a. s. 115, 123 och 180 f. och 201.

³⁵⁴⁸ Jfr Kaldal (2010) s. 175. Just själva viktningen av olika kriterier är enligt Lindell det mest betydelsefulla momentet i komplicerad bedömningen enligt ett flertal kriterier; jfr Lindell (2015) s. 87 f.

partens kunskapsbrister skall få negativa konsekvenser för parten och/eller det allmänna/tredje man. Vad det sedan handlar om att är definiera och kvalificera denna risk på olika sätt, för att därigenom göra behovsbedömningen likformig, förutsebar, svara mot lagstiftarens prioriteringar och så vidare.³⁵⁴⁹ Låt oss därför ta avstamp i behovsprövningen betraktad som en riskprövning, innan vi bryter ned den i sina mindre beståndsdelar.

7.3.1 Behov av biträde som risk

Det mest allmänt hållna resonemanget kring den enskildas biträdeshöjningsbehov finns i förarbetena till rättshjälpslagen, som till och med har en rubrik som lyder "Behov av biträde". Under denna rubrik utvecklade dock inte regeringen vad som egentligen konstituerar ett biträdeshöjningsbehov, vilket man hade kunnat förvänta (eller i vart fall önska) sig. Det enda som uttalades var att "[o]m den rättssökande själv *kan ta tillvara sina intressen* kan han eller hon inte anses ha behov av biträde".³⁵⁵⁰ Läst motsatsvis anser således lagstiftaren att parten har ett behov av biträde om den rättssökande *inte själv kan ta tillvara sina intressen i processen* (och inte heller kan få sitt behov tillgodosatt på något annat sätt). Liknande svepande uttalanden återfinns i princip inom samtliga här diskuterade regelsystem. Således kan en misstänkt/tilltalad ha behov av försvarare för att kunna "verka för sitt försvar",³⁵⁵¹ och den som kommer ifråga för tvångsvård kan ha behov av offentligt biträde för att kunna "framlägga sin sak".³⁵⁵² Ibland ställs behovet i relation till motparten. I brottmål kan således den enskilda behöva en försvarare för att kunna "hävda sin ståndpunkt gentemot åklagarens",³⁵⁵³ och i tvångsvårdsmål skall biträdet "tillgodose behovet av en part, likvärdig med socialnämnden".³⁵⁵⁴ Inte sällan stöter man också på resonemang som har en naturrättslig underton – exempelvis att parten kan ha behov av biträde för att "komma till sin rätt" i processen,³⁵⁵⁵ eller annorlunda uttryckt, för att inte lida "rättsförluster".³⁵⁵⁶

³⁵⁴⁹ Jfr Kaldal (2010) s. 175.

³⁵⁵⁰ Prop. 1996/97:9 s. 115.

³⁵⁵¹ SOU 1938:44 s. 274.

³⁵⁵² SOU 1949:4 s. 183, där utredningen också anförde att det "[u]r rättssäkerhetssynpunkt är ... av största intresse att den vars omhändertagande ifrågasattes kan anlita sakkunnigt biträde".

³⁵⁵³ Prop. 1983/84:23 s. 16.

³⁵⁵⁴ SOU 1985:4 s. 140 (ang. tvångsvård av missbrukare).

³⁵⁵⁵ Prop. 1996/97:9 s. 143.

³⁵⁵⁶ Vilket förutsätter att parten är innehavare av en rättighet oberoende av processens utgång, som således kan "förloras". Resonemanget för tankarna till den s.k. *rättsskyddsteorin* som låg till grund för ÅRB och som förespråkades av bl.a. Kallenberg. Kanske avses dock att parten i "verkligheten" uppfyller alla rekvisit i tillämplig materiellrättslig lagstiftning (i någon sorts objektiv mening), men misslyckas med att visa detta och därför förlorar målet. Jfr Olivecrona (1940) s. 112, som anför att det inte föreligger en "verklig tillämpning av den processrättsliga regeln, när käromålet ogillas trots att förutsättningarna för dess bifallande voro givna".

7.3.1.1 Risken för ”rättsförluster” i vid mening – grunden för biträdesbehovet?

Ovanstående uttalanden kan förstås som att framförallt *kunskapsbrister hos gemene man riskerar att påverka rättegången* så till den grad att parten inte får sin ”fulla rätt”, vilket kan kopplas till processen som sådan (rättegången skall vara ”rättvis” i sig, oavsett utgång), eller mer renodlat till utgången i densamma (att parten inte förlorar målet på grund av sin egen okunnighet). Att en sådan brist kan kompenseras genom att parten anlitar biträde framstår som logiskt, och svarar väl mot hur Europadomstolen förhåller sig till Europakonventionens artikel 6: Parten har, mycket förenklat, rätt till biträde om avsaknaden av biträde medför att parten inte kan föra sin egen talan på ett effektivt sätt och/eller försätts i ett betydande underläge i relation till motparten. Det sagda ger dock upphov till fler frågor än svar. För när är parten *tillräckligt dålig* på att själv tillvarata sitt intresse, hävda sin ståndpunkt eller lägga fram sin sak? Eller närmare bestämt: Vilket berättigat intresse har en part i en domstolsprocess, och när anses parten inte i *tillräcklig grad* kunna ta tillvara detta intresse själv?³⁵⁵⁷

Om vi utgår ifrån att parten är ett någotsånär rationellt subjekt, kan det antas att det alltid ligger i partens intresse att vinna *maximalt bifall* i relation till sitt yrkande/inställning i målet, oavsett om parten själv har tagit initiativ till rättegången eller agerar som svarande (eller motsvarande).³⁵⁵⁸ Uttalanden i den riktningen hittar vi exempelvis hos Processkommissionen, som för att motivera systemet med försvarare anförde att en misstänkt ”ofta [saknar] förutsättningar att på *bästa sätt* tillvarata sin rätt”.³⁵⁵⁹ Hårdrar vi resonemanget har parten därmed ett behov av biträde så snart tillgången till ett biträde i någon mån *förbättrar partens processföring och/eller utfallet i processen*, och detta oavsett (1) hur bra/dåligt parten ”klarar sig på egen hand” och (2) hur mycket/lite biträdet kan ”förbättra” utgången i målet. Det sagda kan konkretiseras genom några exempel:

Ponera att parten A väcker talan och yrkar 1 000 kr i skadestånd i ett tvistemål, och att parten B överklagar kommunens/FK:s avslagsbeslut och yrkar 100 assistanstimmar/månad i ett LSS-mål. Utan ett biträde vinner A och B bifall till sin talan med 90 procent, det vill säga tillerkänns 900 kr i skadestånd respektive 90 assistanstimmar/månad. I en alternativ verklighet, med identiska förutsättningar, skulle A och B ha vunnit bifall med 100 procent om de hade haft tillgång till ett juridiskt biträde. Tack vare sina kunskaper hade biträdet således kunnat utverka de resterande 10 procenten åt sin klient, som kan antas bero på en komplicerad rätts- eller bevisfråga, där biträdets kvalifikationer visade sig vara av avgörande betydelse. I dessa exempel har

³⁵⁵⁷ Jfr Westberg (JT 2/1995-96) s. 602, som konstaterar att en ”grundläggande tanke bakom allmän rättshjälp är att den bara skall beviljas en person som verkligen har ett berättigat behov av sådan hjälp. Frågan om behovet är *berättigat* kan relateras till skilda faktorer och därmed ta sig uttryck i olika former av reglering.”

³⁵⁵⁸ Redan denna grundläggande utgångspunkt öppnar upp för (befogad) kritik, eftersom man inte alltid kan förutsätta att parten kan identifiera sitt egenintresse. Se om denna problematik (dock från advokatens perspektiv) i Wejedal & Östlund (2016) s. 53 ff. med vidare hänvisningar, där vi ställer ”expressed interest representation” i relation till ”best interest representation” (på svenska ungefär ”klientens subjektiva vilja” kontra ”klientens objektiva intresse”).

³⁵⁵⁹ SOU 1926:32 s. 48 f.

A och B inte kunnat ta tillvara sina intressen – definierade som ”att vinna maximalt bifall till sin talan” – och orsaken härtill är att de förde sin egen talan. Men är detta vad lagstiftaren avser med att ha ett ”verkligt” behov av biträde? Svaret är antagligen nej. För att citera Bylander:

”Att en enskild skall kunna föra sin talan utan biträde kan inte rimligen anses liktydigt med att hon skall kunna för talan *lika bra* som om hon hade tillgång till ombud.”³⁵⁶⁰

Exemplen ovan är ägnade att illustrera att det förmodligen inte är tillräckligt att det går *marginellt bättre* om den enskilda har tillgång till ett biträde för att lagstiftaren skall anse att vederbörande har ett ”verkligt” behov av biträde, och därmed en rätt till att anlita biträde på någon annans bekostnad. Förvisso ligger det i den enskildas intresse att få tillgång till ett biträde om detta förbättrar utfallet i processen – om så bara med 100 kronor eller 10 timmar, men detta intresse betraktas antagligen inte som tillräckligt skyddsvärt för att motivera samhällskostnaden. Som jag visade i det inledande kapitlet till denna avhandling går det nämligen – på aggregerad nivå – i princip alltid ”bättre” för parter som har biträde än för parter som saknar biträde.³⁵⁶¹ Om inte alla parter i alla mål skall anses ha ett verkligt behov av biträde måste därför diskussionen nyanseras, och *här ändrar resonemanget definitivt karaktär* – från en diskussion som i viss mån är (eller i vart fall skulle kunna vara) empiriskt grundad, till att handla om rena värderingar, där den enskildas intresse av att kunna föra talan på ”bästa sätt” måste ställas i relation till det motstående intresset att hålla ned parternas processkostnader, av hänsyn till den som slutligen måste stå dessa kostnader.

Ponerar då istället att A och B skulle ha tillerkänts 100 kronor i skadestånd respektive 10 assistanstimmar utan biträde och 1 000 kronor respektive 100 timmar med biträde, eller kanske 0 kronor respektive 0 timmar utan biträde och 500 kronor respektive 50 timmar med biträde. Hamnar saken då i en annan dager?

Fordras det, med andra ord, att det går *väsentligt mycket bättre* med ett biträde – eller kanske rent av att den enskilda utan ett biträde saknar alla möjligheter att nå framgång alls med sin talan? Är en 90-procentig processvinst en rättsförlust, eller är endast en 90-procentig processförlust en rättsförlust? Någonstans däremellan bör väl en kritisk gräns nås, där parten är tillräckligt dålig på att ta tillvara sina intressen för att anses ha ett ”verkligt” (och berättigat) behov av biträde.³⁵⁶² Men var drar vi gränsen? Och hur skall gränsen dras i alla de mål där tvisteföremålets värde inte ens låter sig kvantifieras? För att dra resonemanget till sin spets:

³⁵⁶⁰ Bylander (2006) s. 403.

³⁵⁶¹ Se särskilt avsnitt 1.2.2.1 ovan.

³⁵⁶² Som Kaldal framhåller utgör rättsligt beslutsfattande ett dikotomt ställningstagande: behov/inte behov (eller i Kaldals fall: risk/inte risk). Detta innebär att ett behov i lagens mening endast föreligger när en värdering av omständigheterna i målet innebär att den i lagen angivna ”behovsnivån” är nådd. Dessförinnan föreligger inget (rättsligt) behov. Exakt var denna gräns skall dras är dock naturligtvis en värdering. Jfr Kaldal (2010) s. 172.

Antag att det allmänna har ansökt om tvångsvård avseende C:s barn, avslagit D:s ansökan om att beviljas asyl i Sverige samt åtalat E för våldtäkt mot barn – skall vi i så fall betrakta frågan som kvantifierbar i det enskilda fallet (i termer av ”processodds”), eller kanske snarare diskutera behovet av riskreducering inom hela målkategorin? Har C, D respektive E ett ”verkligt” behov av biträde om statistiken visar att tillgången till ett biträde ökar sannolikhet för att domstolen skall besluta till deras fördel med 10 procent, 100 procent eller 1 000 procent? Eller om vi vänder på det: Har C, D och E behov av biträde om vi så bara undviker en enda ”felaktig” dom till den enskildas nackdel i ett totalt urval på 10, 100 eller 1 000 mål?

Mot denna bakgrund kan vi fråga oss vad följande uttalanden egentligen ger uttryck för:

A behöver biträde för ta kunna *tillvara sina intressen i målet*. // B behöver biträde för att kunna *verka för sitt försvar*. // C behöver biträde för att kunna *framlägga sin sak*. // D behöver biträde för att kunna *hävda sin ståndpunkt*. // Osv.

Ovanstående påståenden kan omöjligen beskrivas som teoretiska/empiriska satser, eftersom de knappast kan vara sanna/falska beroende på fakta. De kursiverade orden saknar nämligen en semantisk referens och innefattar därmed oundvikligen värderingar. Vad som i själva verket påstås är följande:

A behöver biträde för ta kunna tillvara sina intressen i målet *tillräckligt bra*. // B behöver biträde för att kunna verka för sitt försvar *tillräckligt bra*. // Osv.

Mot denna bakgrund är jag benägen att instämma i vad Rättegångsutredningen anförde i sitt slutbetänkande. Beträffande kostnadsfördelningen mellan parterna *efter processen* konstaterade nämligen utredningen att ”det i de flesta fall är ogörligt för rätten att säga att parten borde ha kunnat klara sig utan biträde” – detta således i ett skede när biträdets insatser kan utvärderas retrospektivt.³⁵⁶³ Att göra en ”förprovning”, det vill säga en prospektiv bedömning – vilket är vad som krävs vid förordnandet av offentligt finansierade biträden – betraktade utredningen som ännu mer problematiskt, bland annat med hänvisning till att ”bedömningsunderlaget vid tidpunkten för provningen är ofullständigt”.³⁵⁶⁴ Man kan bara fråga sig hur domstolen *innan processen ens har börjat* skall kunna prognosticera om parten (1) riskerar att inte ”kunna komma till sin rätt”, (2) att det föreligger ett kausalt samband mellan den prognosticerade ”rättsförlusten” och just avsaknaden av biträde; samt (3) om den faktiska risken/förväntade rättsförlusten är tillräckligt kvalificerad för att ”nå upp” till den kritiska gränsen där ett rättsligt behov anses föreligga. Det säger sig självt att denna bedömning knappast kan ske med någon större precision.

³⁵⁶³ Om skillnaden mellan en prospektiv resp. en retrospektiv bedömning av sannolikhet i relation till risk; se Kaldal (2010) s. 172 och 195. Se även Lindell (2015) s. 189 f.

³⁵⁶⁴ SOU 1982:26 s. 218: ”En provning i processens slutskede vällar inte samma problem som en förprovning.”

Givet de svårigheter som behovsprövningen med nödvändighet ger upphov till är det förståeligt att lagstiftaren preciserar behovsrekvisitet i varje enskild måltyp. Likaså är det förståeligt domstolarna inte bara använder förarbetena för att uttolka rekvisitet, utan också som en kunskapskälla i empiriska frågor. Man kan dock fråga sig hur ”verklighetsförankrad” behovsprövningen blir,³⁵⁶⁵ om domstolarna inte beaktar omständigheterna i varje enskilt mål utan applicerar det av lagstiftaren definierade biträdesbehovet på den av lagstiftaren definierade ”verkligheten”. Svaret på denna fråga är förstås avhängigt hur väl lagstiftarens verklighetsuppfattning svarar mot den ”processuella verkligheten” vid våra domstolar, vilket jag kommer att diskutera närmare i avsnitt 7.3.2-6. Dessförinnan skall jag dock strukturera upp diskussionen något. Som framgått ovan kan nämligen ett närmast obegränsat antal omständigheter i verkligheten anses grunda ett biträdesbehov. Det finns följaktligen goda skäl att försöka gruppera dessa omständigheter i olika kategorier, som sedan kan ställas i relation till varandra, eftersom behovsbedömningen annars framstår som närmast kaosartad. För egen del har jag därför funnit det ändamålsenligt att närma mig biträdesbehovet som en risk, enligt vad jag nu skall utveckla.

7.3.1.2 En strukturerad hantering av risker

En risk har av Kaldal beskrivits som ”en omständighet eller en faktor som ökar sannolikheten för att något icke-önskvärt inträffar”.³⁵⁶⁶ En strukturerad hantering av risker kan i sin tur brytas ned i tre variabler, närmare bestämt:

1. Effekten, det vill säga skadan som följer om den icke önskade händelseutvecklingen inträffar.
2. Frekvensen, det vill säga sannolikheten för att den icke önskvärda effekten skall inträffa.
3. Kostnaden, antingen för att (på förhand) reducera risken eller (i efterhand) hantera skadan, både i termer av ekonomi och andra samhällskostnader.³⁵⁶⁷

Ingen av dessa tre variabler är konstanta, utan kan graderas i en tre-gradig skala enligt följande:

³⁵⁶⁵ Jfr exv. prop. 1989/90:158 s. 8: ”[E]n verklig prövning av målsägandens behov av biträde [skall ske] i det enskilda fallet.” Se även exv. SOU 2014:86 s. 140 och SOU 1995:81 s. 211 f.

³⁵⁶⁶ Kaldal (2010) s. 88. Detta avsnitt bygger på avsnitt 5.2.2 *Skada, sannolikhet och kostnad*, i a.a. s. 88 ff., som Kaldal i sin tur baserar på framförallt Lagerberg, Dagmar & Sundelin, Claes, *Risk och prognos i socialt arbete med barn – forskningsmetoder och resultat* (2000) och Wahlgren, Peter, *Juridisk riskanalys – mot en säkrare juridisk metod* (2003b). Se även Lindell (2015) s. 182 ff.

³⁵⁶⁷ Samma kriterier används inom skadeståndsrätten (enligt ”the Learned Hand Formula”), exv. vid culpabedömningar där sannolikheten för skadan och skadans storlek ställs mot kostnaderna för att undvika skadan; se Kaldal (2010) s. 187.

<i>Effekt</i>	Ringa skada	Betydande skada	Katastrof
<i>Frekvens</i>	Osannolik	Förekommer ibland	Vanlig
<i>Kostnad</i>	Låg	Rimlig	Mycket hög

Vad tabellen är tänkt att åskådliggöra är att en risk bör hanteras genom en strukturerad avvägning mellan samtliga variabler, som kan tillmätas olika relativ vikt beroende på var på skalorna vi befinner oss. Om riskens realiserande skulle innefatta en katastrof kan exempelvis en högre kostnad anses motiverad för att reducera risken än om den eventuella skadan är ringa. På motsvarande sätt kan en högre kostnad vara motiverad för att reducera en risk som annars skulle realiserats med hög frekvens än för att reducera risker som redan från början är osannolika. Däremot anses det kanske inte motiverat att för en hög kostnad reducera en risk som sällan realiserats, och när den realiserats, leder till ringa skada.

Den sammantagna riskbedömningen – det vill säga sammanvägningen av de tre variablerna – beskriver Kaldal som en ”normativ beslutsprocess”, vilket ligger helt i linje med hur jag har betraktat behovsbedömningen.³⁵⁶⁸ Att avvägningen mellan kostnaderna å ena sidan, och effekt/frekvens å andra sidan, kräver en värdering är uppenbart. Även graderingen av de tre variablerna var för sig kräver dock värderingar. Beträffande den potentiella skadan, samt kostnaderna för att reducera risken/hantera skadan, anför Kaldal följande:

”[R]edan frågan om den befarade *skadan* [är] knuten till beslutsfattarens preferenser. Vad som utgör en skada är inte givet utan avhängigt verksamheten, personen, eller situationen. Likaså är *kostnaden* en fråga om preferenser.”³⁵⁶⁹

Den tredje variabeln – sannolikheten för att risken skall inträda – har visserligen en mer ”objektiv prägel”, såtillvida att bedömningen bör utgå ifrån statistiskt påvisade samband på aggregerad nivå. När det kommer till att bedöma sannolikheten i det enskilda fallet landar vi dock återigen i värderingar, eftersom en bedömning måste göras av vilken betydelse det statistiskt påvisade sambandet skall tillmätas i det enskilda fallet. En naturlig utgångspunkt är förstås att samband som har kunnat konstateras på grupp-nivå har betydelse på individnivå, men som Kaldal förklarar är det ”inte givet hur ett statistiskt utformat genomsnittsvärde appliceras på det enskilda fallet”.³⁵⁷⁰ Med andra ord måste vi skilja *prediktion* från *prognos*.³⁵⁷¹

³⁵⁶⁸ Kaldal (2010) s. 91. Jfr även Lindell (2015) s. 17 (*kurs*, där): ”Vid juridiska bedömningar är kriterierna för beslutsfattandet sällan mätbara. Betydelsen av enskilda *rättsfakta* (kriterier) bedöms huvudsakligen subjektivt. Med ’betydelse’ avses här såväl *styrkan och relevansen* hos *konkreta rättsfakta* som deras relativa *vikt*. Särskilt vid helhetsbedömningar och intresseavvägningar har inte olika relevanta och konkreta rättsfakta samma vikt utan vissa väger tyngre än andra. Även för *bevisfakta*, det vill säga *värdet* av ett enskilt bevis, gäller att detta i regel inte är mätbart utan bedöms subjektivt.”

³⁵⁶⁹ Kaldal (2010) s. 90 (*kurs*, där).

³⁵⁷⁰ Kaldal (2010) s. 93.

³⁵⁷¹ Kaldal (2010) s. 92 ff.

Prediktionsstudier kan ge oss en bild av hur vissa variabler förhåller sig till varandra, exempelvis hur tillgången till biträde påverkar utfallet i processen (partens "processodds"). Vid den konkreta behovsprövningen rör vi oss dock från prediktion till prognos, genom att applicera våra generella kunskaper om korrelation/kauslighet på en specifik part i ett specifikt mål, för att därigenom kunna prognosticera *den troliga händelseutvecklingen*.³⁵⁷² Att parter typiskt sett är "dåliga" på att föra sin egen talan kan alltså inte tas till intäkt för att alla parter i alla mål saknar förmåga att föra sin egen talan. Däremot bör den enskilda partens förmåga bedömas i ljuset av vad vi vet om parter förmågor i allmänhet, eftersom en empiriskt grundad utgångspunkt leder till en säkrare prognos, än en bedömning som helt utgår ifrån beslutsfattarens personliga kunskaper om komplexa empiriska samband.³⁵⁷³

7.3.1.3 Är behovsbedömningen en riskbedömning?

Att enskilda processar utan biträde kan betraktas som en sådan omständighet eller faktor som ökar sannolikheten för att något icke önskvärt inträffar, varvid den icke önskvärda händelseutvecklingen är att parten inte tillförsäkras en effektiv domstolsprövning/rättsvis rättegång på grund av sin egen okunnighet, eller andra personliga omständigheter. Att parter ges tillgång till biträde syftar med andra ord till att reducera risken för en icke önskvärd händelseutveckling. Placerar vi biträdesbehovet i ovanstående mall finner vi därmed att diskussionen med fördel kan brytas ned i de tre riskvariablerna ovan, på så vis att kostnaderna för att hantera risken får ställas i relation till den potentiella skadans allvar/sannolikheten för en sådan skada. Jag vill dock påstå att *samtliga tre variabler är mycket bristfälligt utvecklade* i diskussionen kring den enskildas biträdesbehov.

Kostnaderna för juridiska biträden kan visserligen inte – ens vid en vidsträckt tolkning – förstås som en omständighet på verklighetsplanet som påverkar partens biträdesbehov som sådant. Det faktum att det kostar pengar att anlita biträde/är "gratis" att processa ensam säger nämligen ingenting om partens förmåga att föra sin talan på ett ändamålsenligt vis. Höga biträdeskostnader kan dock indirekt påverka partens behov av biträde, eftersom någon måste betala kostnaderna – parten själv, motparten, staten eller tredje man. Detta skapar naturligtvis incitament för lagstiftaren att försöka *reducera den aktuella risken genom alternativa – mindre kostsamma – åtgärder*, exempelvis genom att "förenkla processen" så till den grad att parten kan föra sin egen talan *utan risk för rättsförlust*. Eftersom kostnaderna inte kan betraktas som ett moment av själva behovet, kommer jag dock inte att fördjupa diskussionen kring dem i detta avsnitt, utan nöjer med följande påpekande:

Som jag har visat i del II har lagstiftaren på olika sätt försökt att reducera behovet av biträde, vilket ytterst har syftat till att nedbringa kostnaderna för biträden. Givet att statens resurser är begränsade är det naturligtvis fullt legitimt att försöka identifiera

³⁵⁷² Jfr Kaldal (2010) s. 182.

³⁵⁷³ Se även Kaldal (2010) s. 87.

den mest kostnadseffektiva lösningen på ett visst problem. Om det sedan är möjligt att kompensera frånvaron av biträde genom exempelvis materiell processledning är en annan fråga – alternativet bör åtminstone undersökas. I anslutning till kostnaderna menar jag dock att diskussionen i Sverige är påfallande skev. Det är nämligen inte alls ”gratis” att parter *inte anlitar biträde* – tvärtom ger detta förhållande upphov till avsevärda kostnader, som dock aldrig tas i beaktande. Hur mycket kostar det exempelvis samhället att enskilda utan biträde väcker talan i allmän domstol, eller överklagar ett förvaltningsbeslut till förvaltningsdomstol, utan fog? Hur mycket kostar det samhället att parter utan biträde överklagar domar som har gått dem emot till överrätt utan fog? Hur mycket kostar det samhället att parter utan biträde förorsakar onödig tidsutdräkt/gör domstolsprövningen ineffektiv? Hur mycket kostar det samhället att domstolarna måste utöva aktiv processledning i relation till parter som saknar biträde? Och så vidare. Kring detta vet vi ingenting, men gissningsvis är kostnaderna astronomiska. Följdfrågan blir då om dessa kostnader hade kunnat nedbringas om fler människor fick tillgång till biträde. Svaret på denna fråga är antagligen ja, men vi vet inte tillräckligt mycket för att ens kunna göra en grov uppskattning av hur mycket pengar som staten skulle ”spara” genom att parter i högre grad anlidade biträde. Jag menar därför att diskussionen kring samhällskostnaderna inte är rättvisande, eftersom kostnaderna för att förse människor med biträden *endast ställs i relation till andra intressen än ekonomiska*, såsom intresset av rätts säkerhet, jämlikhet, med mera. En nyanserad – och mer rättvisande – diskussion kring kostnaderna för rättsliga biträden förutsätter dock att vi *också beaktar alternativkostnaden i termer av ekonomi*, det vill säga vad det kostar samhället att parter i högre eller lägre utsträckning processar utan biträde, och vad gäller dessa alternativa kostnader råder betydande osäkerhet.³⁵⁷⁴ Här finns således ett trängande behov av ytterligare forskning.

Vad sedan avser de två kvarvarande variablerna – effekten och frekvensen – vill jag påstå att det vi talar om i termer av ett ”biträdesbehov” uppstår i brytpunkten mellan dessa två variabler, dock utan att frågan, mig veterligen, har diskuterats i just dessa termer.³⁵⁷⁵ Hur *allvarligt* det är att en enskild riskerar att lida, eller de facto lider, en rättsförlust (inte tillförsäkras en effektiv/rättvis domstolsprövning) kan nämligen kopplas till målets karaktär. Hur *sannolikt* det är att parten lider en sådan rättsförlust får sedan bedömas mot bakgrund av målets svårighetsgrad/partens kvalifikationer. Som har framgått ovan är det också dessa kriterier som genomsyrar diskussionen kring partens biträdesbehov, enligt vad jag nu skall precisera.

³⁵⁷⁴ Jfr Kaldal (2010) s. 91, som angående kostnadsvariabeln anför att det är ”givet” att kostnaderna för att reducera skadan kan ställas i relation till kostnaderna om skadan inträffar.

³⁵⁷⁵ Det är också möjligt att helt vända på perspektivet, genom att betrakta behovet av biträde i termer av ”nytta”. Istället för att den potentiellt negativa händelseutvecklingen av att *parten saknar biträde* bildar utgångspunkten för bedömningen, betraktas då den potentiellt positiva händelseutveckling som kan följa av att parten *får tillgång till biträde* som grunden för behovet. Tillför biträdet ingen sådan ”nytta” – vilket kan definieras på en rad olika sätt – kan parten anses sakna behov av biträde. Se till det sagda Lindell (2015) s. 190 ff., som diskuterar begreppet ”barnets bästa” i termer av nytta. Som framgår av Kaldals studie kan dock ”barnets bästa” också bedömas i termer av risk; se exv. Kaldal (2010) s. 214 ff., särskilt s. 223 ff. På samma sätt förhåller det sig med biträdesbehovet.

7.3.1.4 Biträdesbehovet – en avvägning mellan tre kriterier?

Att ett "biträdesbehov" inte kan vara verkligt och därmed förutsätter värderingar innebär inte att diskussionen/bedömningen måste vara godtycklig – tvärtom är det fullt möjligt att ställa upp riktlinjer för när en enskild skall *anses* ha ett behov av biträde i en domstolsprocess. Detta framgår inte minst av Europadomstolens praxis, där tre kriterier successivt har utkristalliserat sig. Dessa kriterier är också i mångt och mycket desamma i brottmål (Quaranta-kriterierna) och i civila mål (Airey-kriterierna), låt vara att domstolen tycks vikta dem något annorlunda.³⁵⁷⁶ I *Steel & Morris* konstaterade Europadomstolen att vikt skall tillmätas "[1] the importance of what is at stake for the applicant in the proceedings, [2] the complexity of the relevant law and procedure and [3] the applicant's capacity to represent him or herself effectively".³⁵⁷⁷ I skärningspunkten mellan dessa tre kriterier – som alla förutsätter värderingar – har vi att bedöma om den enskilda har kunnat föra sin talan *tillräckligt bra* för att tillförsäkras ett effektivt tillträde till domstol och processuell balans i relation till motparten.

Vad som är "tillräckligt bra" är naturligtvis också en ren värderingsfråga. För att få ordning på tankarna kan man dock bryta ned bedömningen i två steg: Först kan målets svårighetsgrad ställas i relation till den enskildas personliga kvalifikationer, vilket jag tidigare har talat om i termer av ett "effektivitetstest" och, om bedömningen dessutom relateras till motpartens förmåga, ett "balanstest". Genom dessa test förväntas domstolarna få en uppfattning om hur "bra" den enskilda kan förväntas föra sin egen talan (eller annorlunda uttryckt, hur sannolikhet det är att den enskilda kommer att lida "rättsförlust" i bred bemärkelse). Huruvida detta är "tillräckligt bra" (sannolikheten är tillräckligt låg) får sedan relateras till vad målet handlar om – ju viktigare målet är, desto högre är kraven på att den enskildas talan utförs på ändamålsenligt vis (effekten av "rättsförlust").³⁵⁷⁸ Detta påminner, med inte så lite välvilja, om hur lagstiftaren har resonerat i Sverige – åtminstone om vi lägger samman alla förarbeten som jag har diskuterat i denna avhandling till en gigantisk textmassa och abstraherar andemeningen ur dessa – vilket inte skall förstås som att de tre kriterierna har fyllts med samma konkreta innehåll.

I likhet med Europadomstolen har således den svenska lagstiftaren – alltjämt på en abstrakt och aggregerad nivå – resonerat utifrån vissa kriterier: Vid behovsprövningen ställs partens personliga kvalifikationer i relation till målets svårighetsgrad. Till den första kategorin ("subjektiva omständigheter") kan exempelvis hänföras

³⁵⁷⁶ I brottmål tillmäts exv. det första kriteriet stor vikt när en frihetsberövande påföljd kan komma ifråga, se avsnitt 6.2.1.2 ovan.

³⁵⁷⁷ *Steel & Morris v The United Kingdom* p. 61. Beträffande brottmålen har jag ovan talat om två kriterier: (1) hur ingripande påföljd som kan ifrågakomma (givet brottets svårighetsgrad); samt (2) den tilltalades förmåga att själv sörja för sitt försvar (givet målets komplexitet). Någon skillnad föreligger inte; jfr exv. van Puyenbroeck & Vermeulen (I.C.L.Q. 60/2011) s. 1028, som m.h.t. *Quaranta* anför att ED beaktar tre faktorer: "The seriousness of the offence and the severity of the potential sentence; the complexity of the case; the social and personal situation of the defendant."

³⁵⁷⁸ Jfr Kaldal (2010) s. 90, som beskriver riskbedömning som en "beslutsprocess i tre delar", där den första delen avser värderingen av den framtida skada, den andra delen avser sannolikheten för att skadan infaller, och den tredje delen kostnaden för att förhindra eller hantera skadan. Resonemanget påminner således om den behovsbedömning som jag skisserar, men med den skillnaden att jag inte betraktar kostnaderna som ett moment i behovsbedömningen som sådan enligt ovan.

ålder, sjukdom samt bristande utbildning/erfarenhet, och till den andra kategorin ("objektiva omständigheter") kort och gott hur "enkel"/"svår" processen är.³⁵⁷⁹ Båda dessa punkter – och i synnerhet den senare – inbjuder förstås till ytterligare problematisering:

A behöver biträde för ta kunna tillvara sina intressen i målet *tillräckligt bra* eftersom *målet är svårt* givet A:s *personliga kvalifikationer*. // B behöver inte biträde för att kunna verka för sitt försvar *tillräckligt bra* eftersom *målet är enkelt*, givet B:s *personliga kvalifikationer*. // Osv.

Att någonting är "svårt"/"enkelt" är förstås också en värdering, och vi får därför anledning att bryta ned detta uttalande strax. Studerar vi olika förarbeten med dessa två punkter i åtanke, kan vi dock konstatera att diskussionen kring parternas biträdesbehov ofta följer en sådan logik, det vill säga utgör en avvägning mellan subjektiva och objektiva omständigheter – dock på ett svepande sätt. Ett illustrativt exempel härpå är straffprocessen, som anses ställa "höga krav" på den enskilda,³⁵⁸⁰ samtidigt som misstänkta brottslingar (typiskt sett) betraktas som "mindre kunniga". Denna kombination ger upphov till ett generellt biträdesbehov, vilket i sin tur utgör en delförklaring till varför offentliga försvarare alltid kan förordnas (även om så inte alltid sker i praktiken). Eller uttryckt med lite mer finess:

"Ofta kan det för den misstänkte eller tilltalad innebära *betydande svårigheter* att utnyttja den ställning såsom part, vilken den ackusatoriska processen tillerkänner honom. Förfarandets teknik är honom i regel *främmande*, och han löper därför fara att försumma processuella åtgärder, på vilka hans rätt kan vara beroende. Och även i övrigt saknar han ofta förutsättningar att på *bästa sätt* tillvarata sin rätt. Genom okunnighet kan han försumma att andraga vad som talar till hans fördel och därigenom utsätts för en oriktig dom."³⁵⁸¹

Som jag framhöll ovan förskjuts dock förhållandet mellan det objektiva och subjektiva kriteriet, om domstolsprocessen är förknippad med en risk för att parten skall utsättas för ett *allvarligt ingrepp* (eller annan allvarlig skada), på så vis att denna *risk i sig* anses kunna ge upphov till ett faktiskt biträdesbehov.³⁵⁸² Jag skall därför ta utgångspunkt i måltypens betydelse, innan vi fördjupar diskussionen kring de två övriga kriterierna.

³⁵⁷⁹ Jfr prop. 1993/94:151 s. 174 och prop. 1996/97:9 s. 115.

³⁵⁸⁰ Jfr prop. 1972:132 s. 185: "Brottmålsprocessen bygger på ett tvåpartsförfarande där den tilltalade ställs mot en allmän åklagare. Förfarandet förutsätter en ej obetydlig aktivitet från den tilltalades sida som ofta kräver att han biträds av sakkunnig försvarare."

³⁵⁸¹ SOU 1926:32 s. 48 f.

³⁵⁸² Jfr SOU 1985:4 s. 134 f., där en distinktion görs mellan biträdesbehov p.g.a. utredningsskäl resp. "frihetsberövandet som sådant".

7.3.2 Måltypens betydelse

I mål som betraktas som särskilt ingripande sammanfaller partens egenintresse av att inte utsättas för tråkigheter med det allmänna intresset att inte utsätta enskilda för allvarliga ingrepp utan laga skäl. Detta intresse har jag ovan talat om i termer av rättssäkerhet, i bemärkelsen *riskreducering*. Biträdet betraktas helt enkelt som ett ytterligare skydd mot materiellt ”oriktiga” domar,³⁵⁸³ och inte sällan som det viktigaste skyddet. Eftersom parten riskerar ett allvarligt ingrepp anses vederbörande också ha ett berättigat intresse av att förses med ett förstärkt skydd. Det sagda illustreras väl av vad departementschefen anförde i den proposition varigenom systemet med offentliga biträden infördes, närmare bestämt att vissa måltyper inför förvaltningsdomstol

”... kan vara av synnerligen ingripande betydelse för den. I sådana ärenden kan behovet av biträdeshjälp framträda *med samma styrka* som i förfarandet vid de allmänna domstolarna.”³⁵⁸⁴

Trots att förvaltningsmål till sin karaktär beskrivs som ”enkla” kan alltså ett faktiskt biträdesbehov uppkomma i vissa måltyper, som en direkt följd av deras ingripande natur.³⁵⁸⁵ Att en måltyp är ingripande ger dock uttryck för en värdering. Följande påstående säger därför ingenting:

A behöver biträde för ta kunna tillvara sina intressen *tillräckligt bra eftersom målet är av ingripande betydelse*.

Även ovanstående uttalande kan dock brytas ner i mindre delar, om vi beaktar *varför måltypen anses vara ingripande*. Som framgått av avhandlingens del II är det nämligen endast två kategorier av mål som anses vara tillräckligt ingripande för att särbehandlas på detta sätt.

7.3.2.1 Mål där den enskilda riskerar att berövas sin frihet

Till kategorin ”ingripande mål” kan vi först och främst hänföra sådana måltyper där parten *riskerar att berövas sin frihet* (under en inte helt kortvarig tid). Hit hör naturligtvis brottmålen, och särskilt sådana mål med ett föreskrivet minimistaff på sex månaders fängelse.³⁵⁸⁶ Som jag redan har konstaterat kan vi här skönja en diskrepans i relation till Europakonventionen, på så vis att Europadomstolen *anser* att ett mål är så pass ingripande att den enskilda skall ha *rätt* till biträde redan när en

³⁵⁸³ Se t.ex. SOU 1976:71 s. 107: ”När det gäller straffprocessen har det inte ansetts tillräckligt att polismyndigheten och åklagarmyndigheten skall beakta också förhållanden som talar till den enskildes förmån och att domstolen har ansvaret för utredningens fullständighet. Man har därutöver funnit rättssäkerheten kräva att den enskilde i vissa fall utrustas med försvarare. Anledning finns då knappast att i ärenden om tvångsintagning av alkoholmissbrukare *enbart lita till* att nykterhetsnämndens mål är att hjälpa alkoholmissbrukaren och att länsrätten har ansvaret för att utredningen i ärendena är fullständig.”

³⁵⁸⁴ Prop. 1972:132 s. 170.

³⁵⁸⁵ Jfr även exv. SOU 1985:4 s. 144: ”Mål enligt LVU rör frihetsinskränkningar som ibland blir både långvariga och omfattande. *Självfällen* är behovet av offentligt biträde i sådana mål och ärenden framträdande.”

³⁵⁸⁶ RB 21 kap. 3 a § 1 st.

frihetsberövande påföljd kan komma ifråga (det vill säga finns upptagen i straffskalan som en ”inte omöjlig” påföljd).³⁵⁸⁷

I takt med att den principiella synen på tvångsvård förändrades i Sverige – från en betoning på *vården* till en ökad betoning på *tvånget*³⁵⁸⁸ – kom sedermera mål avseende administrativa frihetsberövanden att jämföras med brottmålen i detta avseende:

”Bakom stadgandena om rättsskydd inom straffprocessen ligger *övertygelsen*, att den personliga friheten i vårt samhälle är en så högt skattad förmån, att intet får underlåtas, som kan göras för att bereda skydd mot obefogade ingrepp däri. Då vid de administrativa frihetsberövandena ofta förekommer ingrepp i den personliga friheten, som är lika långtgående som frihetsstraffen, *kan med fog göras gällande*, att det rättsskydd, som ingen vill undvara i samband med straffprocessen, även *bör* knytas till de nu aktuella ingripandena i administrativ väg ...”³⁵⁸⁹

Av ovanstående citat blir det uppenbart att vad som skall betraktas som ingripande respektive inte ingripande ger uttryck för en värdering. Tidigare betraktades tvångsvård som en förmån, idag anses det vara ett ingrepp (vilket svarar bättre mot Europakonventionen). Påståendet att parten har ett verkligt biträdesbehov i tvångsvårdsmål (på grund av måltypens ingripande natur), men inte har ett motsvarande behov i exempelvis LSS-mål, saknar således helt ”teoretiskt sanningsvärde”.³⁵⁹⁰ I båda fallen är det frågan om *subjektiva övertygelser*, som både kan variera över tid och mellan olika personer. För egen del anser jag att LSS-målen är precis lika ingripande som tvångsvårdsmålen, och mer ingripande än de lindrigare brottmålen, men detta är naturligtvis ingen sanning, utan just en åsikt. Givet *rådande värderingar* – såsom dessa kommer till uttryck i gällande lagstiftning – kan vi dock koppla biträdesbehovet till någonting faktiskt konstaterbart i den aktuella målkategorin:

A behöver biträde för ta kunna tillvara sina intressen ~~tillräckligt bra~~eftersom målet är ingripande eftersom A *riskerar att frihetsberövas om domen går A emot*.

7.3.2.2 Mål där den enskilda riskerar att dödas eller utsättas för inhuman behandling

Till kategorin ”ingripande mål” kan vi hänföra ytterligare en måltyp, närmare bestämt sådana mål där en utlänning *riskerar att avlägsnas ur riket*. Som vi har konstaterat i tidigare kapitel diskuterades också denna mål-/ärendekategori till en början i termer

³⁵⁸⁷ Se särskilt avsnitt 6.2.7.1 ovan.

³⁵⁸⁸ Jfr SOU 1984:64 s. 143, ang. psykiatrisk tvångsvård: ”Det är sannolikt att det är just sjukdomsbegreppet som starkt har bidragit till att man inte har uppfattat de intagna som tvångsombändertagna. Att det faktiskt föreligger en situation då människan är berövad sin frihet och att det som sker händer mot hennes vilja. I sjukdomsbegreppet ligger invänt just ... kravet på omvärlden att ta hand om den som är sjuk och ge henne behandling. I vård- och behandlingstanken ligger att man gör något gott, omhändertagandet sker ju för den enskildes bästa.” Se även Hollander (1985) s. 24, som ställer ”förmånsaspekten” mot den ”realistiska aspekten” (enligt vilken ett frihetsberövanden ”alltid [måste] ses som frihetsberövanden”).

³⁵⁸⁹ SOU 1960:19 s. 80 f.

³⁵⁹⁰ Jfr Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009) s. 13 fn. 3.

av ”ingrepp i rörelsefriheten”, men idag torde behovet av riskreducering snarare kunna konkretiseras med hänvisning till principen om non-refoulement:³⁵⁹¹

A behöver biträde för ta kunna tillvara sina intressen ~~tillräckligt bra/~~eftersom målet är av synnerligen ingripande eftersom A riskerar att dödas eller utsätts för inhuman behandling om domen går A emot.

Att enskilda har rätt till biträde i vissa måltyper som betraktas som särskilt ingripande är, enligt min uppfattning, ett ändamålsenligt kriterium. Vad parten ”riskerar” i processen går nämligen att enkelt konkretisera i relation till det möjliga domslutet. Naturligtvis kan det råda delade meningar kring vilka måltyper som skall anses vara ingripande/inte ingripande, men det är i sig inget problem – det viktiga är att värderingarna/prioriteringarna synliggörs. Jag har i det föregående nämnt ett antal måltyper som *jag anser är så pass ingripande att en rätt till biträde borde föreligga*. Hit hör främst mål om umgängesbegränsning under pågående LVU, LSS-mål samt vissa socialförsäkringsmål och mål enligt socialtjänstlagen. Det finns ingen anledning att här upprepa skälen för detta, utan jag hänvisar till min argumentation ovan.

Utöver de nu nämnda måltyperna finns det – givet rådande värderingar – inga måltyper som anses tillräckligt ingripande för att motivera en rätt till (av staten finansierat) biträde redan på den grunden. I övriga mål kan således kostnadsreglernas utformning betraktas som en avvägning mellan subjektiva omständigheter (hänförliga till parten) och objektiva omständigheter (hänförliga till processen). Dessa två kriterier, och i synnerhet det sista, är också betydligt mycket svårare att konkretisera.

7.3.3 Partens (o)förmåga att processa/upplevelse av processen

När man diskuterar partens behov av biträde finns det skäl att skilja mellan å ena sidan biträdets betydelse för *partens egen upplevelse av processen* (som exempelvis kan studeras kvalitativt genom intervjustudier),³⁵⁹² och å andra sidan biträdets betydelse för *det materiella utfallet i rättegången* (som exempelvis kan studeras kvantitativt i termer av ”lawyer advantage”).³⁵⁹³ Jag vågar dock påstå att ett biträdesbehov alltid är kopplat till målets utgång i Sverige, det vill säga att partens egna upplevelser av processen inte tillmäts någon självständig vikt. Låt mig kort motivera detta påstående.

³⁵⁹¹ Eftersom något faktiskt behov av biträde inte anses föreligga när det är uppenbart att parten kommer att avlägsnas ur riket är det knappast risken för avlägsnande som ger upphov till biträdesbehovet, utan de potentiella konsekvenserna av ett sådant avlägsnande.

³⁵⁹² Jfr Assy (2015), som likaså diskuterar ”litigant satisfaction” (s. 169 ff.) i sin kritik av rätten till självrepresentation i domstol.

³⁵⁹³ Se Wejedal & Östlund (2016) s. 45 ff. där jag (tillsammans med Östlund) förhåller mig till denna distinktion. Vad som anförts i a.a. bygger till stora delar på tidigare versioner av detta manus. Framställningen här är något mer utvecklad jämfört med i boken *Advokatens roll*. Jfr även Bjerstedt (2009) s. 190, som talar om ”processuella” respektive ”materiella” aspekter.

7.3.3.1 Enskilda som anses särskilt skyddsvärda

Ett flertal empiriska studier har påvisat att partens intryck av en rättsprocess som ”rättvis” är av stor betydelse för vederbörandes vilja att acceptera och sedermera respektera dess utgång – kanske till och med av större betydelse än den materiella utgången som sådan.³⁵⁹⁴ Denna subjektiva upplevelse av rättvisa har i sin tur kopplats till den kontradiktoriska processformen som sådan,³⁵⁹⁵ och särskilt till känslan av att ha varit *delaktig i processen*:

”It is often the process and the integrity of the path followed, and not the ultimate result, that determine our perceptions of the legal system and our willingness to have faith in judicial decision-making. In particular, the public places a high value on individuals’ ability to *participate* in court proceedings and to have a voice in this process.”³⁵⁹⁶

För en part som har svårt att förstå domstolsprocessens logik, och kanske saknar en stark egen röst, kan tillgången till ett biträde bidra till en ökad upplevelse av delaktighet och därmed, i förlängningen, stimulera en känsla av rättvisa och acceptans – även när domen går parten emot. Med biträdets hjälp kan parten dels få en bättre förståelse för processens förlopp och utgång, dels uppleva att vederbörandes åsikter har förts fram, beaktats och därmed åtminstone legat till grund för beslutet.³⁵⁹⁷ Till detta kommer att en domstolsprocess många gånger kan vara en otrevlig upplevelse, som åtminstone kan bli enklare att genomlida med stöd från ett biträde. Mot denna bakgrund har Assy konstaterat att ”self-representation is unlikely to increase the level of satisfaction or perceptions of fairness”.³⁵⁹⁸ Frågan är dock om en part, som agerar inför svensk domstol, kan anses ha ett verkligt behov av biträde endast därför att *biträdet förbättrar partens upplevelse under och efter rättegången*, vilket i sin tur kan yttra sig genom en rad konstaterbara omständigheter – att parten helt enkelt mår bättre, medverkar under en förberedelse/förundersökning, faktiskt dyker upp under en huvudförhandling, inte överklagar en dom och så vidare. Svaret på denna fråga torde vara nej, men med vissa reservationer.

Vad först gäller biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna gör domstolarna i tvistemål och brottmål ingen prövning av biträdesbehovet per se. Varför parten har anlitat ett biträde blir därför en icke-fråga.³⁵⁹⁹ I förarbetena till ersättningslagen konstaterade dock lagstiftaren att det i skattemål måste föreligga ett ”verkligt behov”

³⁵⁹⁴ Standardverken på området är Lind, Allan, A. & Tyler, Tom R., *The Social Psychology of Procedural Justice* (1988) och Thibaut, John W. & Walker, Laurens, *Procedural justice: A Psychological Analysis* (1975).

³⁵⁹⁵ Assy (2015) s. 170.

³⁵⁹⁶ Krinsky, Miriam Aroni & Rodriguez, Jennifer *Giving a Voice to the Voiceless: Enhancing Youth Participation in Court Proceedings* (Nev. L.J. 6/2005) s. 1302-1314 (s. 1302 f.). Se även Boccaccini, Marcus T., Boothby, Jennifer L. & Brodsky, Stanley L., *Development and Effects of Client Trust in Criminal Defense Attorneys: Preliminary Examination of the Congruence Model of Trust Development* (Behav. Sci. L. 22/2004) s. 197-214 (s. 200) och Henning, Kristin, *Loyalty, Paternalism, and Rights: Client Counseling Theory and the Role of Child’s Counsel in Delinquency Cases* (Notre Dame L. Rev. 81/2005) s. 245-324 (s. 313).

³⁵⁹⁷ Jfr Bjerstedt (2009) s. 190.

³⁵⁹⁸ Assy (2015) s. 170.

³⁵⁹⁹ Med det undantag som följer av NJA 2007 s. 579.

av biträde för att ersättning skall utgå, vilket *uttryckligen kontrasterades mot att parten anlitate biträde av ”rena bekvämlighetsskäl”* (vilket således *inte* betraktades som ett verkligt behov).³⁶⁰⁰ Endast i den första kategorin av fall (de så kallade ”ersättningsfallen”) skulle således kostnadsersättning utgå, medan den som anlitate biträde för att det var bekvämt blev utan ersättning (”bekvämlighetsfallen”).³⁶⁰¹ Den senare kategorin exemplifierades i följande ordalag:

”Ärenden och mål av enklare beskaffenhet eller där myndigheten i tillräcklig utsträckning redovisat gällande rätt och sakomständigheter bör således falla utanför ersättningsfallen.”³⁶⁰²

Det verkliga behovet definierades således med hänvisning till hur enkelt ett visst mål var och därmed – får det antas – med hänsyn till vilket (juridiskt) ”värde” ett (juridiskt) biträde eventuellt kunde tillföra i relation till utgången i målet. Att lagstiftaren på detta vis kopplar biträdesbehovet till distinktionen mellan ”enklare” och ”svårare” mål är mycket vanligt, vilket jag kommer att visa i nästföljande avsnitt. Här kan vi endast konstatera att biträdesbehovet inte betraktas som ”verkligt” endast av det skälet att parten *själv anser det vara ”bekvämt”* att låta någon annan utföra talan, åtminstone inte i skattemål.³⁶⁰³

Inom de offentliga ersättningssystemen blir distinktionen mellan biträdets subjektiva och objektiva betydelse svårare att upprätthålla, framförallt i brottmål. I relation till den misstänkta/tilltalade har nämligen Högsta domstolen – med hänsyn till *försvararens förmåga att fullgöra sitt uppdrag* – exempelvis utdömt ersättning för upprepade besök på häkte, som ”till viss del [hade] förestavats av kurativa skäl, åtminstone i den meningen att personliga hänsyn och ett människovårdande syfte har varit bidragande skäl till vissa av besöken”.³⁶⁰⁴ I domskälen inskräptes dock vikten av en betydande restriktivitet.³⁶⁰⁵ Ett ”verkligt” försvararbehov kan därmed inte enbart härledas ur kurativa överväganden (exempelvis att den enskilda skall betrakta tiden på häktet som mindre nedbrytande). Vad det handlar om är snarare att säkerställa ett ”fullgott försvar”, och för att kunna erbjuda ett sådant måste försvararen emellanåt ägna sig åt viss kurativ verksamhet. Eftersom lagstiftaren inte har reagerat mot denna praxis, får vi anta att riksdagen delar Högsta domstolens uppfattning.³⁶⁰⁶

I relation till målsäganden är bedömningen mer generös; som vi har konstaterat i tidigare kapitel inrättades hela systemet med målsägandebiträden för att

³⁶⁰⁰ Prop. 1993/94:151 s. 174. Det ansågs nämligen (a. prop. s. 13f.) inte ”meningsfull från rättssäkerhetssynpunkt att ge ersättning till en enskild som av bekvämlighetsskäl låter ett juridiskt ombud föra talan”.

³⁶⁰¹ Vad som avses med ”rena bekvämlighetsskäl” – och om en näringsidkare överhuvudtaget kan anlita ett biträde av ”bekvämlighetsskäl” – diskuteras av Remstam (TSN 4/2000) s. 198.

³⁶⁰² Prop. 1993/94:151 s. 174.

³⁶⁰³ Och inte heller i tvistemål om mindre värden i vissa fall; jfr fn. 3599 strax ovan.

³⁶⁰⁴ NJA 1984 s. 877.

³⁶⁰⁵ Detta m.h.t. prop. 1981/82:28 s. 12 ff. och JuU 1981/82:19 s. 19, samt vad både DV och Advokatsamfundet anfört i yttranden till domstolen.

³⁶⁰⁶ Jfr SOU 2014:86 s. 172: ”Även försvararrollen innehåller *tydliga kurativa inslag*, t.ex. vid besök i häkte där försvararen är klientens enda kontakt med omvärlden. Samhället är enligt vår uppfattning skyldigt att stötta både den tilltalade och målsäganden”.

ge brottsoffret ett bättre *stöd att orka igenom rättegången*.³⁶⁰⁷ Redan risken för att målsäganden drar tillbaka sin anmälan och inte vill medverka i rättsprocessen är således en omständighet – baserad på empirisk kunskap – som lagstiftaren anser kunna konstituera ett biträdesbehov i vissa måltyper. Eftersom syftet med lagen om målsägandebitråde är att förbättra målsägandens upplevelse av rättsprocessen, brukar också målsägandebitrådet uppgifter karaktäriseras som ”mer kurativa och mindre juridiska” än det arbete som typiskt sett utförs av ett rättegångsbiträde.³⁶⁰⁸ Som jag också har visat i kapitel 5 sammanfaller dock statsmaktens intresse av att målsäganden medverkar under förundersökningen och huvudförhandlingen med målsägandens intresse att inte uppleva processen som alltför påfrestande. Målsägandens subjektiva upplevelser kan således tillmätas viss vikt, men i likhet med den misstänkta/tilltalades upplevelser kan detta i sin tur kopplas till utgången i målet – här statens intresse av en effektiv lagföring.

Vi kan därmed konstatera (1) att parten ibland anses ha ett verkligt biträdesbehov redan på den grunden att tillgången till biträde förbättrar partens upplevelse av rättegången. Utrymmet är dock mycket begränsat – framförallt till brottmålen, och i synnerhet till målsäganden.³⁶⁰⁹ Att den tilltalade/målsäganden får tillgång till biträde, och därigenom ”mår bättre”, kan dock i båda fallen kopplas till statens intresse att inte fälla den som är oskyldig (genom att den tilltalade tillförsäkras ett effektivt försvar), respektive att fälla den som är skyldig (genom att målsäganden ”orkar igenom” rättegången).

Att partens upplevelse av processen endast i vissa fall kan ge upphov till ett ”verkligt” biträdesbehov visar också (2) att biträdesbehovet – förstått på detta sätt – ger uttryck för en ren värdering. För att bara ta ett exempel finns det enskilda som inte överklagar Försäkringskassans avslagsbeslut helt enkelt därför att de inte orkar driva en process mot staten. En människas upplevelse av socialförsäkringsprocessen som påfrestande är dock inte mindre (eller mer) ”verklig” än målsägandens upplevelse av straffprocessen som påfrestande. Följaktligen är det inte heller en naturlag att offentlig finansiering skall utgå i den senare måltypen men inte i den tidigare – tvärtom är detta en politisk prioritering.

7.3.3.2 Enskilda som har särskilda svårigheter att föra sin egen talan

Om vi sedan övergår till att diskutera bitrådets betydelse i relation till utgången i målet kan enskilda i vissa situationer ha sådana svårigheter att föra sin egen talan på ett ändamålsenligt sätt, att ett ”verkligt” biträdesbehov anses uppkomma redan på den grunden (det vill säga utan att i egentlig mening avvägas mot målets komplexitet). Redan vid 1900-talets ingång infördes således en rätt till biträde för häktade, och

³⁶⁰⁷ Jfr SOU 1986:49 s. 29 och 86. Se dock SOU 2014:86 s. 55 f., där skyldigheten att stötta i sin tur kopplas till den rättvisa rättegången.

³⁶⁰⁸ SOU 2014:86 s. 170. Se även exv. prop. 1987/88:107 s. 93 och SOU 1986:49 s. 84 ff. Jfr dock SOU 2014:86 s. 172: ”Av vad som nu redovisats kan konstateras att en målsägande som får stöd av ett målsägandebitråde typiskt sett har behov av viss kurativ verksamhet, även om *tyngdpunkten bör ligga på det juridiska biträdet*”

³⁶⁰⁹ SOU 2007:6 s. 273, SOU 1986:49 s. 87 och Enarsson (2013) s. 214, som talar om målsägandebitrådet ”särställning”. Jfr även RÅ 1981 2:54.

sedermåra även för människor underkastade tvångsvård. Dessa regler motiverades i båda fallen med hänvisning till att parten *till följd av frihetsberövandet var fysiskt oförmögen* att aktivt tillvarata sina egenintressen:

Brottmål: ”Då han *genom frihetsberövandet* är urståndsatt att själv verka för sitt försvar, bör under alla förhållanden försvarare förordnas, om han begär det.”³⁶¹⁰

Tvångsvårdsmål: ”Särskilt bör framhållas, att han *genom frihetsberövandet* är förhindrad att själv verkställa utredning utanför sjukhuset.”³⁶¹¹

Även vad gäller på fri fot varande personer har partens kvalifikationer emellanåt beaktats i diskussionen, dock endast när det är frågan om parter som får antas ha särskilda svårigheter att föra talan i domstol, såsom väldigt gamla eller väldigt unga, missbrukare, utlänningar och allvarligt sjuka.³⁶¹² För att bara ta två exempel ur förarbetena:

Utlänningsmål: ”För utlänningen – som i allmänhet är *helt okunnig* om förhållandena i landet och som *saknar kunskaper* i svenska – är det av yttersta vikt att på ett så tidigt stadium som möjligt få hjälp av en person som är insatt i reglerna för utlännings rätt att vistas och arbeta i landet.”³⁶¹³

Socialförsäkringsmål: ”De enskilda parterna utgörs i stor utsträckning av sjuka eller gamla, som har *ringa förmåga* att själva tillvarata sin rätt.”³⁶¹⁴

Dessa omständigheter – att parten har en viss ålder, sjukdom, nationalitet och så vidare – är konstaterbara, vilket kanske också kan sägas om utbildning/erfarenhet. Följaktligen går det emellanåt att nå verklighetsplanet vid tillämpningen av det subjektiva kriteriet:

A behöver biträde för ta kunna tillvara sina intressen i målet *tillräckligt bra* // eftersom målet är *svårt* // eftersom A är *inlåst/helt okunnig om förhållandena i landet/saknar kunskaper i svenska* är *sjuk och gammal losv*.

Bortser vi från frihetsberövade personer, vars rätt till biträde kan motiveras redan med hänvisning till målets ingripande betydelse, vill jag dock påstå att partens ”kvalifikationer” inte tillmås någon vikt som ett självständigt kriterium i Sverige, varken på regelnivån eller vid tillämpningen av behovsrekvisiten i det enskilda fallet. Håri ligger också, enligt min uppfattning, en tydlig avvikelse i relation till Europakonventionen.

I Europadomstolens praxis diskuteras alltid den enskildas personliga kvalifikationer (i bemärkelsen utbildning, arbete, tidigare erfarenheter, etcetera) i relation till

³⁶¹⁰ SOU 1938:44 s. 274.

³⁶¹¹ SOU 1964:40 s. 361.

³⁶¹² Se exv. LMB 1 § 1 st. 3 p. och RB 21 kap. 3 a § 2 st. 3 p., som båda hänvisar till den enskildas personliga förhållanden.

³⁶¹³ SOU 1977:28 s. 93.

³⁶¹⁴ SOU 1971:76 s. 185.

målets komplexitet. Det subjektiva och det objektiva kriteriet betraktas alltså som lika ”viktiga”. Till detta kommer att ribban tycks vara lågt satt – i vissa avgöranden har domstolen konstaterat ett brott mot artikel 6 med hänvisning till att den klagande saknade *juridisk utbildning*, och detta trots att målet inte ansågs ”särskilt komplicerat”. I *Zdravko Stanev* anförde exempelvis domstolen följande:

”[A]lthough it is not in dispute that the applicant had a university degree, there is no suggestion that he had *any legal training*, and while the proceedings were *not of the highest level of complexity*, the relevant issues included the rules on admissibility of evidence, the rules of procedure, and the meaning of intent.”³⁶¹⁵

I kontrast till Europadomstolens förståelse av ett biträdesbehov tillmäts – menar jag – den enskildas kvalifikationer ingen vikt alls i Sverige. Detta yttrar sig genom att *alla enskilda*, alldeles oavsett utbildningsnivå, erfarenheter, sjukdomar och så vidare, anses kunna föra sin egen talan i *alla måltyp*er som lagstiftaren har karaktäriserat som ”enkla”. För att motivera detta påstående kan vi ta socialförsäkringsmålen som ett konkret exempel. Det torde nämligen råda bred enighet om att enskilda parter i denna måltyp (typiskt sett) är dåligt kvalificerade (har ”ringa förmåga”) att verka i domstol,³⁶¹⁶ i synnerhet vid vissa beslutstyper – exempelvis avseende personlig assistans. Som jag har visat i del II utgår dock inte ersättning för biträdeskostnader i socialförsäkringsmål inom ramen för något system; parten kan inte få sina biträdeskostnader ersatta i efterhand, och i praktiken beviljas inte rättshjälp annat än i extrema undantagsfall. Att parten lider av en så pass allvarlig sjukdom att vederbörande inte ens kan tillgodose sina egna grundläggande behov – åtminstone inte enligt egen utsago – anses således *inte i sig ge upphov till ett biträdesbehov*. Och varför inte? Jo, därför att förvaltningsprocessen i allmänhet anses ”enkel”, vilket således trumfar det subjektiva kriteriet till och med i sådana måltypen där alla är överens om att parterna i allmänhet har dålig förmåga att processa ensamma. Och därmed når vi pudelns kärna: distinktionen mellan ”enkla” och ”svåra” mål.

7.3.4 Målets komplexitet

Lagstiftarens kategorisering av måltypen såsom antingen ”enkla” eller ”svåra” har, menar jag, direkt avgörande betydelse för den enskilda partens möjligheter att få ersättning för sina biträdeskostnader. Detta kriterium tycks nämligen tillmätas avgörande vikt i Sverige,³⁶¹⁷ vilket förklarar varför biträdeskostnaderna hanteras helt

³⁶¹⁵ *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 40.

³⁶¹⁶ Jfr Melins skiljaktiga mening i RÅ 2002 ref. 61, där Melin anförde att ”talan i socialförsäkringsmål vanligen får föras utan juridiskt biträde av parter som inte sällan till följd av ålder eller sjukdom kan ha större svårigheter än personer som berörs av beslut inom andra förvaltningsområden att rätt uppfatta innehållet i beslut och att upptäcka eventuella felaktigheter i dessa”. Samma konstaterande i SOU 1971:76 s. 185: ”Rättsreglerna är ingalunda lättillgängliga. De enskilda parterna utgörs i stor utsträckning av sjuka eller gamla, som har ringa förmåga att själva tillvarata sin rätt.” Se även SOU 2001:47 s. 263 f. samt SOU 1991:46 s. 441.

³⁶¹⁷ Jfr SOU 2009:58 s. 488: ”Avgörande för behovet av biträde är hur svårt ärendet eller målet är.”

annorlunda i våra två processformer – trots att många mål inför förvaltningsdomstol får anses vara av ”stor betydelse”, och många enskilda får anses ”mindre lämpade” att processa i domstol. Följande uttalande är illustrativt:

”Ofta avslår förvaltningsdomstolar framställningar om allmän rättshjälp, medan allmänna domstolar gör det relativt sällan. Detta torde emellertid främst utgöra en återspeglning av att i en förvaltningsprocess den enskilde i *allmänhet kan klara sig utan hjälp*, medan han *behöver hjälp* vid en process i allmän domstol.”³⁶¹⁸

Kostnadshanteringen i förvaltningsdomstol och allmän domstol utgår alltså ifrån diametralt olika utgångspunkter. Förvaltningsprocessen betraktas över lag som så enkel att enskilda ”i allmänhet kan klara sig utan hjälp”,³⁶¹⁹ alldeles oavsett utbildningsnivå, funktionshinder, tidigare erfarenheter och så vidare. I förlängningen innebär detta att alla ersättningsregler de facto utgör undantag från den starka huvudregeln att kostnadsersättning inte utgår i någon form, eftersom parten anses sakna behov av biträde. I den allmänna processen är den generella utgångspunkten den motsatta – enskilda ”behöver hjälp” och därför utgår kostnadsersättning i någon form, åtminstone till vinnande part.

På senare år har dock lagstiftaren försökt att ”förenkla” också den allmänna processen, för att därigenom kunna begränsa rätten till ersättning i tvistemål och brottmål. Följaktligen slår distinktionen mellan ”enkla” och ”svåra” mål igenom också i allmän domstol, vilket kan illustreras med två exempel:

Vad gäller tvistemål ville lagstiftaren som bekant nedbringa såväl parternas kostnadsansvar som statens rättshjäpskostnader i småmål, och för detta ändamål infördes just ett ”förenklat förfarande”, i vilket den enskilda inte skulle behöva anlita biträde:

”Den tyngsta kostnadsposten är f.n. ersättningen till juridiskt biträde. Om några påtagliga resultat skall vinnas måste ansträngningar göras för att få bort eller i vart fall avsevärt nedbringa denna kostnadspost. Förfarandet måste *därför förenklas så att det i regel blir möjligt* för den att på ett tillfredsställande sätt utföra sin talan utan biträdes hjälp.”³⁶²⁰

³⁶¹⁸ SOU 1991:106 del A s. 633.

³⁶¹⁹ Hela det lagstiftningsarbete som utmynnade i förvaltningsprocesslagen genomsyras av ambitionen att ”underlätta” för enskilda att föra sin egen talan. Sålunda framhöll Herlitz redan i SOU 1946:69 s. 48, att det i förvaltningsprocessen var ”angeläget att noga fasthålla grundsatsen att den enskilde skall kunna komma till sin rätt ... utan de kostnader anlitaandet av ombud medför”. Till denna målsättning anslöt sig BSK i sitt slutbetänkande (se t.ex. SOU 1964:27 s. 102) och sedermera DepC i den proposition som utmynnade i förvaltningsprocesslagen. Bl.a. anfördes följande (prop. 1971:30 s. 521): ”I förvaltningsprocessen är det i en helt annan utsträckning än vid de allmänna domstolarna vanligt att den enskilde för talan utan juridiskt sakkunnigt ombud eller biträde. Förvaltningsprocesslagen är inte avsedd att tvinga fram en ändring i detta förhållande. Tvärtom har det såsom jag tidigare framhållit varit en strävan att så långt möjligt underlätta för enskilda parter att själva föra sin talan.” Se även a. prop. s. 255, 286, 289, 291 f. och 300. Exakt hur förvaltningsprocesslagen skulle underlätta för enskilda att föra sin egen talan framgår dock inte särskilt tydligt, om vi bortser från det faktum att lagen fick få paragrafer enligt vad jag strax skall visa.

³⁶²⁰ Prop. 1973:87 s. 134.

Som synes utgick departementschefen från premissen att det faktiskt *är möjligt* att förenkla en process så till den grad att enskilda kan föra talan utan biträdes hjälp (på ett ”tillfredsställande sätt”).

Vad sedan avser brottmålen yttrar sig distinktionen främst på så vis, att utredningen av brottet betraktas som ”enkel” när den misstänkta/tilltalade erkänner den åtalade gärningen, och följaktligen anses det ”i allmänhet inte motivera[t] att en försvarare förordnas” i erkända mål. Även vid förnekade gärningar har lagstiftaren dock förklarat att den enskilda i enklare mål ”normalt [bör] kunna föra sin talan själv”.³⁶²¹

Ovanstående exempel förändrar dock inte den allmänna utgångspunkten – att parten har behov av biträde, eftersom det är ”svårt” att föra talan i allmän domstol. Mot denna korta bakgrund inställer sig den naturliga följdfrågan: Hur skiljer vi de ”enkla” målen från de ”svåra”?

7.3.4.1 Distinktionen mellan ”enkla” och ”svåra” mål

Huruvida en måltyp är ”enkel” eller ”svår” är naturligtvis ett värderande omdöme som varken kan vara sant eller falskt. Försöker vi bryta ner påståendet att ”måltypen X är enkel” respektive ”måltypen Y är svår” kan vi dock identifiera ett antal konkreta omständigheter som är återkommande i diskussionen. Dessa omständigheter – som jag tidigare har betecknat ”påverkansfaktorer” – anses *förenkla* respektive *försvåra* för gemene man att uppträda inför domstol. Den slutliga värderingen (”enkel”/”svår”) kan således betraktas som summan av ett antal (”förenklande”/”försvårande”) omständigheter på verklighetsplanet, vilket gör det möjligt att åtminstone diskutera premisserna för lagstiftarens värdering. Detta är också ambitionen med detta avsnitt – att kritiskt granska vad som ofta framställs som ”fakta” (i bemärkelsen ”lagstiftarens beskrivning av hur det faktiskt går till i svensk domstol”).

I följande underavsnitt skall jag ge en översikt över de påverkansfaktorer som jag har identifierat såsom regelbundet återkommande i diskussionen. Att ungefär samma faktorer återkommer i lagstiftningsärende efter lagstiftningsärende skall *inte förstås som att resonemanget är konsekvent*. En närmare granskning visar nämligen att vissa omständigheter ibland tillmätts vikt och ibland fränkänns vikt. Inte sällan råder det till och med delade meningar om i vilken ”riktning” en viss faktor verkar, på så vis att *samma omständighet* ibland anses förenkla och ibland anses försvåra för den enskilda parter att föra sin egen talan. Symptomatiskt för diskussionen är också att den i princip *aldrig är empiriskt underbyggd*, trots att påståendena många gånger avser empiriska samband som låter sig studeras med kvantitativa eller kvalitativa metoder. I bästa fall handlar det alltså om kvalificerade gissningar kring komplexa empiriska samband, och värsta fall om värderingar/prioriteringar paketerade som verklighetsbeskrivningar.

Som jag antydde redan i det inledande avsnittet är syftet med detta kapitel *inte* att ge några svar, utan snarare att visa på inkonsekvens och sortera bort omständigheter

³⁶²¹ Prop. 1983/84:23 s. 15 f.

inför den fortsatta diskussionen. Av utrymmesmässiga skäl kommer jag inte heller att diskutera varje enskild måltyp, utan min ambition är begränsad till att *problematisera den skiljelinjen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol*. För att skapa antydan till systematik kommer jag därvid att skilja mellan (1) processens ”yttre förlopp” och processlagens utformning; (2) processuell handläggningsform; (3) partsställningen, (4) rättsfrågorna och den materiella lagstiftningens utformning; samt (5) sakfrågorna i målet/ansvaret för utredningen. Jag vill dock redan här förutskicka att dessa fem punkter inte fullt ut låter sig särskiljas; de flesta faktorerna smälter samman i, eller tangerar gränserna för, den övergripande frågan om *rollfördelningen i rättegången i allmänhet, och ansvarsfördelning avseende processmaterialet* (processens ”inre förlopp”) i synnerhet. Denna fråga – som knyter an till den så kallade officialprincipens tillämpning – kommer jag därför ägna en något mer utförlig diskussion i nästa avsnitt (7.3.5-6). Jag vill slutligen framhålla att det säkerligen kan finnas ytterligare faktorer värda att ta i beaktande.³⁶²²

7.3.4.2 Processens ”yttre förlopp” och processlagens utformning

Sedan gammalt görs inom den svenska processdoktrinen en distinktion mellan processens ”yttre” och ”inre” förlopp.³⁶²³ Denna indelning är – som exempelvis Wallerman har visat – problematisk av flera skäl, som det dock saknas anledning att fördjupa här.³⁶²⁴ Med en viss förenkling kan dock till det yttre förloppet hänföras sådana regler som avser ”själva proceduren”,³⁶²⁵ eller ”formella aspekter av förfarandet”.³⁶²⁶ Till den senare kategorin hänförs följaktligen regler om processmaterialet (”i relation till domen”³⁶²⁷), vilket innebär att distinktionen *i princip* svarar mot skiljelinjen mellan formell och materiell processledning.

Vad gäller de formella aspekterna av förfarandet är det vanligt att en *informell handläggning* kontrasteras mot en formell/formaliserad sådan.³⁶²⁸ Typiskt sett *beskrivs* också sådana mål- och ärendetyper där parterna anses kunna föra sin egen talan som just informella:

³⁶²² Jfr exv. SOU 1982:26 s. 216., där RU diskuterade olika omständigheter som, enligt utredningens mening, underlättade för enskilda att föra sin egen talan. I detta resonemang framträder vissa ytterligare faktorer som jag inte har stött på i någon annan källa, men som är väl värda att beakta. Ang. småmålsprocessen anförde RU följande: ”Vad som i övrigt särskilt karaktäriserar småmålsförfarandets tillgänglighet är principen om ensamdomare i nära kontakt med parterna, möjligheterna att yttra sig muntligen och rättens skyldighet att lämna upplysningar i skilda hänseenden, dvs. vad som brukar betecknas som domstolens serviceverksamhet.” RU föreslog också (s. 217) att det skulle införas en effektiviserad summarisk process, som skulle vara ”väl lämpad för parter att klara utan biträde, framför allt genom att part har möjlighet att ganska fritt ändra och komplettera sin talan i en senare egentlig process”. Ur det sagda kan vi således abstrahera följande två omständigheter, utöver de jag avser att diskutera i det följande: (1) att målet avgörs av ensamdomare som har nära kontakt med parterna, och (2) att parten har möjlighet att ändra/komplettera sin talan. Ytterligare en omständighet som kan vara värd att beakta är (3) omedelbarhetsprincipen.

³⁶²³ Ekelöf (1956b) s. 240 ff.

³⁶²⁴ Wallerman (2015) s. 177 ff.

³⁶²⁵ Ekelöf (1956b) s. 240.

³⁶²⁶ Wallerman (2015) s. 177.

³⁶²⁷ Ekelöf et al. (2016) s. 40. Se även Lindell (2012) s. 82.

³⁶²⁸ Se exv. Sternlight, Jean R., *Lawyerless Dispute Resolution: Rethinking a Paradigm* (Fordham Urb. L.J. 37/2010) s. 381-418 (s. 396 ff.).

Förvaltningsmål: ”Den relativt *informella handläggningen* ... medför också att det är betydligt lättare för den enskilde att själv ta tillvara sin rätt vid en sådan myndighet än vid allmän domstol.”³⁶²⁹

Förenklade tvistemål: ”Småmålsförfarandet syftar främst till att hålla parternas och samhällets kostnader för rättegången i tvister om små värden på en rimlig nivå. Själva förfarandet är förhållandevis smidigt och *informellt*.”³⁶³⁰

Vad som närmare bestämt gör en process informell/formaliserad är dock inte helt enkelt att besvara. Ibland får man närmast intrycket att det är *antalet paragrafer i processlagen* – som parten således måste förhålla sig till vid sin processföring – som avgör graden av formalisering, vilket förarbetena till förvaltningsprocesslagen illustrerar.

Förvaltningsprocesslagen tillkom på förslag av Besvärssakkunniga.³⁶³¹ I sitt slutbetänkande tecknade de sakkunniga en hög ambitionsnivå med den föreslagna lagen, som skulle vara ”så fullständig, att framledes intet utrymme behövde lämnas för en analogisk tillämpning av RB:s regler”.³⁶³² Annorlunda uttryckt var avsikten att förse förvaltningsdomstolarna med en fullvärdig motsvarighet till de allmänna domstolarnas processlag.³⁶³³ Lagförslaget blev därför förhållandevis vidlyftigt, med 20 kapitel om sammanlagt 155 paragrafer.³⁶³⁴ Vid remissbehandlingen blev dock Besvärssakkunnigas förslag föremål för kritik;³⁶³⁵ ett flertal remissinstanser menade att de sakkunniga hade skjutit över målet – att lagen var alltför omfattande.³⁶³⁶ Till detta synsätt anslöt sig departementschefen:

”Jag har redan framhållit att de garantier för den enskildes rättssäkerhet som ligger i förvaltningsdomstolsinstitutionen om möjligt bör förstärkas. Ett steg i denna riktning är enligt min mening att förfarandet hos förvaltningsdomstol blir självständigt reglerat. En jämförelse med RB ligger därför nära till hands. Enligt min mening finns det emellertid en rad synpunkter som talar för att förfarandet hos förvaltningsdomstolarna blir föremål för en mindre utförlig författningsreglering än den RB representerar.”³⁶³⁷

Något förenklat ville statsmakten skjuta förvaltningsdomstolarna *i riktning mot de allmänna domstolarna utan att underkasta dem en motsvarande regelmassa*.³⁶³⁸ En

³⁶²⁹ Prop. 1972:132 s. 170. Se även prop. 1971:30 s. 291.

³⁶³⁰ Prop. 1986/87:89 s. 69.

³⁶³¹ Lagstiftningsprocessen som utmynnade FPL diskuteras i avsnitt 7.3.6.4 nedan.

³⁶³² SOU 1964:27 s. 98. Jfr även SOU 1955:19 s. 78, där samma ambition kommer till uttryck.

³⁶³³ Jfr prop. 1971:30 del II s. 280 samt Sterzel (FT 4-6/1984) s. 325.

³⁶³⁴ BSK:s utredning har av Sterzel betecknats ”alla tiders bredaste och djupaste utredning på den allmänna förvaltningsrättsens område”. Se Sterzel, Fredrik, *Gustaf Petrén in memoriam* (SvJT 9/1990) s. 665-667 (s. 665).

³⁶³⁵ En redogörelse för remissyttrandena återfinns i SOU 1968:27 s. 21 ff.

³⁶³⁶ Prop. 1971:30 del II s. 281 f. och SOU 1968:27 s. 7. Se här till Sterzel (FT 4-6/1984) s. 325.

³⁶³⁷ Prop. 1971:30 s. 290 f.

³⁶³⁸ För att motivera en kortfattad reglering anfördes en rad argument, som jag kommer att utveckla vidare i nästföljande avsnitt, däribland: (1) att den enskilda hade en allmän motpart; (2) att förvaltningsdomstolarna hanterade många olika måltyper; och (3) att ”officialprövningsprincipen” gällde i det flesta förvaltningsmål.

detaljerad reglering av processen skulle nämligen ”ställa såväl domstolarna som allmänheten inför problem”, eller mer utvecklat:

”[F]ör förvaltningsdomstolsprocessens vidkommande [är jag] inte inställd på en sådan formalisering av processen, som skulle innebära att allmänheten i ökad utsträckning måste anlita juridiskt biträde ... *Syftet* med en lag om förfarandet hos förvaltningsdomstol är det rakt motsatta. *Genom* att lagen klarlägger och slår fast väsentliga punkter i detta förfarande, *skall den underlätta* ... för allmänheten att föra talan vid förvaltningsdomstol.”³⁶³⁹

Syftet med förvaltningsprocesslagen var alltså att underlätta för enskilda att föra sin egen talan, och detta syfte skulle uppnås *genom* en kort lag.³⁶⁴⁰ Som Fitger har konstaterat medför dock inte ett mindre antal paragrafer i en processlag nödvändigtvis att processen som sådan ”förenklas”.³⁶⁴¹ Samma uppfattning gav Domstolsutredningen uttryck för i sitt slutbetänkande:

”Varje precisering av vad som skall gälla är ... ägnad att medföra en mer omfattande reglering, och här måste man kryssa mellan Skylla och Karybdis. Det är nämligen en fördel i sig att den rättsregel som gäller rörande en i ett mål uppkommen fråga kan återfinnas enkelt och snabbt. Ett mindre antal paragrafer leder emellertid inte i sig till en enklare process. Inte heller leder ett mindre antal paragrafer i sig till att enskilda – de må vara jurister eller icke-jurister – alltid har lättare att tillgodogöra sig lagstiftningens innehåll och förstå vad som krävs av dem.”³⁶⁴²

Tar vi förvaltningsprocessen som ett exempel är det korrekt att förvaltningsprocesslagen är betydligt kortare än rättegångsbalken. Att den enskilda inte är underkastad lika rigorösa formkrav – i den bemärkelsen att förvaltningsdomstolarna är mer ”tillåtande” till exempelvis taleändringar – torde också vara korrekt. Likafullt ställer förvaltningsprocesslagen (1) krav på vad ett överklagande skall innehålla i termer av yrkande, grunder och bevisning. Till detta kommer (2) att lagen i stora delar hänvisar till rättegångsbalken, varför det blir direkt missvisande att räkna antalet paragrafer. Slutligen (3) kompletteras lagen i hög utsträckning av allmänna principer/praxis, varav vissa är generella, medan andra är specifika för olika typer av mål. Det får också anses vara en öppen fråga vad som är enklast/svårast att förhålla sig till: en uttrycklig regel som beskriver partens åberopsbörd eller en åberopsbörd som följer av praxis (i vissa mål); en regel som beskriver vad som skall betraktas som en taleändring och när en sådan ändring är tillåten, eller en ordning där dessa frågor är oklara, och så vidare.

Mot denna bakgrund kan vi konstatera att det inte alls är så enkelt att en lag som endast slår fast ”de väsentliga punkterna i förfarandet” är enklare att hantera

³⁶³⁹ Prop. 1971:30 s. 291.

³⁶⁴⁰ Naturligt nog kom därmed åtskilliga av de frågor som BSK funnit i behov av reglering att för framtiden lämnas oreglerade genom reformen, däribland frågan om rättegångskostnadernas hantering. Jfr Wennergren (2005) s. 7 f.

³⁶⁴¹ Fitger (1987) s. 164 och 166.

³⁶⁴² SOU 1991:106 del A s. 473.

och/eller ger upphov till en enklare process än en utförlig reglering. I den internationella litteraturen har exempelvis den rakt motsatta ståndpunkten intagits – att en kort processlag är svårare att hantera för icke-jurister, eftersom tomrummen med nödvändighet måste fyllas ut, och en sådan utfyllnad fordrar juridisk systemförståelse.³⁶⁴³ Skiljemannarätten brukar därvid anföras som exempel – den processuella regleringen är ofta mycket kort, vilket förklaras av att ett skiljeförfarande ”bedrivs av högt kvalificerade praktiker”, som ”vet hur det går till”.³⁶⁴⁴ I förvaltningsdomstol är verkligheten den rakt motsatta, åtminstone på klagandesidan.

7.3.4.3 Processuell handläggningsform

En konkret omständighet, som i viss mån angår själva förfarandet och som går att diskutera mer ingående, är *den processuella handläggningsformen*, det vill säga om processen är muntlig eller skriftlig.³⁶⁴⁵ I detta avsnitt skall jag därför fördjupa denna fråga något ytterligare.

Som Bylander konstaterar tillhör det den svenska processrättens ”elementa”, att prövningen enligt rättegångsbalken sker muntligt, medan prövningen enligt förvaltningsprocesslagen sker skriftligt.³⁶⁴⁶ Här föreligger således en tydlig skillnad mellan processformerna, som hade kunnat bidra till förståelsen av varför förvaltningsprocessen anses ”enklare” än den allmänna processen.³⁶⁴⁷ Den som tar del av förarbetena blir dock snarare mer förvirrad.

Trots att lagstiftaren i ett senare sammanhang har karaktäriserat valet av handläggningsform som ”den för en processordning kanske viktigaste frågan av alla”,³⁶⁴⁸ ägnades den endast en kortfattad mening i förarbetena till förvaltningsprocesslagen. Mycket riktigt handlade det dock om att göra förvaltningsprocessen just ”enkel” för den enskilda:

³⁶⁴³ Se exv. von Oberhammer, Paul, *Das schweizerische Zivilprozessrecht und seine Kodifikation* (ZEuP 4/2003) s. 751-776, som diskuterar den schweiziska civilprocesslagen. Enligt Oberhammer (s. 758 f.) är denna lag, med sina 408 artiklar, ”extremt kort” (vilket kan jämföras med FPL:s 53 §§). Med anledning av denna korthet anför Oberhammer följande (fritt översatt): ”Över denna regleringens korthet ... och den därav, som det påstås, resulterande ’enkelheten och förståeligheten’ är den schweiziska lagstiftaren särskilt stolt. I dessa sammanhang hävdas det ibland, att korthet är nödvändigt mot bakgrund av att civilprocessrätten i Schweiz till idag i icke obetydlig utsträckning tillämpas av lekmannadomare. Det är förstås synnerligen tveksamt om en ytlig och ofullständig reglering är särskilt användbar för lekmän. Särskilt för icke-jurister blir det *mycket svårt att fylla existerande luckor med en allmän grundförståelse för processrätten*. [...] Lekmannadomares tillämpning av processrätt kräver helt visst förståelighet och översiktighet, enligt min mening dock inom dessa ramar definitivt även exakta bestämmelser, vilka ger lekmännen tydliga riktlinjer.” Resonemanget torde vara överförbart på enskilda parter.

³⁶⁴⁴ von Oberhammer (ZEuP 4/2003) s. 759. Jfr lagen (1999:116) om skiljeförfarande (”LSF”). I likhet med FPL är LSF förhållandevis kort med sina 60 §§ (vilket kan jämföras med FPL:s 53 §§).

³⁶⁴⁵ Ekelöf et al. (2016) s. 39.

³⁶⁴⁶ Se RB 17 kap. 2 § och 30 kap. 2 § samt härtill 42 kap. 9 §, 43 kap. 5 §, 46 kap. 5 §, 50 kap. 17 §, 51 kap. 17 § och 55 kap. 15 § samt, avseende formerna för bevisningens förebringande, 35 kap. 14 §, 36 kap. 16 § och 40 kap. 8 § och jfr FPL 9 §. Se till det sagda Bylander (2006) s. 22 och Bylander, Eric, *Muntlighet vid domstol i Sverige*, i Bylander, Eric & Lindblom, Per Henrik (red.), *Muntlighet vid domstol i Norden: En rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presentationsformernas betydelse vid domstol i Norden* (2005) s. 131-180 (s. 137).

³⁶⁴⁷ Jag har tidigare (tillsammans med Kleist) behandlat förhållandet mellan förvaltningsprocessens skriftlighet och kravet på enkelhet i Kleist & Wejedal (FT 4/2013) s. 346 ff. Framställningen nedan bygger huvudsakligen på vår artikel.

³⁶⁴⁸ Prop. 1986/87:89 s. 179.

”Kraven på att förvaltningsdomstolsprocessen skall vara snabb, billig och förhållandevis enkel för de rättssökande talar för att man i huvudsak använder sig av skriftligt förfarande.”³⁶⁴⁹

Skall vi förstå ovanstående påstående, kan vi strukturera det som en enkel slutledning:

Premiss I: Förvaltningsprocessen bör vara enkel.

Premiss II: En skriftlig process är enklare än en muntlig process.

Slutsats: Alltså skall förvaltningsprocessen vara skriftlig (och inte muntlig).

Påståendet att förvaltningsprocessen bör vara skriftlig implicerar som synes att en skriftlig process är enklare än en muntlig process. Trots att departementschefen inte presenterade några empiriska belägg för sitt påstående, har detta sedermera okritiskt återgivits i den förvaltningsprocessuella litteraturen och därigenom successivt etablerats som en ”sanning”, vilket kan illustreras enligt följande:

Lavin: ”Skriftligheten har ansetts *nödvändig* för att tillgodose kraven på en ... förhållandevis enkel förvaltningsprocess.”³⁶⁵⁰

Ragnemalm: ”För att förvaltningsförfarandet skall vara ... förhållandevis enkelt, måste även beredningen ske i skriftlig form.”³⁶⁵¹

Vad som en gång i tiden ansågs *tala för* en viss ordning blev således med tiden en *nödvändighet*, och idag *måste* processen vara skriftlig för att tillgodose kravet på enkelhet. Intressant att notera är dock att förarbetena till rättegångsbalken bygger på det rakt motsatta antagandet; en muntlig process har ansetts underlätta för enskilda parter att föra sin egen talan, medan en skriftlig process har varit intimt förknippad med ett krav på juridiskt biträde.³⁶⁵² Exempelvis anförde redan Nya lagberedningen att parterna, genom ett ökat inslag av muntlighet, skulle få ”tillfälle att själva utföra sin talan” medan det ”i regel [utgjorde] en ovillkorlig förutsättning” att parterna anlitate biträde i en process som innehöll inslag av skriftlighet.³⁶⁵³ I den proposition som sedan låg till grund för den nya balken anfördes också att det i Sverige utgjorde en grundsats att part äger föra sin egen talan, men vad angick överrätterna var ”denna rätt med hänsyn till förfarandets skriftliga natur av ringa betydelse”.³⁶⁵⁴

Sammanfattningsvis utgår de ursprungliga förarbetena till rättegångsbalken från antagandet att en muntlig process förenklar för parterna att föra sin egen talan, medan en skriftlig process försvårar för parterna att föra sin egen talan. Att handläggningen i

³⁶⁴⁹ Prop. 1971:30 s. 535.

³⁶⁵⁰ Lavin (JT 1/1989-90) s. 78.

³⁶⁵¹ Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder* (2014) s. 86.

³⁶⁵² Bylander (2006) s. 360. Jfr dock prop. 2004/05:131 s. 146.

³⁶⁵³ Nya lagberedningen (1984), del I *Om rättegångsordningen i twistemål*, s. 22 f.

³⁶⁵⁴ Prop. 1931:80 s. 101 f.

förvaltningsprocessen – som uttryckligen utformades för att ”så långt möjligt underlätta för enskilda parter att själva föra sin talan” – är skriftlig går således ”stick i stäv” med de antaganden som ligger till grund för den allmänna processen,³⁶⁵⁵ vilket kan illustreras genom ett sista exempel av senare datum. I sitt slutbetänkande anförde Rättegångsutredningen följande:

”Särskilt bör man *undvika att tvinga* den part som saknar ombud att uteslutande använda den skriftliga handlägningsformen.”³⁶⁵⁶

Varför bör man undvika att tvinga den part som saknar ombud att använda en skriftlig process, när en skriftlig process är enklare än en muntlig process?

Uppfattningen att en skriftlig process försvårar för den enskilda att föra sin egen talan, i linje med vad Rättegångsutredningen anförde, torde idag vara den uppfattning som flest ansluter sig till, och det finner även visst empiriskt stöd för denna slutsats.³⁶⁵⁷ Två förklaringar kan erbjudas till detta: För det första att enskilda parter typiskt sett är ”dåliga” på att skriva juridiska inlagor,³⁶⁵⁸ vilket departementschefen också förutsatte i förarbetena till förvaltningsprocesslagen; förvaltningsdomstolarna skulle nämligen få ”räkna med att behandla ett stort antal på olika sätt bristfälliga partsskrivelser”.³⁶⁵⁹ Detta problem kan dock hanteras inom ramen för den skriftliga processen, genom att kraven på juridisk stringens i parternas inlagor justeras nedåt. Så har också skett i förvaltningsprocessen, vilket möjligen är vad som avses med att processen är ”informell”. Vad som är än värre – och desto svårare att komma tillrätta med – är dock att den skriftliga handlägningsformen, för det andra, försvårar för domstolen att bedriva en aktiv materiell processledning. På så vis hänger frågorna om processens yttre och inre form ofrånkomligen samman. Till frågan om materiell processledning skall jag återkomma i senare avsnitt, men för att här blott tömma ut frågan om handlägningsform är följande citat från Dahlgren tankeväckande:

”Den starkast bidragande orsaken till förvaltningsdomarnas passivitet i processledningen är enligt min uppfattning att förvaltningsmålen i regel handläggs skriftligt. Det är mycket lättare, och det faller sig mer naturligt, att utöva sin materiellt processledande roll som domare när man träffar parterna vid ett sammanträde. Vid en skriftlig handläggning måste man författa en skrivelse med frågor till den part som uttryckt sig otydligt eller på annat sätt fallerat i sin processföring. I och för sig kan man per telefon inhämta sådana uppgifter från en part, men även det alternativet är underlägset möjligheten att vid ett sammanträde ställa direkta frågor till parterna.

³⁶⁵⁵ Bylander (2006) s. 403.

³⁶⁵⁶ SOU 1982:26 s. 85.

³⁶⁵⁷ Se exv. Lyckander, Rickard, *Tala är silver, tiga är guld? En intervjustudie av förvaltningsprocessaktörer samt rättspolitisk diskussion angående om kraven på en snabb och för rättssökanden enkel förvaltningsprocess talar för en huvudsakligen skriftlig beredning* (2013), s. 61, som konstaterar att det finns ”inget som talar för att det skriftliga processandet i förvaltningsdomstol är ägnat att göra processen enklare för den enskilda”.

³⁶⁵⁸ Jfr Bylander (2006) s. 403 f.

³⁶⁵⁹ Prop. 1971:30 s. 521.

Den skriftliga processformen befrämjar helt enkelt inte domarnas benägenhet till att utöva materiell processledning.³⁶⁶⁰

Mot denna bakgrund kan vi sammanfattningsvis konstatera (1) att förvaltningsprocessen betraktas som mer informell än den allmänna processen. Enligt departementschefen medför detta sakernas tillstånd att det är ”betydligt lättare för den enskilde att själva ta tillvara sin rätt vid en sådan myndighet än vid allmän domstol”.³⁶⁶¹ Vi kan också (2) konstatera att förvaltningsprocesslagen är kortare än rättegångsbalken, vilket likaså ansågs ”underlätta” för den enskilda att föra sin egen talan.³⁶⁶² Slutligen kan vi konstatera (3) att departementschefen i förarbetena till förvaltningsprocesslagen motiverade valet av skriftlighet med hänsyn till kravet på enkelhet.³⁶⁶³

Kring det första påståendet – att förvaltningsprocessen är mer informell – torde det råda bredare enighet än kring de sistnämnda påståendena. Att förvaltningsprocesslagens rudimentära utformning gör processen enkel är inte säkert – det kan också vara tvärtom. Inte heller finns det någonting som tyder på att valet av skriftlighet leder till enkelhet – inte minst eftersom lagstiftaren i denna fråga själv har intagit direkt oförenliga ståndpunkter. Det är därför helt omöjligt att använda handläggningsformen som ett argument i någondera riktningen, vilket jag vill illustrera med ett avslutande exempel.

Som framgått ovan anförde departementschefen i förarbetena till förvaltningsprocesslagen att ”kravet” på att förvaltningsprocessen skulle vara enkel för den enskilda talade för ett skriftligt förfarande, vilket också blev huvudregeln.³⁶⁶⁴ Under åren som sedan följde kom dock förvaltningsprocessen – till följd av Europadomstolens praxis under artikel 6 – att innefatta mer muntlig handläggning. Eftersom enkelheten var direkt kopplad till skriftligheten, borde denna utvecklingen – utifrån *lagstiftarens eget resonemang* – medföra att processen blev svårare och därmed, i förlängningen, till att behovet av biträde ökade. Denna rent logiska slutledning gjorde också Lagrådet i förarbetena till den nu gällande rättshjälpslagen:

”En av konsekvenserna av att europarättsliga principer får genomslag i vårt land är för övrigt att handläggningen i förvaltningsmål allt oftare torde få inslag av muntlighet med partsnärvaro. [...] Mot bakgrund av bl.a. dessa förändringar och tendenser inom förvaltningsprocessen ligger det enligt Lagrådets bedömning närmast till hands att utgå ifrån att behoven av rättsligt biträde i förvaltningsmål kommer att bli i vart fall något större än som återspeglas i hittillsvarande starkt återhållsamma praxis.”³⁶⁶⁵

Hur hanterade då lagstiftaren detta argument? Jo, genom att påstå att det ökade inslaget av muntlighet *hade underlättat processen* för många enskilda:

³⁶⁶⁰ Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 392 f.

³⁶⁶¹ Prop. 1972:132 s. 170.

³⁶⁶² Prop. 1971:30 s. 291.

³⁶⁶³ Prop. 1971:30 s. 535.

³⁶⁶⁴ FPL 7 §.

³⁶⁶⁵ Prop 1996/97:9 s. 116 f.

”Inte heller det faktum att handläggningen får ett ökat inslag av muntlighet med partsnärvaro medför i sig att behovet av biträde ökar. Många enskilda anser snarare att det *underlättar* om handläggningen är muntlig i stället för att de skall utveckla sin talan skriftligen.”³⁶⁶⁶

Inte ens *inom ramen för samma måltyp* förhåller sig alltså lagstiftaren konsekvent till handläggningsformens betydelse. Ett klart stöd för att förvaltningsprocessen är ”enklare” än den allmänna hittar vi således inte i den här kategorin – tvärtom finns det både omständigheter som talar för att den är ”enklare” (mer informell) och för att den är ”svårare” (skriftlig), samt omständigheter som inte pekar i någon bestämd riktning (få paragrafer i processlagen).

7.3.4.4 Partsställningen

En ytterligare påverkansfaktor som återkommer i diskussionen är om *parten har en enskild eller allmän motpart/medpart*. Logiken bakom detta resonemang är tämligen enkel att ta till sig: Det allmänna är även i egenskap av part underkastad en objektivitetsplikt, och har därmed en skyldighet att ”hjälpa” den enskilda. Följaktligen har åklagarens objektivitetsplikt tillmätts betydelse i diskussionen kring både målsägandens och den misstänkta/tilltalades behov av biträde, exempelvis i följande ordalag:

Målsäganden: ”Målsägandens behov av juridisk hjälp ... bör många gånger kunna tillgodoses genom åklagarens försorg.”³⁶⁶⁷

Den misstänkta/tilltalade: ”Det finns i detta sammanhang anledning att påpeka att den misstänkte inte står utan hjälp med sitt försvar även om han inte har försvarare. Sålunda åligger det *åklagaren att bedriva utredningen på ett objektivt sätt* och försöka ta fram även sådant som talar till den misstänktes förmån.”³⁶⁶⁸

I förvaltningsprocessen är det också ett återkommande argument, att ”den enskildes motpart ... i allmänhet är en myndighet som har att agera objektivt”.³⁶⁶⁹ Detta förhållande har också fått långtgående konsekvenser för processens utformning. Den springande punkten är denna: Behöver man bygga in ett antal rättssäkerhetsgarantier, som ytterst har till syfte att skydda parterna mot varandra, i en process där den ena parten förutsätts ta tillvara båda parterens intressen?

Fråga är retorisk: Nej det behöver man inte, och det finns åtskilliga uttalanden både i förarbetena och i litteraturen som ger uttryck för inställningen att några sådana garantier *inte behövs* i förvaltningsprocessen, just av det skälet att denna inte betraktas som en *process* i egentlig mening, mellan två motstående parter. För att motivera förvaltningsprocesslagens kortfattade utformning ville exempelvis departementschefen, vid lagens tillkomst, framhålla

³⁶⁶⁶ Prop 1996/97:9 s. 118.

³⁶⁶⁷ Dir. 2005:19, i SOU 2007:6 s. 507.

³⁶⁶⁸ Prop. 1983/84:23 s. 15 f.

³⁶⁶⁹ SOU 1991:106 del A s. 631.

”... den skillnad som ligger i att de allmänna domstolarna i motsats till förvaltningsdomstolarna har att handlägga dispositiva tvistemål. När det gäller sådana mål måste det finnas ett ganska stort antal regler av typen förbud mot ändring av talan, förbud mot återopande av nya bevis och svarandens rätt till dom, vilka fyller uppgiften att *skydda part mot otillbörligt agerande från motpartens sida*. I förvaltningsdomstolsförfarandet är däremot *behovet av sådana garantier obetydligt*.”³⁶⁷⁰

Även Dahlgren har anfört att eftersom ”den enskilde så gott som alltid har en förvaltningsmyndighet som motpart [...] *saknas behov* av bestämmelser som skyddar part mot otillbörligt agerande från motparts sida”. Förvaltningsmyndigheten ”förutsätts” nämligen också i sin processförande roll ”uppträda sakligt och objektivt samt bevaka de olika intressen som bryts mot varandra i målen”.³⁶⁷¹

Alltså: Eftersom motparten i ett förvaltningsmål alltid är en myndighet, och myndigheter alltid förutsätts uppträda sakligt, behövs i förvaltningsprocessen inga rättssäkerhetsgarantier som skyddar den enskilda mot otillbörligt agerande från motparten. Men har inte den enskilda ”så gott som alltid” en förvaltningsmyndighet som motpart även i brottmål? Åklagarmyndigheten är liksom Försäkringskassan, Skatteverket etcetera en statlig myndighet, och med samma logik behöver den misstänkta/tilltalade inte skyddas mot otillbörligt agerande från åklagarens sida. För att citera Ramberg:

”Det anförs ibland att eftersom Skatteverket och förvaltningsdomstolarna har en utredningsplikt saknas det behov för den skattskyldige att också biträdas av ombud. Detta är givetvis alldeles fel. Det är som att en misstänkt i brottmål inte skulle behöva försvarare med hänsyn till Åklagarmyndighetens objektivitets- och utredningsplikt. Såväl Migrationsverket, Finansinspektionen, Försäkringskassan som Skatteverket har en objektivitets- och utredningsplikt. I likhet med åklagaren omvandlas emellertid också dessa myndigheter till part ... i samma ögonblick som ärendet eller målet kommer upp i domstol.”³⁶⁷²

Att åklagarens objektivitetsplikt *inte* ger den misstänkta/tilltalade ett tillfredsställande ”skydd” råder det konsensus kring. Till denna slutsats kom exempelvis redan Processkommissionen, i förarbetena till rättegångsbalken:

”Då allmän åklagare utreder målet eller utför talan inför rätta, åligger det honom visserligen att beakta även vad som talar till förmån för den misstänkte eller tilltalade. Men åklagarens allmänna ställning gör honom uppenbarligen benägen att fästa mer avseende vid de omständigheter, som stödja åtalet.”³⁶⁷³

³⁶⁷⁰ Prop. 1971:30 s. 291.

³⁶⁷¹ Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 329. Liknande åsikter har uttryckt av Lavin (FT 5/1992a) s. 456 f., samt av Halila, Leena, *Håller förvaltningsprocesssystemen i Finland och Sverige på att utvecklas i olika riktning?* (FT 1-3/2001) s. 49-70 (s. 69).

³⁶⁷² Ramberg, Anne, *Allas likhet inför lagen* (TSA 5/2017) s. 6-7 (s. 7).

³⁶⁷³ SOU 1926:32 s. 49 f.

I linje med kommissionens ståndpunkt har också Ekelöf (m.fl.) förklarat att tillgången till offentlig försvarare ”har långt större betydelse för den misstänktes trygghet än att objektivitetsprincipen gäller för åklagaren”.³⁶⁷⁴ Argumentet faller också delvis på sin egen orimlighet, för om åklagaren inte ens kan tillgodose målsägandens behov av biträde såsom dennas *medpart*, hur skall då en myndighet kunna tillgodose den enskildas intressen som dennas *motpart*?

Påståendet att det skulle vara *lättare* för en enskild att ha en allmän motpart än en enskild kan man också ifrågasätta med utgångspunkt i styrkeförhållandet (”balansen”) mellan parterna, eftersom en process per definition inte kan vara mer obalanserad än när en enskild möter det allmänna. Denna obalans kan på sin höjd reduceras genom att den enskilda anlitar biträde, men aldrig fullt ut neutraliseras – vilket följande citat belyser:

”I många mål upplever nog offentliga biträden att myndigheten besitter ett informations- och resursövertag. Exempelvis är endast ca 80 procent av Migrationsverkets landinformation tillgänglig för allmänheten. Ett ännu större problem är att myndigheterna ofta tycks ha ett viss tolkningsföreträde inför förvaltningsdomstolarna. Migrationsdomstolarna hänvisar i sina domar nästan uteslutande till Migrationsverkets landinformation Lifos. [...] På motsvarande sätt upplever man ofta att domstolen har en överdriven tilltro till socialnämndens utredning i LVU-mål utifrån ett synsätt att ’nämnden inte har något egenintresse ...’ och dess utredningar därför kan anses opartiska. Med då har domstolen glömt att part är just vad socialnämnden är.”³⁶⁷⁵

Vad Isaksson anför finner stöd i omfattande empirisk forskning, som visar att det är som *allra svårast* att möta staten och i andra hand en kommun (och i tredje hand ett större företag) – i alla fall för den som vill vinna en process. Ty ”as recent research reveals, public agencies are, in fact, *the most successful litigant* in almost all the surveys that studied outcomes in litigation”.³⁶⁷⁶ Eller mer utvecklat hos Kritzer, som talar om ”the Government Gorilla” i rättsalen:

”I have argued that ’party capability theory’ is not adequate to explain the strong pattern of government success in appellate litigation around the world. Government is not just ’more capable’ in terms of resources and experience, but it has a fundamental advantage that flows from the fact that it sets the rules by which cases are brought and decisions are made, and it is government officials, judges, who make the decisions. While norms of judicial independence are supposed to insulate judges from other parts of government, this separation only goes so far. Ultimately, judges are part of the regime, and when the regime comes under challenge, the government will tend to receive any breaks or benefits at the margin that might accrue.”³⁶⁷⁷

³⁶⁷⁴ Ekelöf et al. (2016) s. 79. Jfr SOU 1976:71 s. 107 ang. behovet av sådana garantier i tvångsvårdsprocessen.

³⁶⁷⁵ Jfr Isaksson (2012) s. 146.

³⁶⁷⁶ Dotan (2003) s. 224.

³⁶⁷⁷ Kritzer (2003) s. 361 f.

Att den enskilda har en allmän motpart i förvaltningsmål kan således inte heller sägas göra processen ”enklare” för den enskilda parten – den empiriska forskningen visar tvärtom att det är betydligt mycket svårare att vinna framgång i en process om motparten är staten. Till detta kommer att motparten är staten också i brottmål, och detta till trots betraktas rätten till försvarare som en grundläggande mänsklig rättighet.

7.3.4.5 Rättsfrågorna och den materiella lagstiftningens utformning

Vad gäller *rättsfrågorna* råder det minst sagt osäkerhet om dessa skall tillmätas någon vikt överhuvudtaget såsom en förenklande/försvårande faktor, i vart fall i Sverige. Som utgångspunkt anses dock principen *jura novit curia* innebära att det aldrig ställs höga krav på parterna vad gäller innehållet i gällande rätt. Ett exempel kan ges:

”Både hos allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar gäller principen *jura novit curia* (domstolen känner rätten). Parterna behöver inte prestera bevisning i form av rättsutredningar åt domstolen. Denna princip ... leder stundom till slutsatsen att parterna inte behöver lägga ned något arbete med att precisera innehållet i rättsreglerna i det prövade fallet.”³⁶⁷⁸

Det är dock inte svårt att hitta den rakt motsatta uppfattningen i förarbetena – att komplicerade rättsfrågorna kan ge upphov till ett biträdesbehov:

Brottmål: ”Om den tilltalade förnekar den gärning som han är misstänkt för kan han däremot ha behov av juridiskt biträde för att kunna hävda sin ståndpunkt gentemot åklagarens. Det kan bero på att målet innehåller komplicerade rätts[frågor].”³⁶⁷⁹

Skattemål: ”Avgörande för behovet av biträde är hur svårt ärendet eller målet är. Ett ärende eller mål kan vara svårt på grund av att det innehåller komplexa och svårbedömda rättsfrågor ...”³⁶⁸⁰

Att rättsfrågorna i målet är komplicerade kan således ibland betraktas som ett argument för att tillhandahålla/anlita biträde,³⁶⁸¹ och ibland ses som en helt ovidkommande faktor. Att förstå varför rättsfrågorna inte behandlas konsekvent – när principen *jura novit curia* ”gäller” i alla måltyper inför alla domstolar – går inte att förklara. Klart är dock att Europadomstolen i en lång rad avgöranden har betraktat rättsfrågorna som

³⁶⁷⁸ Prop. 1993/94:151 s. 132. Samma konstaterande i exv. SOU 1991:106 del A s. 631: ”Rättsfrågorna i målet påfordrar aldrig att man ställer höga processuella krav på en part. Varje domare förutsätts ju känna till svensk lag ... och dessutom kunna applicera sina kunskaper på de av parterna anförda sakförhållandena.” Se även Renfors, Sverne Arvill & Sverne (2012) s. 54, som i kommentaren till RhJL 8 § anför följande (s. 54): ”Om det enbart rör sig om en bedömning av rättsliga frågor finns det behov av biträde endast i undantagsfall.” Ur praxis kan anföras två skattemål med olika utgång: dels RÅ 1986 ref. 34 (där rättshjälp beviljades) dels RÅ 1982 1:49 (där rättshjälp inte beviljades) I det första fallet beaktades dock även den sökandes personliga förhållanden.

³⁶⁷⁹ Prop. 1983/84:23 s. 16.

³⁶⁸⁰ SOU 2009:58 s. 488.

³⁶⁸¹ Se även exv. Lagrådet i prop. 1996/97:9 s. 117: ”Ett ökat biträdesbehov lär framför allt göra sig gällande för sådana angelägenheter där de faktiska omständigheterna är svåröverskådliga och de rättsliga frågeställningarna okända eller svårbedömbara för de rättssökande.”

synnerligen viktiga vid bedömningen av målets komplexitet,³⁶⁸² vilket blir uppenbart inte minst i relation till kassationsdomstolar.³⁶⁸³ Av domstolens praxis framgår också att rättsfrågorna inte ens behöver vara särskilt komplicerade ("particularly complex") för att ett behov av biträde skall uppkomma.³⁶⁸⁴ Med Trechsels ord räcker det i princip att "legal questions of *some difficulty* are at issue" för att enskilda inte skall kunna föra sin egen talan.³⁶⁸⁵ Mot denna bakgrund kan inte principen "jura novit curia" betraktas som ett alternativ till juridiskt biträde.

En närbesläktad faktor är *den materiella lagstiftningens komplexitet*. Kring denna punkt tycks det råda mer eller mindre enighet om att en komplicerad lag ställer högre krav på den enskilda än en okomplicerad lag, vilket i viss mån är självförklarande.³⁶⁸⁶ För att bara ge ett exempel anförde departementschefen följande i förarbetena till ersättningslagen:

"En starkt bidragande orsak till att enskildas kostnader i vissa skatteärenden tenderat att stiga är den ökade komplexiteten i skattelagstiftningen som föranlett skattskyldiga att i ökad omfattning anlita advokater ... för att ta tillvara sin rätt."³⁶⁸⁷

Klart är således att en komplicerad lag är någonting som lagstiftaren förhåller sig till – däremot är det högst oklart vilka materiella regelverk som skall betraktas som *tillräckligt* komplicerade. Den materiella socialförsäkringsrätten anses exempelvis vara synnerligen komplicerad, men tydligen så pass okomplicerad att den enskilda saknar behov av biträde, och detta *trots att enskilda i socialförsäkringsmål betraktas som särskilt okvalificerade att föra sin egen talan*. Det framstår därmed som tämligen slumpartat när lagstiftningens komplexitet tillmätts sådan vikt, att den anses motivera en rätt till biträde. I angloamerikanska litteraturen torde dock råda bred enighet om att det inte är möjligt att förenkla domstolsprocessen genom att förenkla den omtvistade materiella rätten – i vart fall inte i sådan utsträckning att enskilda kan föra talan utan biträde. För att bara ge ett exempel ur den rika litteraturen på området:

"A detailed body of law is important to the precise allocation of legal rights and obligations, and this has an inevitable price in terms of linguistic clarity. Details create

³⁶⁸² Att ett mål *inte* aktualiserar några rättsfrågor betraktar motsatsvis domstolen som ett tecken på att målet *inte* är komplext; se exv. *Barsom & Varli v. Sweden*. På samma sätt resonerade RegR i RÅ 2003 ref. 56: "Endast om det är fråga om särskilt betungande påföljder och komplicerade rättsfrågor bör fri biträdes hjälp kunna beviljas med stöd av Europakonventionen i mål om skattetillägg."

³⁶⁸³ I det ovan diskuterade *Pham Hoang*, som avsåg rätt till biträde vid överklagan till franska kassationsdomstolen, anförde exv. ED följande (p. 40-41): "Mr. Pham Hoang intended to challenge in the Court of Cassation the compatibility of Articles 369 para. 2, 373, 392 para. 1 and 399 para. 2 of the Customs Code with Article 6 paras. 1 and 2 (art. 6-1, art. 6-2) of the Convention. [...] He did not, however, have the legal training essential to enable him to present and develop the appropriate arguments on such complex issues himself. Only an experienced counsel could have undertaken this, for example by trying to persuade the Court of Cassation to depart from its case-law in the field under consideration. The 'interests of justice' accordingly required a lawyer to be officially assigned to the case."

³⁶⁸⁴ Se exv. *Boner v. The United Kingdom* p. 41 och *Maxwell v. The United Kingdom* p. 38. Jfr även *Zdravko Stanev v. Bulgaria* p. 40.

³⁶⁸⁵ Trechsel (2005) s. 275.

³⁶⁸⁶ Hur detta skall förenas med det ovan citerade påståendet att parterna inte ens behöver förhålla sig till "innehållet i rättsreglerna i det prövade fallet" låter jag vara osagt.

³⁶⁸⁷ Prop. 1988/89:126 s. 7.

complexities which only experts can handle. [...] The service of lawyers therefore remain necessary to the ordinary person wishing to conduct effective litigation ...”³⁶⁸⁸

7.3.4.6 Sakfrågornas natur och ansvaret för utredningen

Övergår vi slutligen till sakfrågorna betraktas förvaltningsmålens ”natur” ibland som en påverkansfaktor. Denna punkt är dock (dessbättre) inte är så frekvent återkommande i diskussionen, men kan exemplifieras med hänvisning till Domstolsutredningen. I sitt slutbetänkande anförde utredningen följande:

”Förvaltningsprocessen är ... så utformad att det ställs låga krav på de enskilda parterna även när det gäller sakfrågorna. Detta i förening med de förvaltningsrättsliga målens natur och att dessa mål *i allmänhet rör jordnära förhållanden i vilka den enskilde har möjlighet att begripa sakfrågorna på ett fullgott sätt* har medfört att det endast undantagsvis skall behöva uppstå några kostnader [för juridiskt biträde] för de enskilda parterna.”³⁶⁸⁹

Vilken nivå av förståelse som måste uppnås hos en enskild part för att vederbörande skall anses ”begripa sakfrågorna på ett fullgott sätt”, och inte minst vilken empirisk metod som utredningen använde för att studera och sedermera fastställa en sådan nivå av förståelse hos enskilda, kan vi lämna därhän (eftersom resonemanget inte är underbyggt).

Att förvaltningsprocessen rör ”jordnära förhållanden” är naturligtvis en ren värdering som möjligen kan vara träffande för vissa förvaltningsmål, men också för vissa tvistemål och brottmål. Redan på dagis lär vi oss att man skall hålla vad man lovar/inte ljuga (tvistemål) och inte slåss/ta de andra barnens leksaker (brottmål). På en rent banal nivå kan alltså de civil- och straffprocessuella målens ”natur” också beskrivas som både ”jordnära” och ”begripliga”. Som en *generell beskrivning av alla förvaltningsmål* kan dock utredningens ståndpunkt – utan någon närmare utläggning – avfärdas som direkt missvisande, på samma sätt som ovanstående beskrivning vore missvisande för samtliga tvistemål och brottmål. Inom alla processformer finns hela skalan företrädd – från mål som rör ”jordnära” förhållanden till mål där omständigheterna är så komplicerade att de förmodligen skulle vara obegripliga för alla utan särskild sakkunskap. Sakfrågornas natur kan därför knappast läggas till grund för en generell skiljelinje mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol.

Av desto större betydelse är dock ansvarsfördelningen mellan domstolen och parterna vad gäller *utredningen (av bevisfakta) i målet*. Som jag också har visat i del II träffar detta argument – som jag ovan har kallat ”kompensationsargumentet” – alla processformer, idag vanligtvis i termer av ”materiell processledning”. Tre exempel kan ges:

³⁶⁸⁸ Assy (2015) s. 94.

³⁶⁸⁹ SOU 1991:106 del A s. 631.

Förenklade tvistemål: ”Det biträdesbehov som kan finnas *kompenseras* delvis genom att domstolen åläggs en mer aktiv processledning”.³⁶⁹⁰

Brottmål: ”Om försvarare inte medverkar *kan detta kompenseras* genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.”³⁶⁹¹

Förvaltningsmål: ”Domstolens materiella processledning och utredningsansvar enligt FPL ... *ersätter* behovet av juridisk biträdeshjälp och därmed också behovet av rättshjälp”.³⁶⁹²

Domstolens utredningsansvar avseende sakfrågorna har dock tillmätts störst betydelse i förvaltningsmål, där detta ansvar brukar härledas ur den så kallade ”officialprincipen”. Denna princip anförs i sin tur som en *generell förklaring till varför enskilda saknar behov av biträde inför förvaltningsdomstol*, exempelvis i följande ordalag:

”Förvaltningsdomstolarnas *materiella processledning och utredningsansvar* enligt förvaltningsprocesslagen gör att biträdesbehovet i dessa domstolar inte är detsamma som i mål vid allmän domstol.”³⁶⁹³

Enligt ovanstående mönster har departementschefen i proposition efter proposition kategoriskt förklarat att biträdesbehovet ”som regel är mindre framträdande” i förvaltningsprocessen än i den allmänna processen, just på grund av

”... den *officialprövning* som i allmänhet åligger förvaltningsdomstolar och förvaltningsmyndigheter. Domstolen eller myndigheten har i enlighet härmed skyldighet att tillse att ärendet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.”³⁶⁹⁴

Ibland har departementschefen till och med gått så långt som att påstå, att hela förvaltningsprocessen ”karaktäriseras” av att

”... domstolen skall se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och att den vid behov anvisar parterna hur utredningen bör kompletteras. Till skillnad från dispositiva mål, där ansvaret för målet vilar på parterna, *skall således domstolen vara aktiv (officialprincipen)*. Utgångspunkten är således att de enskilda inte skall behöva anlitat juridiskt biträde eller ombud i förvaltningsprocessen.”³⁶⁹⁵

Av det ovanstående kan vi dra tre slutsatser. *För det första:* Enligt lagstiftarens uppfattning är förvaltningsdomstolarna ”aktiva”, vilket förutsätter att dessa domstolar utövar någon form av *aktivitet*. Så tycks också vara fallet – förvaltningsdomstolarna har ett ”utredningsansvar” och ägnar sig åt ”materiell processledning” och/eller

³⁶⁹⁰ Prop. 1986/87:89 s. 69.

³⁶⁹¹ Prop. 1983/84:23 s. 16.

³⁶⁹² JuU 1995/96:7 s. 8.

³⁶⁹³ Prop. 1996/97:9 s. 115.

³⁶⁹⁴ Prop. 1972:132 s. 170.

³⁶⁹⁵ Prop. 1993/94:151 s. 132.

”officialprövning”. Det är dock något oklart om dessa begrepp nyttjas som synonymer, eller om lagstiftaren åsyftar olika typer av aktiviteter.³⁶⁹⁶

För det andra: Med hänsyn till ovan nämnda aktiviteter är biträdesbehovet tydligen ”inte detsamma” i förvaltningsdomstol som i allmän domstol, vilket får förstås som att de allmänna domstolarna *inte är aktiva* (eller i vart fall *inte lika aktiva*) som förvaltningsdomstol. För om de allmänna domstolarna i lika hög (eller låg) grad ägnar sig åt materiell processledning vore det irrationellt att beskriva biträdesbehovet på två helt olika sätt.

Slutligen kan vi, *för det tredje*, konstatera att de aktiviteter vartill lagstiftaren hänvisar i viss mån är empiriskt konstaterbara; det går att få en underbyggd uppfattning om ”graden av aktivitet” genom att exempelvis intervjua domare eller studera hur domstolarna faktiskt agerar (hur många frågor de ställer under förhandlingar, hur många kompletteringsförelägganden de utfärdar, hur många ”egna” utredningsåtgärder de vidtar innan ett mål betraktas som klart för avgörande, och så vidare). Följaktligen går det att problematisera om förvaltningsdomstolarna verkligen är ”mer aktiva” än de allmänna domstolarna. Att förvaltningsprocessen är ”enkel” kommer naturligtvis alltid att ge uttryck för en värdering (på samma sätt som det motsatta påståendet – att den allmänna processen är ”svår”). Genom att bryta ner dessa påståendena är det dock möjligt att komma närmare verklighetsplanet, och därigenom diskutera grunden för värderingen.

Den ifrågasatt punkten låter sig inte avfärdas lika lätt som ovanstående faktorer – tvärtom är det officialprincipen som kvarstår som särskiljande faktor, när vi har sorterat bort alla andra påverkansfaktorer. Som jag har visat är det också denna faktor som under åren har tillmätts störst betydelse i diskussionen kring den enskildas biträdesbehov. Av detta skäl skall jag nu fördjupa diskussionen kring officialprincipen.

Syftet med nästa avsnitt är *inte* att lämna en allmän redogörelse för officialprincipens ”innebörd”, eftersom denna princip är tillräckligt mångbottnad för att fylla en hel monografi.³⁶⁹⁷ Istället skall jag begränsa mig till att diskutera den aktuella principen *i relation till den kontradiktoriska processformen*. Den fråga som intresserar mig är hur aktiv en domstol kan/bör vara i en process som har inrättats som en förhandling mellan två parter, och framförallt om det är adekvat att – med hänvisning till officialprincipen – beskriva förvaltningsprocessen som ”enkel”/den allmänna processen som ”svår”.

³⁶⁹⁶ I andra sammanhang har dock lagstiftaren förklarat att vad som i allmän domstol talas om i termer av ”materiell processledning” motsvarar förvaltningsdomstolarnas ”utredningsansvar”. Jag kommer därför fortsättningsvis att nyttja dessa termer som synonymer. Se prop. 2012/13:45 s. 112: ”Terminologiskt talas det i allmän domstol sällan om domstolens utredningsansvar utan *detta betecknas i stället* som materiell processledning.” Det korrekta torde dock vara att betrakta den materiella processledningen som det huvudsakliga medlet varigenom både allmän domstol och förvaltningsdomstol kan fullgöra sitt official-/utredningsansvar. Om begreppen; se fn. 3705-3706 nedan.

³⁶⁹⁷ Frågan om domstolen skall vara aktiv eller passiv i processen höljer en mångbottnad problematik med såväl juridiskt-tekniska som samhälleliga dimensioner. Utifrån ett snävare processrättsligt perspektiv har åtskilliga studier ägnats åt att klargöra tolknings- och tillämpningsproblem som anknyter till domstolens aktivitet i processen, såsom dess bundenhet vid parternas yrkanden respektive åberopanden, liksom dess utrymme att bedriva materiell processledning; se exv. Westberg (1988) och Boman, Robert, *Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål* (1964), som ägnar sina avhandlingar åt RB 17 kap. 3 § första respektive andra meningen. Beträffande förvaltningsprocessen; se även von Essen (2016).

7.3.5 Biträdesbehovet och officialprincipen

En rättegång förutsätter med nödvändighet förekomsten av åtminstone två processsubjekt: dels en domstol som är behörig att avkunna dom över det omtvistade rättsförhållandet; dels parter som omfattas av domens rättsverkningar.³⁶⁹⁸ Hur rollfördelningen mellan dessa subjekt lämpligen bör utformas har av Westberg karaktäriserats som ”en av de mest centrala frågorna i rättskipningen”.³⁶⁹⁹ Till detta kan bara fogas, att frågan kanske också är den mest mångfacetterade.³⁷⁰⁰ Något förenklat har man dock inom den processrättsliga doktrinen laborerat med två i viss mån konträra grundprinciper,³⁷⁰¹ som reglerar om och i vad mån domstolen respektive parterna på eget initiativ får eller skall vara aktiva i processen: *officialprincipen* och *förhandlingsprincipen*.³⁷⁰² I sin renodlade form representerar dessa principer två ytterligheter på en skala, där domstolen spelar huvudrollen (och parterna en biroll) i en process präglad av officialprincipen, medan rollfördelningen är den omvända i en process präglad av förhandlingsprincipen.³⁷⁰³

7.3.5.1 Officialprincipen och förhandlingsprincipen – två ändrar på en skala?

I litteraturen hänvisas det ibland till officialprincipen som om den vore en erkänd och därmed till sitt innehåll allmänt känd princip. På motsvarande sätt har lagstiftaren hänvisat till principen i allsköns olika lagstiftningssammanhang, utan att närmare precisera vad som egentligen avses.³⁷⁰⁴ Inte sällan nyttas dessutom olika begrepp för att beskriva samma företeelser; det talas exempelvis om ”officialprincipen”, ”officialprövning”, ”officialprövningsskyldighet”, ”officialprövningsprincipen”, ”officialagerande”, ”officialansvar”, och slutligen om ”materiell processledning” eller

³⁶⁹⁸ Se Kallenberg (1917-1939) bd. I avd. 2 s. 122 och Ekelöf (1956b) s. 24.

³⁶⁹⁹ Westberg (1988) s. 23. Se även Ekelöf (1956b) s. 254.

³⁷⁰⁰ Jfr Lindell, Bengt, *Partsautonomins gränser* (1988) s. 13, som anför att temat ”materiell processledning tillhör det mest omskrivna och debatterade inom processrätten”, vilket antas bero på att temat innefattar ”en stor mängd frågor, såväl praktiskt som principiellt viktiga”. Och detta är tema är endast ett av flera som rymms inom den större frågan om rollfördelningen i rättegången.

³⁷⁰¹ Jfr Dahlgren (JT 2/1991-92) s. 249.

³⁷⁰² I äldre processdoktrin ställdes ”förhandlingsmaximen” mot ”undersökningsmaximen”. Dessa två principer kom sedermera att föröka sig och bli fyra till antalet: förhandlings- och dispositionsprincipen, resp. official- och undersökningsprincipen. Konsensus tycks ha förelegat, och föreligger väl alltjämt, om att dessa principer an knyter till rollfördelningen i rättegången mellan domstolen och parterna. Däremot är det inte helt klart var skiljelinjen dras mellan dessa principer. Se till det sagda exv. Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten* (1999) s. 166 och Ekelöf (1956b) s. 214 ff. (särskilt s. 245 ff.). I det följande kommer jag i brödtexten att endast laborera med förhandlingsprincipen resp. officialprincipen, som kanske kan betraktas som två paraplybegrepp som innesluter de företeelser som brukar hänföras till dispositions- resp. undersökningsprincipen; jfr Westberg (2013) s. 137.

³⁷⁰³ Se t.ex. Westberg (2013) s. 136 jfr även SOU 1926:33 s. 6: ”Under det att förhandlingsmetoden bygger på parternas initiativ och verksamhet, utgår undersökningsmetoden från att domstolen skall bära ansvaret för rättegångens fortskridande.”

³⁷⁰⁴ En sökning på olika varianter av ”official-” i exv. följande propositioner ger en minst sagt spretig träffbild: prop. 2011/12:45, prop. 2009/10:215 s. 165 ff., prop. 2009/10:180 s. 204, prop. 2008/09:201 s. 74, prop. 2006/07:119 s. 32, prop. 2004/05:170 s. 511, prop. 2003/04:80 s. 54, prop. 2002/03:128 s. 55 f., prop. 2002/03:110 s. 307, prop. 1993/94:151 s. 132, prop. 1988/89:126 s. 7, prop. 1971:30 och prop. 1931:80 s. 107.

”materiell processledningsskyldighet”.³⁷⁰⁵ Dessa begrepp kan också fyllas med delvis olika innehåll, men med en minsta gemensam nämnare: att officialprincipen i någon mån anses angå *domstolens ansvar för utredningens fullständighet*.³⁷⁰⁶

Klart är således att officialprincipen inte kan tillskrivas någon allmänt vedertagen innebörd.³⁷⁰⁷ Istället är till denna princip att hänföra vitt skilda företeelser, som innebär att *domstolen i olika avseenden får eller skall vara självständigt verksam i processen*, och såtillvida – genom egen aktivitet – berika processmaterialet eller rentav utvidga processramen.³⁷⁰⁸ Med att officialprincipen äger tillämpning kan därmed åsyftas åtminstone två skilda aktiviteter,³⁷⁰⁹ närmare bestämt:

1. Att domstolen har ett större eller mindre *officialansvar*, varmed avses ett ansvar för utredningens fullständighet. Med ”utredningen” avses då framförallt bevisfakta i målet,³⁷¹⁰ och utredningsskyldigheten utövas som utgångspunkt inom den processram som dras upp genom parternas yrkanden och åberopade grunder.³⁷¹¹
2. Att domstolen har en större eller mindre *officialprövningsrätt*, varmed avses en rätt att utvidga processramen genom att vid prövningen av målet gå utöver par-

³⁷⁰⁵ Samtliga dessa varianter förekommer exv. i prop. 2009/10:215 s. 164 ff. (under rubriken ”Särskilt om den s.k. officialprincipen”) och prop. 2012/13:45 s. 110 (under rubriken ”Domstolens utredningsansvar”). Se även prop. 1971:30, där det ibland talas om ”officialprincipen” (t.ex. på s. 527 ff.) och ibland om ”officialprövningsprincipen” (t.ex. på s. 291 och 520), utan att någon saklig skillnad torde avses. Se till det sagda Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 391 och Wennergren (2005) s. 146.

³⁷⁰⁶ Se exv. prop. 2009/10:215 s. 164, där officialprincipen definieras enligt följande: ”... den s.k. officialprincipens tillämpning, dvs. i vilken utsträckning domstolarna aktivt medverkar till utredningen av ett mål och, oberoende av parternas åberopanden, beaktar material som har förts in i målet”. Att domstolen har ett utredningsansvar brukar i sin tur betraktas som en synonym till materiell processledning; se exv. prop. 2012/13:45 s. 113: ”Vad en domstols utredningsansvar, dvs. domstolens materiella processledningsskyldighet, innebär i praktiken varierar från måltyp till måltyp ...”

³⁷⁰⁷ Jfr Westberg (1988) s. 36 (som i sin avhandling *Domstols officialprövning* helt undviker termen ”officialprincipen”). Systematiken är nämligen oerhört skiftande; se t.ex. Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocessen – en fullbordad tvåpartsprocess* (FT 3/1996) s. 73-84 (s. 77), Wennergren (SvJT 1/1995) s. 74, Ekelöf et al. (2016) s. 61 fn. 180, von Essen, Ulrik, *Saken i förvaltningsprocessen* (FT 4/2003) s. 503-521 (s. 512), Lindblom, Per Henrik, *Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda* (SvJT 2/2000c) s. 105-155 (s. 126), Ekelöf (1956b) s. 245, Andersson (1999) s. 165 ff. och Eklund, Hans, *Inhibition – Om verkstälighetsförbud m.m. i judiciell process, inom förvaltningsrätten och i utskökningsförfarandet* (1998) s. 114 ff.

³⁷⁰⁸ Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 72, Ekelöf (1956b) s. 218 och 262, Eklund (1998) s. 116, Lindblom (SvJT 2/2000c) s. 126 och 142, Lindell (2012) s. 113, Lindell (2007) s. 158 och Westberg (1988) s. 36 f. I likhet med Ekelöf anser jag att *officialprincipen* är en lämpligare beteckning än *undersökningsprincipen* vad avser rättens aktivitet i processen, eftersom denna aktivitet inte nödvändigtvis tar sig formen av en undersökning; jfr Ekelöf et al. (2016) s. 73 fn. 239.

³⁷⁰⁹ Distinktionen mellan domstolen *officialansvar* och dess *officialprövningsrätt* är tydligen hos Wennergren (2005) s. 145. Se även Wennergren (FT 3/1996) s. 77.

³⁷¹⁰ Jfr Wennergren (2005) s. 148.

³⁷¹¹ Hur långtgående utredningsskyldighet domstolen har kan sedan variera, från att domstolen upplyser parterna om att utredningen bör kompletteras (t.ex. genom att utöva materiell processledning), till att domstolen ex officio införskaffa egen utredning i målet. Se exv. Wennergren (2005) s. 145. Jfr dock Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess: om domstolarnas roll, forum, kumulation, intresseavvägning, officialprövning, taleformer, talerätt, åberopsrätt, bevisning, förenklad skadeståndsberäkning och rättskraft vid civilprocessuell domstolstalan i miljömål* (2001) s. 99, som till domstolens officialprövning hänföra dess utredningsskyldighet.

ternas yrkanden och åberopade grunder.³⁷¹² Tillkommer en sådan prövningsrätt domstolen, utvidgas förstås officialansvaret i motsvarande mån.³⁷¹³

Drar vi officialprincipen till sin extrem kommer således den traditionella partsrollen att upplösas, eftersom domstolen fullgör samtliga partsfunktioner; domstolen drar både upp ramarna för sin egen prövning och inhämtar all nödvändig utredning. Istället för att agera som ett självständigt verksamt subjekt kommer parten därmed att fungera endast som ett objekt för domstolens utredning/prövning.³⁷¹⁴

Ett ändamålsenligt sätt att närma sig officialprincipen är kontrastera den mot förhandlingsprincipen, som istället *ålägger eller tillåter parterna att vara verksamma i rättegången* och av egen drift påverka processmaterialet liksom processramen. Med att denna princip äger tillämpning kan således också åsyftas två skilda företeelser:

1. Att parterna bär ansvaret för utredningens fullständighet.
2. Att parterna bestämmer ramarna för domstolens prövning genom sina yrkanden och åberopade grunder.³⁷¹⁵

Från domstolens perspektiv begränsar således förhandlingsprincipen utrymmet för domstolsaktivitet, genom att dels förbjuda rätten att inhämta egen utredning,³⁷¹⁶ dels binda rätten vid den processram som parterna har dragit upp.³⁷¹⁷ I sin mest renodlade form innebär således en tillämpning av förhandlingsprincipen, att domstolen har att avgöra målet enbart på den bevisning som parterna har presenterat

³⁷¹² Här kan man förstås tänka sig olika variationer, exv. att domstolen är bunden av yrkandet i målet men inte av parternas åberopade grunder. Hur långtgående officialprövningsrätt domstolen har kan också variera, från att domstolen förmår parterna att själva justera sina yrkanden och grunder (exv. genom att utöva materiell processledning), till att domstolen ex officio prövar också sådana rättsföljder som inte omfattas av parternas yrkanden, eller även beaktar sådana rättsfakta som parterna inte har åberopat. Se exv. Westberg (1988) s. 37. Notera dock att systematiken är mycket skiftande, särskilt med en bakåtblick. Inom den äldre (förvaltnings)processuella diskursen användes ibland undersökningsprincipen för att beskriva rättens ansvar för utredningen, medan officialprincipen nyttjades för att beskriva rättens bundenhet vid parts yrkanden och åberopanden. I denna gestaltning brukade förhandlingsprincipen ställas upp som undersökningsprincipens motsats, och dispositionsprincipen som officialprincipens motsats. Se vidare SOU 1991:106 del A s. 513, SOU 1946:69 s. 73 ff. och 76 ff., Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 391, Ekelöf et al. (2016) s. 61 fn. 180, Lindell (2007) s. 158 ff., Westberg (1988) s. 36 och Von Essen (FT 4/2003) s. 512.

³⁷¹³ Jfr fn. 3720 nedan (in fine).

³⁷¹⁴ Se t.ex. Westberg (2010) s. 67 fn. 2 och vidare s. 81 f., Ekelöf et al. (2016) s. 74 f. och Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 391. Se även SOU 1991:106 del A s. 513.

³⁷¹⁵ Det skall dock noteras att systematiken även här är mycket skiftande. Traditionellt ansågs förhandlingsprincipen endast avse processmaterialet och inte domstolens bundenhet vid den processram som dragits upp genom parternas yrkanden och åberopanden. En tillämpning av förhandlingsprincipen innebar således inget mer än att hela ansvaret för utredningen/bevisningen i målet ankom på parterna. En sådan tolkning av förhandlingsprincipen återfinns exv. hos Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 7 s. 42 f. och Olivecrona, Karl, *Domstolar och tvistemål* (1978) s. 52. Se även SOU 1926:33 s. 6. Att domstolen dessutom kunde vara bunden av parternas yrkanden och åberopade grunder betraktades istället som ett utflöde av dispositionsprincipen; se exv. Kallenberg (1917-1939) bd II avd. 7 s. 10 ff., Olivecrona (1978) s. 51 f. och Lindell (2007) s. 155. Se även SOU 1946:69 s. 73 ff. och 76 ff. Mot denna terminologi vände sig Ekelöf, som ville ge förhandlings- och dispositionsprinciperna ”en helt annan innebörd än den traditionella” – dock utan att få något direkt genomslag för sin begreppsbildning i detta avseende; se till det sagda Ekelöf et al. (2016) s. 61 fn. 180 och vidare s. 74, Ekelöf (1956b) s. 242 ff., Andersson (1999) s. 167, Westberg (1988) s. 30 (särskilt fn. 37 och 41), Lindell (2007) s. 155, Eklund (1998) s. 115 fn. 2 samt Larsson, Sven, *Dispositionsprinciper och dispositiva regler* (SvJT 1/1980) s. 577-605 (s. 579 f.).

³⁷¹⁶ Läst motsatsvis innebär exv. RB 35 kap. 6 § 2 meningen ett förbud att inhämta utredning i dispositiva tvistemål.

³⁷¹⁷ Jfr RB 17 kap. 3 § (tvistemål), RB 30 kap. 3 § (brottmål) och FPL 29-30 §§ (förvaltningsmål), som innebär en varierande grad av bundenhet vid parternas yrkanden och åberopade grunder.

och inom de ramar som parterna dragit upp genom sina yrkanden/medgivanden och återopanden/erkännanden.³⁷¹⁸

Inte sällan beskrivas officialprincipen och förhandlingsprincipen som varandras ”motsatser”,³⁷¹⁹ vilket framstår som träffande, men bara *om principerna dras till sin spets*. Som Wennergren konstaterar är dock denna beskrivning olycklig, eftersom den framkallar felaktiga associationer (åtminstone om principerna betraktas som en dikotomi). Officialprincipen och förhandlingsprincipen har nämligen kopplats samman med våra två processformer, vilket antyder att förvaltningsprocessen och den allmänna processen också skulle vara varandras ”motsatser”. Detta ger dock, för att återknyta till Wennergren, ”en felaktig bild av den processuella verkligheten”.³⁷²⁰

Ingen modern processordning har utgått ifrån en renodlad tillämpning av vare sig official- eller förhandlingsprincipen; fullständigt passiva parter eller en fullständigt passiv domstol har aldrig ansetts önskvärt (eller ens tänkbart).³⁷²¹ Skall man försöka fånga kärnan i det sagda utpekar istället de två principerna det processsubjekt – domstolen eller parterna – som förväntas inta ”en dominerande ställning i rättegången”.³⁷²² Istället för att betraktas som varandras motsatser kan således de två principerna betraktas som två ändar på en skala: En process präglad av officialprincipen kan då, å ena sidan, liknas vid en av domstolen bedriven undersökning/utredning, vilket *inte innebär att parterna måste förhålla sig helt passiva*. En process präglad av förhandlingsprincipen kommer, å andra sidan, att gestalta sig som en förhandling mellan två aktiva parter inför en *mer eller mindre passiv domstol*.³⁷²³ Och någonstans mellan dessa ändar kan vi placera både den allmänna processen och förvaltningsprocessen.

³⁷¹⁸ SOU 1991:106 del A s. 513. Se även Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 391 fn. 13.

³⁷¹⁹ Se t.ex. Lavin (JT 1/1989-90) s. 75, Lavin, Rune, *Processrättsliga spörsmål hos Regeringsrätten*, i Regner, Göran, Eliason, Marianne & Vogel, Hans-Heinrich (red.), Festskrift till Hans Ragnemalm (2005) s. 181-196 (s. 186) och Sandin, Erik, *Aberopsbörda i mål om offentlig upphandling – två steg framåt, ett steg bakåt* (JT 4/2009-10) s. 917-928 (s. 918). Jfr även prop. 2009/10:180 s. 204 samt SOU 1991:106 del A s. 513, där de ifrågasvarande principerna likaså uppställs som varandras ”motsatser”.

³⁷²⁰ Wennergren (2005) s. 137. I den fortsatta diskussionen kommer jag att fokusera på den del av officialprincipen som anknyter till domstolens official-/utredningsansvar. När det påstås att förvaltningsprocessen genomsyras av officialprincipen åsyftas nämligen regelmässigt – för att inte säga uteslutande – just att domstolen har ett sådant ansvar för utredningens fullständighet. Se Ragnemalm (2014) s. 112, Bohlin & Warnling-Nerep (2007) s. 105, Lavin (2005) s. 187, Vahlne Westerhäll (2002) s. 191, Edelstam (1995) s. 66 och Lundin, Olle, *Officialprincipen*, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer* (2012) s. 197-224 (s. 199 ff., särskilt s. 207 ff.). Se även t.ex. prop. 1971:30 s. 529, där DepC kategoriskt förklarade att officialprincipen ”innebär att det ytterst är domstolen som har ansvaret för utredningen i målet”. Notera dock att officialansvaret omöjligt kan frikopplas från officialprövningsrätten, eftersom utredningsansvaret måste utövas inom processramen i målet. Fär/skall domstolen utvidga processramen utvidgas följaktligen officialansvaret i motsvarande mån, vilket innebär att FPL 8 § alltid måste förstås i ljuset av FPL 29-30 §§. Jfr fn. 3713 ovan och se vidare exv. Wennergren (2005) s. 145 och 159 samt Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 394 f.

³⁷²¹ Se t.ex. SOU 1926:32 s. 7 f. och SOU 1991:106 del A s. 513. Se även Ekelöf (1956b) s. 264 och Lavin (JT 1/1989-90) s. 76, som betraktar förhandlingsprincipen och officialprincipen ”som ett slags huvudprincip inom respektive processordning” men med det viktiga tillägget, att ”[i]ngendera principen tillämpas i en renodlad form”. Jfr även Westberg (1988) s. 31, som å ena sidan ifrågasätter ”om fullständig passivitet från domstolens sida någonsin i modern tid varit särskilt utbredd” samt Lindell (2007) s. 159, som å andra sidan konstaterar att varje process förutsätter ”att parterna är verksamma”.

³⁷²² Ekelöf (1956b) s. 252.

³⁷²³ Se t.ex. Dahlgren (JT 2/1991-92) s. 249 och Lavin (JT 1/1989-90) s. 76. Se även SOU 1926:33 s. 6. Ibland talas det om att en process präglad av officialprincipen är ”domstolsdriven”. Termerna ”partsdrift” resp. ”domstolsdrift” anknyter dock Ekelöf snarare till parternas resp. domstolens bestämmanderätt över förfarandet – inte processramen och -materialet. Se till det sagda Ekelöf (1956b) s. 245 och 267 och härtill Lindell (2007) s. 59. Om begreppet processdrift; se även Wallerman (2015) s. 180, särskilt i och vid fn. 784.

I den mån det ens finns några skillnader mellan processformerna i detta avseende handlar det således om skillnader i grad – inte om skillnader i art.

7.3.5.2 Inkvisition eller kontradiktion³⁷²⁴

Av det ovan sagda följer att det i både officialprincipen och förhandlingsprincipen ligger olika föreställningar också om hur rättegången bör struktureras, vilket för oss över till nästa begreppspar. Till de aktuella grundprinciperna anknyter nämligen två olika huvudmodeller för rättegångens ”fysiska gestaltning”, närmare bestämt den *inkvisitoriska* respektive *kontradiktoriska* processformen.³⁷²⁵

Med ”inkvisitorisk rättskipning” avser jag som utgångspunkt inget annat eller mer, än att det i rättegången endast finns en ”part”,³⁷²⁶ som således uppträder ensam inför domstolen (”enpartsprocess”).³⁷²⁷ Med ”kontradiktorisk rättskipning” avses motsatsen – att det i rättegången finns minst två motstående parter, som är samtidigt verksamma inför domstolen (”tvåpartsprocess”).³⁷²⁸ Huruvida processen är inrättad som en enparts- eller tvåpartsprocess är dock inte endast av praktisk betydelse, ty i det fysiska arrangemanget av rättegången *ligger en inneboende idé om rollfördelningen* i densamma som vanligtvis, men inte nödvändigtvis, bestämmer vilken processuell grundprincip som är tillämplig.³⁷²⁹ Med Westbergs ord:

”En väsentlig del av rättskipningens idé kommer till uttryck i själva arrangemanget av rättegången. Det gäller särskilt utpekandet av de centrala aktörerna i förfarandet och fördelningen av de uppgifter som aktörerna måste utföra för att förfarandet skall fungera enligt sina syften. Föreställningar om aktörsrollerna i rättskipningen finner man huvudsakligen utvecklade inom den del av de processrättsliga läroerna som angår *kontradiktion* [och] *inkvisition* ... Dessa läror omfattar teorier om arbetsfördelning och maktfördelning i rättegången. Teorierna beskriver och föreskriver vilka uppgifter i rättegången som de centrala aktörerna (part, partsombud, domare) ska ha och hur de växelvis skall interagera med varandra för att driva processen fram till en lösning av tvisten ...”³⁷³⁰

³⁷²⁴ Se generellt Robberstad (1999). Om de olika ideologierna bakom den kontradiktoriska modellen – ”tävlingsteorin”, vartill Robberstad knyter an i sin titel, samt ”marknadsteorin” och ”liturgiteorin” – se även Westberg (2013) s. 166 ff.

³⁷²⁵ Jfr Robberstad (1999) s. 16, som talar om ”to hovedmodeller for rettssaker”, närmare bestämt ”tvekamp- eller duellmodellen” och den ”inkvisitoriske modellen”. Jfr även Westberg (1988) s. 29 och Westberg (2010) s. 66, som i anslutning till dessa modeller talar om ”själva arrangemanget av rättegången”. Notera dock att det här råder en påtaglig begreppsförvirring; se i och vid fn. 3734 nedan. Notera även att det inom straffprocessen inte brukar talas om processen som kontradiktorisk. Istället nyttjas uttrycket ”ackusatorisk”, som i sin tur beskrivs en ”underavdelning” till den kontradiktoriska, ”med den särskilda preciseringen – i brottmål – att ena parten har en anklagande funktion”. Se Bring & Diesen (2005) s. 27 ff. (särskilt s. 29 fn. 4) och vidare Ekelöf et al. (2016) s. 74 f.

³⁷²⁶ I egentlig mening är parten ingen part, eftersom vederbörande inte utövar några partsfunktioner; se fn. 3714 ovan och Ekelöf et al. (2016) s. 75, som talar om parten som ett ”undersökningsobjekt”.

³⁷²⁷ Jfr Lavin (JT 1/1989-90) s. 75 och Ekelöf (1956b) s. 234 f.

³⁷²⁸ Detta synsätt torde ansluta ganska väl till vad Ekelöf avsåg med dessa begrepp; se t.ex. Ekelöf et al. (2016) s. 75. Se även Westberg (2010) s. 84. Jfr dock Lindblom (2000f) s. 213, som menar att ”Ekelöf gör det lätt för sig genom att ... använda termen inkvisition endast när det inte finns någon åklagare”.

³⁷²⁹ Jfr Ekelöf (1956b) s. 235.

³⁷³⁰ Westberg (2010) s. 66.

Eftersom det i en inkvisitoriskt inrättad rättegång endast finns en ”part” måste interaktionen i processen ske *mellan domstolen och parten*. Följaktligen är domstolen tvungen att spela en ”dubbel roll” i rättegången, genom att både bevaka de intressen som bryts mot varandra i målet och döma i sak.³⁷³¹ Processen kommer därmed – närmast med nödvändighet – att gestalta sig som en av domstolen bedriven undersökning/utredning (vilket är officialprincipens kärna). Den kontradiktoriska processens struktur höljer däremot en motsatt idé om rollfördelning mellan processobjekten, där (tvåparts)förhandlingen bildar rättegångens fundament.³⁷³² Återigen med Westbergs ord:

”I den enklaste bestämningen av det ’kontradiktoriska förfarandet’ finns inte själva förhandlingsmomentet med. Poängen i denna den enklaste beskrivningen är bara att markera att de parter, som direkt berörs av konflikten, skall vara verksamma i processen och interaktivt (mot varandra) öva inflytande på målets utgång. Beskrivningen är emellertid alltför vag. [...] Tillförandet av *förhandlingsmomentet fångar den moderna kärnan* i det kontradiktoriska förfarandet. Förhandlingen bestämmer sättet och medlen för parternas interaktiva verksamhet. Den närmare innebörden i ’förhandling’ tydliggör parternas roller och uppgifter i rättegången visavi domarens roll och uppgifter.”³⁷³³

Eftersom det i en kontradiktoriskt inrättad process finns två samtidigt verksamma parter – som antas representera de motstående intressen som bryts mot varandra i målet – kan interaktionen i processen ske *mellan parterna*. Domstolen behöver därmed inte spela en dubbel roll, utan kan begränsa sin verksamhet till att döma i målet på grundval av det processmaterial, och inom den processram, som parterna presenterar (vilket är förhandlingsprincipens kärna).

Sammanfattningsvis föreligger det ett nära samband mellan officialprincipen/den inkvisitoriska modellen å ena sidan, och mellan förhandlingsprincipen/den kontradiktoriska modellen å andra sidan – inte sällan betraktas dessa begrepp som utbytbara storheter.³⁷³⁴ Denna begreppsförvirring är dock, enligt mitt förmenande, olycklig. Det

³⁷³¹ Se, beträffande förvaltningsdomstolarnas tidigare ”dubbla roll” i detta avseende, exv. Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, *Speciell förvaltningsrätt* (2006) s. 91, Bohlin & Wårnling-Nerep (2007) s. 98 f., Ragnemalm (2014) s. 33, Vahlne Westerhäll (2002) s. 191, Lavin (JT 1/1989-90) s. 75, Lavin, Rune, *Tvåpartsmål i förvaltningsprocessen* (FT 1-3/1992b) s. 97-120 (s. 99) och Westerberg, Olle, *Förvaltningsbesvär II* (FT 4/1967) s. 161-178 (s. 175).

³⁷³² Westberg (2010) s. 67 och Westberg (2013) s. 133 f. och 137 ff.

³⁷³³ Westberg (2010) s. 84 f.

³⁷³⁴ Inte sällan talas det om ”inkvisitionsprincipen” och ”kontradiktions-” eller ”akusationsprincipen” som synonymer till official- och förhandlingsprinciperna. Se t.ex. SOU 1926:32 s. 6 ff. och jfr Lavin (JT 1/1989-90) s. 75, som till den kontradiktoriska principen hänför det förhållandet att domstolen inte får beakta annat material än sådant som framlagts av parterna i målet. Jfr även Ekelöf et al. (2016) s. 74 f., Westberg (1988) s. 29 fn. 33 och Lindell (2007) s. 180 ff. Andra ger den kontradiktoriska principen en snävare innebörd och avser enbart det förhållandet att båda parter skall ges möjlighet att ta del av och yttra sig över vad motparten tillfört målet. En sådan snäv definition återfinns exv. hos Kallenberg (1917-1939) bd II. avd. 7. s. 6 f., Hassler (1963) s. 218, Olivecrona (1978) s. 50 och Lindell (2007) s. 158 och 180 ff. Se även Lindblom (2000b) s. 284 f., som med kontradiktoriska principen avser ”rätten för part att dels presentera sin uppfattning och anföra argument innan målet avgörs, dels att yttra sig över vad motparten anför”, och jfr Bergholtz, Gunnar, *Åtal och kontradiktion*, i Heuman, Lars (red.), *Festskrift till Per Olof Bolding* (1992b) s. 1-18 (s. 1 f.), som i den kontradiktoriska principen inbegriper ett krav processuellt, och avser härmed ”att parterna i rättegången skall vara formellt jämbördiga, att den tilltalade skall ha kännedom om fakta och få tillfälle att svara”.

är nämligen inte fullt så enkelt att vi bara har att laborera med två begreppspar och att det mellan dessa två föreligger vattentäta skott.³⁷³⁵ Att processen är inkvisitorisk innebär förstås ett praktiskt hinder för förhandlingsprincipens tillämpning; finns det endast en part måste officialprincipen råda, eftersom parten saknar en motpart att förhandla med.³⁷³⁶ Att processen är kontradiktorisk innebär dock inte – åtminstone inte i teorin – ett hinder mot officialprincipens tillämpning, eftersom domstolen kan vara aktiv även om det finns två parter som kan förhandla med varandra.

Den inkvisitoriska (enparts)processen är förpassad till rättshistorien; både de allmänna domstolarnas och förvaltningsdomstolarnas processlag tecknar numera bilden av en kontradiktorisk (tvåparts)process.³⁷³⁷ Följaktligen är rättegången i såväl tvistemål och brottmål som i förvaltningsmål strukturerad som en inför domstolen bedriven ”förhandling” mellan två parter.³⁷³⁸ Därmed dock inte sagt att förhandlingsprincipen är den allenarådande processprincipen. Den allmänna processen har visserligen utgått ifrån förhandlingsprincipen alltsedan nya rättegångsbalken, men i förvaltningsprocessen har lagstiftaren – med stor envishet – vidhållit att officialprincipen alltjämt ”gäller”. Detta till trots vill jag påstå att processformerna, åtminstone i detta avseende, knappast kan beskrivas som varandras motsatser.

7.3.5.3 Officialprincipen – en ”intressebevakningsmodell”

Den för den kontradiktoriska processen symptomatiska idén om rättegången som en förhandling mellan två aktiva parter inför en passiv domstol, liksom den därtill knutna förhandlingsprincipen, framstår för de flesta som naturlig och ändamålsenlig

³⁷³⁵ I anslutning till Ekelöf vill jag således påstå att detta är ”mindre lämpligt” att anknyta ordet ”princip” till termer inkvisition/kontradiktion, eftersom det fysiska arrangemanget av rättegången måste kunna diskuteras franskt från den processprincip som reglerar roll-/makt-/ansvarsfördelningen i rättegången, låt vara att dessa frågor är intimt sammankopplade enligt vad jag nyss har redogjort för. Se Ekelöf (1956b) s. 234 ff. och 261 och jfr Westberg (2010) s. 67, som anför följande: ”En enkel omskrivning av förhandlingsprincipen är just den kontradiktoriska principen. Och med den utgångspunkten skulle domaren alltid spela en underordnad roll till parterna, oavsett hur aktiv domaren skall vara i rättegången. Det skulle inte finnas något utrymme för något slags ortodox inkvisition. Problemet med en sådan förenklad karakterisering ... är att förenklingen förutsätter att själva förhandlingstanken i sig implicerar en given ordning för dels vilka roller som vardera parten har och vilken roll som domaren har, dels hur interaktionen mellan dessa aktörer skall gå till. En historisk-komparativ utblick visar att det saknas en sådan given ordning. Inom ramen för förhandlingstanken kan skapas och utvecklas skilda ordningar, som i grunden inte rubbar förhandlingstanken. Det är ordningar som gör tydligt att en domare kan ges en aktiv roll i skilda hänseenden och i olika grader utan att rättegången helt kanträr över till ett vad alla skulle förknippa med medeltidens inkvisitoriska förfarande.”

³⁷³⁶ Jfr vad som anfördes i Ju 1970:11 s. 43 och prop. 1971:30 s. 526.

³⁷³⁷ Jfr Westberg (1988) s. 29 och Wennergren (2005) s. 146.

³⁷³⁸ Att tala om en förhandling är inte alltid adekvat vad gäller förvaltningsprocessen, eftersom denna processform som huvudregel är skriftlig. Det centrala i sammanhanget är dock att partsintressena i målet bärs upp av två motstående parter, så att domstolen därigenom inte behöver utöva en partsfunktion.

– ja närmast som den självklara formen att bedriva rättskipning.³⁷³⁹ Flera bärande skäl talar också för att rättegången bör inrättas som en förhandling mellan två aktiva parter,³⁷⁴⁰ och detta oavsett om man eftersträvar en dom som korresponderar mot en ”materiell” (faktisk) eller ”formell” (partsbestämd/juridisk definierad) sanning. Den inkvisitoriska processen bygger nämligen på illusionen om den ”kloka och goda domaren”, som både är kapabel att ”utreda sanningen” och ”agera rättvist” i processen.³⁷⁴¹ I praktiken känner dock parterna tvisten bättre än domstolen och är därför bäst ägnade att i dialog med varandra förse rätten med ett adekvat processmaterial; parterna är, med Westbergs ord, ”tvistens viktigaste kunskapskällor”.³⁷⁴² Om en utredande (parts)funktion vilar på domstolen finns det därtill anledning att befara att rätten i sin dömande funktion inte kommer att kunna förhålla sig neutral, till och därmed inte heller ha förmåga att värdera, sin egen utredning på ett tillfredsställande sätt.³⁷⁴³ För att citera Bring och Diesen:

”Nackdelarna med denna processform var otaliga, men den viktigaste principiella svagheten var utan tvivel att samma domare som gjorde utredningen också prövade dess kvalitet. Att underkänna utredningen var således att underkänna sig själv, vilket naturligt nog ledde till att man gärna överskattade bevisningen för den tilltalades skuld.”³⁷⁴⁴

Det finns alltså sammantaget en överhängande risk för att domstolen, i en process som gestaltar sig som en domstolsdriven utredning, inte bara får ett sämre utredningsmaterial att grunda sitt avgörande på, utan också blir – eller i vart fall med fog kan uppfattas som – partisk i målet.³⁷⁴⁵ Detta är också orsaken till att alla utvecklade länder har lämnat inkvisitionsprocessen därhän.

Trots sina fördelar är dock den kontradiktoriska modellen behäftad med betydande nackdelar.³⁷⁴⁶ Eftersom domstolen i en kontradiktoriskt inrättad process inte förväntas bevaka de intressen som bryts mot varandra i målet med samma styrka

³⁷³⁹ Westberg (1988) s. 31 och Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 402, som talar om det kontradiktoriska modellen som den ”självklara verksamhetsformen för en domstol”, med följande tillägg: ”Den kontradiktoriska modellen bör enligt min uppfattning vara utgångspunkten för all rättskipande verksamhet. Det är detta arbetssätt som borgar för att allmänheten uppfattar våra domstolar som självständiga och opartiska.” Se även Dahlgren (JT 2/1991-92) s. 244: ”En inkvisitorisk process svarar svärigen upp mot de krav som numera kan och bör ställas på en modern och rättssaker rättskipning.” Jfr även Lagrådets yttrande över den före detta inkvisitoriska förvaltningsprocessen i prop. 1971:30 s. 689: ”I åtskilliga remissyttranden har framhållits såsom en allvarlig brist i den föreslagna förvaltningsprocessen att denna utanför skatteområdet icke utformats såsom ett kontradiktoriskt tvåpartsförhållande vari det allmänna representeras av ett allmänt ombud. Att sådant allmänt organ icke finnes är också enligt lagrådets mening en väsentlig brist med hänsyn till rättskipningens enhetlighet och säkerhet. [...] Lagrådet vill starkt understryka vikten av att hithörande frågor upptages till utredning och anser att, innan ett kontradiktoriskt tvåpartsförfarande införts, förvaltningsprocessen icke kan anses helt tillfredsställande.”

³⁷⁴⁰ Westberg (1988) s. 31.

³⁷⁴¹ Wiklund (1962) s. 67 f.

³⁷⁴² Westberg (2013) s. 137. Se även SOU 1926:33 s. 12 och SOU 1982:26 s. 129 och vidare hos Westberg (2010) s. 72 f., Ekelöf, Edlestam & Heuman (2009) s. 55, Ekelöf (1956b) s. 249.

³⁷⁴³ SOU 1926:32 s. 13, SOU 1926:33 s. 12 och prop. 1942:5 s. 277 f. samt SOU 1955:19 s. 66. Se även Ekelöf et al. (2016) s. 71.

³⁷⁴⁴ Bring & Diesen (2009) s. 27.

³⁷⁴⁵ Se exv. prop. 1942:5 s. 277 f, prop. 1995/96:22 s. 79, SOU 1926:32 s. 13, SOU 1955:19 s. 66 och SOU 1991:106 del A s. 500 f. och 527.

³⁷⁴⁶ Westberg (1988) s. 31.

som i en inkvisitoriskt inrättad process, förutsätter nämligen den kontradiktoriska modellen – för att fungera ändamålsenligt – att bägge parterna har såväl vilja som förmåga att hävda sina egenintressen.³⁷⁴⁷ Istället för (van)föreställningen om den kloka domaren, vilar alltså den kontradiktoriska modellen på antagandet om den ”kloka parten”.³⁷⁴⁸ Och inte nog med det – den kontradiktoriska modellen förutsätter dessutom att parterna är någotsånär balanserade (den så kallade ”balansillusionen”).³⁷⁴⁹ Det vanliga torde dock vara att båda parterna, eller i vart fall den ena, brister i sin processföring.³⁷⁵⁰ Som Westberg konstaterar kan man därför

”... anta att [den kontradiktoriska] modellen inte regelmässigt utgör en god garanti för att domstolen kommer att tillhandahållas ett fullgott och adekvat processmaterial i de konkreta målen – varken för att kunna erhålla en materiellt korrekt dom eller för att kunna åstadkomma en ur parternas synvinkel godtagbar lösning på konflikten.”³⁷⁵¹

Denna uppfattning är Westberg inte ensam om.³⁷⁵² Till detta kommer att balansillusionen i akt och mening är en illusion; en övervägande del av alla domstolsprocesser är påtagligt ”obalanserade”. I tvistemål ställs inte sällan en fysisk person mot en juridisk person, och i både straff- och förvaltningsprocessen – som tillsammans svarar för merparten utav alla mål – ställs den enskilda mot det allmänna.³⁷⁵³

Av ovanstående skäl kan en tillämpning av förhandlingsprincipen medföra att ingen – varken domstolen eller parterna – på ett ändamålsenligt sätt bevakar de intressen som aktualiseras i målet, eller i vart fall leda till att intressebevakningen

³⁷⁴⁷ Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 77: ”Förhandlingsprincipen förutsätter att parterna verkligen använder sig av sina processuella befogenheter och utövar en ändamålsenlig aktivitet i processen.” Se även Westberg (2013) s. 57 och 137 och 141 ff.

³⁷⁴⁸ Jfr Westberg (2010) s. 73.

³⁷⁴⁹ Jfr Robberstad (1999) s. 17 och Westberg (2013) s. 142 och 159.

³⁷⁵⁰ Jfr SOU 1926:33 s. 12: ”För att leda till tillfredsställande rättskipning förutsätter [förhandlingsmetoden] parter, som å ömse sidor äro i stånd att föra sin talan så som de kunna förmodas önska det. Härutinnan måste det dock icke sällan brista ...” Se även Westberg (2010) s. 73.

³⁷⁵¹ Westberg (1988) s. 31 (ang. tvistemål), med tillägget: ”Parternas intressebevakning kan brista på grund av parts okunnighet, parts misstag, parts bristande ekonomiska resurser, parts likgiltighet, parts vanmakt, parts egosim och parts kolluktiva avsikter.”

³⁷⁵² Jfr exv. Ekelöf et al. (2016) s. 77 (ang. brottmål): ”Den tilltalade kan vara nedstämd eller deprimerad av åtalet och hindras i sin verksamhet av att han eller hon är häktad eller är utsatt för andra tvångsmedel. Vidare kan man inte räkna med någon solidarisk processföring från den tilltalades sida. En åtalad som bestrider ansvar kan på olika sätt försöka sabotera processen.” Samma uppfattning hos Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 402, som konstaterar att ”den kontradiktoriska modellen knappast utgör den optimala lösningen på problemet med att föra fram ett mål till avgörande med ett så fullständigt och adekvat processmaterial som möjligt. Om parterna av någon anledning brister i bevakningen av sina egna intressen i målet, kommer detta att avspeglas i den efterföljande domen.” Se även Björlings kritik av den kontradiktoriska modellen genom begreppet ”narrativdissonans” i Björling, Erik, *Rättsstillämpningens tystnad. En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen* (2017) s. 311 ff.

³⁷⁵³ Westberg (2010) s. 73 och Westberg (2013) s. 160: ”Det är en gammal sanning (insikt) att i många tvister är parterna reellt sett inte likställda. De allra flesta parter har inte möjligheter att föra sin talan på samma faktiska förutsättningar som motparten. Parter kan skilja sig åt till kunskap, ekonomiska resurser, tillgång till tid, mental kraft att orka tvista, förmåga att stå ut med de besvär som tvisten orsakar och så vidare.” Se även sist a.a. s. 159: ”[Det förutsätts] att den kontradiktoriska rättegången utspelas mellan två parter som har lika möjligheter och lika förmågor att bevaka sina intressen och rättigheter. Det är som att den egoistiska drivkraften skulle göra dem lika duktiga. Det behövs inte mycket fantasi för att förstå att detta inte stämmer överens med verkligheten. Det må vara en sak att rättsreglerna bygger på ambitionen att parterna som rättegångsaktörer ska ges möjligheter att föra sin respektive talan på samma processuella villkor (formell likabehandling). En annan sak är om parterna i ett mål inför domstol rent faktiskt [har] samma kunskaper, lika tillgång till samma information, lika stora (små) ekonomiska resurser, och samma mentala styrka att utnyttja sina processuella möjligheter lika skickligt och omsorgsfullt.” Se även Lindell (1988) s. 16 f.

blir skev till den ”starkare” partens fördel. Med Dahlgrens ord kan således den kontradiktoriska processen – dragen till sin spets – ge rättegången ”en farsartad utformning eller innebär[a] ett spel för galleriet”. Därför är det också

”... uppenbart att domstolen måste spela en viss aktiv roll när det gäller att ta fram underlag för en materiellt riktig dom. I varje typ av mål i såväl allmän domstol som förvaltningsdomstol förekommer också mer eller mindre inslag av officialprövning.”³⁷⁵⁴

Även om goda skäl talar för att parterna bör ha det primära ansvaret för utredningen i målet är således fullständig passivitet från domstolens sida sällan eftersträvävärt.³⁷⁵⁵ Tvärtom kan domstolen inta en förhållandevis aktiv roll även i en kontradiktoriskt inrättad process, exempelvis genom att åläggas ett *sekundärt ansvar för utredningen*, utan att rättegången därigenom ”helt kantrar över till ett vad alla skulle förknippa med medeltidens inkvisitoriska förfarande”.³⁷⁵⁶ Frågan är alltså inte om domstolen skall vara aktiv i rättegången, utan snarare *hur* aktiv,³⁷⁵⁷ och svaret på denna fråga är i sin tur avhängigt vilken typ av mål det är frågan om, närmare bestämt huruvida parterna disponerar över tvisteföremålet eller ej.³⁷⁵⁸

Westberg³⁷⁵⁹ – och andra med honom³⁷⁶⁰ – har välfunnet karaktäriserat officialprincipen som en ”intressebevakningsmodell”. Principens funktion är följaktligen att bevaka de så kallade ”officialintressen”³⁷⁶¹ som skall tillgodoses inom ramen för ett måls prövning. Dessa intressen bärs i regel av parterna i målet, men detta kan också aktualisera tredjemans- eller allmänna intressen. Domstolens officialansvar kan således betraktas som ”ett alternativ eller komplement till den intressebevakning som skall utföras av parterna i rättegången”.³⁷⁶² Huruvida det föreligger ett behov av sådan intressebevakning i det enskilda fallet är sedan avhängigt vilka officialintressen som aktualiseras (hur ”officialpräglad” målets beskaffenhet är), men också om dessa intressen tillfredsställande blir bevakade av parterna i målet.

Officialansvaret utövas således i skärningspunkten mellan processföremålets natur och partsförhållandena i processen.³⁷⁶³ Att påstå att förvaltningsprocessen vilar på officialprincipen och den allmänna processen på förhandlingsprincipen, och därefter framställa dessa principer som varandras motsatser, blir därmed direkt missvisande.³⁷⁶⁴ Den del av officialprincipen som anknyter till domstolarnas utredningsansvar

³⁷⁵⁴ Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 402.

³⁷⁵⁵ Jfr SOU 1926:33 s. 12.

³⁷⁵⁶ Westberg (2010) s. 67.

³⁷⁵⁷ Jfr SOU 1926:33 s. 7: ”Överallt vilar ansvaret för anskaffande och förebringande av materialet i rättegången i första hand å parterna. Men lagstiftningarna skiljer sig i någon mån från varande i avseende å det mått av verksamhet för målets utredning, som subsidiärt förväntas av domstolen.”

³⁷⁵⁸ Jfr SOU 1926:33 s. 11, där PK uttalade att ”ett visst praktiskt samband förefinnes mellan parternas rätt att förfoga över tvisteföremålet och deras egen verksamhet i rättegången”. Se även SOU 1982:26 s. 111.

³⁷⁵⁹ Westberg (1988) s. 35.

³⁷⁶⁰ T.ex. Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 391.

³⁷⁶¹ Om begreppet; se Westberg (1988) s. 44 och 991.

³⁷⁶² Westberg (1988) s. 36 och 44. Se härtill Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 391.

³⁷⁶³ Jfr Wennergren (2005) s. 146 och 156 samt Lindblom (2001) s. 111. Se även prop. 2012/13:45 s. 113: ”Avgörande för omfattningen av domstolens ansvar är såväl processföremålets natur som partsförhållandena i målet.”

³⁷⁶⁴ Wennergren (2005) s. 146. Jfr även Ekelöf (1956b) s. 264.

är nämligen densamma i tvistemål, brottmål och förvaltningsmål.³⁷⁶⁵ Trots att de respektive processformerna anses bygga på två ”motsatta” processprinciper, finner vi följaktligen i princip likalydande bestämmelser om domstolarnas utredningsansvar i rättegångsbalken, ärendelagen och förvaltningsprocesslagen:

Tvistemål: ”Rätten skall också se till att målet *blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver* och att inget onödigt dras in i målet. Genom frågor och påpekanden skall rätten försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs.”³⁷⁶⁶

Brottmål: ”Rätten skall också se till att målet *blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver* och att inget onödigt dras in i målet. Genom frågor och påpekanden skall rätten försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs.”³⁷⁶⁷

Domstolsärenden: ”Domstolen skall se till att ärendet *blir så utrett som dess beskaffenhet kräver* ... Genom frågor och påpekanden skall domstolen försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i parternas framställningar.”³⁷⁶⁸

Förvaltningsmål: ”Rätten ska se till att målet *blir så utrett som dess beskaffenhet kräver*. Genom frågor och påpekanden ska rätten verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter i sina framställningar.”³⁷⁶⁹

Med hänvisning till ovanstående lagrum har Wennergren konstaterat att det inte får ”glömmas bort att samma grundprincip om att det yttersta ansvaret för utredningens fullständighet vilar på domstolen gäller såväl för tvistemål och brottmål som för förvaltningsmål”.³⁷⁷⁰ Samma uppfattning har lagstiftaren själv uttryckt enligt följande:

”För tvistemål, brottmål och domstolsärenden i allmän domstol gäller bestämmelser som i fråga om utredningsansvaret i stort sett stämmer överens med bestämmelserna i 8 § FPL. Även en allmän domstol ska sålunda se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver.”³⁷⁷¹

Vad som avgör om domstolen i varje enskilt fall aktivt skall sörja för utredningen eller ej är alltså *inte domstolsanknytningen*,³⁷⁷² utan om det finns ett behov av sådan intressebevakning från domstolens sida. Rätten skall i samtliga måltyper tillse att varje mål blir utrett efter vad *dess beskaffenhet kräver*, vilket innebär att officialansvaret

³⁷⁶⁵ Wennergren (2005) s. 146.

³⁷⁶⁶ RB 43 kap. 4 § 2 st.

³⁷⁶⁷ RB 46 kap. 4 § 2 st.

³⁷⁶⁸ ÄL 12 §.

³⁷⁶⁹ FPL 8 §.

³⁷⁷⁰ Wennergren (FT 3/1996) s. 77. Samma konstaterande hos Lavin (JT 1/1989-90) s. 76: ”Både allmän domstol och förvaltningsdomstol skall se till att ett mål blir *utrett efter vad dess beskaffenhet kräver*.” Jfr även Lindblom (2001) s. 102.

³⁷⁷¹ Prop. 2012/13:45 s. 112.

³⁷⁷² Jfr SOU 1991:106 del A s. 521.

aktualiseras med olika styrka i olika mål inom båda domstolsslagen.³⁷⁷³ Ur förarbetena kan antecknas:³⁷⁷⁴

Twistemål och brottmål: ”I vilken utsträckning [rätten bör agera med avseende på målets utredning] får bli beroende av bl.a. i vad mån rätten har ett ansvar för utredningens fullständighet, m.a.o. i vilken utsträckning målet är indispositivt. Det i den föreslagna lagtexten nyttillkomna uttrycket ’efter vad dess beskaffenhet kräver’ är avsett att peka på detta förhållande.”³⁷⁷⁵

Förvaltningsmål: ”Bestämmelsen [om domstolens utredningsansvar] bör ges en sådan utformning att det framgår att *utredningsansvaret sträcker sig olika långt i olika typer av mål*. [Den föreslagna] formuleringen, att rätten tillser att målet blir så fullständigt utrett som dess beskaffenhet kräver ... uppfyller väsentligen dessa krav. Som en remissinstans påpekat kan dock ordet ’fullständigt’ utgå. Enligt min mening finns det annars risk för att utredningsansvaret *tolkas som alltför långtgående*.”³⁷⁷⁶

Ett varierande behov av intressebevakning anses alltså föreligga i de indispositiva målen, medan behovet inte gör sig gällande med samma styrka i dispositiva mål.³⁷⁷⁷ Även inom ramen för de indispositiva målen föreligger dock skillnader från måltyp till måltyp.³⁷⁷⁸ Det är således en sanning med modifikation att förhandlingsprincipen bildar grundvalen för den allmänna processen, medan officialprincipen bildar grundvalen för förvaltningsprocessen. Inte i någon utav processformerna tillämpas någondera princip fullt ut – tvärtom tillämpas i båda processformerna bådadera principerna i varierande grad.³⁷⁷⁹ Mot denna bakgrund finns det skäl att ytterligare

³⁷⁷³ Jfr dock Lavin (2005) s. 187, som menar att det förhållande att ”utredningsskyldighetens omfattning bestäms av målets beskaffenhet medför ... att olika processuella huvudprinciper bildar utgångspunkt för respektive regels tillämpning” i tvistemål och förvaltningsmål. Jag har för egen del svårt att förlikna mig med detta uttalande. I den mån olika måltyper är av lika beskaffenhet, det vill säga i grunden indispositiva, bildar väl samma processuella grundprincip, det vill säga officialprincipen, utgångspunkten för bedömning av utredningsansvarets innehåll och omfattning, oavsett om det är frågan om ett tvistemål, brottmål eller förvaltningsmål?

³⁷⁷⁴ Jfr även: SOU 1982:26 s. 504 (tvistemål): ”I vilken utsträckning [rätten bör agera med avseende på målets utredning] får bli beroende av bl.a. i vad mån den civilrättsliga lagstiftningen som skall tillämpas ålägger domstolen ett ansvar för utredningens fullständighet, m.a.o. i vilken utsträckning målet är dispositivt eller indispositivt. Det i den föreslagna lagtexten använda uttrycket ’efter vad dess beskaffenhet kräver’ är avsett att illustrera detta förhållande.” SOU 1982:26 s. 573 (brottmål): ”Paragrafen reglerar rättsens åligganden under avgörandeskedet med avseende på målets utredning, m.a.o. rättsens materiella processledning. Samma formulering föreslås som för tvistemålets del, och vi hänvisar till vad vi sagt i anslutning till den bestämmelsen.” Och SOU 1964:27 s. 299 (förvaltningsmål): ”De sakkunniga föreslå ... att myndigheten skall tillse att, att ärendet blir så fullständigt utrett som dess beskaffenhet fordrar. [...] I fråga om ärendets beskaffenhet är i förevarande sammanhang att beakta, med vilken styrka allmänna intressen gör sig gällande. Ju starkare allmänt intresse, desto större utredningsansvar för myndigheten.”

³⁷⁷⁵ Prop. 1986/87:89 s. 216 f. (ang. tvistemålen). Se även a. prop. s. 234 (ang. brottmålen).

³⁷⁷⁶ Prop. 1971:30 s. 529.

³⁷⁷⁷ Jfr SOU 1982:26 s. 111 och SOU 1991:106 del A s. 521 f. Se härtill Dahlgren (SvJT 4/1994)s. 392.

³⁷⁷⁸ Jfr Lavin (2005) s. 187.

³⁷⁷⁹ Detta konstaterande Herlitz redan vid tiden för ÄRB, och förhållandena har – i detta avseende – inte ändrats sedan dess; se Herlitz, Nils, *Rättegångsbalkens betydelse på stats- och förvaltningsrättens område*, i Westman, K. G. et al. (red.), *Minnesskrift tillägnad 1734 års lag* (1934) s. 1023-1054 (s. 1045). Jfr även Ekelöf (1956) s. 251 f., som menar att det är ”oklart” att beskriva skillnaden mellan civil- och straffprocessen som en motsättning mellan tvenne motsatta processprinciper; skillnaden mellan processformerna är nämligen, förklarar Ekelöf, ”långt mera subtil och [hänför sig väsentligen] till frågan på vad sätt och i vilken omfattning rätten bör kontrollera om det av parterna avvägabragta processmaterialet behöver fullständigas”. Se vidare a.a. s. 256 ff. och 264. Detta är, menar jag, en adekvat beskrivning också av skillnaderna mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol i detta hänseende.

problematisera *föreställningen* att enskilda saknar behov av biträde i förvaltningsdomstol därför att processen präglas av officialprincipen. En sådan problematisering åstadkoms bäst genom att vi i kommande avsnitt anlägger ett utvecklingsperspektiv på frågan.

7.3.6 Processformernas utveckling – från undersökning till förhandling?

Vid en historisk återblick på rättskipningens utveckling i Sverige bör perspektivet lämpligen sträcka sig till nya rättegångsbalkens ikraftträdande, eftersom processreformen på många vis föranledde ett paradigmskifte; reformen omformade inte bara processen inför allmän domstol från grunden, utan utgjorde också startskottet för en motsvarande reformering av förvaltningsprocessen.³⁷⁸⁰

7.3.6.1 Processreformen – rättegången som en förhandling

I sitt principbetänkande – som sedermera kom att ligga till grund för processreformen³⁷⁸¹ – anförde Processkommissionen att ”en av de viktigaste frågorna vid [den stundande reformen var] att sörja för att parternas talan må bli tillfredsställande utförd”. Detta uttalande skall förstås mot bakgrund av *de genomgripande förändringar av rollfördelningen i rättegången*, som kommissionen föreslog. Det moderna rättegångsförfarandet skulle nämligen ”i stor utsträckning [bygga] på verksamhet från parternas sida vid processens drivande” och därmed framträdde ”starkt betydelsen av att parternas talan utföres av personer, som äro mäktiga de uppgifter rättegångsordningen ålägger dem”.³⁷⁸²

Beträffande brottmålets prövning ställde Processkommissionen upp *inkvisitionsprincipen* och *ackusationsprincipen* som varandras motsatser,³⁷⁸³ och fann efter en genomgång utav dessa principer att övervägande skäl talade för att processreformen borde ”innefatta en ytterligare utveckling ... i ackusatorisk riktning”.³⁷⁸⁴

³⁷⁸⁰ Detta eftersom ÅRB i betydande utsträckning hade tillämpats av förvaltningsdomstolarna; se inledningen till nästföljande avsnitt.

³⁷⁸¹ Genom PK:s år 1926 framlagda betänkande *angående rättegångsväsendets ombildning* (SOU 1926:31-33) nådde många års utredningsarbete sitt slut. Kommissionens arbete initierades redan 1911, då Kung Maj:t hos riksdagens hemställde om att en kommission skulle sättas samman för att företa en förberedande utredning angående en rättegångsreform. I kommissionens uppdrag ingick dock inte att arbeta fram en ny processlag, utan uppgiften var begränsad till att ”lämna en allsidig belysning av de särskilda processuella frågor, vilka måste upptagas till övervägande, ävensom att anvisa den eller de möjliga utvägarna för dessa frågor lösande under de i vårt land givna förhållandena”. Lagstiftaren anslöt sig genom propositionen (1931:80) *angående huvudgrunderna för en rättegångsreform* – och viss efterföljande utskottsbehandling – i allt väsentligt till kommissionens förslag. År 1932 tillsattes sedermera PLB för att arbeta fram en lagtext i enlighet med de av riksdagen antagna riktlinjerna; år 1938 presenterade lagberedningen sitt *förslag till rättegångsbalk* (SOU 1938:43) med tillhörande motiv (SOU 1938:44), och år 1948 trädde balken i kraft. Se till det sagda prop. 1931:80 s. 2 och SOU 1926:31 s. VI ff. För en historisk genomgång av PK:s arbete, se även exv. Schlyter, Karl, *Processreformen* (SvJT 1/1927) s. 1-32.

³⁷⁸² SOU 1926:31 s. 198. Förvisso var rättegången i tvistemål kontradiktorisk till sin struktur, men straffprocessen präglades alltså av påtagliga inkvisitoriska drag, låt vara i ”ackusatoriska former”. Sätillvida innebar nya RB en definitiv övergång till en kontradiktorisk inrättad process i både tvistemål och brottmål. Se till det sagda SOU 1926:32 s. 12 och vidare exv. Inger, Göran, *Svensk rätts historia* (2011) s. 285 och 367.

³⁷⁸³ SOU 1926:32 s. 7.

³⁷⁸⁴ SOU 1926:32 s. 15 och 150. Till denna ståndpunkt anslöt sig också lagstiftaren; se prop. 1931:80 s. 107 f.

Kommissionen noterade dock att den tilltalade ofta kunde ha ”betydande svårigheter” att utnyttja den partsställning som den ackusatoriska processen tillerkände vederbörande:

”Förfarandets teknik är honom i regel främmande, och han löper därför fara att försumma processuella åtgärder, på vilka hans rätt kan vara beroende. Och även i övrigt saknar han ofta förutsättningar att på bästa sätt tillvarataga sin rätt. Genom okunnighet kan han försumma att andraga vad som talar till hans fördel och därigenom utsättas för en oriktig dom. Då allmän åklagare utreder målet eller utför talan inför rätta, åligger det honom visserligen att beakta även vad som talar till förmån för den misstänkte eller tilltalade. Men åklagarens *allmänna ställning gör honom uppenbarligen benägen att fästa mer avseende vid de omständigheter, som stödja åtalet*. Ett säkrare skydd finner väl den tilltalade i domarens ledning av processen och hans ansvar för utredningens allsidighet. *Men ej heller härigenom kan den misstänktes intresse anses tillgodosett*. Den ackusatoriska processen kräver, att möjlighet beredes den misstänkte att skaffa sig biträde av någon, som bättre än han själv kan tillvarataga hans intressen och som utrustas med vissa i lagen reglerade befogenheter. Mången gång blir han endast härigenom i stånd att utnyttja de rättigheter, som tillkomma honom såsom part.”³⁷⁸⁵

Intressant att notera är att Processkommissionen uttryckligen avfärdade både åklagarens objektivitetsplikt och domstolens utredningsplikt såsom otillräckliga för att garantera den enskilda ett effektivt försvar. Till kommissionens ståndpunkt anslöt sig också departementschefen; den likställighet som den ackusatoriska principen tillerkände den tilltalade skulle ”allenast [bli] ett tomt sken” såvida denne inte utrustades ”med en rättskunnig försvarare”. Mot den bakgrunden betecknade departementschefen den tilltalades rätt att anlita (privat) försvarare som ”en av hans viktigaste partsrättigheter”.³⁷⁸⁶

Beträffande grunderna för tvistemålets handläggning ställde Processkommissionen istället *förhandlingsmetoden* mot *undersökningsmetoden*,³⁷⁸⁷ och konkluderade att ingen utav dessa metoder utgjorde något självändamål.³⁷⁸⁸ Enligt kommissionen kunde dock ”någon tvekan icke råda därom, att ansvaret för målets utredning i

³⁷⁸⁵ SOU 1926:32 s. 49 f.

³⁷⁸⁶ Närmare bestämt anförde lagstiftaren följande (prop. 1931:80 s. 107 f.): ”Det torde numera vara allmänt erkänt, att den ackusatoriska principen bör tillerkännas företräde. Vid tillämpning av denna princip har domstolen lättare att bevara sin opartiskhet och därigenom tryggas tilliten till rättskipningens objektivitet. Uppgiften att samla bevismaterialet lägges på andra organ, som äro bättre ägnade härför än domstolen. [...] I förhållande till åklagaren bör den tilltalade, som ju ännu ej är övertygad om någon brottslighet, intaga en fullt likaberättigad ställning. Han äger alltså begagna sig av de rättigheter, som tillkomma part, få del av den bevisning, som förebragts mot honom, själv förebringa utredning och bevisning, närvara vid förhandlingen och där yttra sig ävensom företaga de rättshandlingar, såsom användande av rättsmedel, som i allmänhet stå en part till buds. [...] Den likställighet mellan åklagare och tilltalad ur partssynpunkt, som jag nu antytt, kräver för att icke för den tilltalade bliva allenast ett tomt sken, att han åtminstone i svårare fall utrustas med en rättskunnig försvarare. Den tilltalades rätt att anlita försvarare, som är en av hans viktigaste partsrättigheter, bör uttryckligen fastslås i lagen.” Se även a. prop. s. 137: ”Efter införande av en på ackusatorisk grund byggd straffprocess, måste även, för vinnande av en allsidig utredning och för tillvaratagande av den tilltalades berättigade intressen, stora anspråk ställas på de personer, vilka förordnas såsom försvarare åt anhållna eller häktade.”

³⁷⁸⁷ SOU 1926:33 s. 6.

³⁷⁸⁸ SOU 1926:33 s. 11.

främsta rummet [borde] vila å parterna”.³⁷⁸⁹ Domstolen ålades således endast en supplerande roll i rättegången och fick genom sin processledning inte äventyra sin opartiska ställning; domaren skulle avhålla sig från att ”beträda området för den inkvisitoriska utredningsverksamheten”.³⁷⁹⁰

Sambandet mellan å ena sidan rättegångens förändrade karaktär, och å andra sidan behovet av skickliga sakförare, utvecklade Processkommissionen sedan i följande ordalag:

”[V]id en allmän rättegångsreform är det en bjudande nödvändighet att uppta advokatfrågan till legislativ behandling. Detta sammanhänger väsentligen med den förändrade karaktär, som rättegångsförfarandet skulle erhålla. [...] [Det har tidigare] utvecklats, hurusom det nya förfarandet ställer ökade anspråk på de allmänna åklagarna. Detsamma gäller även om enskilda parter såväl i straff- som civilprocessen. Det *kontradiktoriska förfarandet* med en till ett rättegångstillfälle koncentrerad huvudförhandling kräver av parterna ett grundligt förberedelsearbete och ett *fullständigt herravälde över processmaterialet jämte förmåga att framlägga och behysa detsamma inför rätten*. Väl får väl förutsättas, att även i framtiden domaren, särskilt i handläggningen av i första instans av mindre mål, kan genom sin processledande verksamhet bispringa parterna, om något från deras sida brister; men *domaren kan ej i större utsträckning övertaga uppgifter, som rätteligen äro parternas*, utan att hans ställning därigenom förtryckes och processen lider men. Det framstår därför som en plikt för det allmänna att sörja för att det viktiga rättsskipningsorgan, som rättsbildade sakförare utgöra, finnes tillgängligt och fungerar tillfredsställande. Staten kan vid rättegångsreformens genomförande ej undandra sig sitt ansvar härutinnan.”³⁷⁹¹

Efter noggrant övervägande motsatte sig dock kommissionen införandet av så kallat advokattvång i svensk civil- och straffprocess; enligt kommissionen ”torde den uppfattningen av gammalt hava starkt fäste, att envar bör äga själv tala och svara för sig inför rätta”.³⁷⁹² Därtill framhöll Processkommissionen, att

”... i *enklare* fall lär ofta *större* olägenhet ej uppstå, om parten själv för sin talan. Domaren får vid sådana tillfällen naturligen genom en starkare processledande verksamhet söka åstadkomma, att utredningen blir tillräcklig. Vid mera *invecklade* processer lär mindre förfaren part *sällan* underlåta att skaffa sig sakkunnigt biträde. På dessa grunder har processkommissionen ansett det böra såsom regel gälla, att part skall vara behörig själv föra sin talan.”³⁷⁹³

I enklare mål menade alltså Processkommissionen att parterna, med domarens hjälp, torde kunna föra sin egen talan utan att *större olägenheter* skulle uppstå. Och i mera invecklade mål – där (implicit) *större olägenheter* skulle uppstå om parterna

³⁷⁸⁹ SOU 1926:33 s. 12. På dessa skulle således ankomma dels en åberopsbörd avseende grunderna för deras talan, dels en skyldighet att förebringa bevisning till styrkande utav dessa.

³⁷⁹⁰ SOU 1926:33 s. 12.

³⁷⁹¹ SOU 1926:31 s. 208 f.

³⁷⁹² SOU 1926:31 s. 210.

³⁷⁹³ SOU 1926:31 s. 210.

processade ensamma – utgick helt enkelt kommissionen ifrån att parterna självmant skaffade sakkunnigt biträde. På *dessa grunder* ansåg kommissionen att parter inte skulle underkastas ett advokattvång.³⁷⁹⁴

Som synes intog Processkommissionen en pessimistisk syn på parterna som ensamma sakförare i det ”moderna rättegångsförfarandet” – både med hänsyn till parternas intresse av att komma till sin rätt i processen, och till det allmänna intresset av att parterna inte onödigtvis fördröjde densamma. Huruvida parterna skulle ha en frihet att anlita biträde, betraktade kommissionen närmast som en icke-fråga – detta kunde ”ej vara tvivel underkastat” i brottmål och ”icke vara föremål för tvekan” i tvistemål.³⁷⁹⁵ Den fråga som tilldrog sig Processkommissionens uppmärksamhet var istället om *parterna skulle åläggas en skyldighet att anlita biträde.* ³⁷⁹⁶ Att denna fråga besvarades nekade berodde, åtminstone delvis, på att kommissionen helt enkelt utgick ifrån att parterna – åtminstone i ”mera invecklade processer” – så gott som alltid skulle anlita biträde frivilligt. Och varför framtinga ett beteende som parterna förväntades uppvisa av fri vilja?

Sammantaget föreslog Processkommissionen att både brottmålen och tvistemålen skulle vila på förhandlingsprincipen, låt vara att domstolen skulle ha en supplerande funktion i de indispositiva målen. Domaren skulle dock *inte ikläda sig någon partsfunktion,* och utgångspunkten var därför att parterna varken kunde eller borde processa utan ett juridiskt biträde, helt enkelt eftersom gemene man inte ansågs kunna fullgöra de krav som den moderna rättegången uppställde, vilket vore till nackdel både för parten själv och för det allmänna. En grundläggande förutsättning för reformens genomförande var därför att allmänheten kunde få tillgång till kvalificerade sakförare.³⁷⁹⁷

Processkommissionens betänkande fick ett blandat mottagande. Den kritik som framförallt riktades mot förslaget var att övergången till en modern process skulle göra *rättegången dyrare för parterna,* framförallt eftersom de skulle nödgas att anlita biträde.³⁷⁹⁸ Sälunda hävdade exempelvis Kallenberg – som tog det muntligt protokollariska systemet i försvar – att kommissionens förslag ställde (alltför) höga anspråk på parterna, särskilt vad avsåg deras kostnader för processen;³⁷⁹⁹ enligt Kallenberg

³⁷⁹⁴ Resonemanget utmynnade i RB 12 kap. 1 och 22 §§ resp. RB 21 kap. 3 §.

³⁷⁹⁵ SOU 1926:33 s. 30 (tvistemål) resp. SOU 1926:32 s. 48 f. (brottmål). Frågan om parterna skall ha rätt att anlita biträde betraktas alltför som en icke-fråga (SOU 1982:26 s. 215 f.): ”Knappast någon i Sverige har velat frånta parter rätten att låta sig biträdas av annan person i domstolsprocessen. Ett förbud mot biträde kan inte annat än gynna den starkare individen på den svagares bekostnad. En sådan ordning är främmande för all svensk domstolsverksamhet.”

³⁷⁹⁶ Se SOU 1926:31 s. 198 ff.

³⁷⁹⁷ Beträffande tillgången till advokater förklarade PK att det på detta område ”för en mannaålder sedan rådde ... bedrövliga förhållanden” men att det på senare år skett en betydelsefull förbättring – en utveckling som till stora delar kunde tillskrivas det relativt nybildade Advokatsamfundets arbete. Kommissionen ansåg dock att tiden nu var mogen att underkasta samfundet offentligrättslig reglering; advokaterna skulle få en privilegierad ställning, men också stå under disciplinär kontroll. Se SOU 1926:31 s. 209.

³⁷⁹⁸ Prop. 1931:80 s. 118.

³⁷⁹⁹ Kallenberg (SvJT 1/1927) s. 257.

fanns det knappast någon som ville bestrida eller ens kunde betvivla, att reformen ”högst betydligt” skulle öka parternas processkostnader.³⁸⁰⁰

När det kom till kostnaderna bytte dock departementschefen delvis fot. I kontrast till vad både kommissionen och Kallenberg hade anfört tonades behovet av biträde, och därmed den befarade kostnadsökningen, ned. Uppfattningen att det nya förfarandet skulle ställa stora krav på parterna var ”i hög grad överdriven” och farhågan, att parterna för sin talans utförande skulle bli beroende av advokater, var därmed ”ogrundad”.³⁸⁰¹ Den empiriska grunden för dessa uttalanden får dock betraktas som tämligen svag. Med hänvisning till sin egen ”verksamhet som vattenrättsdomare” ansåg sig nämligen departementschefen ha ”vunnit bekräftelse, att den svenska allmogon ingalunda saknar förmåga att jämväl utan hjälp av juridiskt biträde inför domstolen tillvarata sina intressen”.³⁸⁰² Något motsägelsefullt kan därmed följande uttalande – av samma departementschef och i samma proposition – te sig:

”[Det är] nödvändigt, att tillgång finnes till en kår av väl utbildade personer, vilka i sin verksamhet för den rättssökande allmänhetens betjänande äga såväl förmåga som vilja att främja en god rättegång. Efter införande av en på akusatorisk grund byggd straffprocess, måste även, för vinnande av en allsidig utredning och för tillvaratagande av den tilltalades berättigade intressen, stora anspråk ställas på de personer, vilka förordnas såsom försvarare åt anhållna eller häktade.”³⁸⁰³

Den farhåga som bland andra Kallenberg givit uttryck för – att den kontradiktoriska processen skulle ställa högre krav på parterna och därmed föranleda ett ökat behov av biträde – var alltså, å ena sidan, både i hög grad överdriven och ogrundad. Å andra sidan var det nödvändigt att parterna hade tillgång till en kår av välutbildade personer som kunde föra deras talan i den moderna rättegången. Jag har för egen del svårt att förena dessa två ståndpunkter. Varför var det nödvändigt att parterna hade tillgång till välutbildade ombud, om de inte ens behövde ombud?

Nåväl, år 1931 tillsattes Processlagberedningen för att utarbeta en lagtext i enlighet med de riktlinjer som dragits upp i Processkommissionens betänkande och den därpå följande propositionen. I sina motiv framhöll lagberedningen att rättegången – både i tvistemål och brottmål – skulle utgå ifrån förhandlingsprincipen.³⁸⁰⁴ Förfarandets karaktär av en förhandling mellan två parter bestämde i sin tur i ”hög grad” vilken ställning som tillkom domaren i processen. Rättegången skulle följaktligen ”bygga på parternas egen verksamhet som den huvudsakliga” – ja, att det i första hand skulle ankomma på parterna att sörja för utredningen i målet betecknades till och med

³⁸⁰⁰ Kallenberg (SvJT 1/1927) s. 259. Kallenberg välkomnade dock (a.a. s. 262) en offentligrättslig reglering av advokatväsendet; om PK:s förslag genomfördes utgjorde en sådan reglering rent av en ”oeftergivlig förutsättning”.

³⁸⁰¹ Prop. 1931:80 s. 96 f. Se även a. prop. s. 118, där DepC ger uttryck för samma ståndpunkt; det anfördes dels att farhågorna ”helt visst [var] i hög grad överdriven”, dels ”i stort sett ogrundad”.

³⁸⁰² Prop. 1931:80 s. 97.

³⁸⁰³ Prop. 1931:80 s. 136.

³⁸⁰⁴ SOU 1938:44 s. 22 där det konstaterades att ”grundläggande även för rättegången i brottmål är en förhandling mellan två parter” samt att straffprocessen ”liksom civilprocessen [bygger] på förhandlingsprincipen; den är akusatorisk och ej, som i äldre tider, inkvisitorisk”.

som en ”grundsats”.³⁸⁰⁵ Förvisso skulle domstolen ha befogenhet att genom frågor och påpekanden påverka processmaterialet, men rätten skulle i denna verksamhet iakttä ”stor försiktighet” så att dess opartiska ställning inte kunde ifrågasättas.³⁸⁰⁶

Mot bakgrund av den förändrade rollfördelningen i rättegången anslöt sig också Processlagberedningen till vad kommissionen och departementschefen hade anfört beträffande behovet av en välfungerande advokatkår, både med hänsyn till den enskildas och det allmännas intressen i rättegången. Ty:

”Utan ansvarsmedvetna och kunniga ombud försvåras domstolarnas uppgift. Deras avgörande komma ofta att vila på ett ofullständigt material, och rättsfrågorna erhålla ej den allsidiga belysning, som är påkallad för deras riktiga bedömande.”³⁸⁰⁷

I likhet med Processkommissionens betänkande framförde Kallenberg vissa kritiska synpunkter på Processlagberedningens förslag. Utan ”någon stor fara för misstag” ansåg sig Kallenberg kunna förutspå, att parternas kostnader för processen skulle stegras till följd av nya rättegångsbalken; denna ställde nämligen ”så stora anspråk på parterna i fråga om målens förberedande och utförande vid domstolarna ... att de endast mera undantagsvis skola kunna fylla dessa anspråk utan biträde av rättsbildade yrkesmän.” Även om lagberedningen inte föreslagit vare sig advokattvång eller advokatmonopol,³⁸⁰⁸ och parterna därmed även framgent var fria att föra sin egen talan, kunde Kallenberg – när han tittade i sin spåkula – sia om en annorlunda verklighet:

”Beredningen har [visserligen] inte icke föreslagit vare sig advokattvång eller advokatmonopol [men] det kommer dock ganska säkert inom en ej välgäns framtid att ställa sig så, att friheten i ena och andra avseendet mer kommer att finnas på pappret än taga sig något praktiskt uttryck. Endast undantagsvis torde nämligen part våga underlåta att begagna sig av advokat, och detta förhållande jämte advokatens i den muntliga processen ökade arbete måste leda till en stegring av parts rättegångskostnader.”³⁸⁰⁹

³⁸⁰⁵ SOU 1938:44 s. 22 f.

³⁸⁰⁶ SOU 1938:44 s. 445.

³⁸⁰⁷ SOU 1938:44 s. 19. Av detta skäl anslöt sig PLB till PK:s förslag om att underkasta Advokatsamfundet offentligrättslig reglering: ”Den första och viktigaste förutsättningen för att det nu antydda syftet skall nås är, att advokatkåren organiseras som ett offentligrättsligt samfund och att benämningen advokat må användas allenast av den som tillhör denna sammanslutning.” Med denna motivering upptogs särskilda bestämmelser om advokater i RB, och Advokatsamfundets verksamhet underkastades därmed, sent omsider, offentligrättslig reglering. Se SOU 1938:44 s. 19 f. och vidare s. 129 ff. Se även exv. Wiklund, Holger, *Advokatsamfundet efter processreformen* (SvJT 7-8/1950) s. 812-828, som konstaterar (s. 815) att denna ”ordning har kunnat med minimalt besvär för statsmakten genomföras därigenom att den privata sammanslutningen Sveriges advokatsamfund frivilligt ändrat sina stadgar till överensstämmelse med nya RB”.

³⁸⁰⁸ Se SOU 1938:44 s. 160 ff. och 170 ff.

³⁸⁰⁹ Kallenberg (SvJT 1/1940) s. 38.

Och med facit i hand fick Kallenberg rätt. Sålunda uttalade Ekelöf år 1966 – det vill säga omkring 20 år efter att nya rättegångsbalken träff i kraft³⁸¹⁰ – att processreformen hade medfört att *domaren inte längre var verksam för sakens utredning, vilket medfört en ökning av processkostnaderna*. Detta förhållande menade Ekelöf hårt kunde belasta parterna i processen – särskilt ”småfolket”. Med Ekelöfs egna ord var det ”egendomligt” att kostnadsfrågan

”... inte debatterats under förarbetena till RB. Enligt min mening utgör den emellertid ett av processreformens allvarligaste problem. Skulle reformen ha medfört minskade möjligheter för småfolket att tillvarata sina intressen genom process, så torde man få anse densamma vara i ett väsentligt avseende förfelad, hur perfekt den nya rättegångsordningen än i och för sig må vara.”³⁸¹¹

Och som framgått av del II kom lagstiftaren med tiden att dela Ekelöfs problembild. Frågan var då i vilken ände problemet skulle angripas – skulle behovet av biträde reduceras genom en återgång till äldre tiders process, eller skulle parterna i högre utsträckning få ersättning för sina biträdeskostnader? Vid det här laget vet vi redan svaret på den frågan. Med departementschefens ord:

”Den nya rättegångsordningen har inneburit en så väsentlig vinning för vårt rättsliv, att det icke kan bli tal om att nu rubba dess grundprinciper. Ej heller på annat sätt *lär det vara möjligt att vinna en avgörande minskning i kostnaderna*. För att komma till rätta med missförhållandet att rättegångskostnadernas storlek mången gång gör det svårt eller omöjligt för den enskilde att hävda sin rätt inför domstol, torde därför annan utväg icke stå öppen än att *vidgå möjligheterna att få fri rättegång*.”³⁸¹²

Sammanfattningsvis visar processreformen och den efterföljande utvecklingen (1) att inrättandet av en kontradiktorisk process ger upphov till ett biträdesbehov, vilket (2) gör det nödvändigt att hantera kostnaderna för biträde – åtminstone om vi vill att enskilda skall kunna föra talan utan ”större olägenheter”. Härom råder knappast någon oenighet idag, låt vara att olika försök har gjorts att dämpa kostnadsökningarna på senare år.

³⁸¹⁰ Redan år 1950, det vill säga två år efter balkens ikraftträdande, kunde de ekonomiska konsekvenserna av reformen skönjas; se Lutteman, Sven, *Den nya rättegångsordningen och processkostnaderna* (SvJT 7-8/1950) s. 695-702 som konstaterar (s. 696) att ”de ekonomiska verkningarna av processreformen blivit mycket större än som förutsatts vid rättegångsbalkens antagande”. Se även exv. Thomasson (SvJT 7-8/1950): ”Den nya rättegångsordningen har visat sig dyrbar, både för de enskilda och för statsverket.” Jag delar dock inte Kallenbergs åsikt att det främst var processens *muntlighet* som föranledde ett ökat behov av biträde eller ombud – tvärtom är jag av, och har i andra sammanhang givit uttryck för, den uppfattningen att en skriftlig process ställer lika höga, eller kanske till och med högre krav på parterna än en muntlig process; se avsnitt 7.3.4.3 ovan.

³⁸¹¹ Ekelöf (1966) s. 6 f.

Se även Lutteman (SvJT 7-8/1950) s. 695, enligt vilken ”särskild uppmärksamhet [borde] ägnas åt de processekonomiska frågorna; en utveckling därhän, att de rättssökande av ekonomiska skäl undvika att anlita domstolarna är ... betänklig ur rättssäkerhetssynpunkt”.

³⁸¹² SOU 1958:40 s. 7.

7.3.6.2 Småmålsreformen – den materiella processledningens renässans

Genom nya rättegångsbalken fick förhandlingsprincipen ett tydligt genomslag i både tvistemål och brottmål.³⁸¹³ På så vis innebar rättegångsbalken ett brott mot förutvarande ordning, genom att domstolen tilldelades en förhållandevis passiv roll i processen:

”På 1920- och 1930-talen torde utvecklingen ... allmänt ha gått mot en ökad materiell processledning [men] utvecklingen kom i viss mån att brytas genom processlagberedningens arbete och RB:s tillkomst. Beredningen gjorde några uttalanden som manade till återhållsamhet och även om RB:s lagtext språkligt ger utrymme för en aktiv processledning torde många domare genom beredningens uttalanden anse sig skyldiga att förhålla sig tämligen passiva i processen.”³⁸¹⁴

Den kritik som hade riktats mot processreformen – att denna skulle göra processen dyrare, främst till följd av ett ökat biträdesbehov – valde departementschefen initialt att inte fästa någon vikt vid; kritiken var ”ogrundad” och ”i hög grad överdriven”. Enligt departementschefen var nämligen processen enligt äldre rättegångsbalken inte så billig som vanligen antogs – tvärtom medförde ”förfarandets stela likformighet och brist på koncentration” att rättegången var jämförelsevis dyr, åtminstone i små mål och relativt dyrare ju mindre målet var.³⁸¹⁵ Reformen skulle därmed närmast verka i motsatt riktning; denna var ägnad att ”förenkla rättegången och göra den billigare”.³⁸¹⁶ Att processen skulle vara just billig betraktade också departementschefen som ett ”krav” på en god rättegångsordning:

”Parternas kostnader i rättegången böra stå i rimligt förhållande till processens föremål. Därest förfarandet medför betungande kostnader, leder detta lätt till att möjligheten för de mindre bemedlade att söka domstolarnas hjälp i hög grad beskäres.”³⁸¹⁷

För att inte mindre bemedlade skulle hindras från att tillvarata sin rätt i domstol fick de alltså inte genom processen ådra sig alltför betungande kostnader, och parternas processkostnader skulle i vart fall stå i rimlig proportion till tvisteföremålets värde. Vid början 1970-talet började man dock inom regeringskansliet att inse faktum: De problem som hade präglat processen enligt äldre rättegångsbalken präglade också – och kom till och med att förvärras genom – nya rättegångsbalken. Och därmed började pendeln att svänga.

Inom Justitiedepartementet utarbetades år 1971 diskussionspromemorian *angående förenklat rättegångsförfarande i konsumenttvister* (DsJu 1971:9), och året därpå presenterades sedan ett inom departementet utarbetat lagförslag avseende *rättegången*

³⁸¹³ Se även SOU 1982:26 s. 101 f.

³⁸¹⁴ SOU 1982:26 s. 102.

³⁸¹⁵ Prop. 1931:80 s. 118.

³⁸¹⁶ Prop. 1931:80 s. 118.

³⁸¹⁷ Prop. 1931:80 s. 83.

i mindre tvistemål (DsJu 1972:6). Bakgrunden till detta reformarbete var att undersökningar hade visat att det vid 1970-talets ingång initierades mycket få tvistemål om mindre värden inför allmän domstol. Den främsta förklaringen härtill ansågs vara att ordningen enligt nya rättegångsbalken mer eller mindre tvingade parterna att anlita biträde, vilket föranledde höga kostnader; inte sällan översteg partens processkostnader tvisteföremålets värde.³⁸¹⁸ I promemorian anfördes:

”Den viktigaste orsaken till att kostnaderna för en process i allmänhet blir högre än vad som är rimligt för en mindre tvist är att den enskilde *i regel inte kan föra sin talan utan juridiskt biträde*. Enligt bestämmelserna i RB är det i princip parternas sak att ombesörja utredning och lägga fram processmaterialet inför rätten. Domstolen är däremot relativt passiv i processen. På grund härav löper den som för talan på egen hand *en inte oväsentlig risk* att han inte skall förstå att åberopa omständigheter som är avgörande i målet eller inse vilken bevisning som han måste föreläsa.”³⁸¹⁹

De farhågor som hade uttryckts i samband med 1940-talets stora processreform – som departementschefen hade avfärdat som ogrundade och i hög grad överdrivna – hade alltså besannats. Processen enligt nya rättegångsbalken föranledde ett ökat biträdesbehov och därmed ökade kostnader för parterna, och uppfyllde följaktligen inte de ”krav” som departementschefen en gång i tiden hade uppställt på den nya balken.

Eftersom behovet av juridiskt biträde var den främsta orsaken till de höga processkostnaderna låg lösningen i att inrätta ett ”förenklat förfarandet” i vilket parterna kunde föra sin egen talan.³⁸²⁰ Förenklingen bestod framförallt i att man – genom en mer ”kraftfull materiell processledning” – ville skjuta över en stor del av ansvaret för processen från parterna till domstolen. Eller som man i olika ordalag uttryckte det i promemorian:

”Av betydelse för om parterna skall kunna föra sin egen talan utan biträde är i första hand bestämmelserna om dom rättens materiella processledning, det vill säga rättens verksamhet för att fastställa tvisteföremålet och för att fullständiga processmaterialet. Skall den enskilda parten kunna processa utan hjälp av juridiskt biträde är det uppenbart att krav måste ställas på *en mera vittgående materiell processledning* från domstolens sida än vad som i allmänhet förekommer enligt gällande ordning.”³⁸²¹

”De krav som för närvarande ställs på parterna i fråga om hur de skall lägga fram sin sak måste ... göras mindre stränga. För att domstolen ändå skall kunna få ett tillfredsställande underlag för en snabb och säker handläggning måste den i betydligt högre grad än nu *bistå parterna på olika sätt*.”³⁸²²

³⁸¹⁸ Se t.ex. DsJu 1972:6 s. 54.

³⁸¹⁹ DsJu 1972:6 s. 54. Se även a. Ds s. 38

³⁸²⁰ DsJu 1972:6 s. 59.

³⁸²¹ DsJu 1972:6 s. 60.

³⁸²² DsJu 1972:6 s. 73.

”Den hjälp som ett biträde skulle lämna bör i det förenklade förfarandet ersättas av de åtgärder, som domstolen har att vidta för att *hjälpa den enskilda parten* till rätta i processen.”³⁸²³

”Biträdeshjälpen är avsedd att ersättas med de åtgärder som domstolen har att vidta för att *hjälpa den enskilda parten* till rätta.”³⁸²⁴

Det föreslagna förfarandet i småmål utgjorde i mångt och mycket en återgång till vad som hade gällt före nya rättegångsbalken, åtminstone såvitt avsåg de ”mindre” tvistemålen; i dessa skulle domstolen återigen spela huvudrollen i rättegången, men nu under parollen ”materiell processledning” – genom ”en mer vittgående” materiell processledning skulle domstolen ”bistå parterna på olika sätt” och ”hjälpa [dem] till rätta i processen”.

Även om behovet av ett förenklat förfarande i mindre tvistemål var allmänt erkänt fick förslaget vidkännas tämligen kraftig kritik, framförallt från domarhåll. Den ståndpunkt som framfördes i promemorian var att en domare inte *kunde* – och inte heller *borde* – hjälpa parterna i den föreslagna utsträckningen, eftersom domstolen då skulle bli eller i vart fall riskera att uppfattas som partisk i målet. Enkelt uttryckt ansågs det oförenligt med domarrollen att göra advokatens arbete; materiell processledning kunde inte ”ersätta” ett biträde i processen. Lagstiftaren valde dock att inte hörsamma denna kritik, utan lade fram ett lagförslag i enlighet med promemorian.

Vid remissbehandlingen blev det föreslagna småmålsförfarandet föremål för omfattande kritik.³⁸²⁵ Som utgångspunkt anförde Hovrätten för Övre Norrland att ”det föreslagna förfarandet ej kan komma att genomföras utan att domstolens oeftergivliga opartiskhet och lika oeftergivliga anseende för opartiskhet äventyras”.³⁸²⁶ Hovrättens uppfattning – att den föreslagna ordningen skulle rubba domstolens *anseende* för opartiskhet – delades av Högsta domstolen och flera tingsrätter. Andra domstolar gick ännu lägre om menade att domstolens opartiskhet de facto skulle rubbas, bland andra Hovrätten över Skåne och Blekinge;³⁸²⁷ hovrätten anförde att de uppgifter som lades på domstolen hade ”formen av ett slags advokatverksamhet” och att den roll som nu tilldelades enskilda tjänstemän på domstolen var ”helt omöjlig”.³⁸²⁸ Vidare anförde hovrätten följande:

”Genom att vardera parten själv för sin talan och därvid kan få biträde av advokat enligt eget val, genom att domaren i huvudsak har att kritiskt lyssna och kritiskt granska framlagd bevisning och att därefter fatta sitt beslut ... kan resultatet bli det bästa möjliga. Domarens roll är icke helt passiv; han skall enligt gällande ordning utöva processledning icke endast i formell mening utan även i viss utsträckning materiellt. Och det ligger i sakens natur att han härvid kan ha anledning att vara något mer

³⁸²³ DsJu 1972:6 s. 40.

³⁸²⁴ DsJu 1972:6 s. 85.

³⁸²⁵ Jfr Holstad (SvJT 1/1973) s. 489.

³⁸²⁶ Prop. 1973:87 s. 85.

³⁸²⁷ Prop. 1973:87 s. 88.

³⁸²⁸ Prop. 1973:87 s. 85.

aktiv om part saknar biträde. Förslaget går emellertid i detta hänseende *långt utöver vad som kan förutsättas vara domarens roll* enligt gällande ordning. Olägenheterna härav är uppenbara. Ju mer domaren engagerar sig för att ge parten anvisningar om hur han skall föra utföra sin talan och vilken bevisning han skall presentera, ju mer kommer domaren att förlora sin opartiskhet.”³⁸²⁹

Även Advokatsamfundet instämde i kritiken:

”Vad som i den föreslagna ordningen beskrivs som domarens materiella processledning inger inga starka betänkligheter. Han synes få till uppgift att ... för vardera parten klarlägga inte bara de sakliga och juridiska grunderna som han bör åberopa, utan också de invändningar som kan bli en följd av parternas ståndpunkter [...] Det anges i den allmänna motiveringen att en aktiv processledning kan påverka utgången i målen men 'detta får givetvis inte innebära något åsidosättande av kravet på opartiskhet'. Det framstår däremot som självklart att ordföranden inte kan bevara sitt anseende för objektivitet om han skall någorlunda effektivt biträda parterna i deras på processföring på avsett sätt. I promemorian synes man också helt ha förbigått hur de båda parterna ... kommer att uppfatta situationen. De kommer givetvis att uppfatta denna så att båda fått hjälp men att utgången i målet visar vem som fått den bästa hjälpen.”³⁸³⁰

På ungefär samma grunder konkluderade Högsta domstolens ledamöter att förslaget innebar att rättssäkerhetsgarantierna väsentligen försvagades:

”Trots all den aktivitet som ankommer på domstolen ligger i sakens natur att domstolen likväl ej på samma sätt som ett rättegångsbiträde kan vara verksam för att vad en part kan andraga till stöd för sin talan blir framlagt. Förslagets syfte att motverka anlitande av rättegångsbiträde leder till en väsentlig försvagning av rättssäkerhetsgarantierna.”³⁸³¹

Skall man bena ut kritiken en aning så kan man säga att förslaget försatte domstolarna i en paradoxal situation. Om rätten, å ena sidan, var så aktiv i processen som lagstiftaren förväntade sig skulle dess opartiskhet i målet äventyras eller i vart fall kunna ifrågasättas. Följaktligen kunde domstolen inte ikläda sig biträdets roll, vilket å andra sidan skulle lämna parten utan nödvändig hjälp i rättegången. Pest eller kolera, således. Domstolens opartiska ställning utgjorde helt enkelt ett hinder mot att domstolen – utöver sin dömande funktion – också tilldelades en biträdetsfunktion.³⁸³² Av dessa skäl avstyrktes förslaget, såvitt avsåg domstolens ökade ”materiella processledning”, av Högsta domstolens ledamöter, samtliga hörda hovrätter samt flertalet tingsrätter, liksom av Advokatsamfundet.

³⁸²⁹ Prop. 1973:87 s. 91.

³⁸³⁰ Prop. 1973:87 s. 92.

³⁸³¹ Prop. 1973:87 s. 103.

³⁸³² Jfr även vad Svea HovR anförde (prop. 1973:87 s. 85): ”Risken för att domstolens opartiskhet kan sättas ifråga av parterna måste ... antas ge snävt utrymme för tjänstemannens möjligheter att utöva sin biträdetsfunktion så att parternas behov av hjälp blir tillfredsställande tillgodosett.”

Sammantaget gjorde alltså domar- och advokat kåren gällande att bistånd från ett ombud eller biträde inte kunde ersättas av bistånd från domstolen, utan *allvarliga faror för rättssäkerheten*.³⁸³³ Ställd inför denna massiva kritik medgav också departementschefen att det var ”uppenbart” att det förenklade förfarandet innefattade sämre rättssäkerhetsgarantier än det ordinära förfarandet, men ansåg att kravet på rättssäkerhet måste vara ”rimligt”. Närmare bestämt anförde departementschefen följande synnerligen intressanta resonemang, som återges in extenso:

”Enligt min mening bör målsättningen vid utformningen av ett nytt rättegångsförfarande i tvister om mindre värden främst vara att åstadkomma ett mindre kostnadskrävande förfarande utan att *rimliga krav* på rättssäkerhet eftersatts. [...] Den kritik som framförts mot de föreslagna riktlinjerna för förfarandet går ut på att den nya ordningen i olika avseenden är betänkelig från rättssäkerhetssynpunkt. Jämförelse görs i regel med nuvarande ordning som därvid anses erbjuda ett större mått av rättssäkerhet. Enligt min mening är det missvisande att begränsa jämförelsen till det fall att rättegång verkligen kommer till stånd. Det är visserligen *uppenbart att promemoriaförslaget på vissa punkter lämnar mindre garantier än nu gällande regler för att ett materiellt riktigt avgörande kommer till stånd i en påbörjad process*. [...] Som jag har framhållit i det föregående används emellertid det nuvarande systemet i ganska obetydlig utsträckning. Främst av ekonomiska skäl anser part det i många fall uteslutet att hävda sin rätt vid domstol även om han har rätt i sak. [...] Med ett förenklat förfarande kan han erbjudas förbättrade möjligheter att få sin talan prövad vid domstol och framför allt att med processmöjligheten som påtryckningsmedel få till stånd en rimlig uppgörelse. Enligt min mening måste stor hänsyn tas till dessa omständigheter när man jämför nuvarande ordning med ett förenklat förfarande. *En avvägning måste alltså ske* mellan intresset av all upprätthålla bästa tänkbara garantier för ett riktigt domstolsavgörande i varje enskilt fall och intresset av att åstadkomma ett snabbt och kostnadsmässigt rimligt och därigenom också någorlunda ofta anlitat domstolsförfarande.”³⁸³⁴

Departementschefen tog förvisso viss hänsyn till kritiken, men menade att svårigheterna för domstolen att förena en dömande och rådgivande roll inte borde ”överdrivas”. Med följande – likaledes intressanta – motivering godtog sedan departementschefen promemoriaförslaget:

”Hur regelsystemet än utformas torde för övrigt risk alltid föreligga att förlorande part misstänker att utgången berott på bristande objektivitet hos domstolen. Det kan tilläggas att domaren enligt nuvarande ordning ibland tvingas förhålla sig passiv och därigenom hjälper part, till exempel genom att inte påpeka för motparten att viss omständighet måste åberopas eller bevisas. Även nuvarande ordning rymmer alltså vissa risker för misstankar mot domstolen för bristande objektivitet.”³⁸³⁵

³⁸³³ Prop. 1973:87 s. 133.

³⁸³⁴ Prop. 1973:87 s. 133 f.

³⁸³⁵ Prop. 1973:87 s. 152.

Enligt min uppfattning är detta resonemang mer än en smula märkligt. Att domstolen inte aktivt bistår den ena parten i sin processföring betyder ju inte att den därigenom – det vill säga genom sin passivitet – ”hjälp” den andra parten. Jag har exempelvis svårt att tro att någon skulle kritisera en domare i en fotbollsmatch för att hjälpa det ena laget genom att *inte* lägga mål åt det andra laget. Att utöva en dömande funktion är knappast ett nollsummespel där domstolen hjälper den ena parten så snart den *inte* hjälper den andra parten.

Nåväl, år 1973 trädde hur som helst den numera upphävda lagen (1972:8) om rättegång i tvistemål om mindre värden (”småmålslagen”) i kraft. Härigenom ålades domstolen en betydligt mera aktiv roll i mindre tvistemål än vad som följde av rättegångsbalkens vanliga regler, med ambitionen att parterna skulle kunna föra sin egen talan utan att ”rimliga krav på rättssäkerhet” åsidosattes. Småmålsreformen föranledde visserligen inga ändringar i rättegångsbalken – utan skapade istället en vid sidan av balken gällande ordning i mindre tvistemål – men kom ändå att få stor betydelse för den fortsatta utvecklingen av den allmänna processen. Handläggningen av småmålen kom nämligen i praxis att i viss mån ”smitta” också handläggningen av de vanliga tvistemålen,³⁸³⁶ och när en allmän översyn av rättegångsbalken initierades under slutet på 1970-talet bildade småmålslagen ”utgångspunkten” för reformen.³⁸³⁷ Något skämtsamt kan man säga att ökad domstolsaktivitet genom småmålsreformen åter blev à la mode; inkquisition var hopplöst ”ute” men materiell processledning blev nu ”inne”.

År 1977 tillsattes Rättegångsutredningen för att försöka att hitta en ny balans mellan de två delvis motsägelsefulla strävanden som också låg till grund för processreformen: rättegången skulle bli mer tids- och kostnadseffektiv, men med bibehållen (”rimlig”) rättssäkerhet. Sålunda ålades utredningen enligt sina direktiv att söka åstadkomma ett flexiblare, snabbare och billigare förfarande – dock utan att ”befogade rättssäkerhetskrav” åsidosattes. Rättsväsendets resurser skulle enligt departementschefen ”utnyttjas på bästa sätt” utan att ”rättssäkerhetens krav” eftersattes; principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration skulle behållas men vägas mot kraven på processekonomi och hushållning med samhällets resurser. Och utgångspunkten för reformen skulle vara den inom justitiedepartementet tidigare utarbetade promemorian avseende rättegången i tvistemål om mindre värden.³⁸³⁸

I sin utvärdering av småmålslagen förklarade Rättegångsutredningen, i enlighet med den initiala remisskritiken, att frånvaron av juridiskt ombud eller biträde *inte kunde kompenseras genom ökad aktivitet från domstolen, utan risker för försämrad rättssäkerhet*:

”Man har anledning att befara att frånvaron av juridiskt biträde ibland sätter sina spår också när det gäller det materiella resultatet av en process. En insats från en

³⁸³⁶ Se t.ex. prop. 1986/87:89 s. 104 och SOU 1982:26 s. 102 och 107.

³⁸³⁷ SOU 1982:26 s. 41 ff.

³⁸³⁸ Dir. 1977:10 och härtill SOU 1982:26 s. 13. Se även SOU 1982:25 s. 92. Intressant att notera är att ”departementschefen” i denna vända var statsrådet Romanus – samma Romanus som tidigare, i egenskap av JusR och HD:s ordförande, hade riktat mycket skarp kritik mot just småmålslagen.

advokat kan många gånger vara till fördel för parten, när det gäller att på ett juridiskt uttömmande och tillförlitligt sätt presentera de fakta han måste redovisa. En aldrig så välvilligt inställd domare kan inte alltid kompensera frånvaron av ett biträde. Denna frånvaro kan därför i vissa fall resultera i en försämrad rättssäkerhet och ett sämre genomslag för civilrätten.”³⁸³⁹

Trots att Rättegångsutredningens betänkande genomsyrades av en – enligt min mening sund – skepsis kring den materiella processledningens till synes obegränsade möjligheter, valde man ändå att fortsätta på den inslagna vägen. År 1982 framlade Rättegångsutredningen delbetänkandet *Översyn av rättegångsbalken – processen i tingsrätt* (SOU 1982:25-26), vari domstolen bland annat ålades en mer aktiv materiell processledning i alla måltyper.³⁸⁴⁰

Rättegångsutredningens förslag låg helt i linje med – och gav därmed legitimitet åt – andra samtida reformprojekt på processrättens område som istället avsåg biträdeskostnadernas hantering, exempelvis åt Rättshjälpskommittén arbete. Liksom Rättegångsutredningen hade kommittén ålagts att söka åstadkomma en billigare process – dock utan att ”berättigade rättssäkerhetskrav” sattes åt sidan.³⁸⁴¹ Och med direkt hänvisning till Rättegångsutredningens diskussion kring den materiella processledningens omfattning ”löste” Rättshjälpskommittén sitt uppdrag genom att föreslå striktare regler för förordnande av offentlig försvarare.³⁸⁴² Motiveringen är talande:

”Om man av *statsfinansiella skäl* vill försöka begränsa kostnaderna för offentliga försvarare bör man ta fasta på domstolens roll vid förhandlingen. När domstolen skall bedöma om den tilltalade har behov av förvarare bör domstolens möjligheter och skyldigheter att *bedriva en aktiv materiell processledning* beaktas.”³⁸⁴³

Och på detta sätt fick idén om den materiella processledningen spridning långt utanför småmålens ram; i den efterföljande propositionen anförde departementschefen – i enlighet med kommitténs förslag – att om ”försvarare inte medverkar kan detta kompenseras genom en mera aktiv processledning från domstolens sida”.³⁸⁴⁴

Utöver att influera och ge legitimitet åt parallella utredningsförslag enligt ovanstående exempel kom Rättegångsutredningens betänkande att sedermera utmyнна i propositionen 1986/87:89 *om ett reformerat tingsrättsförfarande*. På en principiell nivå fortsatte härigenom utvecklingen mot en mer aktiv domstol; det infördes starkare krav på materiell processledning, som enligt motiven skulle bedrivas mer aktivt i syfte att *förenkla processen och därigenom minska biträdesbehovet*.³⁸⁴⁵

³⁸³⁹ SOU 1982:26 s. 52.

³⁸⁴⁰ SOU 1982:25 s. 104 och SOU 1982:26 s. 101 ff.

³⁸⁴¹ Dir. 1981:75 s. 8, i SOU 1984:66 bilaga 1 s. 246.

³⁸⁴² Se DsJu 1983:2 s. 47 fn. 1, där RHK uttryckligen hänvisar till RU:s delbetänkande.

³⁸⁴³ DsJu 1983:2 s. 48.

³⁸⁴⁴ Prop. 1983/84:23 s. 15 f.

³⁸⁴⁵ Prop. 1986/87:89 s. 104 ff. Lagtextens lydelse förändrades endast i begränsad utsträckning, men av förarbetena framgår att en betydande skillnad gentemot tidigare praxis eftersträvades; se SOU 1982:26 s. 101 ff. och prop. 1986/87:89 s. 105 ff.

”Förekomsten av ombud och ombudets skicklighet utgör naturligtvis – som utredningen påpekar – omständigheter som automatiskt reglerar behovet av processledning ... Detta får betydelse inte minst i rättegångar om mindre värden, där man enligt mitt förslag skall behålla de nuvarande begränsningarna i fråga om rätten till ersättning för ombudsarvode och rätten till rättshjälp med biträdesförordnande. Det är enligt min mening naturligt att domstolen under sådana omständigheter – som förutsattes när småmålslagen infördes – *i viss mån får kompensera ett ombuds insatser*. [...] Sammanfattningsvis menar jag i likhet med utredningen och många remissinstanser att en lämplig allmän nivå i fråga om processledningens omfattning bör vara *en mer aktiv verksamhet* än vad många domare nu utövar i mål som handläggs enligt RB och *närma sig vad som förutsätts enligt småmålslagen*. Rätten får vid sin bedömning av om ett aktivt ingripande bör ske i en viss situation ta hänsyn till den totala bilden i målet, bland annat risken för att motparten skall uppfatta domaren som partisk, men även till sådana faktorer som att målet rör ett förhållande där parterna på rund av kostnadsreglernas och rättshjälpsreglernas utformning *i praktiken saknar möjlighet att processa med hjälp av rättsbildade ombud*. Detta innebär att man inom det område som nu omfattas av småmålslagens regler även i fortsättningen bör utöva en aktiv processledning i huvudsak i enlighet med intentionerna vid den lagens tillkomst.”³⁸⁴⁶

Sammanfattningsvis förelåg under slutet på 1970-talet och början på 1980-talet en påtaglig växelverkan mellan å ena sidan diskussionen kring den materiella processledningens omfattning och å andra sidan parternas behov av, och i förlängningen rätt till, biträde i processen. Småmålsreformen lade på 70-talet grunden för denna utveckling genom det förenklade – ”biträdeslösa” – förfarandet, i vilket domstolen skulle utöva en omfattande materiell processledning. Genom Rättegångsutredningens och Rättshjälpskommitténs arbete – och de därpå följande propositionerna – fick sedan, under 80-talet, samma tankegångar spridning också inom den ordinära tvistemåls- och brottmålsprocessen; frånvaron av biträde skulle också där ”kompen-
seras” genom en aktiv materiell processledning. Utvecklingen har således följt ett dialektiskt mönster; från en aktiv domstol (enligt äldre rättegångsbalken), till aktiva parter (genom nya rättegångsbalken), och sedan tillbaka igen genom domstolens allt aktivare materiella processledning.³⁸⁴⁷ Och bakom dessa reformer kan man alltid skymta de statsfinansiella skälen; en aktiv domstol blev synonymt med en enklare och därmed billigare domstol.

³⁸⁴⁶ Prop. 1986/87:89 s. 107 f.

³⁸⁴⁷ Jfr Lindblom, Per Henrik, *Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten* (SvJT 1/1984) s. 785-800 (s. 793): ”Med en viss förenkling skulle man kunna hävda att processledningen enligt ÅRB präglades av inkvisitoriska drag Domaren hade att utreda sanningen och var inte bunden av parternas dispositioner i någon nämnvärd utsträckning. Varken advokat eller åklagare var av den klass vi är bortskämda med idag – processen kunde inte överlämnas helt på parterna. Nya RB innebar ett nytänkande i det avseendet – i både brott- och tvistemål blev rättegången ett 'two man battle' med domaren som passiv åskådare, dock liksom en konstaktningsdomare beredd att redovisa en poängbedömning efter aktens slut. [...] Syntesen kommer nu; den relativt kraftiga materiella processledningen vinner allt fler anhängare.”

7.3.6.3 Mot en allt tydligare rollfördelning i allmän domstol

Under 1990-talet fortsatte arbetet med att – genom punktvisa reformer – modernisera civil- och straffprocessen,³⁸⁴⁸ men det skulle dröja fram till 2000-talet innan rättegångsbalken ånyo blev föremål för en mer allmän översyn genom den tämligen genomgripande EMR-reformen.

Inför millenniumskiftet utsåg regeringen Ekeberg till särskild utredare, med uppdrag att undersöka hur rättegången i tvistemål och brottmål kunde ”förbättras” med ”bibehållen rättssäkerhet”. Direktiven var förhållandevis allmänt hållna; utredaren skulle särskilt diskutera principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration. Dessa principer hade genom nya rättegångsbalken genomförts med ”stor stränghet” men sedan mjukats upp – inte minst genom Rättegångsutredningens arbete – i syfte att åstadkomma en effektivare process, och tiden ansågs nu mogen för ytterligare ”uppmjukningar”. I övrigt uppställdes vissa allmänna – helt och hållet intetsägande – målsättningar med reformen: rättegången skulle bland annat vara ”ändamålsenligt utformad”, innebära ett ”effektivt resursutnyttjande”, nytta ”modern teknik” och präglas av ett ”medborgarperspektiv”. Av särskilt intresse i förevarande sammanhang är också att processreglerna, enligt regeringen, i den mån det var möjligt skulle utformas ”så att parter kan ta till vara sin rätt utan eget juridiskt ombud”.³⁸⁴⁹

År 2001 presenterade utredningen – som med viss förväxlingsrisk antog namnet 1999 års Rättegångsutredning – sitt slutbetänkande *En modernare rättegång* (SOU 2001:103). Förslaget spänner över en rad ämnesområden som inte skall fördjupas här. Såvitt avsåg rollfördelningen i rättegången mellan domstolen och parterna förklarade dock utredningen, med en återblick på processen enligt äldre rättegångsbalken, att vad som utmärkte denna var det ”inkvisitoriska inslaget”:

”Rättegångens huvudaktörer var inte två parter som utvecklade sina ståndpunkter inför domaren utan domaren, som själv skulle utreda vad som hänt. Domaren var härvid inte i någon högre grad bunden av parternas dispositioner. Detta hängde samman med att rättegången inte kunde lämnas över till parterna på det sätt som är vanligt idag. Talan fördes inte sällan av enskilda utan juridisk utbildning, och den tidens motsvarighet till dagens advokater och åklagare hade inte den utbildning och kvalitet som dessa yrkesutövare numera besitter.”³⁸⁵⁰

Genom processreformen ”omstöptes” dock rättegångsordningen; domaren tilldelades genom den nya balken, och Processlagberedningens motiv, en passiv roll, och enligt utredningen fanns det nu förutsättningar att *ytterligare skjuta över ansvaret i rättegången från domstolen till parterna*, ty:

”... de professionella aktörernas kompetens [har] ökat. Förutsättningarna för att begripa och följa vad som händer under en rättegång har ökat väsentligt även bland

³⁸⁴⁸ Exv. genom prop. 1999/00:26.

³⁸⁴⁹ Dir. 1999:62, i SOU 2001:103 bilaga 1 s. 367 ff.

³⁸⁵⁰ SOU 2001:103 s. 76.

allmänheten genom den ökade utbildningsnivån i samhället. Domstolarnas språkbruk har blivit enklare och tydligare. Detta ger förutsättningar för att överlåta fler inslag i rättegången till parternas disposition.”³⁸⁵¹

Dessa principiella utgångspunkter fick utredningen att föreslå vissa förändringar beträffande ansvaret för bevisningen i dispositiva tvistemål. I dessa mål menade nämligen utredaren att det kunde ”ifrågasättas” om domstolen borde få gripa in i parternas bevisföring, och anförde vidare att rättens

”... befogenheter i detta hänseende kan tyckas ge uttryck för ett äldre inkvisitoriskt förfarande inför domstol än vad som hör till modern rättskipning. *Utvecklingen* går också i riktning mot en begränsning av domstolens efterforskande verksamhet i stort till att domstolen endast skall bedöma den framlagda bevisningens bevisvärde.”³⁸⁵²

Beträffande de indispositiva tvistemålen och brottmålen förordade utredaren att rätten även fortsättningsvis skulle få föra in bevisning i målet, men påpekade att denna befogenhet borde ”utnyttjas med försiktighet” och att frågan snarare borde lösas genom materiell processledning.³⁸⁵³

I mångt och mycket anslöt sig regeringen till utredningens förslag. Som en röd tråd genom EMR-reformen löper sålunda en strävan efter att effektivisera den allmänna processen, främst genom att, med avsteg från rättegångsbalkens grundläggande principer, göra prövningen mer flexibel.³⁸⁵⁴ Följaktligen gavs många regler en fakultativ utformning, vilket naturligtvis innebar en förskjutning av makt från lagstiftaren till domstolarna. Det skulle föra för långt att här diskutera reformens alla delar – åtskilligt har redan sagts därom – men beträffande rollfördelningen i rättegången kan vi konstatera att reformen ger ett tämligen ambivalent intryck.

Å ena sidan anförde regeringen, angående det allmänna reformbehovet, att ”rättegångsreglerna [skulle] vara utformade så att parterna i möjligaste mån kan tillvarata sin rätt utan juridiskt ombud”.³⁸⁵⁵ Hur denna abstrakta målsättning – som också kom till uttryck i utredningsdirektiven – skulle infrias utvecklades dock varken i utredningen eller i propositionen, och inte heller har jag kunnat finna några konkreta förändringar som syftade till att ”underlätta” processen för parterna.

Å andra sidan – och snarast i kontrast till målsättning att parternas talan skulle kunna föras utan ombud – genomfördes en rad förändringar som syftade till att ”betona parternas ansvar för att målet drivs framåt”.³⁸⁵⁶ Beträffande de dispositiva tvistemålen förklarade regeringen rentav att det var en *målsättning* att överlåta ett större ansvar

³⁸⁵¹ SOU 2001:103 s. 81.

³⁸⁵² SOU 2001:103 s. 262.

³⁸⁵³ SOU 2001:103 s. 265.

³⁸⁵⁴ Se t.ex. prop. 2004/05:131 s. 1.

³⁸⁵⁵ Prop. 2004/05:131 s. 79.

³⁸⁵⁶ Prop. 2004/05:131 s. 1 och 220. Detta bland annat genom skärpa regler om påföljd vid utevaro; se prop. 2004/05:131 s. 127 och 160.

för processmaterialets fullständighet på parterna och, i enlighet med utredningens förslag, begränsades domstolens befogenhet att föra in bevisning i dessa mål:

”Enligt regeringens uppfattning bör regler som inskränker parternas möjligheter att i dispositiva tvistemål förfoga över processen i möjligaste mån undvikas. Detta är i linje med regeringens *målsättning* att i dessa mål överlåta ett större ansvar för bland annat bevisningen på parterna. Det kan starkt ifrågasättas om det är rimligt att rätten i dispositiva tvistemål skall ha möjlighet att gripa in i parternas bevisföring. Bevisning syftar till att styrka en viss omständighet som åberopas av någon part. Lyckas parten, genom ett bevis som rätten oombett fört in i målet, styrka en sådan omständighet uppnår han eller hon en fördelaktigare position i målet. Motparten kan i detta läge komma att ifrågasätta rättens objektivitet, särskilt som rätten i dispositiva tvistemål inte har det omfattande utredningsansvar, som framför allt motiverar att det inte finns någon begränsning för rätten att självmant inhämta bevisning i brottmål och i indispositiva tvistemål.”³⁸⁵⁷

Sammantaget kan man på goda grunder konstatera att pendeln genom EMR-reformen *svängde tillbaka mot en tydligare rollfördelning i processen*, där domstolens rättskipande roll renodlas och ett större ansvar för processmaterialets fullständighet ankommer på parterna. Utredningen talade i sitt betänkande om en ”utveckling” mot en begränsning av domstolens efterforskande verksamhet ”i stort” och en sådan ordning var också ”i linje med regeringens målsättning”. I EMR-reformen slog man alltså an en ny ton och den delvis förändrade retoriken kommer till ännu starkare uttryck i senare reformprojekt på straffprocessens område.

År 2010 beslutade regeringen att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att överväga åtgärder för att skapa en mer ändamålsenlig brottmålsprocess. Det konstaterades att EMR-reformen i första hand hade berört tvistemålsprocessen, och – underförstått – att brottmålsprocessen därför stod på tur. För en ändamålsenlig straffprocess fordrades, enligt direktiven, dels en ändamålsenlig ansvarsfördelning i processen, dels ökad flexibilitet. Närmare bestämt skulle utredaren enligt sina direktiv bland annat överväga om ansvarsfördelningen mellan domstolen och parterna kunde förtydligas och om parternas inflytande i och ansvar över processen kunde utökas.³⁸⁵⁸ På denna punkt hade det genom åren framkommit olika uppfattningar,³⁸⁵⁹ och på utredningen ankom det nu att ta ställning till om rådande ordning var ändamålsenlig, eller om det fanns anledning att förtydliga eller rentav förskjuta rollfördelningen i straffprocessen.

Utredningen antog – under ledning av Strömberg – namnet *Straffprocessutredningen* och framlade år 2013 betänkandet *Brottmålsprocessen* (SOU 2013:17). Liksom

³⁸⁵⁷ Prop. 2004/05:131 s. 154 f.

³⁸⁵⁸ Dir. 2010:78, i SOU 2013:17 bil. 1 s. 975 ff.

³⁸⁵⁹ SOU 2013:17 s. 214 och 979. Sälunda har Åklagarmyndigheten i sin idéskrift *Effektivare hantering av stora och komplicerade brottmål* (2006) ansett att parterna bör ha det bestämmande inflytande över processföremålet i brottmål (se även SOU 2005:117). På motsvarande sätt har Straffnivåutredningen ansett att domstolen i högre utsträckning bör vara bunden av åklagarens yrkanden (SOU 2008:85; se även prop. 2009/10:147).

EMR-reformen spänner det ifrågasvarande reformförslaget över en rad ämnesområden varav endast huvuddragen skall diskuteras nedan.³⁸⁶⁰

Som en utgångspunkt för diskussionen förklarade utredningen att den ackusatoriska straffprocessen som infördes genom nya rättegångsbalken förvisso utgjorde ett brott mot den förutvarande inkvisitoriskt inrättade processen.³⁸⁶¹ På domstolen ankom dock alltså ett ansvar för att utgången i målet blev ”materiellt korrekt” och domaren fick därför ett vittgående ansvar för utredningens fullständighet också enligt nya rättegångsbalken. Med Straffprocessutredningens ord gav detta ”uttryck för den så kallade officialprincipen” som alltså, enligt utredning, kom att genomsyra också den ackusatoriskt inrättade straffprocessen.³⁸⁶² Domstolens roll i processen kom också i hög grad präglas av de praktiska förhållandena vid balkens tillkomst:

”De flesta åklagare saknade då fortfarande en fullständig juristutbildning och det fanns ingen sammanhållen åklagarorganisation. Sakförare saknade oftast juridisk skolning.”³⁸⁶³

Detta förhållande – det vill säga *avsaknaden av kompetenta parter* – gjorde det praktiskt nödvändigt att tilldela domstolen en aktiv roll i processen. Dagens verklighet var dock, enligt utredningen, en annan:

”[E]tt kompetent och välorganiserat åklagarväsende har utvecklats och ... det förekommer försvarare i fler mål. Dessutom har medborgarnas syn på staten och maktavare generellt sett förändrats i takt med samhällsutvecklingen i stort.”³⁸⁶⁴

Till följd av dessa förändringar menade utredningen att rollfördelningen i straffprocessen i praktiken har kastats om; domstolens aktivitet har de facto minskat och parternas ökat. Regelverket – sprunget ur sin tid – återspeglade dock inte denna förändring vilket, enligt utredningens mening, var principiellt tvivelaktigt:

”Reglerna bygger på en föråldrad syn på ansvarsfördelningen mellan parterna och rätten, som inte överensstämmer med den enskildes syn och samhällets uppfattning. Bestämmelserna ger domstolen stor självständighet att agera självmant i processen och parterna ett mer begränsat inflytande. Vi anser att det är betänkligt av principiella skäl ...”³⁸⁶⁵

För att blott ta två exempel vände sig utredningen mot att domstolen enligt ”gällande rätt” har – men alltså vanligtvis inte utnyttjar – en befogenhet att besluta om komplettering av förundersökningen eller om ytterligare utredning i skuldfrågan. Ett

³⁸⁶⁰ En sammanfattning av förslaget lämnas av Strömberg, Henning & Silfverberg (SvJT 5-6/2013) s. 521 ff. och några kritiska synpunkter på förslaget lämnas av exv. Abrahamsson, Maria, *Brottmålsprocessen i förändring – några kritiska synpunkter* (SvJT 10/2013) s. 1039-1043.

³⁸⁶¹ SOU 2013:17 s. 177.

³⁸⁶² SOU 2013:17 s. 214.

³⁸⁶³ SOU 2013:17 s. 178.

³⁸⁶⁴ SOU 2013:17 s. 179.

³⁸⁶⁵ SOU 2013:17 s. 181 och 213 f.

sådant utrymme borde ”av principiella skäl” inte tillkomma en domstol, eftersom det var svårt att förena med ”det allmänna rättsmedvetandet”, kravet på opartiskhet samt Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen.³⁸⁶⁶ Istället förespråkade utredningen en tydligare rollfördelning i processen och i förlängningen – genom en renodling av rollerna – *ett större ansvar för parterna*. Sålunda ville utredningen ”ge den akusatoriska principen ett ökat genomslag” respektive göra processen ”än mer akusatorisk” och förklarade att denna ”grundtanke” genomsyrade hela reformförslaget.³⁸⁶⁷ Vilka roller – och vilket ansvar – ville man då tilldela domstolen respektive parterna?

Såvitt avsåg domstolen ville utredningen att domaren skall begränsa sin verksamhet till att ”skipa rätt utifrån den utredning som parterna presenterar”. På domarens axlar skulle det inte längre vila något ansvar varken för att utredningen blev fullständig eller för att utgången blev materiellt korrekt; rättens officialansvar, liksom den officialprövningsrätt som tillkommer rätten i brottmål, skulle alltså tas bort. Härigenom skulle domstolen ges en ”neutral och objektiv” – på sin höjd ”processledande och kontrollerande” – roll i straffprocessen.³⁸⁶⁸ Det allmänna intresset av en fullgod utredning i brottmål borde istället, enligt utredningen, ”tillräckligt kunna bevakas av åklagaren”.³⁸⁶⁹

Enligt utredningens förslag skulle parterna ”disponera helt över utredningen i skuldfrågan” varvid åklagaren skulle bära det ”fulla ansvaret” för statens talan.³⁸⁷⁰ Vad slutligen avser den tilltalade skulle dennes roll som part förtydligas; genom att hållas bättre informerad skulle den tilltalade kunna – men också förväntas – ta större plats i processen.³⁸⁷¹ Med kunskap följer ansvar, skulle man kanske kunna säga,³⁸⁷² men en sådan logik förutsätter naturligtvis att den tilltalade både kan och vill tillgodogöra sig informationen.

Den utveckling som Straffprocessutredningen slog in på i sitt ovan diskuterade betänkande visar inga tendenser att avstanna. Sålunda föreslår Wersäll – i egenskap av särskild utredare – i sitt nyligen framlagda delbetänkande *Straffprocessens ramar och domstolens beslutsunderlag i brottmål* (SOU 2017:7) likaså en fortsatt renodling av rollfördelningen i brottmål (genom en tydligare partsbestämning av ramarna för processen).³⁸⁷³ Bakgrunden till förslagen tecknas i följande ordalag:

”En viktig faktor för en processordning är hur inflytandet över processens innehåll fördelas mellan rätten och parterna. Rättegångsbalken innebar då den trädde i kraft en brytning med det inkvisitoriska förfarande som tidigare hade präglat brottmålsprocessen och som innebar att domstolen ansvarade för prövningen av brottmålet.

³⁸⁶⁶ SOU 2013:17 s. 184 och 213.

³⁸⁶⁷ SOU 2013:17 s. 182 ff.

³⁸⁶⁸ SOU 2013:17 s. 184 f. och vidare 213 ff.

³⁸⁶⁹ SOU 2013:17 s. 223.

³⁸⁷⁰ SOU 2013:17 s. 184, 223 och vidare 233 ff.

³⁸⁷¹ SOU 2013:17 s. 184 f. och vidare 188 ff.

³⁸⁷² Jfr SOU 2013:17 s. 196: ”Vidare bör den tilltalade tidigt i förfarandet och förlöpande få bättre information om hur målet kommer att handläggas. Därigenom läggs också en grund för att ställa högre krav på den tilltalade att vara delaktig i processen.”

³⁸⁷³ Se sammanfattningen i SOU 2017:7 s. 14 samt mer utvecklat på s. 144 ff. Vad utredningen föreslår är i princip att dessa frågor skall utredas närmare.

Parternas relativt svaga processuella ställning hade sin grund i att domstolsprocesserna ofta drevs av enskilda personer utan juridisk skolning och att kvaliteten på advokat och åklagarkårerna var låg. Det fanns helt enkelt inte förutsättningar att kräva ett större ansvar av parterna.³⁸⁷⁴

Enligt Wersäll genomfördes dock den ackusatoriska grundprincipen inte ”konsekvent” i rättegångsbalken, utan kom istället att ”präglas av den s.k. officialprincipen som syftar till att tillgodose statens intresse av att oskyldiga inte anklagas eller döms för brott.” Till denna princip hänför Wersäll sedan, att domstolen ”kan eller ska vara självständigt verksam i brottmålsprocessen vid prövningen av brottsmisstanken”.³⁸⁷⁵ Härefter tecknar Wersäll en i princip identisk utveckling som Straffprocessutredningen:

”Först i takt med framväxten av ett professionellt försvararkollektiv och en juridiskt skolad åklagarkår har förutsättningarna för rättegångsbalkens tvåpartsreform bättre kommit på plats. Brottmålsprocessen har över tid successivt anpassat sig efter samhällsutvecklingen och den nuvarande processrätten har i den meningen växt fram under decennierna efter rättegångsbalkens införande. Utvecklingen har, understödd av lagstiftarens reformer, gått mot en alltmer ackusatorisk process.”³⁸⁷⁶

Som en direkt följd av att parterna numera *förutsätts vara kompetenta* ”förlitar sig” domstolen, enligt Wersäll, på att parterna tar ansvar för processmaterialet.³⁸⁷⁷ Följande samtidsskildring förtjänar att återges in extenso, som en skarp kontrast till lagstiftarens föreställningar om frånvaron av försvarare kan kompenseras genom materiell processledning:

”I takt med professionaliseringen av advokat och åklagarkåren har straffprocessen blivit alltmer ackusatorisk. Domstolarna har samtidigt, i linje med Europakonventionens krav på ett kontradiktoriskt förfarande med en oavhängig domstol, i praktiken intagit en mer opartiskt prövande roll som ’mottagare’ av den utredning som parterna presenterar. Det har, inte minst i rapporten ’Felaktigt dömda’ som följde av JK:s rättssäkerhetsprojekt år 2006, argumenterats för att domstolen fortfarande har ett långtgående ansvar för att se till att utredningen blir fullständig avseende åtgärder som talar till den misstänktes förmån. Bland dagens domare råder det emellertid *stor samstämmighet om att rättens utredningsskyldighet i skuldfrågan är obsolet*. Ansvaret för utredningens fullständighet vilar på polis och åklagare medan domstolens uppgift är att döma över det material som presenteras av parterna.”³⁸⁷⁸

³⁸⁷⁴ SOU 2017:7 s. 24.

³⁸⁷⁵ SOU 2017:7 s. 24 f. Se även s. 83 f., där det görs gällande att ”Processlagberedningen, trots ambitionen om att införa en ackusatorisk straffprocess, inte helt [lyckades] frigöra sig från den inkvisitoriska roll som domstolen då hade haft under lång tid i prövningen av brottmålen”.

³⁸⁷⁶ SOU 2017:7 s. 25.

³⁸⁷⁷ SOU 2017:7 s. 26, med tillägget: ”Det är svårt att tänka sig en domstol som skulle använda sig av möjligheten att på helt eget initiativ kalla vittnen eller begära förundersökningsåtgärder som har betydelse för skuldfrågan i en modern brottmålsrättegång.”

³⁸⁷⁸ SOU 2017:7 s. 84.

Att Svea Hovrätts president – såsom särskild utredare i en statlig offentlig utredning – konstaterar att det råder *stor samstämmighet bland domare om att rättens utredningsskyldighet är obsolet* manar till eftertanke. För här någonstans står vi väl vid ett vägskal? I den bästa av världar – där åklagarens utredning är fullgod och underkastas en fullgod granskning av den tilltalades försvarare – är jag för egen del helt övertygad om att den kontradiktoriska processen är bäst ägnad att säkerställa ”korrekta” straffdomar, vilket ligger i allas intresse. Jag är således i och för sig positiv den till den utveckling som sker. Men en grundläggande premis för den modell som Wersäll vill driva ännu längre är att parterna i processen är balanserade, vilket förutsätter att den misstänkta/tilltalade har tillgång till försvarare. Vi kan med andra ord inte leva i två parallella världar: en värld där domstolens materiella processledning kompenserar frånvaron av försvarare (när vi diskuterar kostnaderna för försvarare), och en värld där rättens utredningsskyldighet är obsolet (när vi diskuterar straffprocessens mest ändamålsenliga utformning). Dessa parallella diskussioner måste sammanfogas till *ett samtal*; försvararkostnaderna kan inte utredas/diskuteras i en SOU (t.ex. 2014:86) och processens ”lämpliga” utformning i en annan SOU (t.ex. 2013:17 och 2017:7), eftersom kostnadshantering måste kopplas ihop med processens utformning – det är två sidor av samma mynt.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att rollfördelningen i allmän domstol i princip har kastats om under det senaste seklet. Den inkvisitoriskt inrättade processen enligt äldre rättegångsbalken präglades av en aktiv domstol och passiva parter. Genom nya rättegångsbalken lades sedan förhandlingsprincipen till grund för den allmänna processen, vilket förutsatte aktiva parter och en passiv domstol. Under 70- och 80-talet kom rollfördelningen att grumlas genom att domstolen – under parollen ”materiell processledning” – vid sidan av sin rättskipande roll också ålades en biträdande roll. På senare år håller dock rollerna återigen på att renodlas, genom samtida reformer och reformförslag. Dessa förändringar har också påverkat – och påverkats av – biträdets roll i processen.

En grundläggande förutsättning för processreformen var att parterna kunde få tillgång till kompetent biträde och Advokatsamfundets verksamhet kom därför att underkastas offentligrättslig reglering genom nya rättegångsbalken. Även om något formellt biträdestvång inte infördes, följde med den moderna rättegången ett ”faktiskt” tvång i den bemärkelsen det blev allt svårare för parterna att föra sin talan utan biträde. Under 70- och 80-talet kom dock den ökade biträdesfrekvensen att betraktas som ett problem, och man försökte därför skapa en ”biträdeslös” process genom att ålägga domstolen en mer aktiv materiell processledning. Genom ett flertal reformer – som alla har verkat i samma riktning – har sålunda allmän domstol ålagts en mer aktiv roll i vissa måltyper, samtidigt som parternas möjlighet att få sina biträdeskostnader ersatta kraftigt har beskrivits i dessa. Mer adekvat är kanske till och med att beskriva denna utveckling i omvänd ordning: *Målet* med reformerna har varit att inskränka den enskildas möjlighet att få ersättning för sina biträdeskostnader – framförallt i sådana situationer då denna ersättning betalas av det allmänna – och *medlet* (*sic!*) har varit att ålägga domstolen att i högre utsträckning tillvarata den enskildas intresse,

alltsomoftast under parollen ”materiell processledning”. Tanken har således varit att avsaknaden av biträde skall ”kompenseras” genom en mer aktiv processledning från domstolen, vilket på många sätt utgör en tillbakagång till den ordning som rådde *före* nya rättegångsbalkens ikraftträdande, exempelvis i den inkvisitoriska straffprocessen enligt äldre rättegångsbalken.

I senare reformförslag har dock pendeln åter svängt – målsättningen om en biträdeslös process har mer eller mindre övergivits – och istället motiveras renodlingen av domarens rättskipande roll bland annat med hänvisning till att det nu finns kompetent biträde att tillgå. Detta dock *utan att kostnadsproblematiken har tagits upp till förnyad diskussion*, vilket är en viktig iakttagelse.

7.3.6.4 Förvaltningsrättsreformen – fortsatt inkvisitorisk process inför förvaltningsdomstol

1940-talets processreform kom indirekt att utgöra en katalysator för en motsvarande reform av förvaltningsprocessen – dock med drygt två decenniers eftersläpning. Samma år som Processkommissionen lade fram sitt betänkande hemställde nämligen Herlitz om ”en mer enhetlig, fullständig och i övrigt ur rättssäkerhetens synpunkt tillfredsställande lagstiftning angående förfarandet hos förvaltningsdomstolar och hos övriga förvaltningsmyndigheter, då de avgöra frågor som angå enskilds rätt”.³⁸⁷⁹ Den tidigare regleringen av förvaltningsprocessen kritiserades såsom varande alltför olikformig och ofullständig.³⁸⁸⁰ Trots att så länge varit fallet hade dock något trängande behov av en processlagstiftning på förvaltningsrättens område inte gjort sig gällande med särskild styrka, eftersom den äldre rättegångsbalken i betydande utsträckning hade varit direkt eller analogt tillämplig hos förvaltningsdomstolarna.³⁸⁸¹ I och med denna balks upphävande förändrades dock rättsläget;³⁸⁸² i sin motion anförde Herlitz att processreformen skulle rycka ”undan en av de grundvalar, på vilka vårt förvaltningsförfarande varit uppbyggt, och att man därmed ställdes inför uppgiften, att ersätta det förlorade med en för förvaltningen avpassad lagstiftning”.³⁸⁸³

Herlitz fick gehör för sina önskemål och förordnades att såsom sakkunnig verkställa en förberedande översyn av förvaltningsprocessen. Detta uppdrag slutfördes år 1946 genom betänkandet *Förvaltningsförfarandet* (SOU 1946:69), som närmast har karaktären av en probleminventering, med särskilt fokus på besvärsinstitutets utformning.³⁸⁸⁴ Mot bakgrund av vad som framkommit i betänkandet tillkallades sedermera Besvärssakkunniga för att, med Herlitz som ordförande, ”verkställa fortsatt utredning rörande det administrativa besvärsinstitutet och därmed sammanhängande

³⁸⁷⁹ Se mot. 1941 I:141 och vidare SOU 1946:69 s. 7 ff., SOU 1955:19 s. 7 ff. Se även Sterzel (FT 4-6/1984) s. 322 samt Wennergren, Bertil, *Förvaltningsförfarandet – vadan och varthän?* (FT 4/1969) s. 169-191 (s. 169).

³⁸⁸⁰ SOU 1946:69 s. 8 f. Se här till Sterzel (FT 4-6/1984) s. 322 f.

³⁸⁸¹ SOU 1946:69 s. 7 f. Se här till den utförliga redogörelsen hos Herlitz (1934) s. 1023 ff., samt Herlitz, Nils, *Förvaltningsrättsliga grunddrag – valda uppsatser* (1943) s. 25 ff., och Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocess* (1971) s. 6. Se även Edelstam (1995) s. 28.

³⁸⁸² Herlitz (1934) s. 1054. Edelstam (1995) s. 29.

³⁸⁸³ SOU 1946:69 s. 9 f. och Herlitz (1934) s. 1054.

³⁸⁸⁴ Se t.ex. SOU 1946:69 s. 217 f. och SOU 1971:76 s. 53. Se här till Edelstam (1995) s. 29.

frågor”.³⁸⁸⁵ Utredningsdirektiven korresponderade således med den inriktning som Herlitz hade förespråkat.³⁸⁸⁶

År 1955 presenterade de sakkunniga principbetänkandet *Administrativt rättsskydd* (SOU 1955:19), vari kommittén förordade att arbetet även framgent skulle inriktas på besvärsinstitutet. En av de sakkunniga hade dock reserverat sig, och förespråkade istället att det fortsatta utredningsarbetet skulle inriktas på förfarandet hos förvaltningsmyndigheterna; enligt reservanten framstod det inte som ”ändamålsenligt att vid ett reformarbete av detta slag börja uppifrån istället för från grunden”.³⁸⁸⁷ Först år 1958 utfärdades nya direktiv för de sakkunniga, och ifråga om den fortsatta utredningens inriktning vann reservanten framgång.³⁸⁸⁸ På så vis hamnade processen inför förvaltningsdomstol delvis i skymundan, och det kom att dröja fram till 1971 års förvaltningsrättsreform innan dessa domstolar fick en ”egen” processlag.³⁸⁸⁹

Något förenklat innebar förvaltningsrättsreformen två betydelsefulla förändringar, varav den ena kan beskrivas som ”organisatorisk” och den andra ”processuell”. För det första påbörjades byggnationen av en domstolshierarki likvärdig de allmänna

³⁸⁸⁵ SOU 1964:27 s. 9.

³⁸⁸⁶ Sterzel (FT 4-6/1984) s. 323.

³⁸⁸⁷ SOU 1955:19 s. 103 ff.

³⁸⁸⁸ SOU 1964:27 s. 52 ff. Detta förhållande föranledde Herlitz att lämna BSK:s arbete; med åsytan på detta förklarade Herlitz att det ”har fogat sig så, att jag, efter att ha ägnat mycket tid åt ett arbete, som tog sin början för nio år sedan och som i hög grad legat mig varmt om hjärtat, lämnat detta ofullbordat”. Se till det sagda Herlitz (FT 1/1958) s. 1.

³⁸⁸⁹ Genom förvaltningsrättsreformen antogs tre förvaltningen och förvaltningsrättskipningen centrala lagar: lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar (”LAFD”) samt förvaltnings- respektive förvaltningsprocesslagen (1971:290 och 1971:291). Till grund för förvaltningslagen låg BSK:s slutbetänkande *Lag om förvaltningsförfarande* (SOU 1964:27), som sedermera omarbetades inom Justitiedepartementet och utmynnade i betänkandet *Förvaltningslag* (SOU 1968:27). Grunden för förvaltningsprocesslagen hittar vi dels i BSK:s slutbetänkande, dels i Förvaltningsdomstolskommitténs betänkande *Förvaltningsrättskipning* (SOU 1966:70), i vilket kommittén också föreslog omfattande organisatoriska förändringar av förvaltningsrättskipningen, syftande till att tillskapa en sammanhållen domstolsorganisation också på förvaltningssidan. Dessa förslag jämte remissutvallet lades i sin tur till grund för ett internt inom Justitiedepartementet omarbetat förslag till processlag (författat av Wennergren): *Lag om förfarandet i förvaltningsdomstol* (DsJu 1970:11).

domstolarnas, som sakteligen utvecklades till dagens system med tre instanser.³⁸⁹⁰ För det andra blev förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden och förvaltningsdomstolarnas prövning av mål föremål för reglering i två skilda lagar. Syftet med båda dessa förändringar var att – en gång för alla – klippa banden mellan förvaltningen och (förvaltnings)rättskipningen, som dessförinnan hade betraktats som en ”organisk enhet”.³⁸⁹¹ I sistnämnt avseende var dock reformen en halvmesyr, eftersom förvaltningsprocesslagen inte kom att teckna bilden av en *process* i egentlig mening. Förfarandet inför förvaltningsdomstol inrättades nämligen som ett inkvisitoriskt enpartsförfarande,³⁸⁹² och kom därmed att bära större likheter med förvaltningsmyndigheternas ärendehandläggning än med de allmänna domstolarnas rättskipning. Detta förhållande verkade också styrande på valet av processuell grundprincip; det konstaterades att förhandlingsprincipen var

”... utesluten som allmänt riktmärke redan av den anledningen att det i många mål finns bara en part. Den *avgörande förutsättningen* för anordnande av förfarandet som en förhandling mellan två sidor saknas här.”³⁸⁹³

³⁸⁹⁰ RegR:s funktion som prejudikatinstans renodlades genom ett generellt krav på prövningstillstånd. Tyngdpunkten i förvaltningsrättskipningen flyttades på så vis från RegR till KamR, vars organisation byggdes ut och vars kompetens utvidgades till att i princip svara mot RegR:s. Parallellt med detta genomfördes en partiell omorganisation också av förvaltningsrättskipningen i första instans. Genom den s.k. länsförvaltningsreformen inrättades nämligen särskilda länsdomstolar (skatterätter och länsrätter) för att svara för förvaltningsrättskipningen på länsnivå. Denna reform samordnades med förvaltningsrättsreformen på så vis att FPL kom att äga tillämpning hos dessa nyinrättade ”domstolar”, som dock inte var några domstolar i egentlig mening, eftersom de var en del av Länsstyrelsen. Se till det sagda prop. 1971:14 s. 1 ff., prop. 1971:30 s. 2, Lundborg, Åke, *Länsrättsreformen* (FT 5/1979) s. 221-236 (s. 221 f.) och Lavin, Rune, *Domstol och administrativ myndighet* (1972) s. 32. År 1977 tillsattes därefter Länsdomstolskommittén, för att närmare utreda frågan om länsdomstolarnas organisation. Kommittén verkställde sitt uppdrag genom betänkandet *Länsdomstolarna* (SOU 1977:80), vari kommittén föreslog att länsrätterna och skatterätterna skulle brytas ut från länsstyrelserna och istället bilda en allmän förvaltningsdomstol underställd KamR och RegR. Härigenom önskade kommittén fullfölja den reformlinje som präglade 1971 års förvaltningsrättsreform, nämligen att åstadkomma en boskillnad mellan förvaltningen och rättskipningen. Till denna tankelinje anslöt sig sedermera lagstiftaren; DepC uttalade att det var ”både naturligt och angeläget att 1971 års reformer i fråga om förvaltningsrättskipningen fullföljs genom att även första instans anpassas till de principer som gäller för domstolsväsendet i allmänhet”. Sagt och gjort: Genom 1979 års länsrättsreform bröts de förutvarande länsdomstolarna ut ur Länsstyrelserna och lades samman i en fristående förvaltningsdomstol med namnet länsrätt (LR). Därmed hade förvaltningsrättskipningen tillskapats *en med de allmänna domstolarna parallellställd domstolshierarki i tre instanser*. Se till det sagda prop. 1977:78:170 s. 7 ff., prop. 1978/79:86 och vidare Lundborg (FT 5/1979) s. 221 ff. Efter att LR väl hade underställts KamR:n och RegR vidtog ett reformarbete som syftade till att tillskapa en renodlad domstolshierarki med tyngdpunkten förlagd vid första instans. Denna strävan realiserades genom flera samverkande reformer: LR fick generell kompetens att pröva besvär över förvaltningsmyndigheternas beslut, varigenom dessa kom att fungera som besvär-sinstans under kammarrätten i så gott som samtliga måltyper. För KamR:ns vidkommande infördes ett i praktiken generellt krav på prövningstillstånd. Genom etappvisa reformer flyttades därefter flertalet måltyper till LR som första instans, antingen genom att *flyttas ned* från KamR till LR, eller genom att *flyttas över* från specialdomstol till LR, varefter specialdomstolarna successivt avskaffades. Se bl.a. prop. 1990/91:80, prop. 1992/93:215, prop. 1993/94:133, prop. 1994/95:27, prop. 1995/96:22, Ds 1992:38 och Ds 1997:29. Genom den nu skisserade organisatoriska utvecklingen skapades en mer eller mindre enhetlig besvärsoordning för det stora flertalet förvaltningsmål, med tyngdpunkten förlagd till första instans – genom begränsad fullföljdsrätt såväl till KamR som till RegR. Vid den domstolsorganisation, som nu var uppbyggd efter de allmänna domstolarnas struktur, återstod bara att omforma processen efter den allmänna processens mönster; i likhet med denna skulle förvaltningsprocessen med tiden bli *kontradiktorisk*.

³⁸⁹¹ Så beskrivs förhållandet alltrögt hos Ragnemalm (2014) s. 32.

³⁸⁹² Jfr Lavin (JT 1/2000-01) s. 99, Lavin (FT 5/1992a) s. 457, Lavin (JT 1/1989-90) s. 75, Vahlne Westerhäll (2002) s. 191 och SOU 1946:69 s. 88.

³⁸⁹³ Prop. 1971:30 s. 526 och Ju 1970:11 s. 43.

Att officialprincipen, till synes av praktiska skäl, lades till grund för förvaltningsprocessen står alltså klart – vad detta innebär är däremot oklart. Redan år 1977 förklarade exempelvis Petrén, med åsyftan på 8 § förvaltningsprocesslagen, att stadsgandets

”... vaga avfattningen synes ha lett till att det uppfattas av förvaltningsdomstolarna icke så mycket som en för dem tvingande norm, utan snarare som en till inret förpliktigande anvisning, på vilken det går att ta ganska lätt i det praktiska domstolsarbetet.”³⁸⁹⁴

Motiven till lagrummet är likaledes allmänt hållna och innehåller, återigen med Petréns ord, endast ”sådana truismen som var och en med erfarenhet av utredningsfrågor själv kunnat formulera.”³⁸⁹⁵ Denna brist på vägledande förarbetsuttalanden har medfört att det i den praktiska rättstillämpningen alltid har förekommit vitt skilda tolkningar av officialansvarets innebörd.³⁸⁹⁶ I sitt slutbetänkande konstaterade således Domstolsutredningen, som hade låtit undersöka den faktiska tillämpningen av ifrågavarande lagrum genom bland annat intervjuer, att det var ”betänkligt att kartläggningen klart ger vid handen att det på detta område förekommer avsevärda skillnader i uppfattning”.³⁸⁹⁷ Att det aldrig någonsin har varit tanken att förvaltningsprocessen skall gestalta sig som en av domstolen bedriven undersökning/utredning – *inte ens när processen var inkvisitorisk* till sin grundstruktur – torde dock stå klart för alla och envar, vilket jag strax kommer att visa.

7.3.6.5 Tvåpartsreformen – kontradiktorisk process inför förvaltningsdomstol

Den inkvisitoriskt inrättade förvaltningsprocessen tilldrog sig omfattande kritik i litteraturen.³⁸⁹⁸ Lavin karakteriserade exempelvis enpartsprocessen som en ”besvärande omständighet inom förvaltningsförfarandet”,³⁸⁹⁹ och förklarade att det för den enskilda var

”... mycket svårt att i denna processform tillvarata sina intressen, även om domstolsprövningen i grunden var av officialkaraktär. Dennes talan fick gå ut på att övertyga domstolen om att beslutsmyndigheten haft fel. Det var ingen lätt uppgift att få det allmännas representanter att ändra mening. Som en följd av systemet kom den enskilde parten att åläggas en tung bevisbörda för sina påståenden. Det var också svårt för honom att veta hur en ’motpart’ – om nu en sådan hade funnits – egentligen skulle ha resonerat. Han fick som regel gissa sig till vilka motargument och påståenden en tänkt motpart skulle ha framställt. Frågan är om ett sådant system

³⁸⁹⁴ Petrén (FT 2-4/1977) s. 154.

³⁸⁹⁵ Petrén (FT 2-4/1977) s. 158. Se även Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 394, som anger att officialansvaret ”är knapphändigt beskrivet av lagstiftaren”.

³⁸⁹⁶ SOU 1991:106 del A s. 516.

³⁸⁹⁷ SOU 1991:106 del A s. 519. Se vidare SOU 1991:106 del B s. 411.

³⁸⁹⁸ Se t.ex. Lavin (JT 1/2000-01) s. 99 f., Lavin (FT 1-3/1992b) s. 101, Lavin (JT 1/1989-90) s. 75 f. samt Vahlne Westerhäll (2002) s. 191.

³⁸⁹⁹ Lavin (FT 5/1992a) s. 457.

egentligen är i överensstämmelse med vad som brukar kallas 'fair trial' och som kommit till uttryck i artikel 6 Europakonventionen.³⁹⁰⁰

Utifrån det allmänna perspektiv ansågs enpartsprocessen likaledes problematisk men – märk väl – av en helt annan anledning. I förarbetena till den så kallade tvåpartsreformen konstaterade nämligen regeringen, att "[o]m länsrätten ändrar ett överklagat beslut till den enskildes fördel finns det enligt den gällande ordningen ingen som kan överklaga beslutet".³⁹⁰¹ Enligt regeringens mening var det "inte tillfredsställande" med en ordning, som innebar att all rättsbildning – i fall då den enskildas talan bifölls – stannade i länsrätt.³⁹⁰² Problemet med den dåvarande ordningen var alltså inte i första hand att den enskilda hade svårigheter att vinna bifall, utan istället att det allmänna *saknade möjlighet att överklaga en för den enskilda bifallande dom*.³⁹⁰³

Genom 1996 års tvåpartsreform övergick förvaltningsprocessen av ovannämnda skäl från en enpartsprocess till en generell och obligatorisk tvåpartsprocess.³⁹⁰⁴ På den myndighet som först beslutade i saken ankom efter reformen att svara inför förvaltningsdomstolarna som den enskildas motpart. Gick domstolens dom förvaltningsmyndigheten emot, stod det denna fritt att enligt allmänna regler överklaga till högre instans.³⁹⁰⁵

Syftet med reformen var "i första hand" att utvidga utrymmet för prejudikattbildningen.³⁹⁰⁶ Genom att myndigheterna fick fullföljdsrätt önskade man emellertid från statsmaktens sida att också möjliggöra för det allmänna att överklaga sådana avgöranden som visserligen saknade prejudikatsintresse, men som likväl framstod som materiellt "oriktiga". Regeringen förklarade nämligen att det fick "anses vara ett allmänt intresse att materiellt oriktiga avgöranden inte blir bestående trots alltså att det i sådana fall *genomgående blir fråga om ändringar till nackdel för den enskilde*".³⁹⁰⁷ För den enskildas vidkommande uttalade regeringen att det "givetvis" inte alltid skulle vara till gagn för denna att bli "motsagd" av en motpart.³⁹⁰⁸ Enligt regeringens mening hade den enskilda emellertid "en hel del att tjäna" på att beslutsmyndigheten intog partsställning i besvärprocessen; genom motpartens agerande skulle den enskilda kunna få såväl bättre förståelse för sakomständigheterna som bättre kunskap om vad som krävdes för att vinna processen.³⁹⁰⁹

Betraktad utifrån ett mer principiellt perspektiv låg i reformen en strävan efter att fullfölja den tankegång som kom till uttryck redan vid förvaltningsrättsreformen – att

³⁹⁰⁰ Lavin (JT 1/2000-01) s. 99 f.

³⁹⁰¹ Prop. 1995/96:22 s. 73.

³⁹⁰² Prop. 1995/96:22 s. 73.

³⁹⁰³ Jfr Vahlne Westerhäll (2002) s. 196, som anför att tvåpartsreformen innebar "förbättrade möjligheter att tillgodose allmänintresset och inte i första hand det enskilda intresset".

³⁹⁰⁴ FPL 7 a § och här till prop. 1995/96:22 samt Wennergren (2005) s. 139 ff., Wennergren (FT 3/1996) s. 73 ff. och Wennergren, Bertil, *En generell och obligatorisk tvåpartsprocess i våra förvaltningsdomstolar* (FT 3/2009) s. 429-437.

³⁹⁰⁵ Någon särskild regel om beslutsmyndighetens överklaganderätt ansågs inte behövlig, all den stund det av FPL 33 § 2 st. följer att den som beslutet angår har rätt att överklaga, om det har gått vederbörande emot; se Wennergren (2005) s. 140.

³⁹⁰⁶ Prop. 1995/96:22 s. 75.

³⁹⁰⁷ Prop. 1995/96:22 s. 75.

³⁹⁰⁸ Prop. 1995/96:22 s. 78.

³⁹⁰⁹ Prop. 1995/96:22 s. 78.

åstadkomma en distinktion mellan förvaltningen och förvaltningsrättskipningen och därigenom värna allmänhetens *bild av förvaltningsdomstolarna som opartiska instanser*. Genom att förvaltningsmyndigheten intog partsställning inför förvaltningsdomstolen menade nämligen regeringen att förhållandet mellan prövningen i första och andra skulle ändra ”karaktär”, ty hos förvaltningsdomstolarna startade nu

”... en *ny sorts process* med den enskilde klaganden på den ena sidan och beslutsmyndigheten på den andra. Processen blir inte längre en fortsättning på förfarandet hos förvaltningsmyndigheten. En sådan utveckling stämmer också enligt regeringens mening väl med den *roll som förvaltningsdomstolarna skall ha* och som kommit till uttryck i flera lagstiftningsarbeten under senare år.”³⁹¹⁰

I litteraturen har det gjorts gällande att ambitionen med reformen var att ge förvaltningsdomstolarna ”en ställning av opartisk tvistlösare utanför (ovanför) parterna”.³⁹¹¹ Denna ståndpunkt finner också stöd i förarbetena. Sålunda anförde Domstolsutredningen i sitt slutbetänkande – som sedermera kom att bilda grundvalen för den ifrågavarande reformen – att domstolsrollen skulle kunna ”renodlas” i en tvåpartsprocess genom att domstolen inom ramen för en sådan avlastades ansvaret för att sakfrågorna i målet blev uttömmande behandlade. Utredningen ifrågasatte rentav om ett enpartsförfarande rätteligen var att betrakta såsom rättskipning,³⁹¹² och fann att domstolens anseende var i fara om denna hade att utöva ”vad som i de flesta andra domstolssammanhang är partsfunktioner”.³⁹¹³ Till Domstolsutrednings ståndpunkt i sak anslöt sig sedermera departementschefen:

”Genom att parterna i en tvåpartsprocess sörjer för ett bättre utredningsmaterial avlastas domstolen en del av arbetet för att sakfrågorna i målet blir tillräckligt utredda och behovet av aktivitet från domstolens sida minskar när det gäller att skaffa in utredning i målet. Det kan vara en fördel eftersom det finns en *uppenbar risk* att en domstol som i ett enpartsärende självmant inhämtar utredning i målet kan komma att uppfattas som partisk ...”³⁹¹⁴

Det är alltså tydligt att den ”roll” som förvaltningsdomstolarna skulle ha var *en mer passiv roll än tidigare* – genom att parternas aktivitet i processen intensifierades

³⁹¹⁰ Prop. 1995/96:22 s. 79.

³⁹¹¹ Se Halila (FT 1-3/2001) s. 63 f. Jfr även Wennergren (SvJT 1/1995) s. 72, som förespråkar att ”överprövningen hos förvaltningsdomstol skall ha karaktären av en *utifrån* företagen prövning av att förvaltningens myndigheter fattat rättsligt och materiellt riktiga beslut – en extern kontroll ur den offentliga förvaltningens synvinkel”.

³⁹¹² Och detta inte utan fog. Redan Kallenberg – och sedermera Ekelöf – har båda förklarat att en rättegång förutsätter minst två parter; se Kallenberg (1917-1939) bd I. avd. 2 s. 122 (som talar om parter i pluralis) och Ekelöf (1956b) s. 24, som uttryckligen uttalar att ”det i en rättegång – i olikhet med förfaranden inom förvaltningen och den frivilliga rättsvården – alltid [måste] förekomma minst tvenne sådana”. Att tala om den äldre enpartsprocessen som en ”process” är därför missvisande. Eftersom alla partsfunktioner utövades av domstolen tycks mig processen snarare ha varit ”partslös”. Se t.ex. Westberg (2010) s. 67 fn. 2 och s. 81 f. samt Ekelöf et al. (2016) s. 74 f.

³⁹¹³ SOU 1991:106 del A s. 501. Jfr Westberg (1988) s. 98 och se även Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 390: ”En nackdel med enpartsprocess är att domstolens anseende hos parter och utomstående kan tänkas komma i fara om domstolen har att utöva vad som i andra domstolssammanhang är partsfunktioner.”

³⁹¹⁴ Prop. 1995/92:22 s. 79.

kunde domstolens aktivitet i densamma reduceras, vilket ansågs säkerställa dess anseende för oväld.

Huruvida övergången från en inkvisitorisk enparts- till en kontradiktorisk tvåpartsprocess var avsedd att också innebära en övergång från officialprincipen till förhandlingsprincipen som grundläggande processprincip – vilket regeringens motivering tvivelsutan ger visst sken av – diskuterades överhuvudtaget inte i den proposition som föregick tvåpartsreformen.³⁹¹⁵ Detta förhållande fäste sig Lagrådet vid, och framförde skarp kritik mot att betydelsefulla problemområden därmed inte ens upptagits till diskussion. Enligt Lagrådet kunde det därför ifrågasättas om förslaget *ens var tillräckligt underbyggt för att träda i kraft*.

”I Domstolsutredningens betänkande diskuteras och görs överväganden även i en rad väsentliga förfråganfrågor som har anknytning till införandet av tvåpartsprocess. Här åsyftas sådant som förvaltningsdomstolarnas materiella processledning och utredningsansvar, betydelsen av parternas yrkanden resp. bestridanden och medgivanden samt *möjligheterna till ersättning för rättegångskostnader*. Sådana *anslutande frågekomples* förbigås nästan helt i lagrådsremissen och några förslag till ändringar i dessa avseenden läggs inte fram. Det får istället anses framgå att förändringar i nuvarande rättsläge inte har avsetts. Icke desto mindre skulle det ha varit värdefullt med vissa uttalanden om återverkningar av att tvåpartsförfarandet ges en närmast generell tillämpning. [...] Om här åsyftade följdspörsmål hade fått en genomlysning, kunde det måhända ha bidragit till en önskvärd ökad enhetlighet i hanteringen av förvaltningsmålen. Det kan då *ifrågasättas om det föreslagna tvåpartsförfarandet kan anses tillräckligt underbyggt för att träda i kraft ...*³⁹¹⁶

Lagrådet framhöll också, att även om reformen inte innebar någon formell ändring beträffande officialprincipens tillämpning, var det ändå ”tydligt” att införandet av tvåpartsprocess i praktiken skulle innebära en försvagning av officialprincipen till förmån för förhandlingsprincipen:

”Tydligt är nämligen att, *även om någon lagändring inte sker* beträffande grunderna för domstolarnas handläggning, övergången i ett mycket stort antal typer av mål från enparts- till tvåpartsprocess *kommer att medföra* viss förskjutning i de praktiska handläggningsformerna i riktning mot tillämpning av en förhandlingsprincip.”³⁹¹⁷

Lagrådets uttalande föranledde dock inga ytterligare förtydliganden från regeringens sida. I den efterföljande riksdagsbehandlingen fann sig därför Justitiekottet nödgat att för egen del ”understryka att den utredningsskyldighet som domstolen [har enligt förvaltningsprocesslagen] inte påverkas av reformen”.³⁹¹⁸ Istället menade utskottet, att officialprincipen skulle äga tillämpning även efter tvåpartsreformen och därmed även

³⁹¹⁵ Vilket regeringen har vidgått i senare sammanhang; se prop. 2012/13:45 s. 112: ”Några uttalanden om rättens utredningsansvar gjordes inte i förarbetena i samband med att förvaltningsprocessen år 1996 som huvudregel blev en tvåpartsprocess.”

³⁹¹⁶ Prop. 1995/96:22 s. 162.

³⁹¹⁷ Prop. 1995/96:22 s. 162.

³⁹¹⁸ JuU 1995/96:7 s. 8.

framgent komma att ersätta ”behovet av juridisk biträdeshjälp”³⁹¹⁹ Något avsteg från ”den nu gällande officialprincipen” var enligt Justitiekottnet inte avsedd; Lagrådets uttalande var nämligen att förstå blott ”utifrån ett praktiskt perspektiv”,³⁹²⁰ vad nu detta innebär.

Statsmaktens inställning vid tvåpartsreformens genomförande var således att övergången till en kontradiktorisk process inte på något vis skulle påverka den processprincip som styr rollfördelningen i rättegången – och detta trots att det uttalade syftet med reformen var just att parterna skulle avlasta domstolen ansvaret för utredningen i målet. Lagrådet lät sig dock inte nöjas med detta, utan framförde precis samma budskap påföljande år, inom ramen för 1996 års rättshjälpsreform; enligt Lagrådet stod det ”rätt klart” att förvaltningsdomstolarnas handläggning skulle bli mer präglad av förhandlingsprincipen och mindre av officialprincipen, alldeles oavsett om domstolarnas lagreglerade utredningsansvar i formell mening inte påverkades.³⁹²¹ Av detta drog Lagrådet slutsatsen att partens behov av biträde, och därmed behov av rättshjälp, skulle öka. Regeringen var dock av motsatt mening:

”De förändringar som under senare år skett på förvaltningsprocessens område har inte minskat förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet. Enligt *regeringens mening* kan det därför inte sägas att biträdesbehovet generellt sett skulle ha ökat i mål vid förvaltningsdomstol.”³⁹²²

I två från varandra skilda lagstiftningsärenden kopplade således Lagrådet ihop biträdeskostnadernas hantering med den kontradiktoriska processen, och detta genom att göra en distinktion mellan lagens ordalydelse och dess faktiska tillämpning (i ”verkligheten”). Även om rollfördelningen *i teorin* var oförändrad, så försvagades *i praktiken* officialprincipen till förmån för förhandlingsprincipen när processen inrättas efter kontradiktoriskt mönster. Det sagda kan ställas upp enligt följande:

	<i>Tvåpartsreformen:</i>	<i>Rättshjälpsreformen</i>
<i>Teori:</i>	”Tydligt är nämligen, att <i>även om någon lagändring inte</i> sker beträffande grunderna för domstolarnas handläggning ...	”Införandet av tvåpartsprocess har <i>visserligen inte</i> medfört förändring i domstolarnas <i>lagreglerade</i> utredningsskyldighet ...
<i>Praktik:</i>	... övergången i ett mycket stort antal typer av mål från enparts- till tvåpartsprocess <i>kommer att medföra</i> viss förskjutning i de praktiska handläggningsformerna i riktning mot tillämpning av en förhandlingsprincip. ³⁹²³	... men det står väl ändå rätt klart att <i>följden blir</i> att domstolarnas handläggning mer än tidigare blir präglad av förhandlingsprincipen och mindre av officialprincipen. ³⁹²⁴

³⁹¹⁹ JuU 1995/96:7 s. 8.

³⁹²⁰ JuU 1995/96:7 s. 9.

³⁹²¹ Prop. 1996/97:9 s. 116 f.

³⁹²² Prop. 1996/97:9 s. 117.

Trots att Lagrådet *med all önskvärd tydlighet* har klargjort att officialprincipen i praktiken försvagas inom ramen för en kontradiktorisk inrättad tvåpartsprocess, och trots att ett av regeringen uttalat syfte med tvåpartsreformen de facto var att öka parternas aktivitet i processen för att därigenom kunna minska domstolens aktivitet i densamma, har man alltså från statsmaktens sida intagit den märkbart paradoxala ståndpunkten att status quo råder såvitt avser rollfördelningen i rättegången mellan domstolen och parterna. Domstolens aktivitet i processen har *inte minskat* och den enskildas behov av biträde har *därför inte ökat*. Att tvåpartsreformen de facto innebar en påtaglig försvagning av officialprincipen torde dock alla numera vara ense om, vilket strax kommer att framgå.

7.3.6.6 Förvaltningsprocessen är inte "en av domstolen bedriven undersökning"

Att förvaltningsdomstolarna skall tillse att varje mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver säger i princip ingenting om vilken grad av "aktivitet" som förväntas. Att förvaltningsdomstolarna inte skall vara – och inte heller är – särskilt aktiva torde dock stå klart, inte minst med beaktande av följande.

I ett flertal förarbeten har lagstiftaren, för det första, förklarat att officialprincipens "tillämpning" i förvaltningsprocessen *inte skall förstås som att den enskilda parten kan förhålla sig passiv*, eftersom den aktivitet som förväntas av domstolen är tämligen begränsad. Detta följer redan av lagtextens ordalydelse.

Ursprungligen stadgades det i förvaltningsprocesslagens 8 § att förvaltningsdomstolen vid behov skulle *anvisa parterna* hur utredningen borde kompletteras.³⁹²⁵ I förarbetena betonade departementschefen vikten av att den enskilda inte bibringades en felaktig uppfattning om rollfördelningen i rättegången; det ankom "främst" på parterna att skaffa fram utredningen i målet,³⁹²⁶ vilket förtydligades enligt följande:

"Departementspromemorian innehåller ... en föreskrift om att rätten leder parts utredning. Föreskriften har kritiserats i flera remissyttranden, bl.a. för att den kan ge anledning till den *misstolkningen att part kan förhålla sig relativt passiv i processen i förlitan på att målet ändå blir tillfredsställande utrett genom rättens försorg*. Även om rätten ytterst har ansvaret för att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver, måste det i *stor utsträckning ankomma på parterna själva att skaffa fram utredningen*.

³⁹²³ Prop. 1995/96:22 s. 162.

³⁹²⁴ Prop. 1996/97:9 s. 116 f.

³⁹²⁵ Ett exempel på hur utredningsansvaret kan uttrycka sig erbjuder RÅ 2002 ref. 22. I detta rättsfall hade klaganden hos KamR:n hänvisat till vissa intyg, som var av avgörande betydelse för utgången i målet. Vad klaganden emellertid inte visste var att de ifrågavarande intygen inte fanns tillgängliga hos KamR:n, som avslög den enskildas överklagande med motiveringen att denna "inte [hade] förmått visa" sin bosättning. RegR uttalade att trots att "bevisningen angående [A:s] bostadsförhållanden varit avgörande för målets utgång ... har kammarrätten i den uppkomna situationen underlåtit att *underrätta henne om att de återopade intygen saknades och att bereda henne tillfälle att sända in dem innan målet avgjordes*." Enligt RegR hade KamR:n "därigenom åsidosatt sitt utredningsansvar enligt [FPL] 8 §". Eftersom KamR:n hade begått ett "processuellt fel" genom att inte bereda den enskilda tillfälle att komplettera sin talan, återförvisades målet. Att det ankommer på domstolen att påtala för parten att viss bevisning, som *parten själv hänvisar till*, inte finns ingiven i målet kan dock knappast beskrivas som ett särskilt långtgående utredningsansvar.

³⁹²⁶ Prop. 1971:30 s. 530. Se även Bohlin & Warnling-Nerep (2007) s. 106 samt Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 394.

Med hänsyn härtill bör rättens initiativ i utredningshänseende normalt ha den formen att rätten ger part besked om att hans talan behöver kompletteras.³⁹²⁷

Att inrätta förvaltningsprocessen som en av domstolen bedriven undersökning/utredning har således aldrig varit tanken – inte ens när processen var inkvisitorisk. Istället framgår det tydligt att den enskilda inte kan förhålla sig passiv i processen, eftersom det främst/i stor utsträckning ankommer på parten att själv skaffa fram utredningen. Med andra ord vilar utredningsbördan på parterna,³⁹²⁸ vilket framgår än tydligare av lagrummets nuvarande lydelse:

<i>Ursprunglig lydelse:</i>	<i>Nuvarande lydelse:</i>
”Rätten skall tillse att mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Vid behov <i>anvisar rätten</i> hur utredningen bör kompletteras.” ³⁹²⁹	”Rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Genom frågor och påpekanden ska <i>rätten verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter</i> i sina framställningar.” ³⁹³⁰

Ovanstående lagändring motiverades huvudsakligen med hänvisning till tvåpartsreformens effekter (”förvaltningsprocessens utveckling”), vilket kan framstå som märkligt med tanke på att regeringen, i tidigare förarbeten, tydligt förklarade att tvåpartsreformen *inte skulle påverka förvaltningsdomstolarnas utredningsansvar* enligt 8 §, just eftersom lagrummet var oförändrat i sin lydelse. Med hänvisning till att tvåpartsreformen *hade påverkat domstolarnas utredningsansvar* ansågs det dock med tiden motiverat att ändra lydelsen i 8 §. Följande uttalanden låter sig därmed svårigen förenas:

”Att processen numera är en tvåpartsprocess innebär enligt regeringens mening inte att förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet minskar och att behovet av rätts hjälp därmed generellt sett skulle öka.”³⁹³¹

”Bland annat med hänsyn till att förvaltningsprocessen numera är en tvåpartsprocess anser regeringen att det finns anledning att överväga en ändrad utformning av 8 § FPL.”³⁹³²

Att förvaltningsdomstolarna skulle anvisa parterna hur utredningen borde kompletteras ansågs alltså, å ena sidan, ersätta behovet av biträde även i den kontradiktoriskt inrättade förvaltningsprocessen. Några år senare ansågs dock samma regel ge en missvisande bild av domstolarnas utredningsansvar i den kontradiktoriskt inrättade processen, vilket lagstiftaren utvecklade enligt följande:

³⁹²⁷ Prop. 1971:30 s. 529 f.

³⁹²⁸ Lundin (2012) s. 200 och Lavin (1991) s. 67 f. Se även Lindell (2012) s. 536 om begreppet ”utredningsbörda”.

³⁹²⁹ FPL 8 § i dess lydelse genom SFS 1971:231; prop. 1971:30.

³⁹³⁰ FPL 8 § i dess lydelse genom SFS 2013:86; prop. 2012/13:45.

³⁹³¹ Prop. 1996/97:9 s. 118, där regeringen också anförde att de ”förändringar som under senare år skett på förvaltningsprocessens område [inte har] minskat förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet” och att det därför, enligt ”regeringens mening”, inte kunde sägas att ”biträdesbehovet generellt sett skulle ha ökat i mål vid förvaltningsdomstol”.

³⁹³² Prop. 2012/13:45 s. 114.

”I en tvåpartsprocess blir utredningsmaterialet fylligare. Genom att parterna i en tvåpartsprocess ansvarar för att utredningsunderlaget är fullgott har behovet av aktivitet från domstolens sida minskat. Mot den angivna bakgrunden anser regeringen att ... 8 § andra stycket första meningen FPL *passar mindre väl för hur förvaltningsprocessen har kommit att utveckla sig sedan införandet av förvaltningsprocesslagen för drygt 40 år sedan*. Regeln är inte heller fullt ut anpassad till de allmänna förvaltningsdomstolarnas rättskipande uppgifter och kan snarare ge de processande parterna *en missvisande bild av handläggningens karaktär*. En part kan få *den felaktiga uppfattningen* att rätten ska anvisa hur utredningen bör kompletteras för att han eller hon ska nå framgång med sitt överklagande.”³⁹³³

I både 1971 och 2012 års propositioner har således regeringen betonat vikten av att enskilda parter inte skall bibringas den felaktiga uppgiften att förvaltningsdomstolarna är aktiva i processen, och försökt avpassa regeln därefter, vilket har skett stegvis:

Vid 1971 års reform ansåg departementschefen att den föreslagna regeln, enligt vilken rätten skulle *leda parts utredning*, förmedlade en felaktig bild av rollfördelningen i den inkvisitoriska förvaltningsprocessen, varför det i FPL 8 § istället stadgades att rätten vid behov skulle *anvisa parterna hur utredningen borde kompletteras*.

Vid 2012 års reform ansågs regeringen att det tidigare regeln, enligt vilken rätten skulle *anvisa parterna hur utredningen borde kompletteras*, förmedlade en felaktig bild av rollfördelningen i den kontradiktoriska förvaltningsprocessen, varför det i FPL 8 § numera stadgas att rätten (genom frågor och påpekanden) skall *verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter* i sina framställningar.

Den nuvarande lydelsen, som ansluter nära till både rättegångsbalkens och ärendelagens motsvarande regler, var således ägnad att ytterligare tydliggöra rollfördelningen i rättegången – att parten inte kan förhålla sig passiv, eftersom rätten endast skall vara verksam ”genom parterna”.³⁹³⁴ Eller mer utvecklat:

”I första hand är det parterna själva som ska läka bristerna i sina framställningar. Rätten ska därför vara *verksam genom parterna och undvika att agera på egen hand*.”³⁹³⁵

Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera dels att förvaltningsdomstolarnas ansvar för utredningen är subsidiärt/sekundärt,³⁹³⁶ dels att detta ansvar yttrar sig genom att domstolen ”på sin höjd [ger] anvisningar om hur en talan eventuellt bör

³⁹³³ Prop. 2012/13:45 s. 114 f.

³⁹³⁴ Prop. 2012/13:45 s. 115 f: ”[I] i stor utsträckning måste [det] ankomma på parterna själva att ansvara för utredningen i målet. Såväl 8 § FPL i sin nuvarande lydelse som motsvarande bestämmelse i ärendelagen reglerar rättens processledande uppgift, men innehåller samtidigt det viktiga elementet att *rätten ska vara verksam genom parterna och därigenom undvika att agera helt på egen hand*. Enligt regeringens uppfattning finns det dock skäl att ytterligare förtydliga parternas roll i detta hänseende. Av tilläggsregeln bör alltså uttryckligen framgå att det i första hand är parterna själva som ska läka bristerna i sina framställningar.”

³⁹³⁵ Prop. 2012/13:45 s. 174.

³⁹³⁶ För att citera Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 394 aktualiseras domstolens utredningsansvar ”först när parterna själva av någon anledning inte har skaffat fram ett tillräckligt bra underlag för domstolens kommande beslut”. Se även Bohlin & Warnling-Nerep (2007) s. 105.

kompletteras i ett visst fall”.³⁹³⁷ Om ens det – ordet ”anvisningar” har ju numera utgått till förmån för en ordning där domstolen skall ”verka för” att parterna själva kompletterar sin utredning, vilket var ägnat att markera en ännu lägre grad av aktivitet från domstolens sida.

Av lagtextens ordalydelse följer, för det andra, att domstolens ansvar för utredningen *inte är fixerat* utan avhängigt sakens beskaffenhet.³⁹³⁸ Vad som avses med ”sakens beskaffenhet” har jag diskuterat ovan³⁹³⁹ – för förvaltningsmålens vidkommande innebär denna kvalificering att domstolens officialansvar är svagare när frågan är om gynnande förvaltningsakt, och starkare när frågan är om betungande förvaltningsakt.³⁹⁴⁰ Om den enskilda har ansökt om en förmån uppställs således höga krav på att vederbörande själv skaffar fram all erforderlig utredning;³⁹⁴¹ i dessa mål anger exempelvis Warnling-Nerep att ”officialprincipen gäller, men med en modifierad tillämpning”.³⁹⁴² Och modifikationen består då i att domstolens skyldighet att bevaka utredningens fullständighet inte är lika omfattande som i mål som avser ingripanden, ålägganden, förbud och dylikt.

Den antydda distinktionen mellan gynnande och betungande förvaltningsakter slår igenom också vad avser bevisbördan. Att förvaltningsdomstolen har det yttersta ansvaret för utredningen innebär nämligen *inte att den enskilda är befriad från en bevisbörda i förvaltningsprocessen*.³⁹⁴³ För att illustrera detta kan vi ta utgångspunkt i Petrén's numera ”klassiska”³⁹⁴⁴ frågeställning:

”Den springande punkten kan sägas vara: i vilka fall skall rätten avlägsna oklarheter som är av utslagsgivande betydelse för målets avgörande och i vilka fall skall rätten i stället låta en part som brustit i sin utredningsplikt bära följden av sin underlåtenhet eller oförmåga?”³⁹⁴⁵

³⁹³⁷ Lavin (FT 5/1992a) s. 455. Se även Lavin (1991) s. 67 f. För liknande åsikter; se t.ex. Lindblom (2001) s. 102, som m.h.t. ordalydelsen i FPL 8 § anför att man ”kan anta att förvaltningsdomstolen inte själv gräver fram ytterligare utredning utan snarare ger part besked om att kompletteringar behövs när så är fallet”. Se även Bohlin & Warnling-Nerep (2007) s. 105 f. samt Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 394 som bägge förklarar att domstolens ”initiativ i utredningshänseende [normalt bör] ha den formen att [domstolen/rätten] ger part besked om att hans talan behöver kompletteras”.

³⁹³⁸ Lundin (2012) s. 203. Se även Eklund (1998) s. 122. I motiven (prop. 1971:30 s. 530) framhöll DepC att ”rättens aktivitet på detta område [måste] växla, beroende på bl.a. vad för slags mål det är fråga om”. Samma konstaterande i prop. 2012/13:45 s. 114: ”Grundregeln i 8 § första stycket FPL har ... utformats i syfte att markera att utredningsansvaret sträcker sig olika långt i olika mål.”

³⁹³⁹ Utredningsansvarets omfattning bestäms med hänsyn till (1) hur processföremålets natur och (2) hur partsställningen ser ut; se avsnitt 7.3.5.3 ovan, samt exv. prop. 2009/10:215 s. 165 f. och prop. 2012/13:45 s. 113 f.

³⁹⁴⁰ Petrén (FT 2-4/1977) s. 158 f. och Lundin (2012) s. 206. Lundin uppställer en fallande skala enligt följande: (1) inskränkningar av grundläggande fri och rättigheter, t.ex. frihetsberövanden; (2) andra ingripanden mot enskilda, t.ex. förbud att saluhålla viss produkt; (3) skyddsvärda allmänna intressen, t.ex. miljö- och trafiksäkerhet; och (4) ansökningsärenden, t.ex. körkorts- och serveringsstillstånd. Utredningsskyldigheten är starkast i den förstnämnda arten av ärenden, och svagast i den sistnämnda.

³⁹⁴¹ Petrén (FT 2-4/1977) s. 158 f.

³⁹⁴² Bohlin & Warnling-Nerep (2007) s. 109. Se även Warnling-Nerep (2010a) s. 47. Jfr Eklund (1998) s. 122, som likaså konstaterar att officialprincipen ”tillämpas i en något modifierad form” när den enskilda söker utverka en förmån av det allmänna.

³⁹⁴³ Detta framhöll Herlitz redan år 1934; se Herlitz (1934) s. 1046 ff.

³⁹⁴⁴ Även Wennergren (2005) s. 157 och DU (SOU 1991:106 del A s. 524) utgår från denna fråga i sin diskussion.

³⁹⁴⁵ Petrén (FT 2-4/1977) s. 156.

Det första ledet – frågan om rätten skall vidta egna utredningsåtgärder – anknyter till utredningsbördan i processen, medan det andra ledet – frågan om vem som står risken för att utredningen är ofullständig – knyter an till bevisbördans fördelning i densamma. Detta är två skilda ”bördor” mellan vilka det emellertid föreligger ett nära samband.³⁹⁴⁶

Mot den part som bär bevisbördan för ett visst i målet avgörande rättsfaktum riktas ett beviskrav i så måtto, att rätten kommer meddela en för dennas vidkommande ofördelaktig dom, om utredningen i målet inte bevisar förekomsten av ifrågavarande faktum.³⁹⁴⁷ Den ”börda” som åvilar parten ger alltså endast uttryck för en *risk att förlora processen, om den avgörande omständigheten inte bevisas i målet* med en tillräcklig grad av sannolikhet.³⁹⁴⁸ Den part som bär bevisbördan för ett rättsfaktum kan med andra ord inte vinna framgång utan att utredning förebibras till styrkande utav detsamma. Med bevisbördan följer dock *inte nödvändigtvis en utredningsbörda*, det vill säga ett krav på parten att själv förebibras utredning till styrkande utav ifrågavarande rättsfaktum, eftersom detta kan anses tillfredsställande bevisat på något annat sätt än genom partens egen utredning, exempelvis till följd av motpartens erkännande.³⁹⁴⁹ Av det sagda följer att det inte alltid ligger ett krav på prestation på den part som bär bevisbördan för i målet avgörande rättsfakta;³⁹⁵⁰ i bevisbördan ligger endast en risk att förlora processen om sådan utredning inte förebibras och därför i regel ett *intresse att sådan utredning kommer till stånd*.

I dispositiva tvistemål tenderar utredningsbördan och bevisbördan att sammanfalla.³⁹⁵¹ Detta förhållande följer av att domstolen är förpliktigad att träffa ett avgörande även när utredningen i målet inte styrker avgörande rättsfakta, men förhindrad att inhämta utredning *ex officio*.³⁹⁵² Om motparten inte erkänner den i målet avgörande omständigheten måste följaktligen den part som bär bevisbördan förebibras utredning till styrkande av densamma (eller annars låta bevisbördan falla avgörandet till sin egen nackdel). I indispositiva mål modifieras dock förhållandet mellan bevisbördan och utredningsbördan genom domstolens utredningsansvar.³⁹⁵³ För om domstolen skall tillse att utredningen är fullständig kan väl parterna inte löpa någon risk att förlora processen på den grunden att utredningen är ofullständig.³⁹⁵⁴ I litteraturen hittar man utan större svårighet uttalanden som antyder att det förhåller sig på detta sätt – att någon bevisbörda inte ”kan” åvila den enskilda i förvaltningsmål på grund av officialprincipens tillämpning. Ett exempel kan ges:

³⁹⁴⁶ Jfr Wennergren (2005) s. 157. Se även Edelstam (1995) s. 191 samt Lundin (2012) s. 200.

³⁹⁴⁷ Jfr Bolding (1989) s. 97.

³⁹⁴⁸ Ekelöf & Boman (1992) s. 60 och 63 och jfr Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009) s. 79 fn. 6. Se även Bolding (1989) s. 97 f. och Wennergren (2005) s. 316 samt Olivecrona (1930) s. 5.

³⁹⁴⁹ I dispositiva tvistemål fungerar ju erkännandet som ett ”bevisurrogat” på så vis, att någon bevisning inte fordras om den erkända omständigheten; se RB 35 kap. 3 § och här till Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009) s. 66 ff.

³⁹⁵⁰ Bolding (1989) s. 97.

³⁹⁵¹ Jfr Lindell (2012) s. 536.

³⁹⁵² Edelstam (1995) s. 191 och RB 35 kap. 6 §.

³⁹⁵³ Edelstam (1995) s. 191. Jfr även Lindell (2012) s. 536.

³⁹⁵⁴ Utifrån detta synsätt skulle således någon bevisbörda aldrig kunna åvila part, om domstolen har att sörja för en tillfredsställande utredning; jfr Lindell (2012) s. 536.

”Vem skall ’bära bördan’ av att viss omständighet inte bevisats? Tydligare kan frågan ställas sålunda: *Hur påverkas beslutet av brister i utredningen?* Så formulerad framträder frågans samband med ... utredningsansvarets fördelning, [Förvaltningsförfarandet] präglas av den s.k. *officialprincipen*, vilket innebär att myndigheterna vanligen har ansvaret för att ärendena blir tillfredsställande utredda. ’Bördan’ av brister i bevisningen ska med andra ord normalt inte ’bäras’ av den enskilde; avsaknaden av tillfredsställande utredning skall inte ligga honom i fatet, då myndigheten avgör ärendet.”³⁹⁵⁵

Att en bristfällig utredning inte ”ligger den enskilda i fatet” ger dock en föga rättvisande bild av den processuella verkligheten.³⁹⁵⁶ Utgår man från förvaltningsprocesslagen 8 § finner man förvisso att utredningsbördan har satts i första rummet (och bevisbördan i andra).³⁹⁵⁷ Som framgått ovan är dock omfattningen av domstolens officialansvar avhängig sakens beskaffenhet, vilket påverkar både utrednings- och bevisbördan. Något förenklat kan förhållandet mellan dessa bördor beskrivas enligt följande:

Domstolens utredningsansvar är i alla måltyper subsidiär till parternas eget ansvar för utredningen, och yttrar sig genom att domstolen genom frågor och påpekanden förmår parten att komplettera sin egen utredning – endast i sällsynta undantagsfall får/bör/skall domstolen inhämta egen utredning.

Om målet avser en *betungande förvaltningsakt* har domstolen ett mer långtgående ansvar än när målet avser gynnande förvaltningsakt. Detta ansvar kan då förstås som att målet inte är klart för avgörande om viss utredning – som skulle kunna tala till den enskilda partens fördel – inte finns tillgänglig för domstolen. Om dessa brister kvarstår får det allmänna stå konsekvenserna för detta, vilket innebär att bevisbördan ytterst faller avgörandet till *förmån för den enskilda*.³⁹⁵⁸

I den mån det allmännas officialansvar är begränsat – såsom fallet är när frågan är om gynnande förvaltningsakter – kan man dock med fog tala om att såväl en utredningsbörda som en bevisbörda åvilar den enskilda i gängse (civil- och straffprocessuell) mening. Mot den enskilda riktas nämligen ett beviskrav; denna har att förebringa utredning till styrkande av avgörande rättsfakta (”visa” att förutsättningarna för positivt beslut är för handen), eller annars bära följderna av att utredningen är bristfällig (på

³⁹⁵⁵ Ragnemalm (2014) s. 112 (*kurs* där).

³⁹⁵⁶ Ragnemalm modifierar också sitt påstående i enlighet med vad som kommer att utvecklas härnäst; se Ragnemalm (2014) s. 112 f. Motsvarande resonemang hos exv. Bohlin & Warnling-Nerep (2007) s. 149 f., som först konstaterar att förvaltningsprocessen ”präglas av officialprincipen, som lägger huvudansvaret på för utredningen på myndigheten [varför] den enskilde normalt inte [skall] bära bördan av brister i bevisningen”, för att sedan nyansera beskrivningen beträffande mål som avser gynnade förvaltningsakt; jfr fn. 3942 ovan.

³⁹⁵⁷ Petré (FT 2-4/1977) s. 156.

³⁹⁵⁸ Se t.ex. Herlitz (1934) s. 1047, Bohlin & Warnling-Nerep (2007)s. 150, Ragnemalm (2014) s. 112 f. samt exv. RÅ 1989 ref. 67. I detta rättsfall – som gällde deslegitimation av en läkare – hade den enskilda begärt viss kompletterande utredning till grund för sitt bestridande. RegR förklarade att det av handlingarna i målet inte framgick om HSN kompletterat utredningen med anledning av vad den enskilda anfört, och uttalade vidare, att ”den utredning och bevisning som legat till grund för hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnds beslut, såvitt framgår av beslutet, inte alls uppfyller de krav som enligt det föregående måste vara uppfyllda för att [A:s] läkarlegitimation skall få återkallas”. Eftersom det i målet inte hade visats, att det förelegat sådana omständigheter att den enskildas läkarlegitimation skulle återkallas, biföll RegR den enskildas besvär. Jfr även RÅ 1974 ref. 29, RÅ 1990 ref. 64, RÅ 1993 ref. 26, RÅ 1996 ref. 83, RÅ 2002 ref. 30, RÅ 2006 ref. 7, RÅ 2006 ref. 46 och RÅ 2007 ref. 10.

så vis att ansökan avslås).³⁹⁵⁹ Är utredningen bristfällig kommer domstolen endast i uppenbara fall att påtala detta, och kvarstående brister i utredningen kommer att läggas den enskilda till last vid målets avgörande. Ytterst faller således bevisbördan avgörandet *till nackdel för den enskilda*.³⁹⁶⁰

Att en förhållandevis tung bevisbörda – åtminstone när frågan är om gynnande förvaltningsakt – åvilar den enskilda illustreras väl av vad som uttalades i Domstolsutredningens slutbetänkande om bevisbördans fördelning i förvaltningsmål, liksom av vad Lavin anförde i polemik mot utredningens resonemang. Domstolsutredningen gjorde nämligen gällande att det i dessa mål skulle bero ”på omständigheterna vem som står risken för att utredningen inte blir tillräcklig”,³⁹⁶¹ och anförde vidare:

”I mycket stor utsträckning torde man kunna tillämpa principen om att den som har lättast att förebringa eller säkra utredning har bevisbördan och därmed står risken. Denna regel är nämligen naturlig och verkar handlingsdirigerande.”³⁹⁶²

Dessa ”tvärsäkra uttalanden om förvaltningsprocessen” tilldrog sig kraftig kritik från Lavin, som förklarade att utredningen hade ”fel utgångspunkter” för sina uttalanden:

”Vad utredningen uttalar tycks *vara gripet ur luften*; möjligen är utredningen influerad av principer inom tvistemålsprocessen. Sedan gammalt gäller i förvaltningsprocessrätten, att sökanden av förmåner har att visa, att förutsättningarna för ett positivt beslut är uppfyllda. Denna princip har sådan fasthet i praxis, att om utredningen vill rubba den, en uttrycklig lagregel i lagen är nödvändig härför.”³⁹⁶³

Enligt Lavin var det till och med ”allvarligt” att Domstolsutredningen gjorde gällande

”... att det allmänna på något sätt tagit på sig ’bevisbördan’ i förvaltningsmålen, när sanningen är den, att den enskilde klaganden som regel har den svåra uppgiften att övertyga domstolen om sanningshalten i sina påståenden. Utredningen har kommit *mycket långt från den krassa verkligheten* och har tecknat en *skenbart idyllisk bild* av förvaltningsprocessen.”³⁹⁶⁴

³⁹⁵⁹ Härom råder enighet i doktrinen; se t.ex. Bohlin & Warnling-Nerep (2007) s. 150, Ragnemalm (2014) s. 112 (som talar om att den enskilda åtminstone måste göra ”verkliga ansträngningar”) och Lavin (FT 5/1992a) s. 462 (citerad närmare i fn. 3963-3967 nedan).

³⁹⁶⁰ Se t.ex. RÅ 1996 ref. 89. I detta rättsfall hade sökanden underlåtit att förebringa erforderlig utredning till styrkande av sin rätt till förmånen ifråga. RegR uttalade: “[A] har – tydligen på grund av sin principiella inställning i den aktuella rättsfrågan – avstått från att förebringa annat än en översiktlig och för behovsprövningen otillräcklig redovisning av sina inkomstförhållanden och de har inte åberopat några särskilda sociala skäl för att erhålla barnomsorg. På grund härav har kommunalnämnden haft fog för att inte bevilja bistånd. Med hänsyn till omständigheterna ... saknas anledning att på detta stadium av processen föranstalta om ytterligare utredning.” RegR fastställde därför kommunens beslut att vägra bistånd.

³⁹⁶¹ SOU 1991:106 del A s. 526.

³⁹⁶² SOU 1991:106 del A s. 526.

³⁹⁶³ Lavin (FT 5/1992a) s. 462.

³⁹⁶⁴ Lavin (FT 5/1992a) s. 462.

Som Lavin delvis antyder i ovanstående citat är distinktionen mellan gynnade och betungande mål inte fullt så skarp i praktiken, eftersom den enskilda parten (i besvärsmål) *alltid är initiativtagare till processen* och i denna egenskap måste övertyga domstolen om att ändra det överklagade beslutet. Med åsyftan på mål som avser betungande förvaltningsakter anförde Lavin följande:

”Utgångspunkten är, att en förvaltningsmyndighet ex officio har meddelat enskild ett betungande förvaltningsbeslut. Som initiativtagare till processen i domstolen måste klaganden klargöra på vilket sätt och i vilka avseenden det överklagade beslutet är felaktigt. [...] Klaganden har här en utsatt processrättslig ställning, eftersom hans möjlighet att vinna bifall är beroende av om han skall lyckas övertyga förvaltningsdomstolen om att förvaltningsmyndigheten gjort fel genom att meddela det betungande förvaltningsbeslutet. Vem som egentligen har bevisbördan – om man nu tvunget skall tala om en sådan – är väl ganska klart.”³⁹⁶⁵

Enligt Lavin har således den enskilda parten alltid ”en svårare processuell uppgift”³⁹⁶⁶ (gynnande mål) respektive en mer ”utsatt processrättslig ställning”³⁹⁶⁷ (betungande mål) än den allmänna motparten, helt enkelt eftersom det är den enskilda som har initierat rättegången.

Den tveklöst största ”begränsningen” av officialprincipen ligger dock, för det tredje, i domstolarnas rättskipande funktion i allmänhet, och i kravet på opartiskhet/objektivitet i synnerhet. Domstolen *får helt enkelt inte äventyra sitt anseende för oväld när den utövar sitt officialansvar*, vilket i praktiken innebär att rätten måste iakttaga stor försiktighet.³⁹⁶⁸ Detta spänningsförhållande – mellan å ena sidan domstolens aktivitet i processen och å andra sidan dess opartiska ställning i densamma³⁹⁶⁹ – riskerade enligt Petrén att redan från begynnelsen förvandla förvaltningsprocesslagen 8 § till en ”död bokstav”:

”I realiteten tillämpas regeln om att rätten vid behov skall anvisa hur utredningen bör kompletteras sällan. [...] Rädslan, att förlora sin opartiska ställning, om man för part antyder var den relevanta utredningen står att finna, *förlamar domstolarna*. Varje sådant ingripande kan komma att påverka målets utgång. Den ledande målsättningen att materiellt riktigt resultat skall erhållas *kan ej uppnås, därför att det föreligger risk att varje anvisning från domstolen om var bevisemata är att söka skulle kunna skada domstolens anseende för oväld.*”³⁹⁷⁰

³⁹⁶⁵ Lavin (FT 5/1992a) s. 462.

³⁹⁶⁶ Lavin (FT 5/1992a) s. 461, med åsyftan på mål som avser gynnande förvaltningsakt (socialförsäkringsmål).

³⁹⁶⁷ Lavin (FT 5/1992a) s. 462, med åsyftan på mål som avser betungande förvaltningsakt.

³⁹⁶⁸ I motiven (prop. 1971:30 s. 530) framhöll exv. DepC att domstolen ”givetvis [måste] vinnlägga sig om att dess anseende för objektivitet och opartiskhet inte kommer i fara”. Se även prop. 1931:80 s. 107 f.

³⁹⁶⁹ Att ett officialansvar, utövat genom främst genom en långtgående materiell processledning, kan vara svärförenlig med domstolens opartiska ställning i processen är ett problem som uppmärksammades mycket tidigt, se t.ex. Ekelöf (1956b) s. 249, Boman (1964) s. 31 f. och Westberg (1988) s. 98. Se även Wennergren (FT 3/1996) s. 80 f.

³⁹⁷⁰ Petrén (FT 2-4/1977) s. 161.

Det ovan sagda grumlar ytterligare distinktionen mellan gynnande och betungande mål. Eftersom det på förhand är ovisst vad domstolens utredningsinitiativ kommer att utmynna i, anser sig nämligen många förvaltningsdomare vara förhindrade att utöva aktiv processledning/inhämta egen utredning också i de betungande målen – helt enkelt eftersom alla sådana åtgärder kan falla ut till den enskildas nackdel. Och om detta blir utfallet säger det sig självt att den enskilda åtminstone lär uppfatta domstolen som partisk, när den avgör målet till förmån för det allmänna på grundval av bevisning som domstolen själv har fört in i processen.

Petréns uttalande – att förvaltningsdomstolarna endast sällan utövar ett långtgående officialansvar – finner stöd i Domstolsutredningen slutbetänkande. Utredningen framhöll att risken för att ett avgörande i ett förvaltningsmål blir oriktigt till nackdel för den enskilda är så oacceptabel att officialprincipen där gör sig gällande ”med särskild styrka” och därför idealt sett bör svara i vart fall mot den omfattning som gäller i brottmål. Utredningens empiriska undersökningar gav dock vid handen att nivån på den materiella processledningen ”i en del hänseenden inte skulle nå upp *ens till den processledningsnivå som numera får anses gälla för de dispositiva tvistemålen* vid allmän domstol [*sic!*]”.³⁹⁷¹ I anslutning till denna undersökning har också Dahlgren förklarat, att

”... domarna i allmän förvaltningsdomstol är *mycket passiva i sin materiellt processledande roll*. Även om man av undersökningen inte kan dra helt bestämda slutsatser, menar Domstolsutredningen att man kan få det intrycket av undersökningen att den materiella processledning som domarna i allmän förvaltningsdomstol utövar inte ens når upp till den processledningsnivå som numera gäller för de dispositiva tvistemålen i allmän domstol. Under alla förhållanden kan man enligt min mening dra den slutsatsen av undersökningen att officialprövningen *inte har en större betydelse i förvaltningsmålen än i brottmålen*.”³⁹⁷²

Undersökningar har således visat att omfattningen på den materiella processledning som utövas i somliga förvaltningsmål inte är i paritet ens med den norm som anses gälla i dispositiva tvistemål (där domstolen inte får inhämta egen utredning). Och som om inte det vore nog – de aktuella uttalandena *avser tiden före tvåpartsreformen!* En försiktig slutsats är således att officialprincipen utgjorde en förhållandevis svag garanti för att den enskildas intressen tillvaratogs genom domstolens försorg redan när förvaltningsprocessen var inrättad efter inkvisitoriskt mönster,³⁹⁷³ vilket har en rad förklaringar – rädslan för att förlora sitt anseende för oväld, den skriftliga handläggningsformen, hög måltillströmning, med mera. Att det låg i farans riktning att graden av domstolsaktivitet skulle minska ytterligare när förvaltningsprocessen

³⁹⁷¹ SOU 1991:106 del A s. 521 f. Utredningen menade därför (s. 522) att det, åtminstone av en del förvaltningsdomare, måste krävas ”en mer aktiv materiell processledning än vad de utövar idag”. Se vidare SOU 1991:106 del B s. 411 ff. och här till Wennergren (FT 3/1996) s. 80, som talar om ”obenägenheten att bedriva materiell processledning”.

³⁹⁷² Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 392.

³⁹⁷³ Jfr Vahlne Westerhäll (2002) s. 191, som konkluderar att officialprincipen inte alla gånger medförde ”att den enskilde tillförsäkrades den rättstrygghet som principen förutskickade”.

inrättades efter kontradiktoriskt mönster – inte öka i omfattning enligt vad Domstolsutredningen hade förespråkat – stod också tämligen klart för alla och envar. Utom för lagstiftaren, som kategoriskt förklarade att tvåpartsreformen inte skulle påverka rollfördelningen i rättegången (trots att syftet med reformen var att påverka rollfördelningen i rättegången).

Med facit i hand råder det idag bred enighet i litteraturen om att tvåpartsreformen, i likhet med vad Lagrådet lät förutskicka, föranledde en ytterligare försvagning av officialprincipen till förmån för vad som kan liknas vid en förhandlingsprincip, varmed följde ett ökat (men ännu ej tillgodosett) behov av biträde. För att citera Vahlne Westerhäll:

”Genom införandet av tvåpartsprocessen kom domstolens handläggning att i ökad omfattning präglas av förhandlingsprincipen och i mindre omfattning av officialprincipen, vilket medförde ett ökat behov av rättsligt biträde för den enskilde. Något sådant stod inte att få genom att möjligheterna till rättshjälp var mycket små på det förvaltningsrättsliga området.”³⁹⁷⁴

Även Lundin anser sig vara ”helt övertygad om att utvecklingen, i första hand införandet av tvåpartsprocessen, har lett till att utredningsskyldigheten i praktiken har fått en helt annan innebörd nu än tidigare”.³⁹⁷⁵ En förklaring härtill – utöver att minskad aktivitet ligger helt i linje med förarbetena – är att en aktiv domstol så att säga strider mot grunderna för den kontradiktoriska processformen, som ju är avsedd att vara just partsdriven.³⁹⁷⁶ Med andra ord ter det sig onaturligt att utöva ett omfattande officialansvar inom ramen för en process som, i likhet med den allmänna processen, har inrättats efter kontradiktoriskt mönster. Följande uttalande från en förvaltningsdomare, i en av Stendahl genomförd intervjustudie, illustrerar detta spänningsförhållande:

”[A]nledningen till att man generellt inte har rätt till rättshjälp på förvaltningsidan är att förvaltningsdomstolen har en långtgående utredningsskyldighet som det står i förarbeten och sådant då. Men sedan har dom infört en tvåpartsprocess och i tvåpartsprocessen ingår ju idén att båda parter skall lägga fram sin egen bevisning och det här blir ju, det blir ju, det strider ju mot vartannat för antingen så är det ju en tvåpartsprocess eller så har man en långtgående utredningsskyldighet. Det är egentligen, det blir väldigt konstigt att säga både och.”³⁹⁷⁷

Att blanda officialprincipen och en kontradiktorisk process är alltså i viss mån som att blanda olja och vatten – det skär sig.

³⁹⁷⁴ Vahlne Westerhäll (2002) s. 196. Se även Vahlne Westerhäll (2007) s. 198.

³⁹⁷⁵ Lundin (2009) s. 294. Samma uppfattning hos exv. Isaksson (2012) s. 145.

³⁹⁷⁶ Wennergren (2005) s. 148 f. Intressant att notera är att redan Herlitz (1934) s. 1045 framhöll att det är ”naturligt [att] officialprincipen skjutes åt sidan i lägen, då ett mer eller mindre utpräglat kontradiktoriskt förfarande skapar ökade förutsättningar för en allsidig och objektiv prövning”.

³⁹⁷⁷ Återgivet i Stendahl (2/2008) s. 82.

Som framgått ovan anförde lagstiftaren att den enskilda hade mycket att ”tjäna” på att det allmänna intog ställning som den enskildas motpart i processen. Detta må vara hänt, men som Wennergren har påpekat kan den enskildas eventuella vinster därav

”... på intet sätt [kompensera] det han förlorar om domstolarna slutar bevaka de intressen han kan ha av att utredningen kompletteras när det brister i något hänseende som han som enskild person utan advokathjälp inte själv kan bli varse om.”³⁹⁷⁸

Sammanfattningsvis har tvåpartsprocessens genomförande sannolikt medfört en försvagning av officialprincipen till förmån för förhandlingsprincipen. Därmed tycks officialprincipen ha utvecklats från att utgöra en tämligen svag garanti för att den enskildas intressen tillvaratas, till att helt och hållet urvattnas som processuell grundprincip i förvaltningsmål.³⁹⁷⁹

7.3.7 Distinktionernas upplösning

I detta avsnitt har vi konstaterat att den allmänna processen vilar på förhandlingsprincipen; processen gestaltar sig som en partsdriven förhandling inför domstolen där parterna – inte domstolen – förväntas vara aktiva.³⁹⁸⁰ Att domstolen i indispositiva tvistemål och brottmål har en supplerande funktion i förhållande till parterna anses inte urholka förhandlingsprincipen så till den grad, att denna behöver överges till förmån för officialprincipen som grundläggande processprincip.³⁹⁸¹ Förvaltningsprocessen anses däremot vila på officialprincipen, trots att processen gestaltar sig som en partsdriven förhandling inför domstolen där parterna – inte domstolen – förväntas vara aktiva. Detta är dock, enligt min mening, inte en rättvisande beskrivning.

Det är visserligen korrekt att officialprincipen uttryckligen lades till grund för förvaltningsmålens prövning i samband med förvaltningsrättsreformen, vilket motiverades med hänvisning till att processen var inrättad som en enpartsprocess. Följaktligen var förhandlingsprincipen ”utesluten”, helt enkelt eftersom den ”avgörande förutsättningen för anordnande av förfarandet som en förhandling mellan två sidor” saknades.³⁹⁸² Att processen skulle gestalta sig som en av domstolen bedriven utredning/undersökning var dock aldrig tanken.

Om man, i anslutning till Westberg, betraktar officialprincipen som en intresbevakningsmodell finner man att det inom förvaltningsprocessen har ansetts

³⁹⁷⁸ Wennergren (2005) s. 149, med följande fortsättning: ”Och den fördel av att det allmännas företrädare redogör för skälen för det överklagade beslutet kan förbytas till nackdel *om den allmänna parten resonerar mera taktiskt än objektivt*. Det är just i sådana fall som domstolen måste ingripa. Att tumma på officialprincipen i förvaltningsmål är lika oacceptabelt, om inte t.o.m. mera oacceptabelt från rättssäkerhetssynpunkt, än det varit tidigare.”

³⁹⁷⁹ Jfr Lundin (2009) s. 296.

³⁹⁸⁰ Prop. 1942:5 s. 407.

³⁹⁸¹ Se SOU 1982:26 s. 129 (indispositiva tvistemål) resp. s. 131 (brottmål), samt prop. 1986/87:89 s. 108 (indispositiva tvistemål) respektive s. 234 (brottmål).

³⁹⁸² DsJu 1970:11 s. 43 och härtill prop. 1971:30 s. 526.

angeläget att domstolarnas avgöranden är ”materiellt korrekta”.³⁹⁸³ En oundgänglig förutsättning härför är förstås att det processmaterial varpå avgörandena grundas är fullständigt. Med tillämpning av förhandlings- respektive officialprincipen kan ansvaret för utredningen, inom ramen för en glidande skala, vila endera på parterna eller på domstolen,³⁹⁸⁴ eller på bådadera i förening.³⁹⁸⁵ Inte i någon indispositiv måltyp vilar utredningsansvaret enbart på parternas axlar, eftersom dessa av okunskap, ovilja, okynne etcetera kan underlåta att föra fram viss utredning av betydelse för sakens rätta belysning. Att domstolen bär ett subsidiärt ansvar för utredningen – och vid behov kompletterar densamma – anses följaktligen bäst ägnat att garantera en korrekt utredning och därmed i förlängningen ett materiellt korrekt avgörande.³⁹⁸⁶ Därför har denna lösning valts i alla indispositiva måltyper.³⁹⁸⁷ Vi har följaktligen kunnat konstatera att förvaltningsdomstolarnas officialansvar inte på något avgörande vis skiljer sig från de allmänna domstolarnas officialansvar, när frågan är om ett indispositivt mål i vilket behov av aktivitet från domstolen föreligger. Tvärtom har lagstiftaren slagit fast (1) att inte bara förvaltningsdomstol utan också allmän domstol har ett officialansvar, såväl i tvistemål som i brottmål. Tydligt är även (2) att officialansvaret över hela linjen gestaltar sig som ett ”andrahandsansvar” för domstolen; såväl i den allmänna processen som i förvaltningsprocessen ankommer ansvaret för utredningen i första hand på parterna, och domstolen har blott en supplerande funktion. Ställer vi förarbeten i relation till varandra blir det tydligt att någon direkt skillnad aldrig har varit avsedd:

Indispositiva tvistemål: ”[A]tt ett mål är av indispositiv karaktär behöver] inte medföra att förhandlingsprincipen överges och att processen får en inkvisitorisk karaktär. Det torde råda en bred enighet om att det är både lämpligt och fullt möjligt att i de allra flesta indispositiva frågor *låta parterna ha ett förstahandsansvar för utredningen ungefär på samma sätt som i de dispositiva målen*. Detta innebär att rätten åtminstone till en början kan agera som i dispositiva mål. Självfallet är det även i indispositiva mål *påkallat med en varsam processledning för att domaren skall undgå misstankar om partiskhet*. Endast om parterna själva inte vill eller kan ta fram tillräckligt material för målets avgörande bör rätten självmant t.ex. gå utöver de grunder som en part åberopat eller på egen hand föranstalta om bevisning. Det är givetvis viktigt att detta sker öppet.”³⁹⁸⁸

Brottmål: ”Lika lite som i indispositiva tvistemål bör emellertid domarens verksamhet för att komplettera utredningen *ta sig formen av ett förstahandsansvar*. Om domaren före huvudförhandlingen märker att en viss komplettering av inte rent formell beskaffenhet förefaller motiverad, bör han i första hand göra parterna uppmärksamma

³⁹⁸³ Se exv. SOU 1964:27 s. 79, DsJu 1970:11 s. 43, prop. 1971:30 s. 75 och prop. 1995/96:22 s. 75 samt Petré (FT 2-4/1977) s. 166 och Diesen & Lagerqvist Veloz Roca (2003) s. 159.

³⁹⁸⁴ Jfr Edelstam (1995) s. 26.

³⁹⁸⁵ Jfr Westberg (1988) s. 38 ff., som talar om ”monistiska” och ”dualistiska” bevakningssystem.

³⁹⁸⁶ Westberg (1988) s. 31 och 35. Ibland sägs det rentav, att officialprincipen är ett uttryck för ”den materiella sanningens princip”.

³⁹⁸⁷ Jfr exv. Petré (FT 2-4/1977) s. 166 (ang. förvaltningsmål) och Ekelöf et al. (2016) s. 79 (ang. brottmål).

³⁹⁸⁸ Prop. 1986/87:89 s. 108.

på frågan och överlåta åt någon av dem att föra in det nya materialet i målet. Rätten bör ta in materialet ex officio först om parterna inte själva agerar med anledning av domarens påpekande.”³⁹⁸⁹

Förvaltningsmål: ”[I] stor utsträckning måste [det] ankomma på parterna själva att ansvara för utredningen i målet. Såväl 8 § FPL i sin nuvarande lydelse som motsvarande bestämmelse i ärendelagen reglerar rättens processledning uppgift, men innehåller samtidigt det viktiga elementet att rätten ska vara *verksam genom parterna och därigenom undvika att agera helt på egen hand*. Enligt regeringens uppfattning finns det dock skäl att ytterligare förtydliga parternas roll i detta hänseende. Av [8 §] bör alltså uttryckligen framgå att det *i första hand är parterna själva* som ska läka bristerna i sina framställningar.”³⁹⁹⁰

Slutligen kan vi konstatera (3) att lagstiftaren i alla måltyper har inskräpvt att domstolen – när den utövar sitt subsidiära utredningsansvar – inte får agera på ett sådant sätt att dess anseende för oväld äventyras, vilket i praktiken betyder att domstolen endast i sällsynta undantagsfall skall vidta egna utredningsåtgärder.³⁹⁹¹

Mot bakgrund av det ovanstående har Dahlgren förklarat, att trots att man i olika förarbeten påstår sig beskriva ”två vitt skilda processuella grundprinciper, kan jag inte se annat än att samma sak egentligen åsyftas; ett parternas förstahandsansvar för utredningen i målet samt en utredningsskyldighet för domstolen som griper in när parterna av någon anledning inte har tagit fram ett tillräckligt bra underlag för avgörandet i målet”. Enligt Dahlgren handlar det, i alla måltyper, om att domstolen

”... ibland behöver utforma sin materiella processledning på ett annat och mer kraftfullt sätt i de indispositiva målen än i de dispositiva. Det finns härvidlag *ingen anledning att göra någon skillnad* mellan de indispositiva tvistemålen i allmän domstol och förvaltningsmålen i allmän förvaltningsdomstol ...”³⁹⁹²

Dahlgren har till och med ifrågasatt ”om det i dag finns någon principiell skillnad mellan RB och FPL såvitt avser domstolens materiella funktion i processen”.³⁹⁹³ Det är knappast så att officialprincipen ”gäller” i förvaltningsdomstol och förhandlingsprincipen i allmän domstol – tvärtom ger officialprincipen uttryck för *en för samtliga*

³⁹⁸⁹ Prop. 1986/87:89 s. 234.

³⁹⁹⁰ Prop. 2012/13:45 s. 115 f. Se även specialmotivering i a. prop. s. 174 och jfr den i princip likalydande motiveringen i de ursprungliga förarbetena (prop. 1971:30 s. 529): ”[Det måste] i stor utsträckning ankomma *på parterna själva att skaffa fram utredningen*. Med hänsyn härtill bör rättens initiativ i utredningshänseende normalt ha den formen att rätten ger part besked om att hans talan behöver kompletteras. [...] Processledningen bör sålunda ... inriktas främst på *uppenbara brister och förbiseenden* i enskilds talan. [...] Mot bakgrund av vad nu sagts har det ansetts lämpligt att uttrycka rättens uppgift i fråga om processledningen på det sättet, att rätten vid behov anvisar hur utredningen hör kompletteras. Härav framgår att det *främst ankommer på parterna att skaffa fram utredning i målet*.”

³⁹⁹¹ Se exv. SOU 1982:26 s. 120 (där RU) ville ställa upp förhållandevis fasta riktlinjer för den materiella processledningen, och häremot prop. 1986/87:89 s. 105, där DepC avvisade denna tanke bl.a. med hänsyn till ”kravet på domstolens anseende för opartiskhet”. Se även exv. prop. 1931:80 s. 107 f., prop. 1971:30 s. 530, SOU 1991:106 del A s. 500 f. och prop. 1995/96:22 s. 79. Jfr även Westberg (1988) s. 98 och Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 390, som anför att ”domstolens anseende hos parter och utomstående kan tänkas komma i fara om domstolen har att utöva vad som i andra domstolssammanhang är partsfunktioner”.

³⁹⁹² Dahlgren (JT 2/1991-92) s. 250.

³⁹⁹³ Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 392 fn. 13.

processformer gemensam processprincip, som reglerar om och i vilken mån domstolen får eller skall vara självständigt verksam i processen och därigenom ingripa styrande på en utredning som i samtliga fall i första hand ankommer på parterna att sörja för.³⁹⁹⁴

I senare förarbeten har också lagstiftaren – till slut – börjat förhålla sig nyanserat till officialprincipens innebörd, på så vis att den relevanta skiljelinjen *inte längre dras mellan domstolslagen*. Med regeringens ord:

”Att behovet av processledande åtgärder i olika mål varierar har *inte primärt att göra med vilket domstolslag målet handläggs i*.”³⁹⁹⁵

Att ett visst mål (eller ärende) prövas av allmän domstol eller förvaltningsdomstol är alltså irrelevant i sig. Lika så är det irrelevant vilken processlag som denna domstol tillämpar, eftersom rättegångsbalken, ärendelagen och förvaltningsprocesslagen anses ställa upp identiska regler,³⁹⁹⁶ som nu dessutom är i princip likalydande. Dessa regler innefattar – enligt lagstiftarens nuvarande uppfattning – inte i sig någon skyldighet att tillämpa officialprincipen, utan lämnar blott ett utrymme för detta:

”Reglerna i förvaltningsprocesslagen [respektive] rättegångsbalken och ärendelagen *tillskapar alltså inte en skyldighet att tillämpa en officialprincip*, utan lämnar istället utrymme för tillämpningen av en sådan princip”³⁹⁹⁷

Att identiska regler förekommer i samtliga processlagar skall således inte förstås som alla domstolar i alla mål-/ärendetyper alltid är underkastade en skyldighet att vara aktiva – vad som avgör om, och i vilken omfattning, allmän domstol respektive förvaltningsdomstol aktivt skall sörja för utredningens fullständighet är istället *om målet aktualiserar allmänna intressen eller tredjemansintressen*.³⁹⁹⁸ Och när regeringen skulle precisera detta hände någonting spännande:

”Att samma regel förekommer i de olika författningarna innebär givetvis inte att officialprövningen är densamma i förvaltningsrättsliga mål, domstolsärenden, tvistemål och brottmål. För vissa mål- och ärendetyper sträcker sig utredningsansvaret

³⁹⁹⁴ Wennergren (2005) s. 147.

³⁹⁹⁵ Prop. 2012/13:45 s. 115. Se även prop. 2009/10:215 s. 165 f. ”[Utvecklingen av] rättens officialprövningsskyldighet sker ... nödvändigtvis, *oavsett domstolslag*, måltyp för måltyp.”

³⁹⁹⁶ Jfr prop. 2009/10:215, där det konstateras att de aktuella reglerna, ”trots skilda lydelser, [har] samma syfte [och kan] förutsättas leda till precis samma resultat i fråga om den materiella processledningen”.

³⁹⁹⁷ Prop. 2012/13:45 s. 113 f. Se även prop. 2009/10:215 s. 165: ”[Reglerna i förvaltningsprocesslagen, ärendelagen och rättegångsbalken *bestämmer ... inte i första hand hur en officialprincip ska tillämpas*. Det är i stället fråga om att lämna utrymme för tillämpningen av en sådan princip.”

³⁹⁹⁸ Prop. 2009/10:215 s. 165: ”Det som styr hur långt domstolen ska gå i det hänseendet är nämligen i första hand de bestämmelser som finns i den materiella lagstiftningen om det allmännas och tredje mans intressen och om tyngden av dessa intressen.” Jfr det i princip identiska uttalandet i prop. 2012/13:45 s. 114: ”Det som styr hur långt domstolen ska gå i det hänseendet är i första hand de bestämmelser som finns i den materiella lagstiftningen om enskildas och det allmännas intressen och om tyngden av dessa intressen.” Med denna utgångspunkt utgick regeringen, i båda de diskuterade propositionerna, visserligen från det traditionella antagandet – att det ”kan antas vara vanligare med långtgående officiallageranden från rättens sida” i förvaltningsprocesslagen än i allmän domstol, vilket ”givetvis” beror på att ”förvaltningsdomstolarnas arbetsuppgifter huvudsakligen hänförs till den offentliga rätten”. Se prop. 2009/10:215 s. 165 och jfr prop. 2012/13:45 s. 114, där regeringen uttryckte samma förhållande negativt; det anfördes att officialprincipen ”har en *mindre framträdande plats* i en del mål som förekommer i allmän domstol” än i förvaltningsdomstol.

långt, t.ex. brottmålen, miljömålen och *vissa mål i förvaltningsdomstol*, medan det finns andra mål där utredningsansvaret är föga eller inte alls framträdande, t.ex. de dispositiva tvistemålen i allmän domstol.”

Detta uttalande är intressant, eftersom den relevanta skiljelinjen dras mellan de indispositiva målen och de dispositiva målen, snarare än mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol. Även inom de indispositiva målen gjorde dock regeringen skillnad mellan olika måltyper; domstolen har ett långtgående utredningsansvar i brottmål och miljömål, men bara i *vissa förvaltningsmål*.³⁹⁹⁹

Mot denna bakgrund inställer sig följande frågor: Varför har förvaltningsdomstolarnas officialansvar tillmätts en sådan oerhörd vikt i diskussionen kring den enskildas behov biträde, när motsvarande vikt inte har tillmätts de allmänna domstolarnas officialansvar, trots att (1) förarbetena tydligt ålägger allmän domstol en med förvaltningsdomstol korresponderande – och ibland rent av längre gående – utrednings-skyldighet, och (2) empiriska undersökningar har visat att förvaltningsdomstolarna *redan före tvåpartsreformen inte nådde upp till den processledningsnivå som anses gälla i dispositiva tvistemål*, där domstolen inte ens får inhämta egen utredning? Är det rationellt att i diskussionen kring biträdeskostnadernas hantering påstå att förvaltningsprocessen och den allmänna processen vilar på två ”motsatta” processprinciper, när inte ens lagstiftaren själv – i andra sammanhang – drar den relevanta skiljelinjen mellan domstolsslagen? Enligt min mening är svaret nej. För att ytterligare underbygga detta påstående skall jag i nästa avsnitt presentera viss ytterligare empiri.

7.3.8 Risken för rättsförlust – vad vet vi på aggregerad nivå?

I inledningen till avsnitt 7.3 diskuterade jag behovsbedömningen i termer av en riskbedömning, sammansatt av tre variabler: (1) Kostnader för att hantera risken måste ställas i relation till (2) den skada som följer om risken realiserar (effekten) samt (3) sannolikheten för att skadan skall inträffa (frekvensen). Skadan har jag talat om i termer av ”rättsförluster” i vid mening, som kan betraktas som mer eller mindre allvarliga beroende på målets karaktär. Sannolikheten att parten lider en sådan skada genom att processa ensam kan också variera beroende på den enskildas personliga kvalifikationer/målets svårighetsgrad. Vi konstaterade slutligen att en bedömning av samtliga variabler – och inte minst sammanvägningen av dem – förutsätter värderingar.

Beträffande frekvensen (sannolikheten för rättsförlust) gjorde jag dock en distinktion mellan prediktion och prognos. En prognosbedömning förutsätter visserligen värderingar, men dessa kan vara mer eller mindre ”objektivt grundade” beroende på om bedömningen på individnivå utgår ifrån konstaterade samband på gruppnivå

³⁹⁹⁹ Att domstolens utredningsansvar är olika långtgående i olika förvaltningsmål framhöll regeringen på flera ställen i prop. 2012/13:45, exv. i följande ordalag (s. 165): ”Bestämmelsen i förvaltningsprocesslagen har utformats just i syfte att det ska framgå att utredningsansvaret *sträcker sig olika långt*, även i de olika mål som handläggs enligt den lagen. [...] Tillämpningen är ... *inte densamma* i alla måltyper som handläggs enligt den lagen.”

(prediktionsstudier), eller enbart baseras på beslutsfattarens subjektiva antaganden om verkligheten.⁴⁰⁰⁰ Och i detta avseende lämnar den svenska diskussionen, enligt min mening, mycket över att önska. Symptomatiskt för behovsdiskussionen är nämligen att risk för rättsförluster *aldrig utgår ifrån empiriskt påvisade samband*, trots att det finns omfattande empirisk forskning att tillgå. Det sagda kan illustreras genom tre exempel:

Regeringen: ”Behovet av biträde är i hög grad beroende av vilken domstol – allmän domstol eller allmän förvaltningsdomstol – som skall handlägga ärendet. Förvaltningsdomstolarnas materiella processledning och utredningsansvar enligt förvaltningsprocesslagen gör att biträdesbehovet i dessa domstolar *inte är detsamma* som i mål vid allmän domstol.”⁴⁰⁰¹

Ramberg: ”Det har ibland anförts att eftersom förvaltningsmyndigheten och förvaltningsdomstolen har en utredningsplikt det inte skulle vara nödvändigt att också biträdas av ett ombud när man uppträder inför en förvaltningsdomstol. Detta är *givetvis alldeles fel*.”⁴⁰⁰²

Lavin: ”Tidigare har man teoretiskt motiverat [att rättshjälp inte behövs i någon större omfattning inom förvaltningsprocessen] med att förvaltningsdomstolarna genom sitt omfattande utredningsansvar enligt FPL 8 § gör rättshjälp onödig. Rättshjälp är i praktiken *antagligen lika behövlig* inom förvaltningsprocessen som inom den allmänna domstolsprocessen.”⁴⁰⁰³

I ovanstående uttalanden ger Ramberg och Lavin uttryck för ståndpunkten att regeringen helt enkelt har ”fel”. Oavsett vad det står i förarbetena så har den enskilda behov av biträde i förvaltningsmål. Intressant att notera är dock att varken Ramberg eller Lavin anför något empiriskt stöd för sina respektive ståndpunkter – att den enskilda *givetvis* har ett behov av biträde och därför *antagligen* också ett behov av rättshjälp i förvaltningsprocessen. Detta må vara hänt – vad som är betydligt mer problematiskt är att regeringen, med den utredningskapacitet som står till statsmaktens förfogande, inte heller grundar sitt påstående i några som helst empiriska studier av hur det faktiskt går för människor som uppträder utan biträde inför förvaltningsdomstol. Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera följande:

Behovsbedömningen kan i de flesta fall betraktas som en prognosbedömning av om den enskilda parten kan förväntas föra sin egen talan tillräckligt bra för att inte

⁴⁰⁰⁰ Jfr Kaldal (2010) s. 92 f., som beskriver sannolikhetsbedömningen i två steg: det handlar dels om ett statistiskt samband mellan en faktor och en effekt, dels om en bedömning av vilken betydelse detta statistiska samband skall tillmätas i det enskilda fallet, givet övrig information. Det statistiska sambandet utgör således viktig del av – men inte hela – beslutsunderlaget. Denna viktiga del saknas dock vid behovsprövningen, vilket innebär att beslutsfattaren istället får basera sitt beslut på *lagstiftarens antaganden om samband/frånvaro av samband* såsom dessa kommer till uttryck i förarbetena.

⁴⁰⁰¹ Prop. 1996/97:9 s. 115.

⁴⁰⁰² Ramberg, Anne, *Till en hundraåring i demokratis och rättvisans tjänst*, i Lundin, Anna-Karin et al. (red.), Regeringsrätten 100 år (2009) s. 427-435 (s. 434). Samma uppfattning framförs i Ramberg (TSA 5/2017) s. 7 (citerad i fn. 3672 ovan).

⁴⁰⁰³ Lavin (FT 5/1992a) s. 463.

riskera rättsförluster i vid mening. I teorin yttrar sig denna prognos som en avvägning mellan partens kvalifikationer och målets svårighetsgrad, vilket sedan ställs i relation till målets beskaffenhet. Avvägningen mellan vad en enskild part kan förväntas klara av, och vad processen kräver av parten, hade kunnat utgå ifrån empiriska studier av sambandet mellan att ha/sakna tillgång till biträde och exempelvis utgången i målet (eller andra relevanta variabler). I Sverige menar jag dock (1) att det är lagstiftarens definition av måltyper som ”svåra” respektive ”enkla” som i praktiken är utslagsgivande; samt (2) att kategoriseringen av måltyper som ”svåra” respektive ”enkla” inte är empiriskt förankrade. I det följande skall jag därför komplettera diskussionen med vissa empiriska data.

7.3.8.1 Empiriska argument i den juridiska debatten

De flesta torde idag vara ense om att det står rättsvetenskapen fritt att kritisera både lagstiftarens och de högsta instansernas ståndpunkter, såväl som lagstiftningens påstådda effekter såsom dessa lagts fast av rättsvetaren själv.⁴⁰⁰⁴ I den mån sådana rättspolitiska exkurser de lege ferenda förekommer i rättsvetenskapliga framställningar, saknar de dock alltsomoftast förankring i annat än ”rent internt material”.⁴⁰⁰⁵ Med Sandgrens ord:

”[D]et finns en mängd rättspolitiska resonemang, förslag till lagändringar, antaganden om lagstiftningens effekter osv. som är svagt underbyggda och som bara undantagsvis har ett empiriskt underlag. Argumentationen har i många fall *spekulative inslag*. Ett standardexempel är att en undersökning gäller vissa rättsregler ... och att undersökningen utmynnar i en slutsats om hur reglerna fungerar. Slutsatsen bygger på rent ’internt material’, vanligen förarbeten och rättspraxis, framförallt HD-praxis. Utifrån detta material görs en analys in abstracto utan att empiriskt material används. – Är det *teoretiskt möjligt* att ha en välgrundad uppfattning om reglerna fungerar väl eller illa på grundval bara av det gängse källmaterialet?”⁴⁰⁰⁶

Till skillnad från många andra vetenskaper behöver alltså inte rättsvetenskapen presentera några empiriska belägg varken för att lagstiftningen har de ”effekter” som rättsvetaren påstår eller för att rättsvetarens egen lösning skulle vara ”effektiva-re”/”bättre”/”mer ändamålsenlig” än den lösning som utgör gällande rätt.⁴⁰⁰⁷ Istället får resonemangen bedömas mot bakgrund av ”argumentens tyngd”.⁴⁰⁰⁸ Att den enskilda anses sakna behov av biträde i exempelvis den svenska förvaltningsprocessen kan följaktligen kritiseras också inom ramen för en traditionellt rättsdogmatisk studie. Men frågan är då, för att återknyta till Sandgren: Är det ens teoretiskt möjligt att

⁴⁰⁰⁴ Se t.ex. Sandgren (2007b) s. 53, Agell (1997) s. 45 och Hellner (2001) s. 24, Hellner (TJFF 6/1998) s. 487 och Olsén (SvJT 2/2004) s. 119 f. Se även Asp (2004) s. 48.

⁴⁰⁰⁵ Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 730. Jfr Hellner (TfR 1975) s. 397 och Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap* (SvJT 1/2004) s. 1-10 (s. 4). Se även Sandgren (2006) s. 532 och Olsén (SvJT 2/2004) s. 111 ff.

⁴⁰⁰⁶ Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 729 f. med fn. 5.

⁴⁰⁰⁷ Jfr t.ex. Asp (2004) s. 48, som menar att det ankommer på rättsvetaren att ”genom *bruk av sin fantasi* se vad som är möjliga framtida problem”.

⁴⁰⁰⁸ Jfr Agell (1997) s. 55 f. och Agell (SvJT 3/2002) s. 245. Se även Olsén (SvJT 2/2004) s. 121.

ha en välgrundad uppfattning om reglerna fungerar väl eller illa endast på grundval av det gängse källmaterialet?

För egen del är jag övertygad om att både Ramberg och Lavin har välgrundade uppfattningar, som utgår ifrån stort kunnande och egna observationer av förvaltningsprocessen från olika roller. Vi kan dock konstatera att regeringen har en, i förhållande till både Ramberg och Lavin, motsatt uppfattning i precis samma fråga:

”De förändringar som under senare år skett på förvaltningsprocessens område har inte minskat förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet. *Enligt regeringens mening* kan det därför inte sägas att biträdeshövet generellt sett skulle ha ökat i mål vid förvaltningsdomstol.”⁴⁰⁰⁹

Vi har alltså en situation där två framstående jurister – båda med en gedigen kunskapsbas – å ena sidan menar att den enskilda ”givetvis”/”antagligen” har ett behov av biträde, och å andra sidan en regering, vars ståndpunkt i denna del accepterades av riksdagen, som menar att den enskilda saknar behov av biträde. Eftersom biträdeshövet bara ger uttryck för en värdering kan ingen uppfattning betraktas som mer ”sann” än den andra. En central skillnad är dock att lagstiftarens värdering ligger till grund för regeln och därmed regelutlämpningen.

Som framgått av del II har frågan om det finns eller inte finns ett behov av biträde i förvaltningsprocessen varit föremål för skilda uppfattningar under åtskilliga decennier. Under dessa år har Advokatsamfundet och Lagrådet, liksom en del rättsvetare, proklamerat att den enskilda emellanåt har ett behov av biträde och därför argumenterat för att enskilda bör ha möjlighet att få sina biträdeshövet ersatta i någon form. Detta har också regeringen stundtals hållit med om (exempelvis i diverse utredningsdirektiv). När det har blivit skarpt läge har dock lagstiftaren alltid bytt fot, och kategoriskt förklarat att den enskilda saknar behov biträde och därför argumenterat mot införandet av alla typer av ersättningsregler. Ingentida sidan har dock, såvitt jag vet, någonsin presenterat några empiriska belägg för sina respektive uppfattningar.

Att ingen inom den svenska processrättsliga diskursen – vare sig lagstiftare eller rättsvetare – egentligen *vet hur tillgången tillävsaknaden av biträde påverkar den enskildas processuella position* är enligt min mening en besvärande kunskapslucka i den rådande diskussionen kring den enskildas biträdeshövet. Vore det inte högst besynnerligt om statsmakten exempelvis skulle vägra att tillhandahålla en kostsam behandling mot en viss sjukdom, under anförande av att behandlingen ”inte behövs”, utan att ha någon vetskap om dess verkningar? Och vore det inte på motsvarande sätt lite märkligt om företrädare för läkarkåren skulle påstå att det föreligger ett behov av samma kostsamma behandling, utan att först ta reda på om, och i så fall hur, den påverkar patientens hälsotillstånd? Denna liknelse haltar säkert på flera plan, men illustrerar kanske ändå att en diskussion kring huruvida en viss åtgärd ”behövs” eller ej blir något platt om det helt saknas kunskap om åtgärdens faktiska

⁴⁰⁰⁹ Prop. 1996/97:9 s. 117.

– i bemärkelsen empiriskt konstaterade – effekter. Enligt min uppfattning är just avsaknaden av empirisk förankring den tyngsta invändning som kan riktas mot den rådande ordningen. Vet lagstiftaren hur det påverkar enskilda parter att tvingas föra sin egen talan i de processformer som betecknas som ”enkla” – där ersättning för biträdeskostnader inte utgår? Denna kritik rikoschetterar dock i viss mån tillbaka också på dem som påstår att den enskilda har ett behov av biträde, eftersom denna ståndpunkt inte sällan motiveras med hänvisning till sunt förnuft.⁴⁰¹⁰ Frågan är då om det går komma till rätta med denna kunskapsbrist.

7.3.8.2 Den utländska empirin

Som jag visade redan i det inledande kapitlet till denna avhandling ger den internationella forskningen så gott som entydigt⁴⁰¹¹ vid handen att det, allt annat lika,⁴⁰¹² går relativt sett ”bättre” för enskilda som processar med ett biträde i jämförelse med enskilda som processar pro se.⁴⁰¹³ Dessa data – som framförallt har avsett Storbritannien och USA – låter sig naturligtvis inte utan vidare överföras på en svensk kontext. Som framgått av detta kapitel är nämligen den enskildas ”behov” av biträde avhängigt ett flertal omständigheter – inte minst hur långt förhandlingsprincipen har dragits mot sin extrem, och på denna punkt skiljer sig förhållandena inom common law från förhållandena i Sverige. Även om vår process är kontradiktorisk till sin struktur är den inte *lika* kontradiktorisk som i USA. Intressant att notera är dock att Sandefur i 2005 års studie faktiskt kunde påvisa en större advokatfördel i de brittiska originalstudierna än i de amerikanska. Denna skillnad är intressant därför att de brittiska studierna – till skillnad från de amerikanska – avsåg ”administrativa tribunaler”, det vill säga ”fora which, even when they are adversarial in nature, are often regarded as less forbidding to lay persons than traditional trial courts”.⁴⁰¹⁴ En av de originalstudier som låg till grund för Sandefurs metastudie finns det skäl att uppmärksamma särskilt, nämligen Genn & Genns studie *The Effectiveness of Representation at Tribunals*.

Som en allmän utgångspunkt för sin studie förklarar Genn & Genn att det under välfärdsstatens uppbyggnad i Storbritannien inrättades ett stort antal administrativa tribunaler för att hantera framförallt förvaltningsrättsliga tvister mellan stat och individ (exv. avseende socialförsäkring, migration och tvångsvård). Prövningen inför dessa tribunaler skulle kännetecknas av ledord såsom ”cheapness”, ”accessibility” och ”freedom from technicality”, vilket svarar mycket väl mot de ”krav” som ställdes på

⁴⁰¹⁰ Jfr Sandefur (Seattle J. Soc. Just. 9/2010-11) s. 61: ”Yet, only a modest amount of research effort has gone into investigating the question of how lawyers change what happens in courtrooms, perhaps because the claim that they do so seems self-evident to many observers.”

⁴⁰¹¹ Heuman, Lars, *Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen* (JT 4/2005-06) s. 768-789 (s. 769) menar att man vid begagnandet av empiriskt material i rättsvetenskaplig verksamhet har ”anledning att göra skillnad mellan å ena sidan säkerställda och belagda forskningsresultat samt å andra sidan vaga och obestämda resultat”. De resultat som har presenterats ovan är att hänföra till den förstnämnda kategorin.

⁴⁰¹² Jfr Seron et al. (Law & Soc’y Rev. 35/2001) s. 429.

⁴⁰¹³ Jfr fn. 3575 ovan om att istället betrakta rätten till biträde som ”nytta”, vilket rimmar något bättre med den internationella terminologin (”lawyer advantage”).

⁴⁰¹⁴ Sandefur (2005) s. 22.

de svenska förvaltningsdomstolarna när dessa blev föremål för enhetlig lagreglering på 1970-talet (snabb, billig, enkel). Genn & Genn konstaterar dock att dessa ord inte kopplades till några användbara eller mätbara kriterier; ”[w]hat was offered ... was not a means of judging the performance of tribunals, but a set of court values, and an expectation that tribunals would both satisfy those values and offer all the advantages supposedly attaching to tribunals rather than courts”.⁴⁰¹⁵ Mot denna korta bakgrund formulerade Genn & Genn två forskningsfrågor:

1. ”Are represented cases more likely to succeed?”

Och om så var fallet:

2. ”What is it about representation that causes cases to succeed, or what is it about tribunals that renders representation necessary or desirable in producing successful outcomes?”⁴⁰¹⁶

Studien kom sedan att omfatta fyra tribunaler, närmare bestämt så kallade ”Social Security Appeals Tribunals” (socialförsäkringsrättsliga mål), ”Immigrations Adjudicators” (migrationsrättsliga mål), ”Industrial Tribunals” (arbetsrättsliga mål) samt ”Mental Health Review Tribunals” (mål avseende upphörande av psykiatrisk tvångsvård). Genom detta urval kunde Genn och Genn studera hur tillgången till biträde påverkade utgången i målet med beaktande av rad ytterligare faktorer, däribland om den enskilda hade en enskild eller allmän motpart, om processen var inkvisitorisk eller kontradiktorisk till sin struktur; samt om den enskilda vanligtvis hade tillgång till biträde eller processade ensam (därför att rättshjälp kunde beviljas/ inte kunde beviljas).⁴⁰¹⁷

Den första frågeställningen besvarades – för alla tribunaler sammantagna – enligt följande:

”The information presented in this chapter has demonstrated conclusively that, the presence of a representative significantly increases the probability that social security appellants, appellants before immigration adjudicators, industrial tribunal applicants and patients detained in mental hospitals will succeed with their cases a tribunal hearing. This finding hold true when other measurable factors related to outcome are held constant.”⁴⁰¹⁸

Oavsett partsställning och processens utformning ökade alltså tillgången till biträde partens processodds, närmare bestämt från 30 till 48 procent i socialförsäkringsmålen (inkvisitorisk/allmän motpart), från 20 till 35 procent i tvångsvårdsmålen (inkvisitorisk/allmän motpart), från 20 till 38 procent i migrationsmålen (kontradiktorisk/

⁴⁰¹⁵ Genn & Genn (1989) s. 3 f.

⁴⁰¹⁶ Genn & Genn (1989) s. 3 f.

⁴⁰¹⁷ Genn & Genn (1989) s. 5 f.

⁴⁰¹⁸ Genn & Genn (1989) s. 107. Specifika slutsatser för var och en av tribunalerna presenteras på s. 77, 86, 99 och 107. Se även s. 243.

allmän motpart), och från 10 till 48 procent i de arbetsrättsliga målen när motparten hade tillgång till biträde (kontradiktorisk/enskild motpart).⁴⁰¹⁹ Givet dessa resultat drog Genn & Genn följande slutsats:

”Representation evidently increases the probability of a favorable outcome to a tribunal hearing. Assuming that, in the vast majority of cases, the favorable decision reached by the tribunal is correct, in the light of the law and facts of the case, then representation can be said to be increasing accuracy of tribunal decision-making processes. If the objectives of tribunals are not simply to provide a quick and cheap and accessible forum for the resolution of disputes, but include accurate and fair decision-making, the evidence of this chapter suggests that representation may be both desirable and necessary.”⁴⁰²⁰

Vad sedan gäller den andra frågeställningen konstaterade Genn & Genn att hela idén om en ”informell” och ”oteknisk” process är problematisk, av två skäl:

För det första eftersom det alltid är komplicerat att formulera och leda en talan i bevis. I denna del gick författarna till och med så långt som att beteckna den informella/otekniska processen som en ”fälla” för den enskilda (”a trap for those who attempt to proceed with their cases without advice or representation”), eftersom dessa två karaktäristika är

”... inaccurate when applied to the adjudicative function of tribunals, and therefore unhelpful in attempting to evaluate tribunal decision-making processes. They also provide a false basis for denying the difficulties facing appellants and applicants in proving the merits of their cases, and the contribution that representation may make to tribunal decision-making.”⁴⁰²¹

För det andra eftersom ett rättskipande organ inte kan (och kanske inte heller bör) ”kompensera” avsaknaden av biträde:

”[N]o matter how well-intentioned tribunals might be, it was impossible to compensate for lack of representation. [...] Tribunals cannot spend the time necessary to elicit relevant information from the undifferentiated stream of information in which most appellants and applicants present their stories. Nor can they always know, in advance of hearing the evidence, what questions should be asked.”⁴⁰²²

Det kan alltså konstateras att samma korrelations- och/eller kausalsamband mellan å ena sidan förekomst av biträde och å andra sidan ett gynnsamt utfall i processen har kunnat *påvisas även i mer eller mindre ”informella” processformer* som utgår ifrån att den enskilda skall föra sin egen talan. Detta har sedermera bekräftats i en rad senare

⁴⁰¹⁹ Genn & Genn (1989) s. 107 f. Genn & Genn konstaterar också (a. st.) att kvalificerade biträden hade störst påverkan på partens processodds.

⁴⁰²⁰ Genn & Genn (1989) s. 108. Se även s. 247, där Genn & Genn likaså betonar att tillgången till ett biträde både förbättrar partens processodds och tribunalens förmåga att meddela ett ”materiellt korrekt beslut”.

⁴⁰²¹ Genn & Genn (1989) s. 125.

⁴⁰²² Genn & Genn (1989) s. 215.

studier, däribland av Lewis i en intressant studie av den brittiska småmålsprocessen, som i mångt och mycket påminner om sin svenska motsvarighet.

I *Litigants in Person and Their Difficulties in Adducing Evidence* (2007) studerade Lewis hur tillgången till/avsaknaden av biträde påverkar partens processodds i tvistemål om mindre värden – en process som även i Storbritannien betraktas som ”informell” och kännetecknas av såväl aktiva domare som ”relaxed rules of evidence”. Givet den tillgängliga forskningen utgick Lewis från följande tes:

”Academic research and commentary and official reviews both suggest that litigants in person suffer disadvantages in their conduct of litigation. The present study explores this thesis in a small claims context. [...] The thesis that the litigant in person is disadvantaged has been presented in various context, including in relation to tribunals, were *the idea that people can, and perhaps should, represent themselves is a principle on which the procedure is based*. The argument runs that, even in these informal procedures, the litigant in person is at a disadvantage where the opposing party has professional legal representation ...”⁴⁰²³

Efter att ha prövat denna tes kom Lewis till följande slutsats:

”The findings of this study are consistent with the pre-existing literature in suggesting that litigants in person may experience difficulty in adducing adequate evidence and may suffer detriment as a result. Moreover, this study supports the findings of researchers who have shown that both difficulty and detriment can occur *even in informal legal procedures where self-representation is encouraged or expected*.”⁴⁰²⁴

Trots att den brittiska småmålsprocessen, i likhet med såväl den förenklade svenska tvistemålsprocessen som den svenska förvaltningsprocessen, har *utformats så att* – och dessutom *tar för givet just att* – enskilda kan processa ensamma, visade alltså den aktuella studien att den enskilda i praktiken hade svårt att föra sin egen talan i allmänhet, och att leda sin talan i bevis i synnerhet.⁴⁰²⁵ Mot denna bakgrund torde man på goda grunder kunna anta att förhållandena är någotsånär jämförbara i Sverige. Den sparsamma empiriska forskning som finns att tillgå från svenska domstolar tyder också på detta. Nedan skall jag kort redogöra för några sådana studier, varav

⁴⁰²³ Lewis (Int'l J. Evid. & Proof 11/2007) s. 25.

⁴⁰²⁴ Lewis (Int'l J. Evid. & Proof 11/2007) s. 46.

⁴⁰²⁵ Det tåls dock att läggas på minnet, att kravet på ”equality of arms” tar sikte också på parternas resp. förmåga att presentera sin bevisning; för att citera ED måste båda parterna ”be afforded a reasonable opportunity to present his case – *including his evidence* – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent”. Se *Dombo Bebeer v. The Netherlands* p. 33.

den första avser straffprocessen, som sedan kommer att jämföras med en handfull studier avseende förvaltningsprocessen.⁴⁰²⁶

7.3.8.3 Mål om misshandel, ekobrott och grovt rattfylleri

I *Försvarets roll i brottmålsprocessen* har Urgell Svensson bland annat undersökt om och i så fall hur utfallet i en straffprocess – närmare bestämt mål om misshandel, ekobrott och grovt rattfylleri – påverkas av huruvida den tilltalade har tillgång till en försvarare (offentlig eller privat). Urgell Svensson konkluderar att hennes undersökning sammantaget visar dels att det var vanligare att domstolen *ogillade åtalet* i de mål där det förekom en försvarare i jämförelse med de fall där försvarare saknades (14% respektive 3 %), dels att det var vanligare att domstolen utdömde *fängelse som påföljd* i de mål där det saknades en försvarare i jämförelse med de fall där det förekom en försvarare (46 % respektive 28 %).⁴⁰²⁷ Dessa resultat ligger helt i linje med den internationella bilden.

Vi kan således konstatera att tillgång till ett biträde har en för den enskilda gynn-sam påverkan på utfallet också i svensk straffprocess; en tilltalad som saknar tillgång till en försvarare döms till den mest ingripande påföljden *mer frekvent* och frikänns helt från ansvar *mindre frekvent* än en tilltalad som har tillgång till en försvarare. Detta är kanske inte ägnat att förvåna någon – utgångspunkten i straffprocessen är trots allt att en försvarare behövs (och därför ersätts försvararkostnaderna i vart fall vid en friande dom). Desto mer intressant är att precis samma empiriska samband har påvisats i förvaltningsprocessen, där utgångspunkten är att biträde inte behövs (och biträdeskostnader därför inte ens ersätts vid en framgångsrik process).

7.3.8.4 Mål om (f.d.) förtidspension (numera sjukersättning)

I sin avhandling *Tryggheten inför rätta* har Bjerstedt bland annat undersökt om och i så fall hur tillgång till ett juridiskt biträde påverkar den enskildas möjligheter att vinna

⁴⁰²⁶ Se även den studie av LVU-processen som jag, tillsammans med Östlund, har genomfört och som finns presenterad i boken *Advokatens roll – om ändamålsenlig rollfördelning i mål om tvångsvård av barn* (2016). Denna studie avviker från dem som jag snart kommer att redogöra för på så vis, att offentliga biträden regelmässigt förordnas i LVU-mål (både åt barnet och åt vårdnadshavarna). Inom denna måltyp går det därför inte att studera hur tillgången till ett biträde påverkar parternas processodds – helt enkelt eftersom det knappt finns någon jämförelsegrupp. Eftersom advokater för processobehöriga barn även blir den ungas ställföreträdare – och i denna egenskap inte är bunden av barnets vilja – går det dock att istället studera hur *biträdets inställning till tvångsvården påverkar det materiella utfallet*. En sådan studie lät vi också genomföra, och resultaten kan presenteras som följer: I de mål barnen var negativt inställda till vården utan stöd av sin advokat (som således medgav vården) dömde domstolen i linje med barnens vilja i 0 procent av fallen. I den mån barnen istället bestred tvångsvården med stöd av sin advokat, fick barnen gehör för sin vilja i 12,5 procent av fallen. I de fall barnen var negativt inställda till tvångsvård ökade alltså barnen processodds högst betydligt (från 0 procent till 12,5 procent) om advokaten argumenterade för klientens vilja, istället för mot klientens vilja. Se till det sagda Wejedal & Östlund (2016) särskilt s. 104 f. En mycket intressant empirisk studie presenteras också av Samadi, Milad, *Muntlig förhandling i förvaltningsprocessen* (2016). I sin studie har Samadi analyserat hur variablerna muntlig förhandling/ inte muntlig förhandling samt ombud/inte ombud påverkar utgången i skattemål, socialtjänstmål samt socialförsäkringsmål. I likhet med de studier som jag strax skall redogöra för kommer Samadi till slutsatsen att tillgång till ombud förbättrar partens processodds (se s. 28 ff.).

⁴⁰²⁷ Urgell Svensson, Poly, *Försvarets roll i brottmålsprocessen – en rättssäkerhetsfråga?* (2008) s. 13.

framgång med sin talan i tvist med Försäkringskassan avseende rätt till förtidspension enligt den då gällande lagen (1962:381) om allmän försäkring.⁴⁰²⁸

Under den undersökta tidsperioden hade endast två personer beviljats rättshjälp i den aktuella måltypen, och följaktligen var det omöjligt att statistisk fastställa om ett rättshjälpsbiträde förbättrade den enskildas utsikter att vinna framgång med sin talan i dessa mål.⁴⁰²⁹ Vanligare var det dock att den enskildas fackförening tillhandahöll ett juridiskt biträde, och i jämförelse med personer som helt saknade biträde kunde Bjerstedt påvisa att

”... chansen eller oddset (Exp (B)), för att en individ som har facklig representation ska få rätt mot försäkringskassan är *6 gånger så stor* som om han/hon inte haft någon juridisk representation (I).”⁴⁰³⁰

Intressant att notera är att Bjerstedts studie kunde påvisa en *större advokatfördel* i den svenska socialförsäkringsprocessen (6:1), än vad Sandefur kunde påvisa som genomsnittsvärde *i någon av sina metastudier* (5:1). Mot bakgrund av dessa resultat, konstaterar Bjerstedt:

”Skillnaderna i chansen att få rätt tyder på att juridisk representation är *av avgörande betydelse* för individens möjligheter att på ett framgångsrikt sätt föra sin talan. Detta tyder i sin tur på att socialförsäkringsrättsliga frågor kan vara av sådan art att den enskilde behöver hjälp för att förstå och för att framgångsrikt kunna artikulera sin position. Det faktum att så pass få faktiskt har juridisk representation väcker även frågor om likabehandling. Vissa människor (framförallt svenskfödda män) har oftare tillgång till ett fackligt juridiskt ombud, vilket i sin tur ökar deras chanser att få rätt i domstol. Risken finns därför för att kvinnor, invandrare och icke fackligt anslutna systematiskt missgynnas i processen. Att tillgången till juridiskt ombud inte gäller alla medför således att olika grupper behandlas olika.”⁴⁰³¹

I den amerikanska processen är den empiriskt påvisade advokatfördelen så stor, att det anses statistiskt fastslaget att *enskilda som processar utan biträde förlorar mål som de hade kunnat vinna om de bara hade haft ett biträde*.⁴⁰³² I sin studie av den svenska socialförsäkringsprocessen konstaterar som synes Bjerstedt likaså, att de påtagliga skillnaderna i processodds mellan de som har respektive saknar biträde tyder på att tillgången till ett biträde är av ”avgörande betydelse” för den enskildas möjlighet att på ett framgångsrikt sätt föra sin talan. Sannolikt finns det alltså – i både USA och Sverige – många enskilda som förlorar mål som de hade kunnat vinna, om de bara hade haft tillgång ett biträde. Betyder detta att enskilda har ett ”faktiskt” eller ”verkligt” behov av biträde?

⁴⁰²⁸ Se AFL 7 kap., där förtidspension med tiden blev ”sjukersättning”. Dessa bestämmelser överfördes sedermera till SFB 33 kap.

⁴⁰²⁹ Bjerstedt (2009) s. 189.

⁴⁰³⁰ Bjerstedt (2009) s. 193.

⁴⁰³¹ Bjerstedt (2009) s. 194 f.

⁴⁰³² Se exv. Brief Amicus Curiae of Retired Washington Judges s. 6.

7.3.8.5 Mål om personlig assistans

Den första januari 1994 trädde lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade ("LSS") i kraft, innehållande bestämmelser om stöd och särskild service för personer med svåra funktionsnedsättningar. Lagen är till sin karaktär en rättighetslag med tio angivna insatser som den enskilda har rätt till, under förutsättning att vederbörande ingår i lagens personkrets och i övrigt uppfyller förutsättningarna för respektive insats. En utav dessa insatser – som är avsedd för personer med särskilt svåra funktionsnedsättningar – är *biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd för sådan assistans*.⁴⁰³³

Biträde av personlig assistent kan ges genom personligt vårdbiträde som är anställt hos kommunen, kooperativ, organisation eller hos den funktionshindrade personen själv såsom egenföretagare. Eftersom kostnaderna för personlig assistans kan uppgå till avsevärda belopp, infördes genom lagen (1993:389) om assistansersättning – numera överförd till socialförsäkringsbalkens 51 kapitel – kompletterande bestämmelser om rätt till assistansersättning, varigenom staten genom Försäkringskassan avlastar kommunerna en del av kostnaderna för mer omfattande insatser för personlig assistans.⁴⁰³⁴

Sedan lagen om stöd och service för vissa funktionshindrade trädde i kraft har kostnaderna för i synnerhet personlig assistans skjutit i höjden på ett sätt som lagstiftaren inte hade förutsett.⁴⁰³⁵ I LSS-kommitténs *Möjlighet att leva som andra* (SOU 2008:77) kan man läsa:

"Assistansersättningen har haft en kraftig kostnadsutveckling sedan den infördes år 1994. Kostnaderna har ökat från knappt 4 miljarder kronor år 1995 till över 18 miljarder kronor år 2007. Det innebär en procentuell ökning på 350 procent i löpande priser eller 178 procent i fasta priser. De ökade kostnaderna för assistansersättningen beror både på att *antalet assistansberättigade* och *genomsnittligt antal timmar per person* ökar över tid. [...] Sedan LSS och LASS trädde i kraft har kostnadsutvecklingen varit betydligt högre för insatser enligt dessa lagar än för övriga verksamheter inom det sociala området. Uppenbart är att det är personlig assistans enligt LASS som orsakat den största delen av kostnadsökningarna. Av den totala kostnadsökningen på cirka 13,3 miljarder kronor som införandet av LSS och LASS lett till – *utöver vad som antogs i förväg* – beräknas staten ha finansierat cirka 70 procent och kommunerna cirka 30 procent. Av dessa kostnader avser cirka 90 procent assistans enligt LASS och cirka 10 procent LSS-insatser."⁴⁰³⁶

Varför kostnaderna för personlig assistans ökade i sådan omfattning diskuterades av LSS-kommittén i sitt ovan nämnda betänkande. Förklaringen är förstås mångfaceterad, men ett skäl som utredningen förde fram var att de privata vårdgivarna *ställde*

⁴⁰³³ LSS 9 § 2 p.

⁴⁰³⁴ Tidigare "LASS". Enligt SFB 51 kap. 3 § gäller numer att en försäkrad har rätt till assistansersättning om vederbörande behöver personlig assistans i genomsnitt mer än 20 timmar per vecka.

⁴⁰³⁵ Se t.ex. SOU 2008:77 s. 162 ff.

⁴⁰³⁶ SOU 2008:77 s. 21.

juridiskt biträde till den enskildas förfogande, bland annat vid överklagan av beslut. Utredningen gjorde följande – enligt min mening synnerligen anmärkningsvärda – uttalande:

”Regelverket har dessutom kommit att sättas *under en hård press*. Enskilda assistansordnare ger kunder juridiskt stöd för att formulera ansökningar om personlig assistans, hantera kontakterna med myndigheter och överklaga beslut. För den enskilde kan detta vara positivt, men lagstiftaren *har inte utformat regelverket för att klara detta tryck*.”⁴⁰³⁷

Att de svårt funktionshindrade människorna som omfattades av lagens personkrets fick juridiskt stöd satte alltså regelverket ”under en hård press” på ett sätt som detta inte var ”utformat ... för att klara” – ett, efter mitt tycke, tämligen groteskt uttalande. Hur lagstiftaren borde ha ”utformat” regelverket för att ”klara” detta ”tryck” diskuterade dock inte LSS-kommittén.

Intressant att notera är vidare, att det finns empirisk forskning som visar att antalet beviljade assistanstimmar varierar beroende på om den enskilda anlitar en privat eller offentlig vårdgivare. I sin avhandling *Quality of Personal Assistance* konkluderar således Roos, att under tidsperioden 1994-2004 beviljades

”... an average user with a private service provider ... *18.4 percent more assistance hours* compared to a user with a municipal EAP, above and beyond the effect of demographic factors ... type of impairment ... years with personal assistance and other individual-specific variation which the panel-data allowed me to control for.”⁴⁰³⁸

Vi kan alltså sammanfattningsvis konstatera följande: För det första att en utav förklaringarna till att det *genomsnittliga antalet assistanstimmar per person* har ökat, enligt LSS-kommittén, är att privata vårdgivare tillhandahåller juridiskt biträde åt sina klienter, vilket har satt det ifrågavarande regelverket under en ”hård press”. För det andra att enskilda som anlitar en privat vårdgivare *beviljas fler assistanstimmar* än enskilda som anlitar offentliga vårdgivare. Mot denna bakgrund torde en inte alltför långsökt slutsats vara, att en förklaring (av potentiellt flera) till att enskilda med privata vårdgivare beviljas fler timmar än enskilda med offentlig vårdgivare, är att den förstnämnda personkategorin mer frekvent har tillgång till ett juridiskt biträde i processen, medan den sistnämnda personkategorin mer frekvent processar pro se. För att ånyo citera Roos:

”Some EAPs give their users judicial support to formulate applications related to personal assistance, handle relations with authorities and to appeal decisions, as one EAP stated: ‘If necessary, we appeal to the highest administrative court to maximize the number of assistance hours.’ The legal framework and the decision process are not

⁴⁰³⁷ SOU 2008:77 s. 186.

⁴⁰³⁸ Roos, John Magnus, *Quality of personal assistance: Shaped by governments, markets and corporations* (2009) s. 54. Se även a.a. s. 15 och 61.

constructed to stand such pressure from professional lawyers, which *partly explains the increased number of assistance hours per user.*⁴⁰³⁹

Att det går bättre för enskilda som har tillgång till juridiskt biträde än för enskilda som processar ensamma har också bekräftats i Johnssons studie *Rättshjälp i förvaltningsprocessen – om behovsrekvisitet i 7 § rättshjälpslagen*,⁴⁰⁴⁰ som omfattade samtliga avgjorda LSS-mål vid förvaltningsrätten i Göteborg under september, oktober och november år 2013 (totalt 152 avgöranden). Dessa avgöranden indelades i fyra (person) kategorier, beroende på om klaganden hade haft tillgång till biträde, och i så fall vilken typ av biträde: (1) enskilda som företrädades av advokat eller biträdande jurist på advokatbyrå; (2) enskilda som företrädades av annat juridiskt biträde (framförallt jurist på assistansbolag); (3) enskilda som företrädades av icke-juridiskt biträde (vän, familjemedlem, god man); samt (4) enskilda som saknade biträde. Resultaten kan presenteras som följer:

Utfall	Kategori 1	Kategori 2	Kategori 3	Kategori 4
Fullt bifall	50 %	19 %	16 %	18 %
Partiellt bifall	25 %	3 %	0 %	3 %
Avslag	25 %	57 %	70 %	75 %
Återförvisat till FK	0 %	13 %	2 %	0 %
Avskrivet/avvisat/överlämnat	0 %	8 %	12 %	4 %
Totalt	100 %	100 %	100 %	100 %

I likhet med Bjerstedts studie hade således endast ett fåtal enskilda (ca 3 procent) tillgång till advokat/biträdande jurist på advokatbyrå, *varav ingen hade beviljats rättshjälp* (trots att den personkrets som omfattas av LSS typiskt sett klarar inkomstgränsen). Denna grupp hade dock betydligt högre processodds jämfört med övriga grupper: 75 procent vann bifall (helt eller delvis) och 25 procent fick avslag, vilket kan jämföras med den största gruppen enskilda, det vill säga de som processade helt ensamma; dessa vann (helt eller delvis) i 21 procent av målen och fick avslag i 75 procent av målen.⁴⁰⁴¹ Proportionerna mellan bifall/avslag är alltså *helt omvända i dessa två kategorier*.

7.4 Sammanfattning och slutsatser

Syftet med detta kapitel har varit att föra diskussionen om biträdeskostnadernas hantering inför svensk domstol bortom den gällande rätten, genom att problematisera

⁴⁰³⁹ Roos (2009) s. 30.

⁴⁰⁴⁰ Det bör framhållas att jag var handledare för denna examensuppsats.

⁴⁰⁴¹ Johnsson, Malin, *Rättshjälp i förvaltningsprocessen – om behovsrekvisitet i 7 § rättshjälpslagen* (2014) s. 38 ff.

det "biträdesbehov" som reglerna utgår ifrån. För detta ändamål har jag försökt bringa klarhet i varför enskilda anses ha behov av biträde i vissa måltyper, men inte i andra. Jag kan dock konstatera att jag inte har lyckats presentera ett svar på denna fråga, vilket dock kan betraktas som en slutsats i sig. Detta beror nämligen på att biträdesbehovet ger uttryck för lagstiftarens värderingar, som dock inte är rationellt underbyggda fullt ut. Låt mig kort motivera detta påstående.

Påståendet att parterna har behov av biträde i måltypen X men inte behov av biträde i måltypen Y måste – för att framstå som rationellt – anses innefatta ett implicit påstående om existensen av vissa konkreta omständigheter som särskiljer måltypen X och måltypen Y. Som vi har konstaterat är också somliga av dessa omständigheter empiriskt konstaterbara, vilket kan illustreras genom följande slutledning:

Premiss I: Det är svårt att föra sin egen talan om den materiella lagstiftningen är komplicerad, processen är formaliserad och domstolen är passiv, osv. // Det är enkelt att föra sin egen talan om den materiella lagstiftningen är okomplicerad, processen är informell och domstolen är aktiv, osv.

Premiss II: I måltypen X är den materiella lagstiftningen komplicerad, processen är formaliserad och domstolen är passiv. // I måltypen Y är den materiella lagstiftningen okomplicerad, processen är informell och domstolen är aktiv.

Slutsats: Alltså har parterna behov av biträde i måltypen X // saknar behov av biträde i måltypen Y.

Slutledningen ovan är värderande, eftersom både över- och undersatsen är praktiska satser. Vi kan därmed inte komma ifrån att slutsatsen varken kan vara "sann" (i den meningen att *om* premisserna är sanna, *så* är slutsatsen också sann). För att parafasera Ekelöf kan dock premisserna även i en dylik slutledning fungera *som rationella skäl för slutsatsen*.⁴⁰⁴² Annorlunda uttryckt: Om det inte finns någonting som särskiljer X och Y (mellansatsen), vore det irrationellt att beskriva X som "svår" och Y som "enkel". Jag menar också att jag i detta kapitel har visat att det inte finns tillräckligt mycket som särskiljer förvaltningsprocessen från den allmänna processen, för att det skall vara rationellt att dra en generell skiljelinje mellan dessa måltyper. Det ligger därför nära till hands att anta att andra omständigheter än dem som redovisas i förarbetena har påverkat regelverkets utformning, framförallt statsfinansiella överväganden. Att utge ersättning för biträdeskostnader i förvaltningsmål – genom en generösare rättshjälp och/eller en tillämpning av principen om full kostnadstäckning – skulle nämligen kosta staten oerhört mycket pengar. Att ställa olika behov mot varandra, och prioritera mellan dessa, är dock ett normalt inslag i en demokrati. Däremot får det betraktas som ett demokratiskt underskott om sådana intresseavvägningar inte är transparenta.

⁴⁰⁴² Ekelöf & Boman (1992) s. 11 fn. 2 (motsvarande fn. 3 i Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009) s. 13).

Det ovan sagda leder mig till slutsatsen att vi bör *sluta tala om biträdesbehovet som om det vore någonting faktiskt existerande*, eftersom ett sådant språkbruk, för att citera Olivecrona, innebär att ”förstuckna värderingar [kan framföras] under falsk skylt”.⁴⁰⁴³ Visserligen är jag ense med Olivecrona när han påstod att ord kan ha en ”begriplig och försvarlig” användning utan att beteckna någonting verkligt:

”Även ord som användas *som om de betecknade någonting* ... kunna ha en viktig funktion ändå. Sådana ord kunna ha vad man kanske kunde kalla en ’egen-funktion’, *om de användas på ett regelbundet sätt*.”⁴⁰⁴⁴

Till skillnad från funktionella rättskonstruktioner används dock inte ordet ”biträdesbehov” på ett regelbundet sätt. Detta medför att ordet inte ger upphov till några ”fasta associationer” och därför saknar ”upplysande funktion”.⁴⁰⁴⁵ Snarare leder dess användning till motsatsen – att diskussionen fördunklas.⁴⁰⁴⁶ Detta är farligt, eftersom politiska prioriteringar (värderingarna) kan kamoufleras såsom (värderingsfria) beskrivningar av verkligheten, vilket i förlängningen verkar ansvarsbefriande i det demokratiska samtalet.⁴⁰⁴⁷ För om parten ”saknar behov” av biträde framstår det ju som oproblemiskt att enskilda inte kan få ersättning för sina biträdeskostnader, inte sant?

7.4.1 Skiljelinjen mellan processformerna är inte rationell

I sin bok *Processuella grundbegrepp och allmänna rättsprinciper* varnade Ekelöf för de allmänna rättsprincipernas suggestionskraft.⁴⁰⁴⁸ Beträffande officialprincipens tillämpning bör enligt mitt förmenande Ekelöfs memento tas på allvar. I decennier har nämligen lagstiftaren i diskussionen kring den enskildas processkostnader kunnat upprätthålla en distinktion mellan den allmänna processen och förvaltningsprocessen, under förevändningen att dessa processformer bygger på två skilda grundprinciper. Bakom den så kallade officialprincipen döljer sig emellertid en allmän rättsprincip som saknar en allmänt vedertagen innebörd och som när allt kommer omkring i princip tycks genomsyra samtliga processformer. Att förvaltningsdomstolarna har ett officialansvar är följaktligen ett tämligen naket påstående per se och är därtill ingenting som särskiljer dem nämnvärt från de allmänna domstolarna; de sistnämnda har i indispositiva tvistemål och brottmål ett utredningsansvar som i praktiken har visat sig vara mer långtgående än förvaltningsdomstolarnas ansvar för utredningen, i synnerhet om saken avser för den enskilda gynnande förvaltningsbeslut.

⁴⁰⁴³ Olivecrona (1940) s. 60 f.

⁴⁰⁴⁴ Olivecrona (1960) s. 143.

⁴⁰⁴⁵ Jfr Olivecrona (1960) s. 132.

⁴⁰⁴⁶ Jfr Glavå & Petrusson (2002) s. 12: ”Vi kan inte avskaffa rättskonstruktioner bara för att vi inser att de inte är annat än illusioner till sin karaktär. Viktigt är emellertid att vi ifrågasätter och avskaffar icke ändamålsenliga/samhällsnyttiga konstruktioner. Särskilt viktigt är det att avfärda sådana konstruktioner/föreställningar som förblindar.” Jag menar att biträdesbehovet är en sådan ”förblindande” konstruktion.

⁴⁰⁴⁷ Jfr Glavå & Petrusson (2002) s. 109 f. och 138 f.

⁴⁰⁴⁸ Ekelöf (1956) s. 213. Se härtill Lindblom (SvJT 2/2000c) s. 116.

Enligt min uppfattning har resonemanget kring officialprincipens tillämpning i förvaltningsprocessen fått karaktären av ett cirkelresonemang: Eftersom den enskilda i regel processar ensam anses det, å ena sidan, vara ”nödvändigt” att förvaltningsdomstolarna har ett ansvar för utredningen.⁴⁰⁴⁹ Att förvaltningsdomstolarna har ett ansvar för utredningen anses dock, å andra sidan, medföra att enskilda saknar behov biträde – en föreställning som tvingar enskilda att processa ensamma, eftersom kostnadsersättning inte utgår. Och därmed befinner vi oss åter på ruta ett. Den enskilda förefaller alltså ha hamnat i någon sorts märkligt moment 22, som visat sig vara omöjlig att ta sig ur; trots att frågan om den enskildas biträdeskostnader har dryftats i närmare 60 år, har ju rättsläget förblivit oförändrat.

Förklaringen till detta status quo är att förvaltningsprocessen uppvisar ett signifikativt särdrag i jämförelse med den allmänna processen. Till skillnad från de allmänna domstolarnas officialansvar anses nämligen förvaltningsdomstolarnas ansvar för utredningen ”ersätta” den enskildas behov av biträde. Det är alltså fråga om ett renodlat nollsummespel mellan två storheter, varav den ena så att säga tar ut behovet av den andra.⁴⁰⁵⁰

Förvisso är det väl så, att om processen har inrättats på ett sådant sätt att den enskilda inte har någon möjlighet att anlita biträde så bör domstolen vara aktiv eftersom parten annars riskerar att lida rättsförluster till följd av sin egen okunnighet.⁴⁰⁵¹ Men gäller det omvända förhållandet, det vill säga innebär officialprincipens tillämpning att den enskilda saknar behov av biträde? Nej, den allmänna meningen bland såväl praktiker som rättsvetenskapsmän och -kvinnor synes vara, att ett officialansvar för domstolen på intet sätt kan – och av diverse skäl inte bör – ”ersätta” möjligheten att anlita biträde.⁴⁰⁵² Det sagda kan illustreras genom två exempel:

I äldre tiders *straffprocess* ansågs den tilltalade sakna ”behov” av försvarare, ty domarens utredningsskyldighet betraktades som en fullgod garanti för att den tilltalades intressen tillvaratogs.⁴⁰⁵³ Någon rätt att av staten erhålla ersättning för försvararkostnader tillerkändes därför inte den enskilda – inte ens när denna frikändes. Detta förhållande var att förstå mot bakgrund av att processen till sin utformning var inkvisitorisk; den tilltalade betraktades som ett objekt för domarens utredning snarare än som ett subjekt med partsrättigheter i processen.⁴⁰⁵⁴ Vid 1900-talets ingång hade emellertid inställningen förändrats; ansvaret att bevaka den tilltalades intressen kunde inte – och borde inte – vila blott på domarens axlar; oavsett hur ”samvetsgrann och skicklig

⁴⁰⁴⁹ Så har t.ex. Åberg uttryckt saken, citerad i Brandberg, Johansson & Knutson (TSA 8/2009) s. 24. Jfr även Dahlgren (SvJT 4/1994) s. 403.

⁴⁰⁵⁰ Jfr prop. 1996/97:9 s. 117 f: ”De förändringar som under senare år skett på förvaltningsprocessens område har inte minskat förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet. Enligt regeringens mening kan *det därför inte* sägas att biträdesbehovet generellt sett skulle ha ökat i mål vid förvaltningsdomstol.”

⁴⁰⁵¹ Jfr Ekelöf et al. (2016) s. 217 fn. 2, som konstaterar att en process utan advokater ”i långt högre grad [måste] organiseras som ett officialförfarande”. Se även Edelstam (1995) s. 103.

⁴⁰⁵² Se t.ex. Ekelöf et al. (2016) s. 79, SOU 1991:106 del B s. 447 ff. samt remisskritiken i prop. 1973:87 s. 133. Se även Ramberg (2009) s. 434.

⁴⁰⁵³ Jfr NJA II 1890 nr 6:45 s. 60 och NJA II 1906 nr 8:39 s. 62.

⁴⁰⁵⁴ Jfr Lundqvist (SvJT 3/2009) s. 359 och Blomkvist (2003) s. 2. Se även NJA II 1890 nr 6:45 s. 58 och SOU 1926:32 s. 11 ff.

domaren än kunde vara” fanns det alltid en risk att ”omständigheter blefve obeaktade, hvilka för målets utgång kunnat vara af betydelse”.⁴⁰⁵⁵ I takt med att straffprocessen till sin karaktär blev mindre inkvisitoriskt och mer akusatoriskt präglad – och officialprincipen därmed försvagades till förmån för förhandlingsprincipen⁴⁰⁵⁶ – kom behovet av försvarare att vinna allmänt erkännande,⁴⁰⁵⁷ för att med tiden betraktas som en grundläggande mänsklig rättighet.⁴⁰⁵⁸ Trots att allmän domstol i brottmål idag har ett med förvaltningsdomstol i förvaltningsmål överensstämmande – eller kanske rentav längre gående – officialansvar, är det alltså ingen som intar ståndpunkten att den tilltalades intressen därmed är tryggade så till den grad att vederbörande inte har något ”behov” av en försvarare.⁴⁰⁵⁹ I likhet med civilprocessen har därför principen om full kostnadstäckning successivt lagts till grund också för straffprocessens fördelningsregler, åtminstone till förmån för den enskilda. Idag äger således frikänd tilltalad i brottmål en med vinnande part i tvistemål korresponderande rätt till ersättning för samtliga sina skäligen motiverade kostnader.

När den särskilda kvittningsregeln infördes i *tvistemål om mindre värden* ålades allmän domstol en betydligt mer aktiv roll. Reformen innebar såtillvida en tillbakagång till de tankegångar som präglat äldre processrätt. Mot denna ordning intog en mängd remissinstanser en starkt kritisk hållning.⁴⁰⁶⁰ Som skäl härför anfördes att bistånd från ett juridiskt biträde inte kunde kompenseras av bistånd från domstolen, utan allvarliga faror för rättssäkerheten.⁴⁰⁶¹ Beträffande denna kritik uttalade också DepC att det var ”uppenbart” att den avvikande ordningen ”på vissa punkter lämnar mindre garantier än nu gällande regler för att ett materiellt riktigt avgörande kommer till stånd i en påbörjad process”.⁴⁰⁶² Denna uppfattning – att frånvaron av juridiska biträden inte kunde kompenseras genom ökad aktivitet från domstolen – bekräftades sedermera i RU:s utvärdering av småmålslagen, där utredningen bland annat konstaterade följande: ”Man har anledning att befara att frånvaron av juridiskt biträde ibland sätter sina spår också när det gäller det materiella resultatet av en process.”⁴⁰⁶³

I vår samtida förvaltningsprocess anses den enskilda alljämt sakna ”behov” av biträde, därför att domarens utredningsskyldighet betraktas som en fullgod garanti för att den enskildas intressen tillvaratas. Detta förhållande är likaså att förstå mot bakgrund av att förvaltningsprocessen länge var inkvisitorisk till sin utformning.⁴⁰⁶⁴ Trots att förvaltningsprocessen alltmer har närmats den allmänna processen och numera är inrättad efter kontradiktoriskt mönster – och trots att syftet med denna reform de facto var att intensifiera parternas aktivitet för att därigenom kunna reducera domstolens aktivitet – har lagstiftaren intagit den märkbart paradoxala ståndpunkten, att

⁴⁰⁵⁵ NJA II 1906 nr 8:39 s. 61 f.

⁴⁰⁵⁶ Jfr Blomkvist (2003) s. 2.

⁴⁰⁵⁷ Ekelöf et al. (2016) s. 217 i och vid fn. 2. Se även Ekelöf et al. (2016) s. 79 samt härtill Lindell et al. (2005) s. 178 f.

⁴⁰⁵⁸ Se t.ex. EKMR art 6.

⁴⁰⁵⁹ Ramberg (2009) s. 434.

⁴⁰⁶⁰ Holstad (SvJT 1/1973) s. 489.

⁴⁰⁶¹ Prop. 1973:87 s. 133.

⁴⁰⁶² Prop. 1973:87 s. 133 f.

⁴⁰⁶³ SOU 1982:26 s. 52.

⁴⁰⁶⁴ Halila (FT 1-3/2001) s. 54.

den enskildas behov av biträde *inte har ökat* därför att domstolens utredningsansvar *inte har minskat*.⁴⁰⁶⁵ I kontrast till vad som sedan länge gällt inom såväl civil- som straffprocessen har den enskilda därför att bära sina egna kostnader i tvister med staten – även när denna vinner framgång mot staten. Och eftersom den enskilda inte har något behov biträde, har denna inte heller något behov av rättshjälp. Det sagda kan med fördel illustreras genom följande uttalanden:

Brottmål: ”Om den tilltalade lämnades utan biträde i rättegången, läte det dock lätt tänka sig, att, *huru samvetsgrann och skicklig domaren än kunde vara*, i följd av den materiella rättens innehåll omständigheter blefve obeaktade, hvilka för målets utgång kunnat vara af betydelse.”⁴⁰⁶⁶

Småmål: ”En aldrig så välvilligt inställd domare *kan inte alltid kompensera frånvaron av ett biträde*. Denna frånvaro kan därför i vissa fall resultera i en försämrad rättssäkerhet och ett sämre genomslag för civilrätten.”⁴⁰⁶⁷

Förvaltningsmål: ”Domstolens materiella processledning och utredningsansvar enligt FPL, som i viss utsträckning *ersätter behovet av juridisk biträdes hjälp och därmed också behovet av rättshjälp*, kvarstår alltså efter [tvåpartsreformen].”⁴⁰⁶⁸

De tankegångar som för *över ett sekel sedan* övergavs inom straffprocessen ger alltså uttryck för gällande rätt inom förvaltningsprocessen, där domstolens officialansvar alltså anses ”ersätta” behovet av juridisk biträdes hjälp och därmed också behovet av rättshjälp.

Som vi kunnat notera gäller emellertid inte det sagda utan undantag, ty i taxeringsprocessen är verkligheten annorlunda beskaffad. Trots att förvaltningsdomstolarnas officialansvar i taxeringsmål är relativt långtgående – frågan i dessa avser ju i regel betungande förvaltningsakt – har lagstiftaren ansett att det ”likväl” finns fall i vilka den enskilda har ett behov av ombud eller biträde. Från ”rättssäkerhetssynpunkt” anses det i taxeringsmålen inte vara acceptabelt, att den enskilda saknar tillgång till ombud eller biträde, om denna har ett behov därav. Rättssäkerheten i taxeringsprocessen anses nämligen kunna ”bli lidande” om vissa enskilda hindras från att tillvarata sin rätt, av det skälet att de inte själva kan bekosta ett ombud eller biträde. Och inte nog med det: Har den enskilda haft ett behov av ombud eller biträde och inte har vållat eller varit försumlig i processen, anses det i taxeringsprocessen rentav saknas ”rimlig anledning” att den enskilda i alla lägen själv skall behöva stå sina rättegångskostnader.

Motiven till den äldre ersättningslagen reser frågan, om inte lagstiftaren därigenom, så att säga, ”synat sin egen bluff” – trots att officialprincipen ”ersätter” den

⁴⁰⁶⁵ Redan Munktel (1937) anförde (s. 56) att ”ju mera förvaltningsprocessen visar likheter med den allmänna processen, ju större äro förutsättningarna att tillämpa liknande regler”. Mycket har hänt sedan detta uttalande, däribland införandet av den obligatoriska tvåpartsprocessen.

⁴⁰⁶⁶ NJA II 1906 nr 8:39 s. 61 f.

⁴⁰⁶⁷ SOU 1982:26 s. 52.

⁴⁰⁶⁸ JuU 1995/96:7 s. 8.

enskildas behov av biträde finns det tydligen ”likväl” fall där den enskilda har ett behov av biträde. I förarbetena till ersättningslagen klargjordes också att ersättningslagen inte skulle tolkas motsatsvis. Departementschefen uttalade:

”En särreglering av rätten till ersättning för kostnader i tvister om skatter, tullar och avgifter *utesluter inte* att det även på andra områden kan finnas ett motsvarande behov av ökat stöd från det allmänna.”⁴⁰⁶⁹

Sådana förslag fordrade emellertid ”ytterligare överväganden” och fick därför tas upp i ett ”senare sammanhang”.⁴⁰⁷⁰ Sedan dessa uttalanden gjordes har det intill dags dato förflutit drygt 20 år, och kanske är tiden därför mogen att ta upp tråden till förnyad diskussion – åtminstone i sådana måltyper som i relevanta avseenden ligger taxeringsmålen nära, exempelvis socialförsäkringsmålen.⁴⁰⁷¹

7.4.2 Skiljelinjen mellan processformerna får praktiska konsekvenser

Eftersom biträdesbehovet ligger till grund för kostnadshandlingen (enligt vad jag har diskuterat i del II) får föreställningen att enskilda saknar behov av biträde påtagliga praktiska konsekvenser. Att kostnadsersättning inte utgår leder nämligen till att enskilda inte kommer att kunna anlita biträde i rättegången, vilket i sin tur ökar sannolikheten för att den enskilda kommer att förlora processen. Dessa konsekvenser bör vi, enligt min mening, inte hymla med – tvärtom förutsätter den demokratiska processen transparenta avvägningar mellan fördelar och nackdelar. I detta avseende lämnar dock förarbetena en hel del att önska.

7.4.2.1 Enskilda som anses sakna behov av biträde tvingas processa ensamma

Som framgått av avhandlingens del II kan våra två processformer i mångt och mycket beskrivas som varandras motsatser i kostnadshänseende vilket, med Domstolsutredningens ord, utgör ”en återspeglning av att i en förvaltningsprocess den enskilde i allmänhet kan klara sig utan hjälp, medan han behöver hjälp vid en process i allmän domstol”.⁴⁰⁷² Föreställningen att enskilda har behov av biträde i allmän domstol/saknar behov av biträde i förvaltningsdomstol har alltså lagts till grund för en ordning där biträdeskostnader som huvudregel ersätts i tvistemål och

⁴⁰⁶⁹ Prop. 1988/89:126 s. 13.

⁴⁰⁷⁰ Prop. 1988/89:126 s. 13.

⁴⁰⁷¹ Med avseende på socialförsäkringsprocessen uttalade Christensen redan år 1982, att ”de traditionella rättssäkerhetsgarantierna [var] mycket svagt utvecklade” och att besvärsinstitutet led av ”allvarliga svagheter”. Och vidare: ”Den som hotas av frihetsstraff har rätt till offentlig försvarare och den som hotas av uppsägning från sin anställning har rätt till hjälp från sin fackliga organisation. Den som hotas av indragen sjukpenning kan inte räkna med någon hjälp alls.” Denna beskrivning är – 35 år senare – alltfjämt träffande. Se till det sagda Christensen i Rättsfonden, *Domstolarna och rättssäkerheten* (1982) s. 36.

⁴⁰⁷² SOU 1991:106 del A s. 633.

brottmål, men endast undantagsvis i förvaltningsmål. Att så är fallet får naturligtvis praktiska konsekvenser, vilket följande citat kan få illustrera:

”För dem som liksom mig ursprungligen kommer från allmän domstol ... är det påfallande i hur liten utsträckning advokater deltar i förvaltningsprocessen. I stora grupper av mål förekommer det mycket sällan att den enskilde har hjälp av en advokat.”⁴⁰⁷³

Wieslanders intryck har bekräftats empiriskt, exempelvis av Samadi som i sin omfattande studie kunde konstatera att det i mål enligt socialtjänstlagen och socialförsäkringsbalken förekom juridiskt skolade biträden i endast 4,5 procent av de undersökta målen, vilket kan jämföras med skattemålen där biträden förekom i åtminstone 30,8 procent av målen.⁴⁰⁷⁴ Denna skillnad mellan måtyperna kan i sin tur förklaras av två omständigheter: (1) att ersättning för biträdeskostnader kan utgå i skattemål, till skillnad från socialtjänst- och socialförsäkringsmål; samt (2) att skattemålen till betydande del innefattar tvister mellan juridiska personer och staten, till skillnad från socialtjänst- och socialförsäkringsmålen där uteslutande fysiska personer processar mot stat och kommun. Som vi har konstaterat i diskussionen kring småmålen tenderar nämligen företag att anlita biträde även om kostnaderna inte ersätts, helt enkelt eftersom det är ekonomiskt rationellt; en juridisk person kan processa på obeskattade medel, eftersom kostnaden för biträde utgör en avdragsgill kostnad i verksamheten.⁴⁰⁷⁵

Att kostnadsreglerna har direkt avgörande betydelse för enskilda individers möjlighet/benägenhet att anlita biträde – och därmed kan förklara varför enskilda parter vanligtvis anlitar ett biträde inför en allmän domstol, men regelmässigt processar ensam inför förvaltningsdomstol – borde egentligen inte behöva sägas, eftersom det är självklart. Detta till trots förs ibland vilseledande resonemang i olika förarbeten, som snarare ger sken av att enskilda parter väljer att processa ensamma i förvaltningsdomstol, därför att processen är så ”enkel” att parten anser sig sakna behov av biträde. Det sagda kan illustreras av följande intressanta ”reflektion” från Domstolsutredningen – framförd utan något som helst vetenskapligt stöd:

”Till det förhållandet att den stora majoriteten av de enskilda, vilka behöver uppträda som part i förvaltningsprocesser, *anser sig kunna klara sig på egen hand* bidrar nog en historiskt grundad orädsla hos medborgarna att öppet tala om för förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar vad de har för uppfattningar.”⁴⁰⁷⁶

⁴⁰⁷³ Wieslander (SvJT 1/1987) s. 324. Detta förhållande karaktäriserar Wieslander (a. st.) sedan som både ”notoriskt” och ”beklagansvärt”. Jfr Lundin (2009) s. 291 och Ramberg (2009) s. 427 f.

⁴⁰⁷⁴ Samadi, Milad, *Ombud och muntlig förhandling i förvaltningsprocessen* (TSA 6/2017) s. 44-45 (som baseras på Samadi (2016), där Samadi undersökte samtliga mål inom de nämnda malkategorierna avgjorda av förvaltningsrätten i Göteborg under år 2015).

⁴⁰⁷⁵ Se fn. 717 ovan.

⁴⁰⁷⁶ SOU 1991:106 del A s. 632.

Utredningens verklighetsskildring tecknar bilden av en förvaltningsprocess i vilken den stora majoriteten enskilda processar ensamma av eget val, därför att *de anser sig kunna klara sig på egen hand*. Det torde dock vara mer med verkligheten överensstämmande att den stora majoriteten enskilda inte har något annat val än att processa ensamma, och detta *alldeles oavsett om de anser sig kunna klara sig på egen hand eller ej*.

Förvisso har alla en ovillkorlig frihet att anlita biträde i samtliga samtida måltyper, men den enskildas faktiska möjlighet därtill är i högsta grad villkorad såtillvida, att ett biträde alltid kostar pengar. För mindre bemedlade är därför rätten att anlita biträde illusorisk, såvida det inte finns en korresponderande rätt till ersättning för de kostnader som ett biträde med nödvändighet ger upphov till. För om den enskilda inte själv kan bekosta ett biträde och inte heller kan få kostnaden för biträde ersatt, ja då kommer den enskilda inte att ha möjlighet att anlita ett biträde. Så enkelt är det.

Även om parten i och för sig har råd att betala en advokat med egna medel föreligger dock ett hinder häremot, om biträdeskostnaderna till och med vid bifall stannar hos den enskilda. Är tvisteföremålets värde förhållandevis ringa (såsom i småmål, men också i många förvaltningsmål), föreligger det nämligen en påtaglig risk för att en processuell vinst förvandlas till en ekonomisk nettoförlust för den enskilda, helt enkelt därför att biträdeskostnaderna överstiger det ekonomiska värde som den vinnande parten tillgodogörs genom processen.⁴⁰⁷⁷ Till detta kommer att tvisteföremålet i många förvaltningsmål (likasom i många familjemål) inte ens kan mätas i pengar.

Av ovanstående skäl har den partiella kvittningsregeln i småmål betraktats som en effektiv ”spärr” mot att anlita biträde, som på ett dramatiskt sett reducerade antalet advokater i denna målgrupp – åtminstone som biträden åt enskilda parter.⁴⁰⁷⁸ Eftersom förhållandena är likvärdiga i förvaltningsmål torde kostnadshantering vara den starkast bidragande orsaken till att enskilda parter processar utan hjälp av advokater också i denna måltyp.⁴⁰⁷⁹ Detta påstående finner också stöd i den omfattande internationella forskningen, där ökningen av antalet människor som för sin egen talan – genom empiriska studier – har kunnat härledas till ekonomiska orsaker.⁴⁰⁸⁰

Mot denna bakgrund kan vi konstatera att enskilda parter inte kan anlita biträde i sådana måltyper där lagstiftaren anser av parten saknar behov av biträde, däribland i småmål och förvaltningsmål. Den naturliga följdfrågan är då om detta är ett problem. Svaret på denna fråga är ja, i alla fall om vi vill undvika att enskilda lider rättsförluster.

⁴⁰⁷⁷ Ekelöf talar här om en Pyrrusseger för vinnande part, och Lindblom om ”individuellt oprocessbara anspråk”. Se Ekelöf, Bylund & Boman (1994) s. 181 (numera i Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 281 fn. 26) samt Lindblom (2008a) s. 38 ff. Se även Af Sandeberg (NJ 2/2002)s. 34, Cappelletti & Garth (1978) s. 13 ff., Johnson (1978) s. 876 f. och Johnson (1979) s. 9.

⁴⁰⁷⁸ Jfr SOU 1982:26 s. 45: ”Sävtitt gäller privatpersoner har småmålslagens kostnadsregler och de begränsade möjligheterna att få rättshjälp i sådana mål ovivelaktigt lett till en minskning av antalet ombud.”

⁴⁰⁷⁹ Jfr SOU 1982:26 s. 224: ”Typiskt sett bör en ren kvittningsregel vara lika starkt ägnad att eliminera ombudsmedverkan som småmålslagens lösning är.”

⁴⁰⁸⁰ Se fn. 174-175 ovan.

7.4.2.2 Enskilda som tvingas processa ensamma har sämre processodds än parter som anlitar biträde

Mellan de svenska förvaltningsdomstolarna och de brittiska tribunaler som studerades i Genn & Genns studie föreligger betydande likheter: För det första har båda forumen inrättats med den uttalade målsättningen att enskilda skall kunna föra talan utan biträde; för det andra beskrivs båda forumen – i olika ordalag – som tillgängliga ("accessible"); och för det tredje utgår inte ersättning för biträdeskostnader just därför att parten anses sakna behov av biträde. I sin studie kunde dock Genn & Genn konstatera att tillgången till biträde väsentligen förbättrade partens processodds. Detta vore måhända inte särskilt anmärkningsvärt om studien hade avsett traditionell civil- eller straffprocess i domstol, men får däremot betraktas som förvånande i relation till den "informella" processform som studien avsåg. Med Genn & Genns ord:

"If the findings are surprising at all, it is because discussion of the need for representation in tribunals has historically been dogged by misleading arguments about the nature and quality of tribunal proceedings. It has been persistently asserted by policy-makers, some administrative law scholars, and those concerned with the administration of tribunals, that the informality of tribunals, their simplicity, and their accessibility, have rendered representation both unnecessary and undesirable. The evidence of this study indicates that while simplicity in initiating proceedings, informality in surroundings, and procedural flexibility are valuable qualities worthy of preservation, they should *not be used as a justification for denying the contribution that representation makes to tribunal decision-making processes, nor the need of appellants to have cases advocated on their behalf.*"⁴⁰⁸¹

I likhet med sina amerikanska kollegor drar också Genn & Genn slutsatsen att parter utan biträde förlorar mål som de hade kunnat vinna, eller annorlunda uttryckt, att tillgång till biträde inte bara främjar partens egenintresse att vinna bifall, utan också allmänintresset av materiellt korrekta domar:

"Unless the activities of representatives are thought to lead tribunals into allowing unmeritorious cases, the conclusion must be that representation increases the accuracy of tribunal decision-making. Representatives do this by furnishing tribunals with the information needed to reach reasoned decisions, based on all of the relevant facts of the case, and on the law which relates to the case. In investigating cases, obtaining evidence, and advocating cases, representatives are ensuring that appellants whose cases have merit, are given the best possible chance of succeeding before the tribunal."⁴⁰⁸²

Givet att skillnaderna mellan parter som har respektive saknar biträde är ännu större i vissa måltyper inför svensk förvaltningsdomstol, är jag benägen att instämma i Genn & Genns slutsatser. Att bevara förvaltningsprocessens "informella karaktär"

⁴⁰⁸¹ Genn & Genn (1989) s. 247 f.

⁴⁰⁸² Genn & Genn (1989) s. 247.

– oavsett hur detta begrepp förstås – har kanske ett egenvärde. Den som påstår att enskilda saknar behov av biträde inför förvaltningsdomstol har dock en del av att förklara – åtminstone om biträdesbehovet kopplas till risken för rättsförluster, eftersom forskningen entydigt visar att det går väsentligt sämre för enskilda som processar utan biträde.

7.4.3 Kejsaren är naken!

Frågan vad rättsvetenskap *är* – och för den delen, vad rättsvetenskap *inte är* – har under årens lopp ägnats åtskilligt intresse från framstående rättsvetenskapsmän och -kvinnor.⁴⁰⁸³ Det här är inte rätt plats, och jag är inte heller rätt person, att återge eller försöka bidra till denna omfattande debatt.⁴⁰⁸⁴ Istället nöjer jag mig med att konstatera att alltför rättsvetare har kommit att inta ståndpunkten att rättsvetenskapen inte behöver, eller ens bör, begränsa sin verksamhet till att blott tolka och systematisera gällande rätt.⁴⁰⁸⁵ Förklaringen till denna ovilja att sätta likhetstecken mellan rättsvetenskap och rättsdogmatik är att dogmatiken har sina inneboende begränsningar.⁴⁰⁸⁶

Det traditionella syftet hos renodlat rättsdogmatisk studie brukar som bekant vara att klargöra/fastställa (ibland tolka/systematisera) innehållet i gällande rätt, exempelvis enligt följande syftesformulering:

RhJL 7 § har följande lydelse: ”Rättshjälp får beviljas om den rättssökande behöver juridiskt biträde utöver rådgivning och detta behov inte kan tillgodoses på annat sätt.” Denna avhandling skall ägnas åt en närmare analys av detta stadgande i syfte att klarlägga dess innebörd.⁴⁰⁸⁷

Ovanstående syfte skulle sedan kunna omformuleras till en frågeställning enligt följande:

I vilka situationer anses en enskild part behöva juridiskt biträde i den mening som avses i RhJL 7 §?

⁴⁰⁸³ Sandgren (2006) s. 527 ff. Se även Glavä (1999) s. 94.

⁴⁰⁸⁴ Möjligen är, som Agell framhållit, debatten också till viss del paradoxal; se Agell (1997) s. 37 och härtill Olsén (SvJT 2/2004) s. 115.

⁴⁰⁸⁵ Att "[t]olkning av gällande rätt är juridikens huvuduppgift" deklarerar Peczenik redan i förordet till sin omfattande bok i allmän rättslära; se Peczenik (1995). En avvikande mening kan dock skönjas hos många tongivande rättsvetare, såsom Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 728, Westberg (1992) s. 424, Agell (1997) s. 42, Hellner (2001) s. 23, Hellner (TfR 1975) s. 397, Glavä & Petrusson (2002) s. 109 ff. samt Lindblom, Per Henrik, *Rättegångssalens väggar – om domstolsprocess i tid och rum*, i Sena uppsatser (2006e) s. 133-148 (s. 138 ff.). Detta hindrar dock inte att mer eller mindre rättsdogmatiska eller positivrättsliga framställningar alltför ofta anses konstituera rättsvetenskapens "kärna"; se t.ex. Agell (1997) s. 36, Hellner (2001) s. 30, Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 728, Sandgren (2006) s. 532 och Peczenik (FT 1990), s. 42.

⁴⁰⁸⁶ Jfr Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 728 och Sandgren (JT 4/1995-96b), s. 1035 f. Se även Sandgren (2006) s. 532 samt Westberg (1992) s. 428.

⁴⁰⁸⁷ Jfr Boman (1964) s. 7: "RB 17:3 p. 2 har följande lydelse: 'Är saken sådan, att förlikning därom är tillåten, må dom ej grundas å omständighet, som icke av part åberopats till grund för hans talan.' Denna avhandling skall ägnas åt ett försök till en närmare analys av detta stadgande i syfte att klarlägga dess innebörd och praktiska betydelse." Se härtill Westberg (1992) s. 424 och 425 vid fn. 7.

Byt sedan ut rättshjälpslagen 7 § mot (eller lägg till) rättegångsbalken 21 kapitlet 3 a §, lagen om målsägandebiträde 1 § och så vidare – studiens inriktning förändras inte av det. Efter att det avgörande behovsrekvisitet sönderdelats i sina minsta beståndsdelar och uttolkats i ljuset av tillgängliga rättskällor, blir svaret på den uppställda forskningsfrågan – enligt samtliga regelverk – att enskilda enligt gällande rätt anses ha behov av biträde i vissa situationer, men inte i andra. Dessa utsagor skulle betraktas som ”sanna” endast av det skälet att de återfinns i en auktoritativ rättskälla.⁴⁰⁸⁸ För att citera Hydén:

”Den information som rättskällorna presenterar tas för given, ’at face value’. Någon källkritik förekommer inte inom paradigmet. Man förutsätter att den information som lämnas är vad den utger sig för att vara. Förarbeten till en lag, som i huvudsak består av propositionen till lagen, behandlas som om de producerats i syfte att vägleda rättstillämparen. Att de uttalanden som görs i förarbetena kan vara uttryck för politiska kompromisser och tillfälliga ställningstaganden ad hoc, föresvävar inte rättsdogmatikern. Och om det föresvävar honom måste han låstas som inget. Paradigmet har s.a.s. inte utrymme för den typen av ”störningar”. I och med att det rör sig om en symbolisk generalisering med axiomisk innebörd för det rättsvetenskapliga paradigmet, ställs aldrig frågan om förarbetenas eller andra rättskällors tillförlitlighet som tolkningsdata.”⁴⁰⁸⁹

Med andra ord kommer föreställningen om att den gällande rätten, som objektivt kan uttolkas ur rättskällorna, att verka förblindande.⁴⁰⁹⁰ Det sagda för mina tankar till HC Andersens saga om kejsarens nya kläder: Finns det inte en risk för att vi – och med *vi* menar jag rättsvetenskapen – ser någonting som inte finns, om vi enkom på grund av den auktoritet som tillerkänns förarbetena inom ramen för den traditionella rättskälleläran okritiskt utgår ifrån att den information som förarbetena förmedlar är ”sann”?⁴⁰⁹¹ Och finns det i så fall inte en risk för att rättsvetenskapen, genom att begränsa sin verksamhet till att (förment ”deskriptivt”) återge lagstiftarens sanning som om denna vore allom given, förvandlas till en (de facto normativ) kugge i ett maskineri som endast cementerar rådande ordning?⁴⁰⁹² Vem skall utbrista att kejsaren är naken, om inte vi?⁴⁰⁹³

⁴⁰⁸⁸ Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 740.

⁴⁰⁸⁹ Hydén (2002) s. 57 f.

⁴⁰⁹⁰ Glavå & Petrusson (2002) s. 110 och Martinsson (2002) s. 82 f. Med rätten som en ”ideologi” avser jag, i anslutning till exv. Martinsson (2002) s. 81, ”föreställningen om att det finns något som avgör vilka argument som skall godtas, vilka argument som skall prioriteras och vilken lösning som skall väljas”. Beträktad som en ideologi kan rätten, enligt Martinsson (a.a. s. 81 f.), jämföras med ”en illusion eller en mycket övertygande virtuell verklighet som det är svårt att frigöra sig från”.

⁴⁰⁹¹ Liknelsen har gjorts av andra före mig; se exv. Graver, Hans Petter, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelare og utfordringer fremover*, i Graver, Hans Petter (red.), *Retten, retorik og juridisk argumentasjon – Keiserens garderobe og andre essays* (2010) s. 48-88. Jfr Martinsson (2002) s. 73, som talar om metodfel: ”En passende beskrivning kan därför vara att man i den rättsliga argumentationen stundom begår metodfel genom att helt enkelt beakta för få faktorer.”

⁴⁰⁹² Jfr Westberg (1992) s. 445 som talar om ”en raffinerad form av censur”. På samma tema; se även Glavå & Petrusson (2002) s. 140, Glavå (1999) s. 45 ff. och 73, samt Gustafsson (2011).

⁴⁰⁹³ Jfr Glavå (1999) s. 72: ”Det avgörande skälet till att kunskapskritiken i form av kritisk analys av de rättsliga processerna måste vara den rättsdogmatiska grenens huvuduppgift är att det *inte finns någon annan* som fullgör den uppgiften.”

Enligt Sandgren kan ett empiriskt material användas för att korrigera den bild av verkligheten som förmedlas i förarbetena. Om lagstiftarens verklighetsbild tas för given endast av det skälet att den återfinns i en källa som tillerkänns ”rättskällevärde” föreligger nämligen, enligt Sandgren, en risk för en ”snedvridning av perspektivet”.⁴⁰⁹⁴ Samma ståndpunkt finns företrädd hos Heuman; enligt denne kan empiriska undersökningar användas inom rättsvetenskapen för att påvisa behovet av att ”revidera en hävdvunnen uppfattning”.⁴⁰⁹⁵

I förarbetena till rättshjälpslagen förklarade regeringen att den enskilda har behov av biträde om vederbörande riskerar att lida rättsförluster utan ett biträde. Empirisk forskning visat att en enskild som har tillgång till ett biträde i socialförsäkringsmål – där vederbörande enligt förarbetena saknar behov av biträde – förbättrar sina processodds med 600 procent. Med stöd av den internationella forskningen kan vi därmed anta att enskilda som processar utan biträde i den aktuella måltypen förlorar mål som de hade kunnat vinna, om de bara hade haft tillgång till ett biträde. Enligt min uppfattning bör vi därför inte prata om att enskilda ”saknar behov” av biträde i förvaltningsprocessen, eftersom det förmedlar en direkt felaktig bild av verkligheten. Istället bör vi närma oss frågan i termer av ekonomiska prioriteringar. För att återknyta till liknelsen ovan:

Man kan inte alltid bota cancer, men med rätt behandling kan man ibland ge patienten en bättre prognos att tillfriskna i jämförelse med den patient som ingen behandling får. På samma sätt får vi närma oss den omfattande empiriska forskningen om advokatfördel. Genom skicklig processföring går det inte alltid att vinna ett dåligt case, vilket betyder att enskilda kommer att förlora mål alldeles oavsett om de har tillgång till ett biträde eller inte. Genom dålig processföring går det dock alltid att förlora ett mål, vilket förklarar varför tillgången till ett biträde – på aggregerad nivå – alltid ökar sannolikheten för att den enskilda skall vinna framgång med sin talan.

Hur det kommer att gå i det enskilda fallet kan vi dock aldrig veta på förhand – varken i domstol eller på ett sjukhus. Om en viss behandling medför att den cancer-sjuka får 600 procent bättre ”odds” att tillfriskna vore det dock, enligt min mening, absurdt att påstå att vederbörande saknar (ett verkligt) ”behov” av behandlingen. Jag skulle i alla fall anse mig behöva den aktuella behandlingen, även om jag inte själv hade råd att betala för den. Om behandlingen kostar väldigt mycket pengar kan detta dock anföras som ett argument mot att tillhandahålla behandlingen åt alla – helt enkelt eftersom samhället inte har råd att tillgodose alla behov.

Att likna utgången av en domstolsprocess med ett cancerförlopp och därmed göra båda till en fråga om liv eller död kan tyckas långtgående. Vid närmare eftertanke är dock liknelsen inte alltid långsökt. Utgången av en domstolsprocess avgöra naturligtvis aldrig huruvida någon får leva eller ej, men däremot inte sällan med vilken

⁴⁰⁹⁴ Sandgren (JT 3/1995-96a) s. 740.

⁴⁰⁹⁵ Heuman (JT 4/2005-06) s. 771.

livskvalitet någon får leva. Så om du också skulle vilja ha den dyra behandlingen, trots att den inte alltid gör dig frisk, kan du ställa dig själv denna följdfråga:

Om det var du som led av en så svår funktionsnedsättning att du var tvungen att ha en personlig assistent för att kunna uträtta dina mest grundläggande behov – exempelvis att äta mat, gå på toaletten, tvätta dig och sköta din intimhygien, klä på och av dig dina kläder, kommunicera utåt och förflytta dig – skulle du då vilja ha ett juridiskt biträde vid din sida vid en eventuell tvist mot Försäkringskassan, trots att du inte själv hade råd att bekosta ett sådant, om du visste att biträdet förbättrade dina utsikter att erhålla maximalt antal assistanstimmar? Om du besvarar den frågan jakande inställer sig nästa fråga: Är du beredd att omdisponera våra begränsade samhällsresurser för att därigenom finansiera ett biträde åt andra i högre utsträckning än idag? För det är i grund och botten vad vi pratar om – ekonomiska prioriteringar – och enligt min mening måste vi börja prata om rätten till biträde som just en fråga om ekonomiska prioriteringar. Rättvisan har ett pris, och frågan är om vi är villiga att betala det priset eller inte. Att diskutera *detta*, och sedan *prioritera* mellan olika enskilda i olika måltyper – det är att föra ett demokratiskt samtal. Att spara pengar genom att påstå att det inte finns något ”verkligt behov” av biträde i förvaltningsprocessen – det är manipulation.

8. ÅTER TILL FRÅGAN OM "ACCESS"

If I had a world of my own, everything would be nonsense. Nothing would be what it is, because everything would be what it isn't. And contrary wise, what is, it wouldn't be. And what it wouldn't be, it would. You see?

– Lewis Carroll, *Alice's Adventures in Wonderland*

8.1 Introduktion

Under förutsättning att enskilda parter inte kan föra sin egen talan på ett ändamålsenligt vis riskerar höga kostnader för rättsligt biträde att försvåra, eller rent av omöjliggöra, för gemene man att nyttja domstolarna för att tillvarata sina rättigheter. Följaktligen föreligger ett nära samband mellan vad vi ovan har talat om som partens "biträdesbehov" å ena sidan, och biträdeskostnadernas rättsliga hantering å andra sidan: Om det är nödvändigt att anlita biträde är det också nödvändigt att reglera den kostnad som biträdet genererar, och vice versa. I avhandlingens inledande kapitel illustrerade jag det aktuella sambandet genom följande förenklade tabell:

<i>Ersättning för biträdeskostnader?</i>	Ja	Nej	Nej
<i>Behov av biträde?</i>	Ja	Nej	Ja

De två första kolumnerna kan betraktas som alternativa lösningar på samma grundproblem – hur var och en skall garanteras inte bara tillträde till domstol i snäv mening ("Access to Court"), utan också en effektiv och rättvis domstolsprövning ("Effective Access to Court"/"Fair Trial"). I den första kolumnen anses parterna ha behov av biträde, och det finns därför en anknytande rätt till ersättning för de kostnader som biträdet ger upphov till – i vart fall vid en framgångsrik process. I den andra kolumnen saknas sådana ersättningsregler, vilket dock betraktas som mindre problematiskt eftersom parterna också anses sakna behov av biträde. Av redogörelsen i del II har också framgått, att dessa två modeller korresponderar tämligen väl med huvudreglerna inom våra två processordningar: Något förenklat har lagstiftaren hänfört tvistemålen och brottmålen till den första kolumnen, medan förvaltningsmålen av gammal tradition hänförs till den andra kolumnen.

I avhandlingens inledande kapitel formulerade jag dock en tes – att alla processformer, oavsett utgångspunkt, drivs i riktning mot den tredje kolumnen, där kostnaderna för rättsligt biträde kommer att hindra enskilda från att använda domstolarna

(”Access Barrier”). Detta eftersom båda de alternativa ”lösningarna” ger upphov till nya problem, enligt följande:

Om parten, å ena sidan, skall få ersättning för sina biträdeskostnader måste någon annan betala kostnaderna. Oavsett om denna ”annan” är motparten, staten eller tredje-man kommer höga kostnader för biträde att ge upphov till nya problem. Med ett kostnadsansvar för motparten följer exempelvis en processavskräckande kostnadsrisk, för skattebetalarkollektivet blir det en fråga om statsfinansiella prioriteringar och för försäkringstagarkollektivet handlar det om att hålla försäkringspremierna på en rimlig nivå. En lösning som innebär att parten får ersättning för sina kostnader kommer därmed endast att flytta kostnadsproblematiken – från parten till något annat subjekt. Därför kommer det alltid att finnas en tendens inom den första kolumnen att begränsa rätten till ersättning, helt enkelt eftersom det finns ett motstående intresse som också måste beaktas (kravet på ”kostnadseffektivitet”, och ibland besparingar).

Om parten skall klara av att processa utan biträdes hjälp krävs dock, å andra sidan, en anpassning – i bemärkelsen ”förenkling” – av processen. En sådan anpassning åstadkoms vanligtvis genom att biträdesfunktionen flyttas från biträdet till domstolen,⁴⁰⁹⁶ vars materiella processledning förutsätts kompensera frånvaron av biträde. En sådan rollsammanblandning mellan rättegångens aktörer kommer dock att ge upphov till nya problem, nämligen intrikata rollkonflikter. Därför kommer det alltid att finnas en tendens inom den andra kolumnen att parten inte får tillräckligt mycket ”hjälp”, helt enkelt eftersom det finns motstående intressen som domstolarna också måste beaktas (kraven på objektivitet, opartiskhet, kontradiktion med mera).

Det sagda medför – påstår jag – att det alltid sker en dragning mot den tredje kolumnen, antingen därför att den ersättning som står till buds inte fullt ut svarar mot partens behov av kostnadstäckning, eller därför att den ”förenkling” som erbjuds inte fullt ut kompenserar frånvaron av biträde. Dessa spänningar förklarar varför lagstiftaren – i både den allmänna processen och förvaltningsprocessen – har vacklat fram och tillbaka, mellan generösa/restriktiva ersättningsystem, och mellan en omfattande/begränsad materiell processledning. Spänningarna förklarar också varför det inom båda processformerna går att identifiera ett flertal undantag från huvudreglerna, vilket i praktiken har inneburit att enskilda måltyper närmat sig den motsatta processformen i kostnadshänseende. Två exempel kan ges:

Med avsteg från principen om full kostnadstäckning utgår i den *förenklade tvistemålsprocessen* (i princip) inte ersättning för biträdeskostnader, vilket har syftat till att reducera såväl parternas ansvar för motparts-kostnader som samhällets rätts-hjälpskostnader. För att ”kompensera” frånvaron av biträde har lagstiftaren, med avsteg från förhandlingsprincipen, ålagt domstolarna en mer aktiv roll än i sedvanliga tvistemål. Tvistemål om mindre värden påminner således, i kostnadshänseende, om förvaltningsmålen.

⁴⁰⁹⁶ Bevakningen av partens intressen kan också ankomma på den enskilda partens offentliga mot- eller medpart.

Med avsteg från kvittningsprincipen kan ersättning för biträdeskostnader utgå i *skatteprocessen*, bland annat om den skattskyldiga har vunnit bifall till sina yrkanden. Skattemålen påminner således, i kostnadshänseende, om tvistemålen/brottmålen – åtminstone till den enskilda partens fördel (genom en skev fördelningsmekanism). För att motivera dessa särskilda kostnadsregler har lagstiftaren förklarat att utgångspunkten visserligen är att enskilda inte skall behöva anlita biträde i förvaltningsprocessen, men att det likväl finns fall där sådan hjälp behövs.

Att flytta enskilda måltypen från den ena kolumnen till den andra löser dock inte problemet en gång för alla – istället hamnar vi åter på ruta ett, helt enkelt eftersom båda lösningarna har sina inneboende begränsningar: Lagstiftaren kan inte introducera hur ”generösa” ersättningsregler som helst, och följaktligen har ersättningslagen – numera inkorporerad i skatteförfarandelagen – kritiserats såsom varande för restriktiv alltsedan de särskilda ersättningsreglerna infördes. Inte heller kan domstolarna erbjuda hur mycket ”hjälp” som helst, vilket förklarar varför särreglerna för småmål – numera inkorporerade i rättegångsbalken – också har kritiserats alltsedan småmålslagen antogs. Dessa två exempel illustrerar med önskvärd tydlighet att det inte finns någon ”Lösning” (med stor L) på det problem som avhandlingen kretsar kring – *antingen* generösa ersättningsregler *eller* en aktiv domstol. Vad det handlar om är snarare att så långt möjligt undvika den tredje kolumnen ovan, genom att hela tiden vara vaksam på förhållandet mellan kostnadernas hantering och processens faktiska utformning. En sådan vaksamhet försvåras dock av att diskussionen kring parternas ”biträdesbehov” är metafysiskt belastad och förs på ett onyanserat sätt i förarbetena.

Inom ramen för detta avslutande kapitel skall jag nu summera mina slutsatser. Kapitlet följer inledningsvis avhandlingens kronologi: I nästföljande avsnitt (8.2) lämnas först en sammanfattning över vad som framgick i del II. Syftet med detta avsnitt är att erbjuda mer koncisa svar på avhandlingens första delfråga: I vilka måltypen kan enskilda parter få ersättning för sina biträdeskostnader? I nästföljande avsnitt (8.3) kopplar jag sedan biträdeskostnadernas hantering till biträdesbehovet, i syfte att besvara avhandlingens andra delfråga: Varför anses enskilda parter ha behov av biträde i vissa måltypen, men inte i andra? Därefter diskuterar jag de två delfrågorna i förening (8.4), i syfte att besvara avhandlingens övergripande frågeställning: Hur förhåller sig hanteringen av biträdeskostnader i svensk rätt till kraven på ”Access to Justice” respektive ”Access to Court”? Kapitlet utmynnar avslutningsvis i två större reformförslag de lege ferenda: För det första att en skev ersättningsregel bör införas i förvaltningsmål; för det andra att systemet med offentligt biträde bör utvidgas till att omfatta fler måltypen (8.5).

8.2 Biträdeskostnadernas hantering – en inomnationell jämförelse

I avhandlingens del II har jag studerat de delvis överlappande, delvis fristående regelsystem genom vilka den som är part i en domstolsprocess kan få ersättning för sina biträdeskostnader. För att skapa ordning och reda bland dessa system introducerade jag distinktionen mellan ersättningsregler på olika ”nivåer”. Dessa nivåer presenterades såsom en tidsaxel, där ytterligare nivåer successivt har tillkommit som ett direkt svar på de underliggande nivåernas tillkortakommanden. I korthet kan utvecklingen sammanfattas enligt följande:

Utgångspunkten har alltid varit – och är alltjämt – att parternas kostnader för juridiskt biträde skall bäras av, och i förekommande fall fördelas mellan, parterna i processen (”partsfinansiering”).⁴⁰⁹⁷ Denna ordning innebär att vardera parten måste självfinansiera sin rättegång, för att eventuellt – beroende på fördelningsreglernas utformning – få sina kostnader *ersatta av motparten* efter målets avgörande. Den successiva stegringen av rättegångskostnaderna medförde dock att allt färre människor hade råd att finansiera sin egen rättegång, alldeles oavsett om kostnadsersättning utgick i efterhand eller inte. Som Westberg konstaterar blev rätten till domstolsprövning på så vis ”en chimär” för stora samhällsgrupper,⁴⁰⁹⁸ vilket kom att betraktas som ett samhällsproblem under välfärdsstaternas uppbyggnad under 1970-talet.

Symptomatiskt för välfärdsstaten var dess materiella jämlikhetsideal, vilket motiverade det allmänna att avlasta obemedlade och mindre bemedlade parter vissa rättegångskostnader – framförallt kostnaden för juridiskt biträde. Sålunda kan den som är part i en process numera få hela eller delar av kostnaden för biträde *ersatta av allmänna medel*, genom att erhålla ett av staten finansierat rättshjälpsbiträde, offentlig försvarare, målsägandebiträde eller offentligt biträde (ovan omtalat som ”offentlig finansiering”). Samtliga dessa system betraktades initialt som ”rättshjälp”, och omfattade stora delar av befolkningen.

I retrospektiv har dock 1970-talets generösa rättshjälpsystem beskrivits som en ”historisk parentes”.⁴⁰⁹⁹ Under slutet på 80-talet kom nämligen de politiska tongångarna att skifta, och som ett svar på rättshjälpsystemens urholkning – som gick hand i hand med välfärdsstaternas strukturella nedmontering – trädde slutligen marknaden in i bilden, genom att introducera alltfler (och alltmer kreativa) privata finansieringsmodeller.⁴¹⁰⁰ I Sverige har dock sådan extern finansiering (ovan omtalad som ”tredjemansfinansiering”) inte slagit igenom på samma sätt som i exempelvis

⁴⁰⁹⁷ Jfr de Morpurgo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 351 som beskriver detta som ”the default situation in any jurisdiction”.

⁴⁰⁹⁸ Westberg (2013) s. 109. Samma uppfattning hos exv. Larsson (1976) s. 251.

⁴⁰⁹⁹ de Morpurgo (Cardozo J. Int'l & Comp. L. 19/2011) s. 346 f.

⁴¹⁰⁰ Att samhället kunde avsäga sig ansvaret för medborgarnas ”access to justice” kan dock förklaras av att det fanns ”godtagbara” privata alternativ till den allmänna rättshjälpen. Det går därmed att diskutera vad som är hönan och vad som är ägget. Förmodligen förelåg det en växelverkan mellan två trender: Staten behövde, å ena sidan, spara pengar inom den allmänna rättshjälpen, och ville därför övervältra det ekonomiska ansvaret på privata aktörer. Detta lät sig också göras, eftersom många medborgare, å andra sidan, redan omfattades av det privata rättsskyddet i hemförsäkringen. Jfr Westberg (2013) s. 109.

USA, och finns i princip endast att tillgå genom hemförsäkringens rättsskydd, genom vilka parter i tvistemål kan få sina kostnader *ersatta av ett försäkringsbolag*. Detta skydd är dock av stor praktisk betydelse, eftersom rättshjälpen genom 1996 års rättshjälpsreform ”privatiserades”, på så vis att rättshjälpslagen gjordes subsidiär i relation till det privata rättsskyddet.

Av framställningen har dock framgått att de tre nivåerna *inte representerar tre tidsmässigt avgränsade epoker* – i vart fall inte i Sverige. Det statsfinansiella intresset, som tillmättes ökad vikt under 1980-talets slut, slog nämligen igenom i varierande grad inom de offentliga finansieringssystemen. I föregående kapitel har jag förklarat detta med hänvisning till att olika intressen har motiverat de idag sidoställda systemen med rättshjälpsbiträden, offentliga försvarare/biträden respektive målsägandebiträden, och att dessa intressen har visat sig representera mer eller mindre ”stabila” statliga åtaganden. Intresset av jämlikhet tillmättes exempelvis allt lägre vikt, och kunde därmed inte uppväga det motstående intresset av kostnadsdämpningar. Detta till skillnad från intresset av rättssäkerhet, som alltså tycks fungera som en förhållandevis tung motvikt i avvägningen. Följaktligen har det allmänna rättshjälpsystemet urholkats i betydligt högre grad än systemen med offentliga försvarare respektive biträden och målsägandebiträden, som inte längre hänförs till den allmänna rättshjälpen. Det sagda har utmynnat i en fragmenterad ordning, där de olika ersättningssystemen numera är delvis fristående, delvis överlappande i relation till tvistemålen, brottmålen och förvaltningsmålen.

Mot denna korta bakgrund kan vi sammanfattningsvis konstatera att den som är part i en domstolsprocess – hypotetiskt sett – kan övervältra sina biträdeskostnader på något utav följande subjekt: (1) på *motparten*, genom ett system där rättegångskostnaderna fördelas mellan parterna, vanligtvis efter tvistens utgång; (2) på *det allmänna* (skattebetalarkollektivet), genom att förordnas ett rättshjälpsbiträde, en offentlig försvarare ett målsägandebiträde eller ett offentligt biträde; samt (3) på *tedjeman*, i Sverige så gott som uteslutande ett försäkringsbolag (försäkringstagarkollektivet) genom ett system med privat rättsskydd. Del II lades sedan upp som en grundläggande inventering av kostnadsreglerna inom respektive nivå/ersättningssystem, kopplat till olika måltyper. Härigenom hoppas jag – i kapitel 3-5 – ha förmedlat en helhetsbild, genom vilken vi nu kan besvara den första frågeställningen: I vilka måltyper har parterna möjlighet att få sina kostnader för biträde ersatta? Och av ännu större intresse: I vilka måltyper har parterna *inte* möjlighet att få sina kostnader för biträde ersatta inom något av ovanstående system? Kraftigt sammanfattat gav studien följande resultat.

8.2.1 Partsfinansiering

Vad först avser biträdeskostnadernas fördelning mellan parterna tilldrog sig detta tema uppmärksamhet i kapitel 4. Där framgick att parternas rättegångskostnader kan fördelas enligt två huvudprinciper: Antingen kan tappande part stå såväl sina egna

som vinnande parts kostnader ("principen om full kostnadstäckning"/"förloraren betalar"), eller så kan vardera parten stå sina egna kostnader oavsett tvistens utgång ("kvittningsprincipen"). Dessa två principer utgör också huvudreglerna i våra två processformer: Utgångspunkten i allmän domstol är att full kostnadstäckning utgår till vinnande part (i brottmål dock endast till förmån för den tilltalade vid friande dom),⁴¹⁰¹ medan kostnaderna normalt kvittas i förvaltningsdomstol (vilket följer av att förvaltningsdomstolarna saknar lagstöd att döma ut kostnadsersättning).⁴¹⁰² Från båda dessa huvudregler – som för förvaltningsprocessens vidkommande är oskriven – förekommer dock betydelsefulla undantag.

8.2.1.1 Ersättning av motparten i tvistemål?

Av rättegångsbalken 18 kapitel 1 och 8 §§ i förening framgår att den som tappar målet skall ersätta motpartens (skäligen påkallade) kostnader för bland annat rättsligt biträde. Denna ordning motiverades ursprungligen med hänvisning till civilprocessens *rättskyddande funktion*; rättegångens syfte – att bereda rättskydd – skulle endast ofullständigt uppnås, om inte den vinnande parten tillika fick ersättning för de kostnader som vederbörande ådragit sig för att göra sin rätt gällande.⁴¹⁰³ I kallenbergsk mening har visserligen rättskyddsfunktionen övergivits i den process-teoretiska debatten; Uppsalaskolan lärde oss att processens funktion inte kan vara att skydda rättigheter, eftersom det inte föreligger några rättigheter oberoende av processen. Detta till trots motiveras principen om full kostnadstäckning fortfarande med hänvisning till civilprocessens samhällsfunktion, eftersom den anses bidra till den materiella civilrättens genomslag – främst genom att verka reparativt ("rättskyddande" i modern bemärkelse), men också i viss mån preventivt.⁴¹⁰⁴

Från rättegångsbalkens huvudregel om tappande parts kostnadsansvar finns det dock ett antal undantagsregler (vanligtvis i den civilrättsliga lagstiftningen), enligt vilka parternas kostnader skall eller får kvittas. Dessa undantag har konstruerats på olika sätt, och har också motiverats på olikartade grunder:

För det första har den *processavkräckande effekten* som följer med rättegångsbalkens huvudregel motiverat undantag i exempelvis (1) arbets- och diskrimineringsmål; (2) vårdnads-, boende- och umgängesmål; samt (3) i tvistemål om mindre värden.⁴¹⁰⁵ Vad som kännetecknar dessa måltyper är att parterna *typiskt sett är obalanserade*, eller att det finns ett allmänt intresse av att parterna *vågar inlåta sig i rättegång*. För att reducera kostnadsrisken har lagstiftaren dock valt tre olika lösningar: I den första målkategorin har huvudregeln om full kostnadstäckning försetts med ett utvidgat (fakultativt) undantag; domstolen *kan* förordna att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad, om den part som förlorat målet hade skälig anledning att få

⁴¹⁰¹ RB 18 kap. 1 § och 31 kap. 1-2 §§.

⁴¹⁰² Se t.ex. prop. 1988/89:126 s. 7 och 13, SOU 1991:106 del A s. 620, SOU 1982:26 del B s. 221 och SOU 1971:76 s.

71.

⁴¹⁰³ SOU 1938:44 s. 231 och SOU 1926:33 s. 208.

⁴¹⁰⁴ Se exv. funktionsdiskussionen i SOU 1982:26 s. 223 ff.

⁴¹⁰⁵ Se prop. 1974:77 s. 124, prop. 2007/08:95 s. 461, prop. 1975/76:170 s. 87 och prop. 1986/87:89 s. 71.

tvisten prövad.⁴¹⁰⁶ I den andra målkategorin *skall* däremot kostnaderna kvittas, men om det finns särskilda skäl *får* tappande part förpliktigas att ersätta vinnande parts kostnader.⁴¹⁰⁷ Med andra ord har huvudregel och undantag kastats om. I den tredje kategorin har lagstiftaren valt en mer drastisk lösning för att nedbringa rättegångskostnaderna – och därmed kostnadsrisken – genom att visserligen behålla förloraren betalar-principen intakt, men kraftigt begränsa vilka kostnader som lagtekniskt skall betraktas som (ersättningsgilla) rättegångskostnader.⁴¹⁰⁸ I praktiken innebär denna lösning att biträdeskostnaderna kvittas partiellt.

För det andra har undantag gjorts i sådana måltyper, där det *inte går att betrakta den ena parten som ”vinnare” och den andra parten som ”förlorare”*, exempelvis därför att avgörandet ligger i båda parterns intresse. Detta argument har ytterligare motiverat de redan nämnda kvittningsreglerna i (1) arbets- och diskrimineringsvister, samt (2) i vårdnads-, boende- och umgängestvister, men också diskuterats i anslutning till (3) talan som avser konstitutiv dom,⁴¹⁰⁹ i vilka domstolen *må* förordna att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.⁴¹¹⁰

För det tredje har undantag gjorts i sådana måltyper, där den *formella partsställningen inte återspeglar den reella partsställningen*, närmare bestämt (1) i mål om underhållsskyldighet mot barn, samt (2) i mål om fastställande av faderskap till barn. I den förstnämnda måltypen råder en presumtion mot kvittning; endast om det finns särskilda skäl *får* domstolen förordna att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.⁴¹¹¹ Detta till skillnad från den sistnämnda måltypen, där presumtionen är den omvända; parterna *skall* bära sin kostnad, men om det föreligger särskilda skäl *får* svaranden (det vill säga mannen) förpliktigas att ersätta motpartens kostnad.⁴¹¹² Båda dessa regler har motiverats med hänvisning till att barnet inte som tappande part bör åläggas ansvar för motpartskostnader, eftersom processen i praktiken utspelar sig mellan andra aktörer.⁴¹¹³

En första slutsats som kan dras av denna inventering är att lagstiftaren *utförligt har motiverat alla undantag från principen om full kostnadstäckning*, och detta oavsett om presumtionen alltjämt är att ersättning skall utgå till vinnande part eller att kostnaderna skall kvittas oavsett tvistens utgång. Detta tyder samfällt på att rättegångsbalkens huvudregel anses ha goda skäl för sig.

En andra slutsats är att en tillämpning av principen om full kostnadstäckning respektive kvittning *inte är ömsesidigt uteslutande*. Det behöver alltså inte vara frågan om att tillämpa antingen den ena eller den andra principen (genom dubbelsidiga regler) – tvärtom kan båda principerna tillämpas i en och samma måltyp, i relation

⁴¹⁰⁶ LRA 5 kap. 2 § och DL 6 kap. 7 §.

⁴¹⁰⁷ FB 6 kap. 22 § 2 och 3 st.

⁴¹⁰⁸ RB 18 kap. 8 a §.

⁴¹⁰⁹ Se prop. 1974:77 s. 124, prop. 1975/76:170 s. 156 f. och SOU 1938:44 s. 231.

⁴¹¹⁰ RB 18 kap. 2 §.

⁴¹¹¹ FB 7 kap. 19 §.

⁴¹¹² FB 3 kap. 11 § 2 st.

⁴¹¹³ Prop. 1984/85:163 s. 8, prop. 1969:124 s. 114 och prop. 1975/76:170 s. 174.

till olika parter/olika utfall (genom ensidiga/skeva fördelningsregler). Låt mig kort utveckla detta.

En förutsättning för att den ena parten (A) skall kunna få ersättning för sina kostnader vid en framgångsrik process är naturligtvis att motparten (B) är underkastad ett kostnadsansvar som tappande part. Detta förutsätter dock *inte* att A är underkastad ett motsvarande ansvar mot B, om utgången i målet blir den omvända. Följaktligen kan olika fördelningsprinciper äga tillämpning beroende på om A eller B står som vinnande respektive tappande part: När A vinner bifall kan principen om full kostnadstäckning tillämpas till A:s fördel/B:s nackdel, medan kvittningsprincipen kan tillämpas när utgången blir den omvända – likaså till A:s fördel/B:s nackdel.⁴¹⁴ Skälen för full kostnadstäckning respektive kvittning måste med andra ord särskiljas och appliceras på parterna i en viss måltyp i deras presumtiva egenskap som vinnande/tappande part.

Förvisso är utgångspunkten i tvistemål att det skall råda ”balans” i kostnadshänseende, vilket är naturligt i en processform där två enskilda parter tvistar och där lagstiftaren stjälpur den ena parten genom att hjälpa den andra. ”Balansintresset” har med andra ord ett egenvärde. Vid principkollisioner har dock lagstiftaren låtit olika skyddsintressen och ändamålsöverväganden trumfa intresset av kostnadsbalans. Underhållstvisterna är ett bra exempel på detta, där kvittningsmöjligheten uttryckligen ”reserverades” till förmån för barnet som tappande part, vilket i praktiken innebär att principen om full kostnadstäckning äger tillämpning vid motsatt utgång.⁴¹⁵ Att parterna skall behandlas lika i kostnadshänseende är således *ingen absolut regel ens i civilprocessen*.

En tredje slutsats som kan dras efter inventeringen av civilprocessens kostnadsregler är att *kvittning ytterst sällan sker enligt en obligatorisk regel*. Bortsett från småmålen – som följer en egen logik – har jag endast stött på två situationer där den enskilda parten helt och hållet saknar möjlighet att få sina kostnader ersatta vid en framgångsrik process, närmare bestämt i mål om fastställande av faderskap när barnets talan förs av socialnämnd, samt i ärenden där den enskilda parten har en allmän motpart. När särskilda kvittningsregler väl har införts, så har dessa i alla andra måltyper getts en fakultativ konstruktion, och i NJA 2015 s. 374 försåg dessutom Högsta domstolen ärendelagens kvittningsregel med ett undantag, som verkar till den enskildas fördel som vinnande part.⁴¹⁶ Följaktligen har regelverket så gott som alltid en inbyggd säkerhetsventil, vilket är ägnat att motverka olämpliga/oskäligen resultat i det enskilda fallet. Det sagda illustrerade jag som en skala, där kolumnen längst till vänster representerar rättegångsbalkens huvudregel, och där vi ytterst sällan rör oss i kolumnen längst till höger:

⁴¹⁴ Se även NJA 2015 s. 374.

⁴¹⁵ DepC valde således att uttryckligen göra avsteg från idén om kostnadsbalans till förmån för en skev kvittningsregel. Intresset av balans ansågs förvisso motivera kvittning oavsett vilken part som tappade målet. De ”speciella skäl” som motiverade kvittning till barnet fördel kunde dock inte åberopas till stöd för kvittning när den underhållsskyldige stod som tappande part; se prop. 1984/85:163 s. 11 f.

⁴¹⁶ Märk väl: utan att underkasta den enskilda ett motsvarande kostnadsansvar som tappande part.

<i>Full kostnadstäckning</i>		<i>Kvittning</i>	
Obligatorisk	Fakultativ	Fakultativ	Obligatorisk
Tappande part <i>skall</i> ersätta vinnande parts rättegångskostnad.	Tappande part <i>skall</i> ersätta vinnande parts rättegångskostnad. <i>Om</i> det finns särskilda skäl <i>får/skall</i> rätten besluta att vardera parten <i>skall</i> bära sin kostnad.	Vardera parten <i>skall</i> bära sin rättegångskostnad. <i>Om</i> det finns särskilda skäl <i>får/skall</i> rätten besluta att tappande part <i>skall</i> ersätta vinnande parts kostnad.	Vardera parten <i>skall</i> bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund kan vi nu besvara den uppställda forskningsfrågan i relation till tvistemålen: I vilka civilprocessuella måltyper har parterna möjlighet att få sina kostnader för biträde ersatta av motparten? Svaret på denna fråga är att kostnaderna *i alla tvistemål som inte omfattas av särskilda undantagsregler fördelas mellan parterna enligt rättegångsbalkens huvudregeln om full kostnadstäckning för vinnande part*, vilket ger upphov till ett motsvarande kostnadsansvar för tappande part (kolumnen längst till vänster).⁴¹¹⁷ Regeln är obligatorisk, vilket innebär att domstolen inte får kvitta kostnaderna.⁴¹¹⁸ Ersättning för biträdeskostnader *skall* således utgå, men med den begränsning som ligger i att kostnaden skäligen *skall* ha varit påkallad för att tillvarata partens rätt (varvid biträdesbehovet som regel inte ifrågasätts per se, förutom möjligen i småmål).⁴¹¹⁹

Rättegångsbalkens huvudregel gäller dock endast om annat inte är stadgat.⁴¹²⁰ Som framgått av framställningen finns det också ett antal undantag, varav den absoluta merparten dock kan placeras i någon av de två mellersta kolumnerna i tabellen ovan. Alltsomoftast är huvudregeln om tappande parts kostnadsansvar intakt, men försedd med ett fakultativt undantag; vinnande part *skall* få ersättning för sina kostnader, men om det föreligger särskilda skäl *får/skall* domstolen kvitta kostnaderna (presumtion mot kvittning).⁴¹²¹ Om skälen för kvittning anses vara särskilt starka, kan huvudregel och undantag emellanåt kastas om; kostnaderna *skall* kvittas, men om det finns särskilda skäl *får/skall* domstolen förpliktiga tappande part att ersätta vinnande parts kostnader (presumtion för kvittning).⁴¹²² I båda dessa fall blir således svaret på den uppställda frågan *ett allt svagare ja, som gradvis rör sig mot ett nej* – rätten till ersättning är villkorad av att det antingen inte finns några särskilda skäl som talar för kvittning, eller att det finns särskilda skäl som talar mot kvittning. Oavsett i vilken riktning presumtionen verkar kan dock domstolen döma ut kostnadsersättning – om inte

⁴¹¹⁷ RB 18 kap. 1 §.

⁴¹¹⁸ Här bortses från övriga undantagsregler i RB:s 18 kap., exv. att parten har agerat på det sätt som föreskrivs 3, 3 a eller 6 §§.

⁴¹¹⁹ RB 18 kap. 8 §.

⁴¹²⁰ RB 18 kap. 1 § in fine.

⁴¹²¹ Se exv. LRA 5 kap. 2 §, DL 6 kap. 7 § och FB 7 kap. 19 §.

⁴¹²² Se exv. FB 6 kap. 22 § 2 och 3 st. och FB 3 kap. 11 § 2 st.

annat för att undvika direkt stötande resultat (exempelvis när motparten föranlett en onödig rättegång och/eller processat vårdslöst).

Endast i ett fåtal mål/-ärendetyper (som jag har identifierat) är svaret på frågan, under vissa speciella omständigheter, *absolut nej*, åtminstone enligt lagtextens ordalydelse: vid fastställande av faderskap när barnets talan förs av socialnämnd, samt i ärenden där den enskilda parten har en allmän motpart (som således kan placeras i kolumnen längst till höger). Och vad förenar dessa mål? Att det allmänna har undandragit sig ett kostnadsansvar som tappande part, vilket dock – såvitt avser ärendena – delvis har korrigerats i praxis.⁴¹²³

Det mest betydelsefulla undantaget från principen om full kostnadstäckning är dock småmålen, med dess partiella kvittningsregel. I dessa mål är svaret på den uppställda frågan (i praktiken) också nej, trots att kostnaderna fördelas enligt rättegångsbalkens huvudregel om ”förloraren betalar”, eftersom biträdeskostnader till övervägande del inte ens betraktas som rättegångskostnader.⁴¹²⁴

8.2.1.2 Ersättning av motparten i brottmål?

Liksom i tvistemål fördelas kostnaderna i brottmål numera, enligt rättegångsbalkens 31 kapitel 1-2 §§, med hänsyn till *utgången i målet*. Vid både friande och fällande dom föreligger dock vissa intressanta skillnader jämfört med tvistemålen.

Vad först avser sådana fall då åtalet ogillas uttryckte varken Processkommissionen eller Processlagberedningen i de ursprungliga förarbetena till rättegångsbalken några dubier över att den tilltalade som huvudregel skulle tvingas att stå sina egna (privata) försvararkostnader även vid friande dom.⁴¹²⁵ Utgångspunkten i brottmål var därför, under åtskillig tid, att kostnadsersättning inte utgick – inte ens när åtalet ogillades. På både kommissionens och lagberedningens förslag infördes dock ett (tämligt snävt avgränsat) undantag; om åklagaren hade väckt åtal utan sannolika skäl eller det eljest på grund av omständigheterna i målet förekom synnerlig anledning därtill, kunde frikänd tilltalad få ersättning av det allmänna för kostnader för privat försvarare.⁴¹²⁶ Liksom i tvistemål var således kostnadsregeln i vart fall försedd med ett undantag, genom vilket det var möjligt att undvika åtminstone direkt stötande utfall. Genom en genomgripande reform år 1972 – det vill säga samma år som den äldre rättshjälpslagen infördes – kom dock systemet att förändras. Departementschefen ansåg nämligen att det från ”principiell synpunkt” var oriktigt att förutsättningarna för att få ersättning för privata försvararkostnader var så snävt begränsade – utgångspunkten borde istället vara, att den som frikänns skulle ”hållas i görligaste mån skadeslös”.⁴¹²⁷ I likhet med civilprocessen kom således principen om full kostnadstäckning att läggas till grund också för straffprocessens kostnadsregler, men fullt ut *bara till den tilltalades fördel* vid

⁴¹²³ NJA 2015 s. 374.

⁴¹²⁴ RB 18 kap. 8 a §.

⁴¹²⁵ Enligt PK (SOU 1926:32 s. 306 f.) var det inte ”tillrädligt att helt uppgiva huvudregeln, att, även om den tilltalade frias, skall han själv vidkännas sina utgifter å målet”. PLB instämde (SOU 1938:44 s. 346); ”någon allmän rätt för tilltalad att, då åtalet ogillas, erhålla gottgörelse för sina kostnader [borde inte] föreskrivas”.

⁴¹²⁶ Jfr SOU 1958:40 s. 87 och prop. 1972:4 s. 158.

⁴¹²⁷ Prop. 1972:4 s. 269.

friande dom.⁴¹²⁸ Detta med hänvisning till rent principiella argument; den tidigare ordningen var helt enkelt inte ”tillfredsställande”, utan kunde rentav betraktas som ”stötande”.⁴¹²⁹

Vad sedan avser sådana fall då åtalet bifalls är den tilltalade förvisso underkastad ett visst kostnadsansvar, som dock inte är tillnärmelsevis så omfattande som tap-
pande parts i civilprocessen. Den tilltalades ansvar är nämligen föremål tre viktiga
begränsningar: För det första är den tilltalade endast skyldig att utge ersättning för
vissa i rättegångsbalken *särskilt angivna kostnader*.⁴¹³⁰ För det andra är den tilltalades
kostnadsansvar många gånger begränsat *till ett visst belopp*.⁴¹³¹ För det tredje äger
domstolen *jämka eller helt efterge* den tilltalades ersättningsskyldighet, om det finns
skäl till det med hänsyn till den tilltalades brottslighet eller hans eller hennes per-
sonliga och ekonomiska förhållanden.⁴¹³² Dessa begränsningar infördes genom 1972
års rättshjälpsreform, som således inte bara innebar en skärpning av det allmännas
kostnadsansvar vid friande dom, utan också en avsevärd lindring av den tilltalades
ansvar vid fällande dom. Den senare reformen motiverades från både principiella
och ”kriminalpolitiska” synpunkter – den tilltalade borde inte åläggas en betalnings-
skyldighet som inte var ”rimlig i förhållande till hans betalningsförmåga”, och det
borde inte heller ”komma i fråga att ålägga den dömde en återbetalningsskyldighet
som [kunde] försvåra hans återanpassning till samhället”.⁴¹³³

De ifrågakvarande reglerna har visserligen skärpts något under åren, men de bety-
dande begränsningarna i den tilltalades kostnadsansvar som infördes genom 1972 års
reform gäller alltså. Vi kan därmed sammanfattningsvis konstatera en *påfallande
skev kostnadsfördelning i brottmål*, beroende på utgången i målet. Om åtalet å ena
sidan ogillas tillämpas principen om full kostnadstäckning till den tilltalades fördel
som ”vinnande” part/det allmännas nackdel som ”tappande” part. Om åtalet däremot
bifalls påminner kostnadsreglerna närmast om vad som gäller i förenklade tvistemål,
vilket innebär att kvittningsprincipen tillämpas (partiellt) till de allmännas nackdel
som ”vinnande” part/den tilltalades fördel som ”tappande” part. För brottmålets
vidkommande är således svaret på den uppställda frågan att den tilltalade *vid friande
dom alltid kan få ersättning för sina försvararkostnader*,⁴¹³⁴ men med den begränsning
som följer av att kostnaden skäligen skall ha varit motiverad för att den tilltalade

⁴¹²⁸ RB 31 kap. 2 §.

⁴¹²⁹ Prop. 1972:4 s. 269.

⁴¹³⁰ RB 31 kap. 1 § 1 st. RB:s kostnadsregler är dock endast subsidiärt tillämpliga i straffprocessen; enligt RB 31 kap. 12 § gäller, att om det i lag eller författning finns avvikande regler om kostnad; skall dessa tillämpas före rättegångsbalkens regler. Sådana avvikande regler finns exv. i LMB 8 § och i lagen om särskild företrädare för barn 12 §.

⁴¹³¹ RB 31 kap. 1 § 3 st. Detta under förutsättning att den tilltalades inkomstförhållanden är sådana, att vederbörande hade kunnat uppbära rättshjälp. Om så är fallet får återbetalningsskyldigheten inte överstriga vad den tilltalade skulle ha fått betala i rättshjälpsavgift vid rättshjälp enligt RhjL. Se dock NJA 2006 s. 131, där den tilltalades inkomster endast obetydligt översteg inkomstgränsen i RhjL. Med hänsyn härtill jämkade HD återbetalningsskyldigheten med tillämpning av 4 st.

⁴¹³² RB 31 kap. 1 § 4 st.

⁴¹³³ Prop. 1972:4 s. 267 f.

⁴¹³⁴ Till skillnad från RB 18 kap. 1 § är visserligen 31 kap. 2 § fakultativ till sin utformning; om den tilltalade frikänns *kan* rätten besluta att den tilltalade ska få ersättning av allmänna medel för sina kostnader för försvarare. Enligt vad som har klargjorts i doktrinen får dock regeln anses vara obligatorisk; se Lindell et al. (2005) s. 426, Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 290 och Fitger et al. (Zeteo 2017) RB 31 kap. 2 §.

skulle kunna ta tillvara sin rätt (varvid försvararbehovet inte ifrågasätts per se). Vid motsatt utgång är dock den tilltalades kostnadsansvar begränsat till vissa poster (och ofta till visst belopp), ungefär som i tvistemål om mindre värden.

8.2.1.3 Ersättning av motparten i förvaltningsmål?

Förvaltningsprocesslagen innehåller – till skillnad från rättegångsbalken – inga regler som berör parternas biträdeskostnader, och i brist på lagstöd har förvaltningsdomstolarna ansett sig vara förhindrade att tillerkänna part, som vunnit bifall till sin talan, ersättning för kostnader. Följaktligen tillämpas kvittningsprincipen som en oskriven/obligatorisk regel i förvaltningsmål (som inte lämnar något utrymme för undantag ens i de mest stötande av situationer).

Som framgått av redogörelsen ovan har frågan om rättegångskostnadernas hantering i förvaltningsprocessen dryftats i olika lagstiftningssammanhang i över ett halvt sekel. Redan år 1948 uttalade således första Lagutskottet, att kostnadshanteringen i förvaltningsmål ”ej sällan [leder] till stötande konsekvenser” och att det ”otvivelaktigt” fanns ett behov av en allmän översyn av regelverket.⁴¹³⁵ Riksdagen ställde sig bakom utskottets yttrande, och anhöll hos Kungl. Maj:t om att en utredning skulle tillsättas angående frågan om kostnadsfördelningen i förvaltningsmål.⁴¹³⁶ Genom tilläggsdirektiv föll uppgiften på Besvärssakkunniga.⁴¹³⁷

I sitt principbetänkande instämde de sakkunniga i reformbehovet; att det inte fanns några möjligheter att tillerkänna vinnande part ersättning för kostnader var ”en i många lägen kännbar brist”.⁴¹³⁸ Någon övergång till principen om full kostnadsäckning var dock inte aktuell – istället föreslog de sakkunniga att kostnadsersättning skulle utgå om det kunde anses uppenbart oskäligt att kostnaden stannade på den enskilda.⁴¹³⁹ Vid denna skälighetsbedömning skulle dock utgången i sak – i likhet med vad som gäller enligt rättegångsbalken – beaktas. Om den enskilda parten hade vunnit bifall till sin talan kunde det nämligen ”för det allmänna rättsmedvetandet framstå som oskäligt att den enskilde parten själv bär de kostnader, som han ådragit sig för att få det oriktiga beslutet ur världen”.⁴¹⁴⁰ Vid den efterföljande remissbehandlingen vitsordade ett stort antal remissinstanser reformbehovet och tillstyrkte de sakkunnigas förslag.⁴¹⁴¹ Detta till trots valde lagstiftaren – i samband 1972 års förvaltningsrättsreform – att inte införa några allmänna kostnadsregler i förvaltningsprocesslagen, vilket kom att kritiserars vid remissbehandlingen.⁴¹⁴² Departementschefen avfärdade dock kritiken med hänvisning till att frågan om kostnadsersättning återigen var föremål för utredning,⁴¹⁴³ och därmed sköts frågan för första gången på framtiden.

⁴¹³⁵ LU 1948:12 s. 3.

⁴¹³⁶ Rskr. 1948:67.

⁴¹³⁷ SOU 1964:27 s. 50 och 658.

⁴¹³⁸ SOU 1955:19 s. 65 f.

⁴¹³⁹ Se BSK:s förslag till lag om förvaltningsförfarandet 19 kap. 2 och 3 §§, i SOU 1964:27 s. 43, med motivering på s. 683 ff.

⁴¹⁴⁰ SOU 1964:27 s. 693.

⁴¹⁴¹ Bl.a. av RegR:s ledamöter, KamR, JO och JK; se SOU 1971:76 s. 45 och 55.

⁴¹⁴² Bl.a. av Advokatsamfundet; se prop. 1971:30 s. 271 och 274.

⁴¹⁴³ Prop. 1971:30 s. 267.

I direktiven till Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden hade departementschefen intagit en något ambivalent hållning: å ena sidan var det inte ”tillfredsställande” att enskilda alltid nödgades stå för sina egna kostnader; å andra sidan motiverade de ekonomiska konsekvenserna att utredningen gick fram ”med försiktighet”.⁴¹⁴⁴ Och förslaget blev minst sagt försiktigt, nämligen att inga kostnadsersättningsregler skulle införas. För att motivera denna ståndpunkt anförde utredningen tre argument för fortsatt kvittning, som vi inte känner igen från den allmänna processen: (1) ”sammanslutningsargumentet”, (2) ”dubbelersättningsargumentet”; samt (3) ”behovsargumentet”, enligt följande:

För det första konstaterade utredningen, något förenklat, att enskilda helt enkelt måste tåla att vidkännas kostnader i sina mellanhavanden med myndigheterna, vilket ansågs följa ”redan av *medlemskapet i samhället*”. Enligt utredningen var det helt enkelt ”inte möjligt” att betrakta den enskilda och det allmänna ”som två motstående parter i en process, där den tappande regelmässigt har att ersätta den vinnande hans kostnader”. Ty: ”Den enskilde kan inte agera som om han vore av samhället oberoende, med anspråk på ersättning för olika utgifter som samhällstillhörigheten kan medföra.”⁴¹⁴⁵

För det andra konstaterade utredningen att ersättning för rättegångskostnader ”i själva verket [utgjorde] en form av skadestånd”. Att införa en särskild ersättningsregel, vid sidan av skadestandsreglerna, skulle därför ”till stor del innebära en *dubbling av ersättningsmöjligheterna*”.⁴¹⁴⁶

För det tredje konstaterade utredningen, lite tillspetsat, att enskilda *inte behövde ådra sig kostnader*, och därför fick ”skylla sig själva” om de ändå valde att ådra sig kostnader. Utredningen anförde, att det med ”visst fog” kunde sägas, ”att om den enskilde väljer att själv anlita biträde och förebringa utredning, när denna eljest skulle ha kunnat förebringas genom myndighetens försorg, det inte kan vara det allmännas sak att ersätta kostnaden”.⁴¹⁴⁷

Mot denna bakgrund, och med hänvisning till pågående reformer av skadeståndslagen, avstod utredningen från att framlägga något förslag till kostnadsregel i linje med den allmänna processens fördelningsregler.⁴¹⁴⁸ Och därmed sköts frågan, för andra gången, på framtiden.

Utredningens resonemang är intressant eftersom de anförda argumenten *för kvittning* så tydligt avviker från den allmänna processen. Ännu mer intressant blir dock diskussionen, om vi också beaktar de motstående *skälen för kostnadstäckning*, som alltmer kom att uppmärksammas i den efterföljande diskussionen. Med anledning av ett antal väckta motioner i ämnet kom nämligen frågan om ersättning

⁴¹⁴⁴ SOU 1971:76 s. 46.

⁴¹⁴⁵ SOU 1971:76 s. 71 f.

⁴¹⁴⁶ SOU 1971:76 s. 73.

⁴¹⁴⁷ SOU 1971:76 s. 72.

⁴¹⁴⁸ SOU 1971:76 s. 73. Jfr SOU 1991:106 del A s. 637 f. ”Utredningen ansåg att resultatet av det då pågående arbetet med en reform av skadeståndslagen borde avvaktas. Utredningen stannade alltså för att inte lägga fram något förslag till ersättningsregler.” Se även Edelstam (1995) s. 99.

för rättegångskostnader i förvaltningsprocessen att bli föremål för Justitieutskottets granskning år 1985.⁴¹⁴⁹ Utskottet lät remissbehandla motionerna, varvid kammarrätten i Göteborg anförde båda de argument som tidigare hade motiverat principen om full kostnadstäckning i tvistemål och brottmål:

För det första konstaterade KamR:n att den enskilda partens processkostnader vanligtvis är lägre i förvaltningsdomstol än i allmän domstol, och att behovet av särskilda ersättningsregler därför var mindre. Även mindre kostnader kunde dock, enligt KamR:ns mening, ”innebära att slutresultatet av en i sig framgångsrik talan kan bli avsevärt urholkad för den enskilde”. I likhet med vinnande part i tvistemål kunde därmed inte heller den som tvingats föra sin sak till förvaltningsdomstol ”sägas ha fått sin fulla rätt”, om han inte också fick ersättning för sina kostnader för domstolsprocessen. Detta resonemang känner vi igen från civilprocessen.

För det andra ansåg KamR:n, att det fanns skäl att skilja på förvaltningsmyndigheternas handläggning och förvaltningsdomstolarnas besvärspövning; alla medborgare är visserligen från stund till annan involverade i ett förvaltningsärende, men alla tvingas inte hävda sin rätt mot myndigheterna i domstol. Och gick den enskilda ”segrande ur tvisten” var det enligt KamR:ns mening ”i princip rimligt att han hålls skadelös för de kostnader som har åsamkats honom genom domstolsprocessen”.⁴¹⁵⁰ Detta resonemang känner vi igen från straffprocessen.

Justitieutskottet ansåg dock att frågan om ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsmål borde utredas närmare, och därmed sköts frågan, för tredje gången, på framtiden.⁴¹⁵¹ Någon ny utredning kom nämligen inte till stånd⁴¹⁵² – inte förrän regeringen år 1989 tillkallade Domstolsutredningen.

I sitt betänkande konstaterade utredningen att det otvivelaktigt förekommer ”ett inte ringa antal förvaltningsprocessrättsliga fall” i vilka det är oskäligt att den enskilde tvingades stå sina egna processkostnader,⁴¹⁵³ och därtill ”en del fall” där rådande ordningen framstår som direkt stötande.⁴¹⁵⁴ Följaktligen noterade utredningen ett ”starkt reformbehov”.⁴¹⁵⁵ Till skillnad från kammarrätten menade dock Domstolsutredningen att argumenten för full kostnadstäckning i den allmänna processen inte kunde appliceras på förvaltningsprocessen. En central skillnad mellan kammarrättens och Domstolsutredningens resonemang är dock att utredningen i princip tycks ha *hittat på helt egna argument*, som man sedan – på ett enligt min mening direkt felaktigt sätt – påstod ligga till grund för kostnadsreglerna i tvistemål och brottmål:

⁴¹⁴⁹ JuU 1984/85:15.

⁴¹⁵⁰ JuU 1984/85:15 s. 34 f.

⁴¹⁵¹ JuU 1984/85:15 s. 53.

⁴¹⁵² Trots att JuU vid flera tillfällen påminde regeringen om 1985 års betänkande; se t.ex. JuU 1985/86:21, JuU 1986/87:26 och JuU 1987/88:22.

⁴¹⁵³ SOU 1991:106 del A s. 642.

⁴¹⁵⁴ SOU 1991:106 del A s. 654.

⁴¹⁵⁵ SOU 1991:106 del A s. 642.

Med hänvisning till civilprocessen förklarade utredningen, å ena sidan, att parternas kostnadsansvar syftar till att ”sanktionera civilrätten”. Ty: ”Fanns inte kostnadsansvaret skulle enskilda inte i samma utsträckning göra rätt för sig utan rättegång, och därmed skulle civilrätten inte fungera lika bra.” I förvaltningsmål skulle dock ett kostnadsansvar för det allmänna *inte få en sådan handlingsdirigerande effekt*, eftersom det är ”så mycket annat som styr det allmännas handlande”.⁴¹⁵⁶

Med hänvisning till straffprocessen förklarade utredningen, å andra sidan, att det allmännas kostnadsansvar mot den tilltalade syftar till att ”åstadkomma en balans i processen”, eftersom ”en tilltalad som fälls till ansvar [är] skyldig att ersätta staten dess till målet hänförliga kostnader”. I förvaltningsmål skulle ett kostnadsansvar för det allmänna däremot *inte få någon sådan balanserande effekt*, eftersom enskilda inte är skyldiga att ersätta staten dess till målet hänförliga kostnader. En skyldighet för staten att ersätta den enskilda partens kostnader skulle följaktligen endast vara ”naturlig”, om enskilda parter också ålades ett kostnadsansvar mot det allmänna. Och något sådant ansvar ville utredningen inte införa.⁴¹⁵⁷

Domstolsutredningens resonemang är intressant eftersom både det handlingsdirigerande och det balanserande syftet – som påstods ha motiverat principen om full kostnadstäckning i den allmänna processen – så tydligt avviker från de verkliga motiven bakom rättegångsbalkens kostnadsregler. Som argument *mot* kostnadstäckning/*för* kvittning i förvaltningsprocessen kan således utredningens resonemang, enligt mitt förmenande, avfärdas som direkt missvisande.

På ovanstående grunder föreslog hur som helst Domstolsutredningen en begränsad möjlighet för enskilda att få ersättning för sina kostnader. Detta genom att i princip återanvända det lagförslag som Besvärssakkunniga hade presenterat flera decennier tidigare, enligt vilket en enskild part skulle kunna tillerkännas ersättning för sina kostnader i förvaltningsprocessen, *om det med hänsyn till omständigheterna var oskäligt att han själv skulle bära dem*.⁴¹⁵⁸ Utredningens förslag välkomnades som ”ett steg i rätt riktning”, men det hela slutade i ett totalt antiklimax, eftersom utredningens förslag inte utmynnade i några reformer av förvaltningsprocesslagens kostnadsregler överhuvudtaget.⁴¹⁵⁹ Och sedan dess har ingenting hänt.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att fyra olika argument har motiverat kvittningsprincipens tillämpning i förvaltningsmål: (1) ”samhällsmedlemskapsargumentet”, (2) ”behovs-” eller ”kompensationsargumentet”, (3) ”dubbelersättningsargumentet”, samt (4) ”balansargumentet”. Jag kommer att återkomma till dessa argument strax; här kan vi bara konstatera att lagstiftaren själv torpederade samtliga

⁴¹⁵⁶ SOU 1991:106 del A s. 641.

⁴¹⁵⁷ SOU 1991:106 del A s. 642. I princip samma uppfattning hos RU (SOU 1982:26 s. 225): ”En regel om full kostnadsersättning till den enskilde *skulle vara haltande* om inte den enskilde också fick betala samhällets kostnad i de fall den enskilde förlorade t.ex. i en taxeringsprocess.”

⁴¹⁵⁸ SOU 1991:106 del A s. 619 och 654

⁴¹⁵⁹ Se t.ex. prop. 1993/94:151 s. 133: ”Domstolsutredningens förslag till ändrade ersättningsregler har ännu inte lett till några åtgärder i lagstiftningshänseende.” Istället uttryckte lagstiftaren (a. st.), att tanken var att frågan om rättegångskostnadernas hantering skulle ”tas upp inom ramen för en kommande allmän omarbetning av förvaltningsprocesslagen”. Än så länge har någon sådan allmän omarbetning inte ens initierats.

argument genom att införa särskilda ersättningsregler i skattemål. Något kort skall därför avslutningsvis sägas om detta undantag från förvaltningsmålen oskrivna kvittningsregel.

Enligt särskilda regler i skatteförfarandelagen har en enskild part, som skäligen har behövt ett biträde, rätt att få ersättning för sina biträdeskostnader bland annat om talan helt eller delvis bifalls.⁴¹⁶⁰ Någon korresponderande skyldighet att vid avslag utge ersättning för statens kostnader föreligger inte – tvärtom kan den skattskyldiga (åtminstone i teorin) få ersättning för sina kostnader *även som tappande part*.⁴¹⁶¹ Med andra ord innehåller skatteförfarandelagen en skev fördelningsregel som verkar till den enskilda partens fördel, och som är betydligt ”generös” till sin juridisk-tekniska konstruktion.

Det aktuella undantaget från förvaltningsprocessens oskrivna huvudregel har motiverats på fyra olika grunder (som delvis flyter ihop). De tre första argumenten är dock något mer ”sakliga” till sin karaktär, på så vis att de anknyter till *vissa egenskaper hos taxeringsprocessen*:

För det första att skattemålen ofta är av *stor betydelse* för den enskilda; det kan anses vara ”stötande” om enskilda nödgades ”stå för avsevärda kostnader för juridisk hjälp i en skattefråga som varit helt avgörande för hans ekonomiska framtid”.⁴¹⁶²

För det andra att den materiella skattelagstiftningens kan vara *svårtillgänglig* för den enskilda; det är den ”ökade komplexiteten i skattelagstiftningen som föranlett de skattskyldiga att i ökad omfattning anlita advokater ... för att ta tillvara sin rätt”.⁴¹⁶³

För det tredje att skatteprocessen har karaktären av ett *massförfarande* i vilket det är omöjligt att säkerställa riktigheten i varje beslut. ”Likabehandlingsskäl” har därför ansetts motivera, att skattskyldiga som åsatts en felaktig taxering utan eget vållande – och därför tvingats processa för att få det felaktiga beslutet undanröjt – inte också tvingas bära processkostnaderna.⁴¹⁶⁴

Härutöver har det aktuella regelverket, för det fjärde, motiverats med hänvisning till den enskilda partens *rättssäkerhet* i olika former. Detta inom ramen för ett långt resonemang som i princip ställer allting vi har fått veta om förvaltningsmålen på ända.

Som utgångspunkt konstaterade regeringen, att det från ”rättssäkerhetssynpunkt” är av ”fundamental betydelse att den enskilda kan få sin taxering prövad av domstol”. Och inte nog med det: En viktig del av möjligheten till sådan prövning är att den enskilda kan ta tillvara sin rätt på ett *effektivt sätt*. Den naturliga följdfrågan blev då om det fanns några hinder mot en effektiv domstolsprövning – en fråga

⁴¹⁶⁰ SFL 43 kap. 1 § 1 st. 1 p.

⁴¹⁶¹ Närmare bestämt om målet avser en fråga som är av betydelse för rättstillämpningen eller om det finns synnerliga skäl för ersättning; se SFL 43 kap. 1 § 1 st. 2-3 p. Detta avviker som bekant från kostnadsreglerna i RB:s 18 resp. 31 kap., som mer renodlat anknyter ersättningsrätten till utgången i målet. I praktiken beviljas dock ersättning mycket sällan enligt punkterna 2-3.

⁴¹⁶² Prop. 1988/89:126 s. 7.

⁴¹⁶³ Prop. 1988/89:126 s. 7.

⁴¹⁶⁴ Prop. 1993/94:151 s. 133.

som regeringen besvarade jakande. För trots att den enskilda parten inte har behov av biträde i förvaltningsmål, kunde den skattskyldiga likväl ha behov av biträde i skattemål:

”Till skillnad från dispositiva mål, där ansvaret för målet vilar på parterna, skall [förvaltnings]domstolen vara aktiv (officialprincipen). Utgångspunkten är således att de enskilda inte skall behöva anlita juridiskt biträde eller ombud i förvaltningsprocessen. *Likväl finns det fall där sådan hjälp behövs.* Från *rättssäkerhetssynpunkt* är det inte acceptabelt att den skattskyldige inte har tillgång till juridisk sakkunskap om sådan är nödvändig för att tillvarata hans rätt. Följdfrågan blir då om *rättssäkerheten* kan bli lidande av att den enskilde måste bekosta ombudet eller biträdet. Så är t.ex. fallet om den enskilde av ekonomiska skäl väljer att avstå från att anlita juridisk sakkunskap och därigenom inte kan tillvarata sin rätt. Emellertid är det också en *rättssäkerhetsaspekt* att man inte behöver tvingas in en kostsam process utan möjlighet till ersättning, oavsett om man har råd att bekosta den eller ej.”⁴¹⁶⁵

Efter att således – om än i andra ordalag – ha konstaterat att biträdeskostnader kan fungera som ett ”Access Barrier” fränkande regeringen, direkt eller indirekt, de argument som har motiverat kvittningsprincipens tillämpning i förvaltningsmål all vikt. I skattemål är det således *inte* en naturlig del av samhällsmedlemskapet att åsamkas kostnader – tvärtom är det av både likabehandlings- och rättssäkerhetsskäl *viktigt att kompensera* den skattskyldiga för sådana kostnader:

”Under förutsättning att den skattskyldige behövt juridiskt biträde eller ombud för att ta tillvara sin rätt och att det inte är han som vållat eller varit försumlig i skattemålet finns *ingen rimlig anledning att han alltid skall behöva bekosta en process.* De flesta som deklarerar riktigt drabbas inte av kostnader för en process, utan det är endast vissa skattskyldiga som behöver föra processer för att få rätt. Av *likabehandlingsskäl* borde naturligtvis detta inte inträffa, men sådan precision kan knappast uppnås i ett massförfarande som t ex den årliga inkomsttaxeringen. Det är emellertid en viktig del i *likabehandlingen* att de som drabbas åtminstone kompenseras för det extra besväret att föra en process för att nå en riktig taxering. Vi menar därför att det är rimligt från *rättssäkerhetssynpunkt* att ge den skattskyldige ersättning för processkostnader (i huvudsak kostnader för juridiskt ombud eller biträde) då han vunnit målet, om det behövs för att ta till vara hans rätt och han inte själv har orsakat processen genom att inte fullgöra sin skyldighet att deklarerera eller lämna uppgifter, bevismaterial eller dylikt.”⁴¹⁶⁶

Dubbelersättningsargumentet berördes inte uttryckligen. I likhet med alla människor i Sverige som drabbas av ett felaktigt myndighetsbeslut kan dock en skattskyldig naturligtvis ansöka om stämning på staten i allmän domstol och yrka skadestånd på grund av fel eller försummelse vid myndighetsutövningen. Att särskilda ersättningsregler i förvaltningsmål (liksom i tvistemål och brottmål) medför en ”dubbling av

⁴¹⁶⁵ Prop. 1993/94:151 s. 132 f.

⁴¹⁶⁶ Prop. 1993/94:151 s. 133.

ersättningsmöjligheterna” var dock, uppenbarligen, ett icke-argument mot särskilda ersättningsregler i skattemål.

Att skattskyldiga inte är underkastade ett kostnadsansvar vid en processförlust var på motsvarande sätt ett icke-argument mot att tillerkänna skattskyldiga ersättning för sina kostnader vid en processvinst. Att vidmakthålla ”balansen” i kostnadshänseende var till och med så irrelevant, att ersättning kan utgå även när det skattskyldige tappar målet. På ett mer obalanserat sätt kan en kostnadsregel inte utformas. Med andra ord behöver ingenting vara det de är, utan allt kan vara det de inte är. Och tvärtom, förstås.

Om vi mot denna bakgrund besvarar den uppställda frågan, kan vi konstatera att enskilda *aldrig kan får ersättning för biträdeskostnader av motparten i några förvaltningsmål – förutom i skattemål* – och detta oavsett omständigheterna i målet. Att förvaltningsdomstolarna inte har ansett sig kunna döma ut kostnadsersättning utan lagstöd, och ett sådant lagstöd endast finns i skatteprocessen, medför nämligen att förvaltningsprocessens (oskrivna) kvittningsregel blir undantagslös/absolut. Detta är en central skillnad i jämförelse med de kvittningsregler som har införts i vissa tvistemål, som i princip alltid är försedda med ett fakultativt undantag (låt vara att presumtionen kan verka för eller mot kvittning, och begränsa det fakultativa utrymmet på olika sätt). Om kvittningsprincipen hade varit lagfäst för förvaltningsmålen vidkommande skulle vi alltså få följande bild, där föräldrabalkens kvittningsregel kan tjäna som ett ”typiskt” jämförelseobjekt:

<i>Obligatorisk kvittning (förvaltningsmål)</i>	<i>Fakultativ kvittning (familjemål)</i>
Vardera parten <i>skall</i> bära sin rättegångskostnad.	Vardera parten <i>skall</i> bära sin rättegångskostnad. En part <i>kan</i> dock förpliktas att helt eller delvis ersätta motparten dennes rättegångskostnad, om han eller hon har förfarit på ett sådant sätt som avses i 18 kap. 3 eller 6 § rättegångsbalken eller om det annars finns särskilda skäl. ⁴¹⁶⁷

Vad tabellen visar är att enskilda parter inte kan få ersättning för sina kostnader i ett förvaltningsmål *ens om det föreligger särskilda skäl* – exempelvis att det överklagade beslutet inte bara är fel, utan så fel att det allmänna genom försummelse föranleder en helt onödig rättegång. Det alternativ som den enskilda parten har anvisats i en sådan situation är att först föra talan i förvaltningsdomstol för att få det felaktiga beslutet ur värden, och därefter föra talan i allmän domstol för att få skadestånd för de rättegångskostnader som uppkom för att få det felaktiga beslutet ur värden, vilket i sin tur genererar nya rättegångskostnader i skadeståndsprocessen. Som jag visat är dock ”skadeståndsalternativet” inte ett realistiskt alternativ i det stora flertalet fall, helt enkelt eftersom det inte anses vara skadeståndsgrundande att fatta felaktiga beslut. En skadeståndsprocess kommer därför – allt som oftast – att endast få till följd att

⁴¹⁶⁷ FB 6 kap. 22 § 2 st.

den enskilda tvingas att ersätta statens processkostnader i tvistemålet, utan att få ersättning för sina egna processkostnader i det bakomliggande förvaltningsmålet.

8.2.2 Offentlig finansiering

Att en part – åtminstone i tvistemål och brottmål (samt emellanåt även i skattemål) – kan erhålla ersättning av motparten enligt ovan innebär att vinnande part i efterhand hålls skadelös för de kostnader som rättegången medförde, däribland kostnaden för juridiskt biträde. Under processens gång måste dock parterna självfinansiera sin rättegång, oavsett hur kostnaderna sedermera fördelas dem emellan. För människor som inte har några, eller endast begränsade, medel är en sådan rätt till kostnadsersättning efter processen av begränsat värde, eftersom obemedlade och mindre bemedlade parter helt enkelt inte kan ådra sig några kostnader överhuvudtaget. Som departementschefen konstaterade i direktiven till Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden är därför särskilda ersättningsregler ”inte tillräckliga för att skapa garantier för att enskilda personer inte av ekonomiska skäl hindras att tillvarata sina intressen”.⁴¹⁶⁸ Inte heller är sådana ersättningsregler tillräckliga för att tillgodose det allmänna (rättssäkerhets)intresset av att vissa parter faktiskt anlitar biträde i sådana måltyper, där det finns ett behov av att skapa ytterligare garantier för ”materieellt korrekta” avgöranden. Av dessa skäl finns det i Sverige ett antal – numera sidoställda – offentliga ersättningsssystem, genom vilka staten avlastar partens biträdeskostnader i samma stund som de uppkommer, genom att ersättning till biträdet utgår direkt av allmänna medel.

Under vilka förutsättningar staten bekostar rättsligt biträde tilldrog sig uppmärksamhet i avhandlingens kapitel 5. Givet vad som där framgick vill jag påstå att den skiljelinje som jag tecknade i föregående avsnitt – mellan den allmänna processen och förvaltningsprocessen – också framträder på den offentliga finansieringsnivån, åtminstone om vi betraktar den idag subsidiära rättshjälpen i kombination med det privata rättskyddet. Distinktionen mellan processformerna är dock inte fullt så skarpt, vilket förklaras av att det statsfinansiella intresset nu gör sig gällande *i relation till samtliga måltyper*. Följaktligen måste en avvägning alltid ske mellan allmänintresset av ”god hushållning” å ena sidan, och de motstående intressen som, å andra sidan, motiverar offentlig finansiering i respektive måltyp. För att motivera att kostnadsersättning inte skall utgå används därför huvudsakligen behovs-/kompensationsargumentet i relation till samtliga måltyper, vilket adderar en ytterligare nivå av inkonsekvens till diskussionen. Behovsbedömningarna skiljer sig nämligen åt beroende på vilken ”ersättningsnivå” vi befinner oss: I brottmål kan kostnaden för (privat) försvarare vara *skäligen motiverad* trots att den misstänkta tidigare har ansetts *sakna behov* av (offentlig) försvarare, och i tvistemål kan kostnad för biträde betraktas som *skäligen påkallad* trots att parten tidigare har ansetts *sakna behov* av (rättshjälps)biträde, och därför nekats rättshjälp. De två ersättningsnivåerna följer

⁴¹⁶⁸ SOU 1971:76 s. 46.

såttillvida olika logiker, förutom i förvaltningsprocessen där behovsbedömningen faller ut på samma sätt oavsett på vilken ersättningsnivå vi befinner oss: Den enskilda anses alltid sakna behov av biträde och kan därför varken beviljas rättshjälp eller få sina kostnader ersatta efter processen. Sammanfattningsvis gav studien följande resultat.

8.2.2.1 Ersättning av staten i tvistemål?

Med endast ett fåtal undantag är ingen civilprocessuell måltyp generellt undantagen från den allmänna rättshjälpen,⁴¹⁶⁹ åtminstone inte i teorin. I praktiken medför dock kravet på särskilda skäl att rättshjälpsbiträden förordnas med stor restriktivitet i en rad vanligt förekommande måltyper, däribland i familjerättsliga mål (angående äktenskapsskillnad och därmed sammanhängande frågor liksom i mål om underhåll),⁴¹⁷⁰ samt i förenklade tvistemål.⁴¹⁷¹ Intressant att notera är att detta krav på särskilda skäl omfattar i princip samma måltyper som också omfattas av särskilda – från rättegångsbalkens huvudregel avvikande – ersättningsregler parterna emellan, vilket medför att parten i normalfallet varken kan beviljas rättshjälp under processen eller få sina kostnader ersatta av motparten efter processen. Och här framträder ett samband mellan de två ersättningsnivåerna, som det finns skäl att uppmärksamma även i denna sammanfattning.

Småmålslagen trädde i kraft år 1974, det vill säga ett år *efter* den äldre rättshjälpslagen. Det uttalade syftet med småmålslagen var som bekant att reducera kostnadsrisken i processen genom att nedbringa *parternas* processkostnader – inte primärt *statens* rättshjälpskostnader. Mellan raderna framgår det dock att statsfinansiella skäl också, eller kanske huvudsakligen, motiverade reformen.⁴¹⁷² Redan i förarbetena till rättshjälpslagen antydde således departementschefen att införandet av ett förenklat tvistemålsförfarande på sikt skulle påverka den enskilda partens *behov av biträde* och därmed, i förlängningen, *behovet av/rätten till rättshjälp*:

⁴¹⁶⁹ RhjL 10 §.

⁴¹⁷⁰ RhjL 11 § 1-2 p.

⁴¹⁷¹ RhjL 11 § 4 p.

⁴¹⁷² Detta yttrar sig på en rad olika sätt – bl.a. motsatte sig DepC Advokatsamfundets förslag om att inrätta det förenklade förfarandet som ett *frivilligt alternativ* till det ordinära tvistemålsförfarandet, med följande motivering (prop. 1973:87 s. 143): "Rättskipningen i dess mest kvalificerade former bör tas i anspråk när det är påkallat av målets betydelse. Härtill kommer att biträdesbehovet och därmed behovet av rättshjälp är betydligt mindre i det förenklade förfarandet än i det ordinära. En valfrihet skulle *därför få stora återverkningar på samhällets rättshjälpskostnader.*" Under åren som sedan följde kom småmålslagens kostnadsregel att få vidkännas kraftig kritik, bland annat av RU. Detta till trots valde DepC att inkorporera den särskilda kvittningsregeln i rättegångsbalken, återigen med hänvisning till samhällskostnaderna (prop. 1986/87:89 s. 69): "Småmålsförfarandet syftar främst till att hålla parternas och samhällets kostnader för rättegången i tvister om små värden på en rimlig nivå. [...] Genom att förfarandet är utformat så att biträdesbehov i princip inte skall föreligga, kan samhället också ställa upp betydligt strängare förutsättningar för att en part skall få rättshjälp med biträdesförordnande. Härigenom har man *avsevärt kunnat begränsa samhällets kostnader för rättshjälp* i tvister om småbelopp." Samma statsfinansiella skäl som hade motiverat att särskilda kostnadsregler infördes genom småmålslagen, återopades alltså till stöd för att dessa regler skulle behållas – genom att föras över till rättegångsbalken – trots kritik.

”Jag räknar med att en departementspromemoria med förslag om förenklat rättegångsförfarande i vissa mål skall kunna läggas fram inom kort. En sådan reform kommer att bidra till att minska behovet av rättshjälp i dessa mål.”⁴¹⁷³

Innan småmålsreformen ens hade genomförts kunde alltså departementschefen uttala sig om vilken påverkan reformen skulle få på ”behovet av rättshjälp”, och därmed också förutse vilka återverkningar som införandet av småmålslagen skulle få på rättshjälpslagens tillämpning:

”Beträffande tvister eller anspråk som avser obetydliga värden vill jag tillägga att en eventuell reform beträffande förfarandet i sådana tvister *kan komma att leda till ytterligare begränsningar* i rättshjälpens tillämpningsområde.”⁴¹⁷⁴

I samma lagstiftningsärende varigenom småmålslagen antogs infördes också sådana begränsningar i rättshjälpslagen, som dock tonades ned som rena ”följdändringar”.⁴¹⁷⁵

Biträdeskostnadernas hantering i småmål kan få illustrera ett antal generella slutsatser: För det första visar småmålsreformen att det kan finnas (dolda) kopplingar mellan de olika ersättningsnivåerna; småmålslagen torgfördes som en AtJ-reform, men handlade *lika mycket om att inskränka den allmänna rättshjälpen*. För det andra illustrerar reformen med vilken lätthet lagstiftaren kan definiera om parternas biträdesbehov; innan småmålslagen ens hade antagits förklarade departementschefen att parterna inte skulle ha något behov av biträde i det förenklade tvistemålsförfarandet. För det tredje är småmålslagen ett tydligt exempel på kompensationsargumentet, det vill säga hur roll- och ansvarsfördelningen i rättegången kastas om i syfte att reducera statens kostnader. Detta argument återkommer med viss frekvens inom alla offentliga finansieringssystem, trots att argumentet är kraftigt ifrågasatt:

Å ena sidan: ”kan (delvis) kompenseras”	Å andra sidan: ”kan inte (alltid) kompenseras”
”Det biträdesbehov som kan finnas <i>kompenseras</i> delvis genom att domstolen åläggs en mer aktiv processledning än i mål som handläggs enligt RB.” ⁴¹⁷⁶	”En aldrig så välvilligt inställd domare kan inte alltid <i>kompensera</i> frånvaron av ett biträde. Denna frånvaro kan därför i vissa fall resultera i en försämrad rättssäkerhet och ett sämre genomslag för civilrätten.” ⁴¹⁷⁷

Sammanfattningsvis anses parterna sakna behov av biträde i småmål till följd av domstolens materiella processledning, som således ”kompenserar” frånvaron av biträde. Trots Rättegångsutredningens kritik infördes därför ett krav på särskilda skäl också i den nya rättshjälpslagen, med följande motivering:

⁴¹⁷³ Prop. 1972:4 s. 228.

⁴¹⁷⁴ Prop. 1972:4 s. 248. I sin ursprungliga lydelse innehöll ÅRhjL inte några särregler avseende tvistemål om mindre värden. Huruvida rättshjälp kunde beviljas i sådana mål bedömdes istället mot den allmänna regeln om befogat intresse.

⁴¹⁷⁵ Se prop. 1973:87 s. 2.

⁴¹⁷⁶ Prop. 1986/87:89 s. 69.

⁴¹⁷⁷ SOU 1982:26 s. 52.

”Om ett mål i allmän domstol handläggs enligt reglerna om tvistemål av mindre värden finns *sällan något biträdesbehov*. Enligt den nuvarande lagen krävs särskilda skäl för att biträde skall förordnas i sådana mål. Som en konsekvens av att *biträdesbehovet skall vara avgörande för om rättshjälp skall beviljas eller inte* föreslår vi att det i fortsättningen skall krävas särskilda skäl för att rättshjälp skall beviljas i dessa mål.”⁴¹⁷⁸

Den stora begränsningen vad gäller den allmänna rättshjälpen ligger dock inte i avgränsningarna mot vissa måltyper utan i avgränsningen av personkretsen. Detta då den inkomstgräns som idag gäller ger en täckningsgrad på endast 40 procent, vilket kan jämföras med den målbild på 80-90 procent som tecknades i äldre förarbeten.⁴¹⁷⁹ En majoritet av befolkningen tjänar således för mycket för att ens komma ifråga för rättshjälp, vilket betyder att vi har kommit mycket långt ifrån den tidigare ambitionsnivån – att rättshjälpen skall omfatta *alla utom de mest välbärgade*. Istället har vi – år efter år – successivt närmat oss den ”soppköksmodell” som kritiserades i äldre förarbeten, där endast de mest utsatta kan uppbära rättshjälp. Som jag har visat ligger dock detta helt i linje med lagstiftarens nuvarande syn på rättshjälpen som ett ”yttersta skyddsnet” – till sin karaktär jämförbar med socialbidrag och bostadsbidrag. Att rättshjälpen har kunnat urholkas på detta sätt kan i sin tur förklaras av att det jämlikhetsintresse som ursprungligen bar upp rättshjälpssystemet – med ”90-talsögon” – inte längre betraktades som ett tungt vägande allmänintresse.

Eftersom den allmänna rättshjälpen genom 1996 års rättshjälpsreform gjordes generellt subsidiär till det privata rättsskyddet kan man naturligtvis invända att det idag saknar all betydelse hur rättshjälpslagen är utformad. Detta stämmer delvis – de flesta svenskar har en hemförsäkring, vars villkor således i praktiken avgör när, och under vilka närmare förutsättningar, ersättning för biträdeskostnader utgår. Av rättshjälpslagen framgår dock att rättshjälp endast får vägras om rättsskyddsförsäkringen ”omfattar angelägenheten”. Den allmänna rättshjälpen hade därför kunnat få betydelse i sådana måltyper som faller utanför försäkringarna, det vill säga för sådana biträdeskostnader som *det helt enkelt inte går att försäkra sig mot*, eftersom försäkringsbolagets kostnader, och därmed försäkringspremierna, skulle bli för höga om dessa måltyper inkluderades. Och som kommer att framgå nedan finns det ett antal civilprocessuella måltyper som inte omfattas av rättsskyddet.

Med de betydande (!) reservationer som ligger i det ovan sagda kan dock allmän rättshjälp i formell mening beviljas i det stora flertalet tvistemål (men endast till en liten personkrets). Svaret på frågan om en enskild part kan få ersättning för sina biträdeskostnader av staten är därför, för civilprocessens del, jakande, men med följande kvalifikation: Enskilda, som har tillräckligt låga inkomster, *kan få ersättning för sina biträdeskostnader i så gott som alla tvistemål*.⁴¹⁸⁰

⁴¹⁷⁸ Prop. 1996/97:9 s. 118.

⁴¹⁷⁹ SOU 2014:86 s. 226.

⁴¹⁸⁰ Under förutsättning att parten (1) tillhör de 40 procent av befolkningen som tjänar tillräckligt lite, (2) inte har en rättsskyddsförsäkring som omfattar angelägenheten, (3) inte heller borde ha haft en sådan försäkring, samt (4) inte är involverad i någon av de måltyper som gemene man ”typiskt sett” är involverad i (familjemål eller småmål).

8.2.2.2 Ersättning av staten i brottmål?

I brottmål kan rättshjälp inte beviljas åt den misstänkta/tilltalade, men däremot åt målsäganden.⁴¹⁸¹ Detta kan förklaras av att systemet med offentliga försvarare är generellt tillämpligt i alla brottmål, till skillnad från systemet med målsägandebiträden (som har vissa ”luckor” enligt nedan).

Vad först avser den misstänkta/tilltalades rätt till biträde följer av rättegångsbalken att offentlig försvarare på begäran skall förordnas åt den som är anhållen eller häktad, samt åt den som är misstänkt för ett brott för vilket det inte är stadgat lindrigare straff än fängelse i sex månader.⁴¹⁸² I dessa fall är således rätten till försvarare absolut, i den bemärkelsen att domstolen inte skall göra någon behovsprövning. Härutöver skall en offentlig försvarare förordnas om den misstänkta är i behov av försvarare med hänsyn till utredningen om brottet eller valet av påföljd, liksom om det föreligger särskilda skäl med hänsyn till den enskildas personliga förhållanden eller vad målet rör.⁴¹⁸³ I de senare fallen är som synes rätten till försvarare villkorlig; domstolen skall pröva om den misstänkta har ett ”verkligt” behov av försvarare. Av detta kan vi dra slutsatsen att rätten till offentlig försvarare omfattar *alla misstänkta/tilltalade oavsett vilket brott misstanken avser* – ytterst sett avgör behovet av försvarare om en sådan skall förordnas. Med andra ord är inget brottmål formellt undantaget från systemet, låt vara att rätten till offentlig försvarare är olika ”stark” i olika typer av mål, exempelvis därför att vikt skall fästas vid det för brottet föreskrivna minimistraffet.

Vad sedan gäller målsägandens rätt till biträde följer av lagen om målsägandebiträde – något förenklat – att ett sådant biträde skall förordnas vid sexualbrott och brott mot målsägandens liv och hälsa, frihet och frid, samt vid alla andra brott på vilket fängelse kan följa.⁴¹⁸⁴ Följaktligen finns det ett mindre antal lindrigare brottmål som faller utanför det aktuella systemet. Som framgått ovan kan dock rättshjälpsbiträde förordnas åt målsäganden enligt de allmänna förutsättningarna i rättshjälpslagen. Av detta kan vi dra slutsatsen att också målsäganden (i princip) alltid kan förordnas ett offentligt finansierat biträde vid behov.

Svaret på den uppställda frågan är således, för brottmålets del, också jakande: *Både den misstänkta/tilltalade och målsäganden har så gott som alltid (åtminstone en formell) möjlighet att få sina biträdeskostnader ersatta av staten.* Två ytterligare slutsatser förtjänar att framhållas:

För det första har systemen med offentliga försvarare/målsägandebiträden inte har urholkats i tillnärmelsevis lika hög grad som den allmänna rättshjälpen, vilket jag ovan har förklarat med hänvisning till att de intressen som bär upp dessa system representerar stabila statliga åtaganden. Rättssäkerhetsskäl (i relation till den misstänkta/tilltalade) samt humanitära skäl (i relation till målsäganden) har med andra ord fungerat som en tyngre motvikt i relation till det statsfinansiella intresset, än

⁴¹⁸¹ RhjL 7 § 2 st.

⁴¹⁸² RB 21 kap. 3 a § 1 st.

⁴¹⁸³ RB 21 kap. 3 a § 2 st.

⁴¹⁸⁴ LMB 1 §. Intressant att notera är således att rätten till målsägandebiträde har anknutits till brottets maximistraff, till skillnad från den ovillkorliga rätten till försvarare, som istället är anknuten till det för brottet föreskrivna minimistraffet.

de jämlikhetsskäl som ligger till grund för den allmänna rättshjälpen. Följaktligen är kostnaderna för offentliga försvarare idag den största kostnaden som belastar rättshjälpsanslaget, åtföljd av kostnaderna för målsägandebiträden.

Trots att rättssäkerhet och humanitet betraktas som ”prioriterade” intressen, har dock systemen med offentliga försvarare och målsägandebiträden inte varit immuna mot statsfinansiella överväganden. Och för att motivera restriktivare regler har regering och riksdag, för det andra, använt samma argumentationsmönster som inom den allmänna rättshjälpen. Liksom den enskildas behov av biträde i ett småmål kan ”kompenseras” genom en aktiv processledning från domstolen, anses således andra aktörer kunna fullgöra den offentliga försvararens/målsägandebiträdets uppgifter i straffprocessen:

Offentlig försvarare: ”Om försvarare inte medverkar *kan detta kompenseras* genom en mera aktiv processledning från domstolens sida.”⁴¹⁸⁵

Målsägandebiträde: ”Målsägandens behov av juridisk hjälp vid huvudförhandlingen bör många gånger *kunna tillgodoses* genom åklagarens försorg.”⁴¹⁸⁶

Genom att laborera med roll- och ansvarsfördelningen i rättegången har således regering och riksdag kunnat motivera restriktivare regelverk också i brottmål. Allra störst genomslag har dock kompensationsargumentet fått i förvaltningsmål, enligt vad jag nu skall sammanfatta.

8.2.2.3 Ersättning av staten i förvaltningsmål?

Förvaltningsmålen har under åren kastats in i och ut ur det allmänna rättshjälps-systemet på ett sätt som saknar motstycke, varför en kort återblick är motiverad.

Som jag har redogjort för i tidigare avsnitt omfattade lagen om fri rättegång – som föregick den äldre rättshjälpslagen – endast rättegången i allmän domstol. Utanför lagens tillämpningsområde föll således förvaltningsprocessen i dess helhet, vilket kom att betraktas som alltmer problematiskt i takt med att kontakt- och konfliktytorna mellan samhället och dess medborgare ökade i och med välfärdsstatens uppbyggnad.⁴¹⁸⁷ Alltsedan 1940-talet väcktes därför med regelbundenhet motioner i riksdagen, med krav på att rättshjälp borde beviljas också i mål inför förvaltningsdomstol. Samtliga dessa motioner mottogs på samma sätt; Lagutskottet vitsordade reformbehovet, men avstyrkte motionerna med hänvisning till pågående eller stundande utredningar, varefter riksdagen beslutade i enlighet med utskottets förslag. Enligt detta mönster sköts frågan på framtiden under flera decennier,⁴¹⁸⁸ ända till dess regeringen år 1968 tillkallade Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden. I utredningsdirektiven konstaterade departementschefen att det inte var ”tillfredsställande” att enskilda

⁴¹⁸⁵ Prop. 1983/84:23 s. 16.

⁴¹⁸⁶ Dir. 2005:19, i SOU 2007:6 s. 507.

⁴¹⁸⁷ SOU 1971:76 s. 44.

⁴¹⁸⁸ Se exv. prop. 1972:4 s. 43 samt SOU 1971:76 s. 45 och 60.

(bortsett från vissa undantagsfall) ”under alla omständigheter själv måste stå för sina kostnader i förvaltningsförfarandet”.⁴¹⁸⁹

För att komma tillrätta med problemet utvidgades rättshjälpsystemet genom antagandet 1972 års rättshjälpslag till att omfatta fler måltyper än tidigare; rättshjälpslag skulle framöver kunna medges i *alla rättsliga angelägenheter* vari sådan hjälp behövdes – således även i förvaltningsmål.⁴¹⁹⁰ I förarbetena uttalades det, att reformen skulle

”... leda till en *betydande utvidgning* av rättshjälpen i förhållande till vad som nu gäller. Den kommer att omfatta alla rättsliga angelägenheter som berör den enskildes privata förhållanden. Den täcker både judiciella och administrativa frågor och detta oavsett om saken anhängiggjorts vid domstol eller annan myndighet eller behandlas utan dess medverkan. Den föreslagna reformen innefattar alltså en *betydande satsning* från det allmännas sida i syfte att öka rättsskyddet och tryggheten i rättsliga angelägenheter.”⁴¹⁹¹

Enligt äldre rättshjälpslagen kunde således rättshjälpslag beviljas i förvaltningsprocessen efter samma premisser som i den allmänna processen; till skillnad från lagen om fri rättegång skulle frågan framöver ”bedömas *oberoende av kompetensfördelningen* mellan olika domstolar”.⁴¹⁹² I detta avseende innebar 1996 års rättshjälpslag ingen skillnad – åtminstone inte beträffande lagens formella tillämpningsområde. I teorin står således möjligheten att bevilja rättshjälpslag öppen oberoende av vilken myndighet eller vilken domstol som handlägger ett mål eller ärende.⁴¹⁹³ I praktiken har dock behovsbedömningens utformning medfört att rättshjälpslag så gott som aldrig beviljas i förvaltningsprocessen, vare sig vid myndighetens handläggning eller vid domstolens besvärprövning.⁴¹⁹⁴ I förarbetena till den nu gällande rättshjälpslagen konstaterade nämligen regeringen att det med hänsyn till förvaltningsdomstolarnas utredningskyldighet ”sällan [kan anses] föreligga behov av rättshjälpslag i dessa angelägenheter”.⁴¹⁹⁵ Kompensationsargumentet känner vi igen från ovan – genom att eliminera biträdesbehovet eliminerade lagstiftaren rätten till rättshjälpslag.

Med hänvisning till officialprincipens tillämpning i förvaltningsprocessen har således lagstiftaren dragit en gräns – formellt osynlig, men praktiskt påtaglig – mellan processformerna. Till skillnad från vad som gäller i tvistemål och brottmål anses behovet av biträde i förvaltningsmål, åtminstone som stark huvudregel, bli ”tillgodosett *genom domstolen själv [sic!]* på grund av reglerna om domstolens

⁴¹⁸⁹ SOU 1971:76 s. 44

⁴¹⁹⁰ I förarbetena uttryckte DepC (prop. 1972:4 s. 241), att ”rättsskyddsbehovet” ofta kunde ”vara lika starkt i ett ärende vid förvaltningsdomstol som i ett mål eller ärende vid allmän domstol” och att bedömningen av om rättshjälpslag skulle utgå därför borde ”bedömas oberoende av kompetensfördelningen mellan olika domstolar och andra myndigheter och oberoende av om ärendet är föremål för behandling vid myndighet över huvud taget”. Se vidare Ardhe (TSA 1984) s. 337.

⁴¹⁹¹ Prop. 1972:4 s. 92.

⁴¹⁹² Prop. 1972:4 s. 241.

⁴¹⁹³ Prop. 1996/97:9 s. 89.

⁴¹⁹⁴ Jfr Stendahl (2/2008) s. 84.

⁴¹⁹⁵ Prop. 1996/97:9 s. 89.

utredningsskyldighet”.⁴¹⁹⁶ Ställer man förarbetena till den äldre rättshjälpslagen mot förarbetena till den nya rättshjälpslagen, framgår kontrasten med all önskvärd tydlighet:

Äldre rättshjälpslagen	Nya rättshjälpslagen
”Frågan om rättshjälp skall utgå i ett visst ärende bör därför bedömas <i>oberoende</i> av kompetensfördelningen mellan olika domstolar och andra myndigheter ...” ⁴¹⁹⁷	”Behovet av biträde är <i>i hög grad beroende</i> av vilken domstol – allmän domstol eller allmän förvaltningsdomstol – som skall handlägga ärendet.” ⁴¹⁹⁸

Sammanfattningsvis är svaret på den uppställda frågan, att *förvaltningsmålen visserligen inte är formellt undantagna från den allmänna rättshjälpen, men att rättshjälpsbiträden i praktiken förordnas endast i flagranta undantagsfall*. Detta svar ger dock endast halva bilden, eftersom offentlig finansiering också finns att tillgå genom det idag fristående systemet med offentliga biträden.

Enligt lagen om offentligt biträde kan ett sådant biträde förordnas enligt särskilda föreskrifter i lag.⁴¹⁹⁹ Härav kan vi således inte dra några slutsatser kring systemets omfattning. Till skillnad från de (i princip) generella systemen med offentliga försvarare respektive målsägandebiträde i brottmål, har vi dock konstaterat att ett offentligt biträde endast kan förordnas i ett fåtal förvaltningsmål, framförallt vid beslut om (1) administrativa frihetsberövanden enligt tvångsvårdslagarna,⁴²⁰⁰ samt (2) om avvisning och utvisning enligt utlänningslagen (samt vid inte helt kortvariga frihetsberövanden enligt samma lag).⁴²⁰¹ Sätillvida kan systemet med offentliga biträden beskrivas som minimalistiskt – åtminstone i jämförelse med vad som gäller i brottmål. Detta har dock, som jag tidigare har visat, sina logiska förklaringar.

När Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden (och sedermera departementschefen) diskuterade hur systemet med offentliga biträden skulle avgränsas, betraktades det aktuella systemet endast som ett komplement till/en förstärkning av den allmänna rättshjälpen.⁴²⁰² En grundläggande premiss för avgränsningen till endast vissa måltyp var således, att rättshjälp skulle finnas att tillgå i alla förvaltningsmål som föll utanför systemet, genom den utvidgning av rättshjälpen som skedde genom 1972 års reform. Att en rätt till offentligt biträde inte infördes i exempelvis socialförsäkringsmål skall således *inte* förstås som att något behov av biträde *inte* ansågs föreligga – tvärtom förutsatte utredningen att den som ville anlita advokat i denna måltyp helt enkelt skulle kunna ”vända sig till vederbörande rättshjälpsmyndighet och där få fri eller subventionerad rättshjälp, innefattande bl.a. biträdeshjälp”.⁴²⁰³ Att

⁴¹⁹⁶ Lundin (2009) s. 291.

⁴¹⁹⁷ Prop. 1972:4 s. 241.

⁴¹⁹⁸ Prop. 1996/97:9 s. 115.

⁴¹⁹⁹ LOB 1 §.

⁴²⁰⁰ LVM 42 §, LVU 39 §, LPT 38 a § och LRV 22 a §. Se även smittskyddslagen 8 kap. 9 §.

⁴²⁰¹ UdL 18 kap. 1 § samt LSU 27 §.

⁴²⁰² SOU 1971:76 s. 71.

⁴²⁰³ SOU 1971:76 s. 188.

det fanns ett behov av biträde – och därmed en rätt till rättshjälp – tog utredningen för självklart.⁴²⁰⁴ I den efterföljande propositionen anslöt sig departementschefen till utredningens ståndpunkt; allmän rättshjälp skulle ”alltid [stå] till buds” i sådana måltyper där behov av offentligt biträde inte ansågs föreligga.⁴²⁰⁵ Som vi har konstaterat ovan är detta inte längre en adekvat beskrivning av den allmänna rättshjälpens omfattning, dels eftersom rättshjälpen idag endast omfattar 40 procent av befolkningen, dels eftersom den i praktiken inte omfattar förvaltningsmål. Om en enskild, som i och för sig tillhör den personkrets som kan komma ifråga för rättshjälp, ansöker om sådan hjälp i ett vanligt socialförsäkringsmål, kommer vederbörande att få avslag på sin ansökan. Detta då något behov av biträde inte längre anses föreligga, trots att biträdesbehovet i socialförsäkringsmål karaktäriserades som både ”avsevärt” och ”påtagligt” när denna måltyp en gång i tiden hänfördes till just rättshjälpssystemet (istället för systemet med offentligt biträdet).

Sammanfattningsvis kan vi därmed konstatera att det inte finns någon generell möjlighet att erhålla ett offentligt biträde i förvaltningsmål, därför att systemet infördes under en tid då allmän rättshjälp var generellt tillgängligt, åt nästan alla människor och i nästan alla måltyper – även i förvaltningsmål. Att rättshjälp idag inte beviljas i förvaltningsmål har således medfört att offentlig finansiering i praktiken *endast förekommer i de måltyper som omfattas av systemet med offentligt biträde*. I övriga låt säga 500 olika måltyper finns det inte en formell möjlighet att få ett offentligt biträde förordnat, och inte heller en reell möjlighet att få ett rättshjälpsbiträde förordnat (annat än i flagranta undantagsfall).

8.2.3 Tredjemansfinansiering

Vad slutligen avser de olika privata rättsskyddsförsäkringarna finns det en tydlig koppling till den allmänna rättshjälpens omfattning. Enligt ett typiskt standardvillkor gäller således rättsskyddet för ”tvist, som kan prövas som tvistemål (T-mål) av tingsrätt, hovrätt eller Högsta domstolen”.⁴²⁰⁶ Redan här framgår, motsatsvis, tre viktiga begränsningar: rättsskyddet gäller *inte* i (1) förenklade tvistemål (FT-mål); (2) brottmål; eller (3) förvaltningsmål.

Vad först gäller tvistemålen är alltså småmålen undantagna.⁴²⁰⁷ Detsamma gäller dock en rad andra civilprocessuella måltyper, där särskilt de familjerättsliga tvisterna bör uppmärksammas. Försäkringen omfattar nämligen inte tvister med någon som den försäkrade ”är eller har varit gift, registrerad partner eller sammanboende med”, med ett undantag från undantaget: Tvist om vårdnad, umgänge och barns boende

⁴²⁰⁴ Se SOU 1971:76 s. 185, där utredningen bl.a. konstaterade att ”behovet av rättshjälp på socialförsäkringsområdet är avsevärt” liksom att det ”alltid på detta område [måste] finnas ett påtagligt behov av rättshjälp i egentlig mening”.

⁴²⁰⁵ Prop. 1972:132 s. 172. Se även a. prop. s. 184: ”Den allmänna rättshjälpen innefattar möjlighet till biträdes hjälp i alla socialförsäkringsärenden där behov av sådan hjälp föreligger.”

⁴²⁰⁶ Folksam, *Hem och villa* (Försäkringsvillkor 2017-01-01), p. C11.

⁴²⁰⁷ Vilket brukar förtydligas ungefär så här: ”Försäkringen gäller inte för tvister som vid en rättslig prövning ska handläggas som så kallade småmål. Med småmål menas tvister där värdet av vad som yrkas inte överstiger ett halvt prisbasbelopp.” Se Folksam, *Hem och villa* (Försäkringsvillkor 2017-01-01), p. C12.

omfattas, men bara om tvisten uppkommer *tidigast ett år efter* det att äktenskapet, partnerskapet eller sammanboendet upphörde.⁴²⁰⁸ Sammantaget kan vi därmed konstatera att enskilda har möjlighet att få ersättning för sina biträdeskostnader i sedvanliga tvistemål, dock inte i sådana tvister som gemene man löper störst ”risk” att hamna i, det vill säga vårdnadstvister (som uppstår *tidigare än ett år efter* separation) samt tvister om mindre värden. Som framgått ovan är detta samma måltypen som dels omfattas av särskilda kvittningsregler, dels av kravet på ”särskilda skäl” i rättshjälpslagen.

Att rättsskyddet som utgångspunkt inte omfattar brottmålen framstår som naturligt mot bakgrund av att systemet med offentliga försvarare/målsägandebiträden omfattar (i princip) alla brottmål. Kring denna begränsning finns det därför inte så mycket att säga.

Vad slutligen gäller förvaltningsmålen är dessa, som framgått ovan, också generell undantagna från rättsskyddets omfattning.⁴²⁰⁹ I jämförelse med brottmålen får detta undantag betydligt större betydelse, eftersom systemet med offentliga biträden endast omfattar ett fåtal måltypen samtidigt som allmän rättshjälp endast undantagsvis beviljas i övriga måltypen. I förarbetena till rättshjälpslagen konstaterades också, mycket riktigt, att skillnaden mellan dessa två ersättningssystem, mot bakgrund av den i rättshjälpslagen föreskrivna behovsprövningen, i praktiken inte är så stor: ”Varken rättshjälp eller rättsskydd kan alltså normalt erhållas i [förvaltningsmål].”⁴²¹⁰

8.2.4 Kostnadsrättsliga vakuum

Med detta har vi diskuterat biträdeskostnadernas hantering inom de tre olika ersättningsnivåerna i relation till tvistemålen, brottmålen och förvaltningsmålen. Låt mig därför konkretisera slutsatserna från föregående avsnitt, innan vi fördjupar vissa argument.

I alla *tvistemål* som inte omfattas av särskilda regler fördelas biträdeskostnaderna mellan parterna enligt rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning åt vinnande part, med ett motsvarande kostnadsansvar för tappande part.⁴²¹¹ Särskilda kvittningsregler finns dock i ett antal måltypen där det strikta kostnadsansvaret – framförallt dess processavskräckande effekt – anses särskilt problematiskt, bland annat i familjerättsliga mål (där utrymmet att kvitta kostnaderna har utvidgats) samt i tvistemål om mindre värden (där kostnaderna kvittas partiellt).⁴²¹² På motsvarande sätt är (i princip) ingen civilprocessuell måltyp generellt undantagen från

⁴²⁰⁸ Folksam, *Hem och villa* (Försäkringsvillkor 2017-01-01), p. C12. Denna ettårsfrist har alla bolag i sina villkor (se jämförelsen på <http://www.konsumenternas.se/forsakring/olika-forsakringar/om-hemforsakringar/jamfor-hemforsakringar>).

⁴²⁰⁹ Vilket brukar förtydligas enligt följande: ”Rättsskyddet gäller alltså inte för tvister som enbart kan prövas av administrativa myndigheter eller domstolar, till exempel lantmäterimyndighet, hyresnämnd, länsstyrelse eller förvaltningsdomstolar.” Se Folksam, *Hem och villa* (Försäkringsvillkor 2017-01-01), p. C11.

⁴²¹⁰ Prop. 1996/97:9 s. 89.

⁴²¹¹ RB 18 kap. 1 och 8 §§.

⁴²¹² Se FB 3 kap. 11 §, 6 kap. 22 § och 7 kap. 19, samt RB 18 kap. 8 a §.

den allmänna rättshjälpen.⁴²¹³ Krav på särskilda skäl uppställs dock i vissa vanligt förekommande måltyper, däribland familjemål och småmål, vilket i praktiken medför att rättshjälp ytterst sällan beviljas i dessa måltyper.⁴²¹⁴ Dessa undantag korrelerar också väl det privata rättsskyddet, som omfattar de flesta sedvanliga tvistemål, men inte tvister med någon som den försäkrade har varit gift, registrerad partner eller sammanboende med (med undantag för vårdnadstvister som uppkommer ett år efter separation), och inte heller förenklade tvistemål.

I alla *brottmål* fördelas biträdeskostnaderna mellan parterna enligt principen om full kostnadstäckning vid friande dom, och detta utan att den tilltalade är underkastad ett motsvarande kostnadsansvar vid fällande dom (då kostnaderna kvittas partiellt, och kan efterges helt).⁴²¹⁵ Den tilltalade kan också förordnas offentlig försvarare i alla brottmål.⁴²¹⁶ Däremot omfattar varken rättshjälpen eller rättsskyddet kostnader för försvarare. För målsäganden är situationen i princip densamma; en rätt till målsägandebiträde föreligger i så gott som alla brottmål, förutom vid vissa lindrigare brott som inte har fängelse i straffskalan. I gengäld har målsäganden inte undantagits från den allmänna rättshjälpen.

I *förvaltningsmål* tillämpas kvittningsprincipen som en oskriven huvudregel i alla måltyper där ersättning för kostnader inte kan dömas ut med stöd i lag (vilket innebär att kostnadsersättning inte kan utgå ens om det föreligger särskilda/synnerliga skäl). Sådant lagstöd finns endast i skattemål, där den skattskyldiga kan erhålla kostnadstäckning bland annat vid en processvinst (men även vid en processförlust, och dessutom utan något motsvarande kostnadsansvar). Offentlig finansiering kan i teorin komma ifråga dels genom rättshjälpsbiträde, dels genom offentligt biträde. I praktiken beviljas dock inte rättshjälp i förvaltningsmål på grund av den restriktiva behovsprövningen, vilket medför offentlig finansiering endast förekommer i de fåtalet måltyper som omfattas av systemet med offentligt biträde. Till detta kommer att hemförsäkringarnas rättsskydd inte omfattar tvister inför förvaltningsdomstol.

Mot denna bakgrund vill jag påstå att den distinktion som jag redan inledningsvis gjorde mellan den allmänna processen och förvaltningsprocessen i allt väsentligt har stöd i den nu genomförda studien. I tvistemål och brottmål finns det ett flertal samverkande regelsystem varigenom den enskilda parten – märk väl, som huvudregel – kan få sina biträdeskostnader ersatta, i vart fall vid en framgångsrik process. Denna huvudregel är dock försedd med ett antal undantag, och av dessa vill jag särskilt framhålla familjemålen och småmålen. Vad som gör dessa måltyper intressanta är att de *träffas av särskilda undantagsregler inom samtliga ersättningsystem*: (1) kostnaderna fördelas *inte* enligt rättegångsbalkens huvudregel; (2) rättshjälp beviljas *endast* om det föreligger särskilda skäl (vilket det enligt praxis nästan aldrig gör); och (3) hemförsäkringarnas rättsskydd har *undantagit* dessa måltyper från försäkringsskyddet⁴²¹⁷. Och

⁴²¹³ RhjL 10 §.

⁴²¹⁴ RhjL 11 §.

⁴²¹⁵ RB 31 kap. 1-2 §§.

⁴²¹⁶ RB 21 kap. 3 a §.

⁴²¹⁷ Dock med ett undantag från undantaget: vårdnadstvister som uppkommer *senare* än ett år efter en separation.

utan att kunna underbygga detta påstående empirisk vågar jag mig på en kvalificerad gissning: Om gemene man – som inte har invecklade ekonomiska mellanhavanden med andra – någon gång behöver väcka talan eller svara i allmän domstol, är det sannolikt att vederbörande kommer att uppträda som part antingen i ett familjemål (exempelvis en vårdnadsvist som uppkommer i direkt anslutning till en separation), eller i ett småmål (oftast i egenskap av svarande). Att just dessa måltyper är undantagna får därmed betraktas som anmärkningsvärt.

Vad som är undantag i den allmänna processen representerar dock huvudregeln i förvaltningsprocessen. I förvaltningsmål har nämligen den enskilda att bära sina egna kostnader för biträde, till och med när den enskilda står som vinnande part. Även denna huvudregel har dock intressanta undantag: I skattemål har lagstiftaren frångått kvittningsprincipen, och vid vissa beslut enligt utlännings- och tvångsvårdslagarna kan offentliga biträden förordnas. Dessa undantag – som jag strax återkommer till – är dock inte så många till antalet att den generella bilden rubbas. Med bortseende från skattemål, tvångsvårdsmål och utlänningsmål är *förvaltningsprocessen i sin helhet ett stort kostnadsrättsligt vakuum*, åtminstone vad gäller biträdeskostnader.

8.3 Biträdesbehovet – några kritiska reflektioner

Som vi har konstaterat ovan medför kostnadsrättsliga vakuum att enskilda individer mycket sällan kan anlita biträde.⁴²¹⁸ Huruvida detta är ett problem går dock inte att diskutera på ett tillfredsställande sätt, om vi inte också beaktar parternas ”behov” av biträde. I avhandlingens del III breddade jag därför studien till att också omfatta frågan varför enskilda anses ha behov av biträde i vissa måltyper, men inte i andra. Att erbjuda ett svar på denna fråga visade sig emellertid vara mycket svårt, framförallt av två skäl: för det första eftersom biträdesbehovet endast ger uttryck för en värdering; för det andra eftersom denna värdering inte alltid framstår som rationellt underbyggd. Följande slutsatser förtjänar att framhållas.

8.3.1 Lagstiftarens förhållningssätt till biträdesbehovet

Att lagstiftningen utgår ifrån/ger uttryck för värderingar är naturligt, eftersom juridik kan betraktas som frusen politik. En nyanserad diskussion kring lagstiftningens innehåll förutsätter dock att vi gör oss kvitt metafysiken, det vill säga åtminstone skiljer mellan värderingar och utsagor om verkligheten.

Ett ”behov” kan inte existera i verkligheten. Påståendet att enskilda parter har behov av biträde i vissa måltyper/saknar behov av biträde i andra måltyper ger således uttryck för värderingar, som på sin höjd kan vara mer eller mindre ”verklighetsförankrade”. Detta till trots talar lagstiftaren frekvent om parternas biträdesbehov *som om behovet vore verkligt*. En övergripande slutsats från kapitel 7 är att detta språkbruk

⁴²¹⁸ Se avsnitt 7.4.2.1 ovan.

fördunklar diskussionen och öppnar upp för skenargumentation, där lagstiftaren kan framföra ”förstuckna värderingar under falsk skylt”.⁴²¹⁹ Jag menar också att biträdesbehovet används på detta sätt i förarbetena. Genom att förklara att parterna saknar (ett ”verkligt”) behov av biträde har lagstiftaren nämligen kunnat legitimera restriktiva ersättningsregler och samtidigt upprätthålla ”berättigade krav” på rättssäkerhet. Föreställningen om ett objektivt konstaterbart biträdesbehov används således som en ”fasadlegitimerande slöja” bakom vilken den egentliga intresseavvägningen – den mellan rättssäkerhet och kostnadseffektivitet – döljs.⁴²²⁰ Tillåt mig att kort motivera detta påstående.

Som jag har visat i kapitel 7 går det med viss möda att bryta ned biträdesbehovet i mindre beståndsdelar, vilket åtminstone möjliggör en problematisering av de skäl som lagstiftaren har anfört till stöd för kostnadsreglernas utformning. Även en värdering kan nämligen vara mer eller mindre rationellt underbyggd.⁴²²¹ Påståendet att enskilda har behov av biträde i måltypen X/saknar behov av biträde i måltypen Y måste exempelvis – för att framstå som rationellt – anses innefatta ett implicit påstående om förekomsten av vissa omständigheter, som särskiljer de två måltyperna från varandra. Om några sådana särskiljande omständigheter inte föreligger, är det knappast rationellt att beskriva behovet av biträde på olika sätt i de två måltyperna. Kapitel 7 ägnades därför åt en kritisk granskning av de omständigheter (”påverkansfaktorer”) som lagstiftaren har valt att framhålla, framförallt för att särskilja den allmänna processen från förvaltningsprocessen. Denna studie utmynnade i slutsatsen att vad lagstiftaren har anfört om parternas (”verkliga”) biträdesbehov inte är förankrat i några empiriska studier, och inte heller framstår som särskilt väl förankrat i den ”processuella verkligheten” vid våra två domstolsslag.

Mellan den allmänna processen och förvaltningsprocessen föreligger möjligen vissa gradskillnader, men inte längre någon artskillnad. Det är knappast så att den ena processformen kan beskrivas som generellt ”svår” och den andra som generellt ”enkel”, åtminstone inte om vi beaktar de försvårande/förenklande omständigheter som lagstiftaren själv har fäst vikt vid i förarbetena. Att den allmänna processen präglas av förhandlingsprincipen/de allmänna domstolarna är ”passiva”, medan förvaltningsprocessen präglas av officialprincipen/förvaltningsdomstolarna är ”aktiva”, är helt enkelt inte en rättvisande beskrivning – i synnerhet inte efter tvåpartsreformen. Påståendet att enskilda parter har ett behov av biträde i allmän domstol, men saknar behov av biträde i förvaltningsdomstol, kan således inte betraktas som fullt ut rationellt underbyggt. Detta bekräftas också av ett flertal empiriska studier, som alla har visat att sannolikheten för att enskild skall vinna framgång med sin talan i förvaltningsdomstol är högre om vederbörande har tillgång till biträde, än om parten processar pro se.

Mot bakgrund av att de skäl som har anförts till stöd för kostnadsreglernas utformning inte håller för en kritisk granskning finns det anledning att söka

⁴²¹⁹ Olivecrona (1940) s. 60 f.

⁴²²⁰ Glavá & Petrusson (2002) s. 110.

⁴²²¹ Ekelöf, Edelstam & Heuman (2009) s. 13 fn. 3.

alternativa förklaringar till varför lagstiftaren med stor envishet har försökt att upprätthålla den generella skiljelinjen mellan våra två processformer. Varför påstås det att förvaltningsdomstolarna är aktiva, när empiriska undersökningar har visat att nivån på den materiella processledningen i vissa avseenden inte ens når upp till den processledningsnivån som anses gälla i dispositiva tvistemål? Varför påstås det att enskilda saknar behov av biträde i förvaltningsmål, när empiriska undersökningar har visat att avsaknaden av biträde väsentligen försämrar partens processodds? Dessa frågor går inte att besvara, eftersom vi omöjligen kan veta någonting om de outtalade intressen som kan antas påverka lagstiftningens utformning.

Vad vi däremot kan konstatera är, för det första, att föreställningen att enskilda med enkelhet kan föra sin egen talan i förvaltningsmål har lagts till grund för en ordning där enskilda inte kan tillerkännas ersättning för sina biträdeskostnader av motparten ens vid en processvinst (och detta oavsett med vilken omsorg det allmänna har fört sin talan), och inte heller beviljas rättshjälp (annat än i flagranta undantagsfall). Att enskilda parter i hög utsträckning processar utan biträde har också, för det andra, kunnat (bort)förklaras av att processen är så pass enkel, att enskilda väljer att föra sin egen talan. Det faktum att lagstiftaren anser att enskilda saknar behov av biträde i tvister med staten medför alltså att staten kan spara åtskilliga hundratals miljoner kronor genom att inte behöva utge ersättning för biträdeskostnader. Att försöka besvara frågan varför enskilda anses sakna behov av biträde i förvaltningsmål utan att beakta detta statsfinansiella intresse framstår – milt uttryckt – som naivt.

Jag har ovan talat om kostnadsreglerna som lagstiftarens reaktion på parternas biträdesbehov. Eftersom behovet av biträde definieras av lagstiftaren kan man dock på goda grunder anta att det i praktiken föreligger en växelverkan mellan den rättsliga hanteringen av biträdeskostnader och det rättsligt konstruerade biträdesbehovet. Ja, kostnadsersättning utgår i sådana måltypen där parterna anses ha behov av biträde, men hur lagstiftaren sluter sig till att enskilda har behov av biträde är höljt i dunkel. Förmodligen påverkas det juridiskt definierade biträdesbehovet av en rad faktorer, däribland om lagstiftaren – i det rådande statsfinansiella läget – kan/vill ersätta kostnaderna för biträde.

Enligt min uppfattning kan inte biträdeskostnaderna – ens vid en vidsträckt tolkning av ordet ”behov” – betraktas som ett moment i biträdesbehovet som sådant, eftersom dessa kostnader inte säger någonting om partens förmåga att föra sin egen talan i en viss måltyp. Det finns också starka skäl att särskilja de omständigheter som anses ge upphov till ett behov från de åtgärder som krävs för att hantera ”behovet”, eftersom det annars blir omöjligt att göra en transparent avvägning mellan olika i viss mån konträra intressen. Historien har lärt oss att det inte går att ställa intresset av rättssäkerhet mot intresset av kostnadseffektivitet, om begreppet rättssäkerhet omdefinieras till att också innefatta kostnadseffektivitet. På samma sätt förhåller det sig med biträdesbehovet – när detta behov konstrueras kan kostnaderna för biträde inte utgöra en faktor som avgör om parten skall anses ha eller sakna ett behov. Av allt att döma sker dock en sådan sammanblandning.

Sammanfattningsvis menar jag att vi bör eftersträva en mer nyanserad – i bemärkelsen mindre metafysiskt belastad – diskussion kring enskilda parters förmåga att föra sin egen talan inför svensk domstol. En sådan diskussion bör i högre grad vara empiriskt underbyggd och förankrad i den processuella verkligheten vid våra domstolar. I utlandet har ett närmast oräkneligt antal vetenskapliga studier ägnats åt temat ”lawyer advantage”, till skillnad från i Sverige där antalet studier kan räknas på två händer, och dessutom baseras på ett tämligen begränsat empiriskt underlag. Vad jag framförallt efterfrågar är således (1) mer empiriskt grundad kunskap samt (2) en ökad transparens i avvägningen mellan olika motstående intressen. Det torde stå klart för alla och envar att vi av statsfinansiella skäl inte kan tillhandahålla gratis biträde åt alla enskilda i alla måltyper. Följaktligen måste vi prioritera mellan olika i och för sig angelägna samhällsliga behov, vilket är ett normalt inslag i en demokrati. Om vi inte ens vet om att vi prioriterar mellan olika motstående intressen är det dock omöjligt att diskutera hur vi skall prioritera, vilket kortsluter det demokratiska samtalet.

8.3.2 Domstolarnas prövning av biträdesbehovet

I kapitel 7 diskuterade jag slutligen domstolarnas behovsprövning. Även om min huvudsakliga kritik är riktad mot lagstiftarens hantering av biträdesbehovet menar jag att det vid tillämpningen av behovsrekvisiten också finns utrymme för nyansering. Framförallt vill jag framhålla två punkter, som knyter an till distinktionen mellan rättsfrågor och sakfrågor.

Vad först gäller rättsfrågan – huruvida parten har ett ”rättsligt behov” av biträde – visade jag i kapitel 7 att ordet behov är så öppet att i princip vilka omständigheter som helst på verklighetsplanet kan anses grunda ett behov. Att lagstiftaren i relation till varje behovsrekvisit – genom uttalanden i förarbetena – har preciserat vilka omständigheter som är rättsligt relevanta är därför inte ägnat att förvåna. Inte heller är sådana avgränsningar nödvändigtvis av ondo, eftersom en inskränkning av domstolarnas fakultativa utrymme främjar likformigheten och förutsebarhet i tillämpningen. Det är också självklart att domstolarna skall vara lojala mot lagstiftaren vid uttolkningen av gällande rätt, det vill säga utgå ifrån förarbetena i rättstillämpningen. Med dessa reservationer på plats menar jag dock att det finns utrymme för domstolarna att göra mer nyanserade behovsprövningar inom ramen för gällande rätt. Detta genom att i högre grad tillmäta det objektiva och det subjektiva kriteriet självständig vikt, det vill säga faktiskt göra en avvägning mellan målets svårighetsgrad och den enskilda partens personliga kvalifikationer. I Sverige tycks nämligen målets komplexitet betraktas som ett binärt kriterium, såtillvida att en viss måltyp antingen är ”enkel” eller ”svår” – alldeles oavsett partens kvalifikationer. Att alla människor har samma förmåga att processa i domstol är dock en befängd tanke. Målets svårighetsgrad bör således betraktas som ett relativt kriterium, som får bedömas i ljuset av partens personliga förhållanden. En sådan nyanserad bedömning

kan motiveras med hänvisning till Europadomstolens praxis, där båda kriterierna tillmäts självständig vikt.

Vad sedan avser sakfrågorna – de konkreta omständigheter som grundar biträdesbehovet – visade jag i kapitel 7 att det finns en tendens hos lagstiftaren att uttala sig om den processuella verkligheten vid våra domstolar, samt en tendens hos domstolarna att acceptera lagstiftarens verklighetsbeskrivning vid subsumtionen av fakta under det aktuella behovsrekvisitet. Jag konstaterade dock att förarbetena inte nödvändigtvis är en tillförlitlig kunskapskälla när det kommer till empiriska frågor, och inte heller kan betraktas som en ”bindande” källa i sådana frågor. Istället för att okritiskt utgå ifrån icke-underbyggda påståenden i förarbetena om att förvaltningsdomstolarna är ”aktiva” bör därför behovsprövningen – enligt min mening – utgå ifrån vad vi på empiriska grunder vet om nivån på domstolarnas materiella processledning, det vill säga att förvaltningsdomstolarna inte är mer aktiva än de allmänna domstolarna. Och istället för att utgå ifrån att det är ”enkelt” för enskilda att komma till sin rätt i förvaltningsdomstol, bör behovsprövningen utgå ifrån vad vi på aggregerad nivå faktiskt vet om förhållandet mellan tillgång till biträde och utgången i målet, det vill säga att parter som saknar biträde har väsentligt sämre processodds än parter som har tillgång till biträde.

8.4 ”Access” ... till vad?

Det övergripande syftet med denna avhandling har varit att ställa biträdeskostnadernas hantering i svensk rätt i relation till de delvis överlappande kraven på ”Access to Justice” respektive ”Access to Court”. En generell slutsats som kan dras av det föregående är att en ”biträdeslös” process är ägnad att säkerställa tillträde till domstol i snäv mening, eftersom höga kostnader för biträde inte kommer att hindra, och inte heller avskräcka, mindre bemedlade från att processa i domstol. Givet de svårigheter som en domstolsprocess är förenad med – alldeles oavsett vilka ”förenklade åtgärder” som vidtas – får dock tillgång till biträde anses främjar en effektiv och rättvis domstolsprövning. Vilket utav dessa intressen som skall tillmätas störst vikt är en öppen fråga. Min rent personliga uppfattning är dock att inte särskilt mycket är vunnet på att enskilda initierar processer med minimala utsikter att vinna framgång, antingen därför att deras talan är helt obefogad, eller därför att de inte kan föra sin egen talan på ett effektivt vis. Det sagda kan illustreras av den svenska förvaltningsprocessen.

Att överklaga en förvaltningsmyndighets beslut till förvaltningsdomstol är gratis, och eftersom kostnaderna kvittas mellan parterna finns det ingen kostnadsrisk som kan avskräcka enskilda från att väcka talan. Följaktligen kan alla oavsett inkomst initiera en process inför förvaltningsdomstol. Eftersom kostnaderna kvittas, och varken rättshjälp eller rättsskydd beviljas, kan dock det stora flertalet inte anlita biträde. Alla måltyper sammantaget är också bifallsfrekvensen i överklagandemål påfallande låg – de flesta som överklagar ett myndighetsbeslut till förvaltningsdomstol förlorar processen. Att så är fallet kan förmodligen förklaras av en kombination av ovanstående omständigheter: dels att många enskilda överklagar beslut helt utan fog,

dels att många enskilda – som i och för sig har fog för sin talan – misslyckas med att föra sin egen talan på ett ändamålsenligt vis. Detta har naturligtvis också en kostnad.

Eftersom den svenska diskussionen kring fördelarna och nackdelarna med advokatmedverkan i domstolsprocess får betraktas underutvecklad, skall jag i detta avsnitt placera svensk rätt i en internationell kontext. Närmare bestämt skall jag ställa två extremer mot varandra: å ena sidan rätten till självrepresentation (common law) och å andra sidan ett generellt advokattvång (civil law).

8.4.1 Att tillåta självrepresentation säkerställer tillträde till domstol

Som jag antydde i det inledande kapitlet till denna avhandling kan de angloamerikanska respektive kontinentaleuropeiska rättssystemen beskrivas som varandras motsatser såvitt avser den rättsliga regleringen av advokatmedverkan i domstolsprocess. Inom common law anses rätten att representera sig själv ("the right to self-representation") utgöra en grundläggande processuell rättighet, som tillkommer parter i både civila mål och brottmål.⁴²²² Följaktligen finns det – framförallt i USA – en initierad debatt kring vilka problem som självrepresentation i domstol ger upphov till. Detta till skillnad från kontinentaleuropeiska system, där parterna är underkastade ett advokattvång.⁴²²³

8.4.1.1 Den "urgamla rätten" att föra sin egen talan inför svensk domstol

Som utgångspunkt anknyter svensk rätt till den angloamerikanska traditionen på så vis, att enskilda parterna är inte – och av hävd inte har varit – underkastade något formellt biträdestvång.⁴²²⁴ I sitt betänkande anförde Processkommissionen följande:

"I vårt land torde den uppfattningen *av gammalt hava starkt fäste*, att envar bör äga själv tala och svara för sig inför rätta. En föreskrift, att part alltid skulle vara pliktig att låta sig i rättegången företrädas av advokat, skulle därför helt säkert *starka stöta den allmänna rättsuppfattningen*. För part kan ock nödvändigheten att i varje fall anlita ett ombud vara betungande, särskilt om tvisteföremålet är av obetydligt värde."⁴²²⁵

⁴²²² Ang. civila mål; se exv. Genn i förordet till Assy (2015) s. viii, som anför att "common law countries regard self-representation as a fundamental right – irrespective of a litigant's ability, resources, or motives for commencing or defending litigation" samt a.a. s. 1 och 9, och Assy (C.J.Q. 30/2011) s. 268. Ang. brottmål; se Boas (2006) s. 42 ff., som diskuterar principens tillämpning i USA, Kanada, Storbritannien, Australien och Nya Zeeland samt exv. Zavoli, Ilaria, *The Right to Self-Representation in International Criminal Justice. Between Legal Fairness and Judicial Effectiveness* (DPC July 17/2014) s. 1-17 under p. 1.1 "The Civil Law and Common Law Systems Approach".

⁴²²³ Se, ang. civila mål, Assy (2015) s. 1 samt, ang. brottmål, Boas (2006) (s. 40) och Scharf (J. Int'l Crim. J. 4/2006) s. 35 f.

⁴²²⁴ Ekelöf et al. (2016) s. 217 ff. och jfr den något utförligare diskussionen i Ekelöf & Edelstam (2002) s. 190 ff.

⁴²²⁵ SOU 1926:31 s. 210. Enligt PK skulle "större olägenhet" inte uppstå om enskilda förde sin egen talan i "enklare fall", och i "mera invecklade processer" utgick kommissionen ifrån att enskilda sällan skulle underlåta att skaffa sig sakkunnigt biträde.

Vid den efterföljande behandlingen anslöt sig departementschefen till kommissionens ståndpunkt:

”I vårt land har *av ålder gällt den grundsatsen*, att part äger utan anlitande av ombud inför alla domstolar, såväl lägre som högre, själv utföra sin talan. [...] Att denna *partens urgamla rätt* bör bibehållas i en ny rättegångsordning torde icke kunna bli föremål för delade meningar.”⁴²²⁶

Detta uttalande var möjligtvis korrekt i 1930-talets Sverige, men är idag – åtminstone i en internationell kontext – direkt felaktigt. Det råder just delade meningar om enskilda parter överhuvudtaget skall tillåtas att själva utföra sin talan, och som vi strax kommer att se finns det en global tendens att begränsa rätten till självrepresentation. Som Bylander konstaterar kom dock ett bibehållande av grundsatsen att bli fallet vid utformningen av den nya balken.⁴²²⁷ I motiven karaktäriserade Processlagberedningen rent av partens frihet att föra sin egen som en grundsats, under anförande av följande:

”Såsom tidigare framhållits vilar förslaget på den grundsatsen, att part alltid äger att själv utföra sin talan inför alla domstolar, såväl högre som lägre. Å andra sidan bör i tvistemål part oavsett målets beskaffenhet äga rätt att låta sin talan föras genom ombud.”⁴²²⁸

Annorlunda uttryckt skulle det vara partens exklusiva privilegium att antingen anlita biträde eller låta bli att biträdas, och denna grundsats fastslogs i rättegångsbalkens 12 kapitel 1 och 22 §§. En i princip motsvarande ordning infördes också i brottmål; i balkens dåvarande 21 kapitel 1 och 3 §§ klargjordes att den tilltalade alltid ägde föra sin egen talan, eller välja att biträdas av en försvarare.⁴²²⁹

Under 1990-talet fick frågan om advokattvång i allmän domstol förnyad aktualitet,⁴²³⁰ genom Hovrättsprocessutredningens (icke genomförda) förslag om att införa ett fakultativt ombudstvång i hovrätt, enligt vilket hovrätten skulle få förelägga parten att anlita ombud om detta var ”nödvändigt med hänsyn till hur klaganden tidigare under målets handläggning utfört sin talan.”⁴²³¹ Den föreslagna regeln ansågs dock

⁴²²⁶ Prop. 1931:80 s. 101 f.

⁴²²⁷ Bylander (2006) s. 402.

⁴²²⁸ SOU 1938:44 s. 162. Se även a. SOU s. 160, där PLB uttryckte samma sak, fast negativt: ”Av den allmänna motiveringen framgår, att det föreliggande förslaget icke vilar på grundsatsen om advokattvång för parterna i tvistemål. Parterna äga sålunda principiellt alltid att själva föra sin talan.”

⁴²²⁹ SOU 1938:44 s. 270.

⁴²³⁰ Jfr SOU 1995:124 s. 266: ”Frågan om part bör kunna åläggas att föra sin talan genom ombud (ombudstvång) har inte övervägts tidigare.”

⁴²³¹ Se utredningens förslag till RB 12 kap. 25 §, i SOU 1995:124 s. 28 f. Den fakultativa regeln kontrasterade utredningen mot ett ”generellt ombudstvång”, i följande ordalag (s. 269): ”Något behov i dessa mål av *generellt ombudstvång* föreligger inte i hovrätten. Vanligen har part redan anlitat ombud och i de fall han inte gjort det behövs i regel inget ombud. Mot ett *generellt ombudstvång* i hovrätten talar även att den nuvarande ordningen bygger på den sedan länge förhärskande uppfattningen att var och en själv skall kunna föra sin talan och själv avgöra om och i så fall när ett ombud av något slag skall anlitas. Det förda resonemanget bör inte skymma det faktum att det i vissa – tämligen sällsynta – fall ändå finns ett behov av att kunna ålägga en part att föra sin talan genom ombud.” Inte heller regeringen diskuterade förslaget i termer av fakultativ/obligatorisk reglering, utan karaktäriserade istället utredningens förslag som ett ”blygsamt ombudstvång”.

alltför radikal och infördes därför inte – återigen med hänvisning till vår ”urgamla” tradition:

”Svensk rätt *har alltid* medgett att parterna för sin egen talan, om de vill. Ett inslag med ombudstvång, om än blygsamt, skulle därför innebära *en klar nyordning*.”⁴²³²

För förvaltningsprocessens vidkommande har frågan om biträdestvång alltid varit en icke-fråga. Som jag visade i kapitel 7 ville departementschefen, vid antagandet av förvaltningsprocesslagen, inte inrätta processen på ett sådant sätt att enskilda skulle bli tvungna att anlita biträde. Syftet med lagen var det rakt motsatta – att underlätta för enskilda att processa pro se – vilket naturligtvis förutsätter att enskilda får föra sin egen talan.⁴²³³

Det enda egentliga undantaget från ”grundsatsen” att en enskild part får föra sin talan utan biträde introducerades i svensk rätt år 2002 genom lagen om grupprättegång, som stadgar att gruppens talan *skall* föras genom ombud (som är advokat).⁴²³⁴ Denna (tvingande) lagregel är att jämföra med (de dispositiva) huvudreglerna i rättegångsbalken och förvaltningsprocesslagen, som istället stipulerar att parten *må, äge eller får* anlita biträde, ombud respektive (privat) försvarare.⁴²³⁵ I förarbetena till lagen om grupprättegång inskräppte dock regeringen ombudstvångets undantagskaraktär (och bekräftade på så vis regeln), dels med hänvisning till den representativa processformens särart, dels med hänvisning till att det är frivilligt att underkasta sig denna taleform:

”[D]et är viktigt att enskilda *får välja om de vill representeras av ett ombud* och i så fall vilket ombud. Därmed är dock inte sagt att den principen bör gälla också för den som vill föra en sådan representativ process som grupp-talan innebär. Vid en grupp-talan står det den enskilde fritt att välja om han eller hon vill omfattas av grupp-talan eller driva sin sak själv. Det är också möjligt att träda in som part i rättegången. I båda fallen är ombudsfrågan i den enskildes händer.”⁴²³⁶

Varför det är ”viktigt” att enskilda får välja om de vill anlita biträde eller inte är dock något höljt i dunkel – några utvecklade argument till stöd för rådande ordning har inte anförts, varken i samband med rättegångsbalkens ikraftträdande eller i senare reformförslag. Vad vi har att utgå ifrån är således tre argument: (1) hänvisningen till historien/den ”urgamla” traditionen, (2) hänvisningen till den allmänna rättsuppfattningen, samt (3) Processkommissionens konstaterande att ett advokattvång skulle vara ”betungande” för enskilda parter, vilket förmodligen får förstås som att

⁴²³² Prop. 1998/99:37 s. 29.

⁴²³³ Prop. 1971:30 s. 291.

⁴²³⁴ LGR 11 § 1 meningen. Regeln är dock i själva verket (tolknings)fakultativ, ty av andra meningen framgår att om det ”finns särskilda skäl, får rätten medge att talan förs utan ombud”.

⁴²³⁵ Se RB 12 kap. 1 och 22 §§, 21 kap. 3 samt FPL 48 §. Se även ÄL 47 §.

⁴²³⁶ Prop. 2001/02:107 s. 57.

kostnaderna för biträde vore betungande.⁴²³⁷ I den utländska litteraturen är dock skälen för – och framförallt emot – självrepresentation i domstol betydligt mer genomlysta, inte minst i USA där rätten till självrepresentation har ägnats åtskillig kritik. Eftersom svensk rätt knyter an till traditionen inom common law finns det skäl att bredda perspektivet en aning.

8.4.1.2 Å ena sidan: intresset av partsautonomi

Att enskilda parter i angloamerikanska rättssystem har en principiell frihet att föra sin egen talan, medan det i kontinentaleuropeiska system råder advokattvång, kan vid första anblick framstå som något paradoxalt. Som bekant har nämligen förhandlingsprincipen drivits längre inom common law än inom civil law,⁴²³⁸ vilket medför att behovet av biträde anses vara större i exempelvis USA än på kontinenten.⁴²³⁹ Detta sakernas tillstånd har i litteraturen karaktäriserats som ”a conundrum in comparative procedural law”. Eller mer utvecklat:

”[O]n the one hand, unfettered freedom to proceed in person is afforded by legal systems that are particularly reliant on the litigant’s professional skills and have complex adversarial rules of procedure and evidence, while on the other hand, legal representation tends to be obligatory in systems that are judge-based and offer more flexible and informal procedures, and which therefore appear more conducive to self-representation.”⁴²⁴⁰

Vid närmare eftertanke finns det dock en principiell koppling mellan en mer inkvisitoriskt präglad processordning och ett biträdestvång,⁴²⁴¹ eftersom ett tvång att anlita biträde kan betraktas som ett *ingrepp i partsautonomi* och därmed som ett uttryck för just statlig inkvisition/maktutövning.⁴²⁴² För att citera Damaska, avseende brottmålen:

⁴²³⁷ Jfr prop. 1998/99:37 s. 29, där regeringen återgav remisskritiken enligt följande: ”Flera remissinstanser menar att utredningen har underskattat omfattningen av parternas problem att hitta *och bekosta* adekvata ombud samt att det finns en påtaglig risk för meningsskiljaktigheter mellan parten och ett påtvingat ombud.”

⁴²³⁸ Se exv. Damaska (1986) passim, samt Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 641 och Goldschmidt (Fam. Ct Rev. 40/2005) s. 41.

⁴²³⁹ Jfr exv. Cameron & Kelly (Hong Kong L.J. 32/2002) s. 318 och Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 23: ”If compulsory legal representation is appropriate in civil law jurisdictions, it should be even more appropriate in adversarial systems where the role of parties is far more demanding.”

⁴²⁴⁰ Assy (2015) s. 1.

⁴²⁴¹ För att citera den ICTY: ”Adversarial proceedings are a feature of the common law and find little echo in systems based on civil law ... [T]he imposition of a defence counsel upon an accused who does not want one is a feature of inquisitorial systems, but not of adversarial systems.” Se avgörandet *Prosecutor v. Slobodan Milosevic* (case no. IT-02-54), Reasons for Decision on the Prosecution Motion Concerning Assignment of Counsel, p. 21.

⁴²⁴² I ett inkvisitoriskt system är det, enligt ICTY, lämpligt (”appropriate”) att förordna ett biträde även åt parter som önskar företräda sig själva, eftersom ”the court is fulfilling a more investigative role in an attempt to establish the truth”. I kontradiktoriska system är det däremot ”the responsibility of the parties to put forward the case and not for the court, whose function it is to judge. Therefore, in an adversarial system, the imposition of defence counsel on an unwilling accused would effectively deprive that accused of the possibility of putting forward a defence.” Se *Prosecutor v. Slobodan Milosevic* p. 24. Beslutet att låta Milosevic föra sin egen talan kritiserar exv. av Scharf (J. Int’l Crim. J. 4/2006) s. 31 ff.

”On the Continent, mandatory representation of the accused is regarded as a perfectly legitimate expression of state authority’s concern over accurate procedural outcomes. By contrast, the Anglo-American tradition, suffused with tenets of classical liberal ideology, extols self-reliance and the virtues of human autonomy. In the lens of this ideology, to impose counsel on an unwilling accused smacks of coercive paternalism: he should be sovereign in deciding how to defend himself from authority, even if his independent activity damages his interests or impedes the smooth functioning of justice.”⁴²⁴³

Vi kan därmed konstatera att friheten att föra sin egen talan – såsom denna frihet kommer till uttryck i både rättegångsbalken och förvaltningsprocesslagen – på ett principiellt plan anses ge uttryck för en liberal ideologi. Enligt liknande tankebanor resonerade också USA:s Supreme Court i det prejudicerande avgörandet *Faretta mot Kalifornien*,⁴²⁴⁴ där domstolen formulerade prejudikatfrågan enligt följande:

”[T]he question is whether a State may constitutionally hale a person into its criminal courts and there *force a lawyer upon him*, even when he insists that he wants to conduct his own defense.”⁴²⁴⁵

Denna fråga besvarade en splittrad domstol nekande genom att tolka in en rätt att företräda sig själv i det sjätte tillägget till den amerikanska konstitutionen,⁴²⁴⁶ med följande motivering:

”The right to defend is given directly to the accused; for it is he who suffers the consequences if the defense fails. The counsel provision supplements this design. It speaks of the ‘assistance’ of counsel, and an assistant, however expert, is still an assistant. The language and spirit of the Sixth Amendment contemplate that counsel, like the other defense tools guaranteed by the Amendment, shall be an aid to a willing defendant – not an organ of the State interposed between an unwilling defendant and his right to defend himself personally. To thrust counsel upon the accused, against his considered wish, thus violates the logic of the Amendment. In such a case, counsel is not an assistant, but a master, and the right to make a defense is stripped of the personal character upon which the Amendment insists. [...] An

⁴²⁴³ Damaska, Mirjan R., *Assignment of Counsel and Perceptions of Fairness* (J. Int’l Crim. J. 3/2005) s. 3-8 (s. 5). Se även exv. Fletcher, George P., *Basic Concepts of Criminal Law* (1998) s. 55 och Assy (2015) s. 141.

⁴²⁴⁴ *Faretta v. California* (422 U.S. 806, 1975). Avgörandet, och efterföljande praxis, diskuteras och kritiserats utförligt i Assy (2015) s. 34 ff. Se även exv. Moritz, Stacey Joan, *Faretta v. California – Recent Developments* (Hofstra L. Rev. 4/1975-76) s. 449-472, Robbins, Ira P. & Herman, Susan N., *Pro Se Litigation – Litigating without Counsel: Faretta or for Worse* (Brooklyn L. Rev. 42/1975-76) s. 629-684, Teetor, John S., *Faretta v. California: The Constitutional Right to Defend Pro Se* (Cap. U. L. Rev. 5/1976) s. 277-292, Schultz, Dennis B., *Faretta v. California: A Dissenter’s Point of View* (Det. C.L. 1976/1976) s. 337-358, Weinberger, Kenneth J., *A Constitutional Right to Self-Representation – Faretta v. California* (DePaul L. Rev. 25/1976) s. 774-782, Marcus, Paul, *The Faretta Principle: Self-Representation versus the Right to Counsel* (Am. J. Comp. L. 30/1982) s. 551-574 och Allen, Sara Livingston, *Faretta: Self-Representation, or Legal-Misrepresentation* (Iowa L. Rev. 90/2004-05) s. 1553-1576.

⁴²⁴⁵ *Faretta v. California* p. 807.

⁴²⁴⁶ Det sjätte tillägget stadgar följande: ”In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”

unwanted counsel 'represents' the defendant only through a tenuous and unacceptable legal fiction. Unless the accused has acquiesced in such representation, the defense presented is not the defense guaranteed him by the Constitution, for, in a very real sense, it is not *his* defense."⁴²⁴⁷

För att motivera utgången i *Faretta* hänvisade majoriteten dels till den enskildas rätt till självbestämmande såsom denna rätt kom till uttryck i konstitutionen, dels till att rätten att företräda sig själv – liksom i Sverige – var djupt rotad i både brittisk och amerikansk rättshistoria.⁴²⁴⁸ Till de historiska argumenten återkommer jag avslutningsvis.

Vad gäller autonomi-argumentet fäste som synes majoriteten stor vikt vid det sjätte tilläggets "personliga karaktär" och, i förlängningen, vid den tilltalades personliga autonomi.⁴²⁴⁹ I en straffprocess – som det aktuella målet avsåg – utövar staten (genom domstolen) tvång gentemot den tilltalade. Vad staten (genom åklagaren) yrkar är att den tilltalade skall utsättas för ytterligare tvång och vid fällande dom kommer ett sådant tvång också att drabba den tilltalade (likaså i statens, genom kriminalvårdens, regi). Att i en dylik kontext *påtvunga* ("force"/"thrust upon") den tilltalade en advokat (tillika utsedd av staten, åtminstone om den misstänkta inte vill/har råd att anlita privat försvarare) vore, enligt domstolen, ett alltför stort ingrepp i den tilltalades rätt till självbestämmande.⁴²⁵⁰ Ställer vi detta uttalande i relation till svensk rätt finner vi att allmän domstol äger förordna en försvarare även mot den tilltalades vilja, men att den tilltalades "önskan härutinnan måste tillmätas stor betydelse".⁴²⁵¹ Processlagberedningen utvecklade dock inte resonemanget ytterligare, vilket ger upphov till frågan varför den tilltalades önskan "måste" tillmätas stor betydelse. I den moderna processdoktrinen har Ekelöf erbjudit ett svar på denna fråga, som inte alls har att göra med den tilltalades rätt till självbestämmande – utan snarare utgår ifrån ekonomiska hänsyn – närmare bestämt att den tilltalade

"... kan komma att få stå för försvararens arvode, om han blir fälld i målet. Den som har några sparslantar, kanske föredrar att det inte utses någon försvarare eller att så åtminstone inte sker förrän till huvudförhandlingen."⁴²⁵²

Återigen är det således kostnaderna för biträde som utgör argumentet för att tillåta självrepresentation – att förordna en offentlig försvarare åt den tilltalade är förenat med en kostnadsrisk i Sverige, och det är denna kostnadsrisk som Ekelöf (m.fl.) anför som skäl för att låta den enskilda i viss mån disponera över sin rätt till försvarare.⁴²⁵³

⁴²⁴⁷ *Faretta v. California* p. 819-820 (kurs. där).

⁴²⁴⁸ *Faretta v. California* p. 832.

⁴²⁴⁹ Jfr Assy (2015) s. 36, som talar om "the autonomy rationale" kontra "the state's power over the individual". Detta autonomi-argument för rätten att föra sin egen talan har också fått stöd i den angloamerikanska litteraturen; se exv. Damaska (1986) s. 104 f. och 141 f. samt härtill Assy (2015) s. 141 ff., med en utförlig kritik av Damaskas ståndpunkt.

⁴²⁵⁰ Assy (2015) s. 36

⁴²⁵¹ SOU 1938:44 s. 274.

⁴²⁵² Ekelöf & Boman (1996) s. 94. Jfr *Lagerblom v. Sweden* p. 46.

⁴²⁵³ Se numera Ekelöf, Edelstam & Pauli (2015) s. 98.

Autonomi-argumentet har naturligtvis störst bäring i den straffprocessuella kontexten,⁴²⁵⁴ men genomsyrar också diskussionen angående de civila målen,⁴²⁵⁵ där rätten att företräda sig själv vanligtvis har uttryckligt författningsstöd.⁴²⁵⁶ I USA har sålunda the Court of Appeals bland annat anfört att rätten till självrepresentation ”reflects a respect for the choice of an individual to plead his or her own case”, liksom att denna rättighet ”[is] a basic right that belongs to free people”.⁴²⁵⁷

8.4.1.3 Å andra sidan: intresset av rättvis rättegång

Att tillåta människor att föra sin egen talan, med hänvisning till deras personliga frihet/integritet/autonomi – eller för den delen, med hänsyn till kostnaderna – löser dock inte de problem som följer av att människor typiskt sett är dåliga på att föra sin egen talan. Detta sakernas tillstånd för oss tillbaka till *Faretta*, där Justice Blackum i sin skiljaktiga mening – och med ett icke ringa mått av sarkasm – konstaterade, att ”[i]f there is any truth to the old proverb that ‘one who is his own lawyer has a fool for a client’, the Court by its opinion today now bestows a constitutional right on one to make a fool of himself”.⁴²⁵⁸

I jämförelse med majoriteten fäste minoriteten i *Faretta* större vikt vid intresset av att säkerställa en rättvis rättegång, som likaså åtnjuter konstitutionellt skydd (i det femte respektive fjortonde tilläggens ”Due Process Clause”). Mest rättfram var domstolens dåvarande ordförande, Chief Justice Burger, som i sin skiljaktiga mening anförde följande:

”[T]he integrity of and public confidence in the system are undermined, when an easy conviction is obtained due to the defendant’s ill-advised decision to waive counsel. The damage thus inflicted is not mitigated by the lame explanation that the defendant simply availed himself of the ‘freedom’ to go to jail under his own banner’. The system of criminal justice should not be available as *an instrument of self-destruction*.”⁴²⁵⁹

⁴²⁵⁴ Jfr *Assy* (C.J.Q. 30/2011) s. 275, som anför att ”self-representation in the criminal context should be understood as part of a specific philosophy of stripping the government of as much power as possible in the light of the peculiar nature of the criminal process as an imbalanced process initiated by a ‘mighty’ state with the aim of depriving the individual of his or her physical liberty. The threat posed by the criminal process to individual liberty creates a significant risk of abuse of state power, and the imposition of legal representation by the same prosecuting state would increase this risk.”

⁴²⁵⁵ *Assy* (2015) s. 140 f., som också hänvisar till motsvarande resonemang inom andra common law-jurisdiktioner än USA.

⁴²⁵⁶ Dock ej i konstitutionen; se *Assy* (2015) s. 9 fn. 2, m.h.t. både brittisk och amerikansk rätt. Se även *Assy* (C.J.Q. 30/2011) s. 268 och exv. Bradlow, Julie M., *Procedural Due Process Rights of Pro Se Civil Litigants* (U. Chi. L. Rev. 55/1988) s. 659-683 (s. 661).

⁴²⁵⁷ *Cheung v. Youth Orchestra Foundation of Buffalo Inc.* (906 F.2d 59, 2nd Circuit 1990) p. 61 resp. *Iannaccone v. Law* (143 F.3d 553, 2nd Circuit 1998) p. 556. Se även *O’Reilly v. The New York Times Company* (692 F.2d 863, 2nd Circuit 1982) p. 867, där domstolen anförde att ”the right to self-representation in civil cases ... is a right of high standing, not simply a practice to be honored or dishonored by a court depending on its assessment of the desiderata of a particular case”.

⁴²⁵⁸ *Faretta v. California* p. 852. Se härtill Cerruti (Geo. J. Int’l L. 40/2009) s. 926, som anför att ”it is not only the accused who becomes the aphoristic fool; the entire trial proceeding and all of its primary participants are equally implicated in and compromised by the essential foolishness”.

⁴²⁵⁹ *Faretta v. California* p. 840.

Visserligen gjorde majoriteten en motsvarande avvägning mellan dessa motstående intressen, men fann – till skillnad från minoriteten – att den tilltalades intresse av att själv förfoga över sitt försvar (exempelvis genom att avstå biträde) vägde tyngre än intresset av att garantera den tilltalade ett effektivt försvar (om så genom att påtvinga denna ett biträde).⁴²⁶⁰

Faretta är den naturliga utgångspunkten för en mer principiell diskussion kring självrepresentation i domstol, inte minst eftersom argumenten *mot* en sådan frihet är så framträdande – explicit i de skiljaktiga meningarna men också implicit i majoritetens domskäl.⁴²⁶¹ Under de 40 år som prejudikatet har ”stått sig” i USA har det också tilldragit sig omfattande kritik, såväl från praktiker som från akademiker – i och utanför landet.⁴²⁶²

Huruvida enskilda parter skall få – och genom kostnadsreglerna kanske till och med tvingas att – företräda sig själva har i den amerikanska debatten tydligt kopplats samman med den centrala frågan *hur rollfördelningen i rättegången mellan domstolen och parterna lämpligen bör utformas*. För om en part brister i sin processföring ställs domstolen inför två alternativ: Rätten kan antingen låta bristerna gå ut över parten eller försöka åtgärda bristerna själv, exempelvis genom att utöva materiell processledning eller genom att ex officio föranstalta om ytterligare utredning. Att göra det tidigare leder – naturligt nog – till att den enskilda riskerar att inte vinna framgång i processen, trots att denna i och för sig kan ha fog för sin talan. Att göra det senare leder till att den kontradiktoriska principen riskerar att sättas ur spel, eftersom domstolen – utöver att avgöra målet – tvingas att fullgöra vad som närmast kan beskrivas som ”partsfunktioner”, vilket i förlängningen kan äventyra domstolens oväld.

”Judges ... must balance considerations of fairness to represented parties with due process requirements mandating that pro se litigants receive meaningful hearings. This balancing act requires judges to make difficult decisions, such as determining how much guidance to give a pro se litigant on substantive law or how to treat a

⁴²⁶⁰ Denna avvägning framgår som tydligast i följande passage i domskälen (p. 835): ”It is undeniable that in most criminal prosecutions defendants could better defend with counsel’s guidance than by their own unskilled efforts. But where the defendant will not voluntarily accept representation by counsel, the potential advantage of a lawyer’s training and experience can be realized, if at all, only imperfectly. To force a lawyer on a defendant can only lead him to believe that the law contrives against him. [...] The defendant, and not his lawyer or the State, will bear the personal consequences of a conviction. It is the defendant, therefore, who must be free personally to decide whether in his particular case counsel is to his advantage. And although he may conduct his own defense ultimately to his own detriment, his choice must be honored out of that respect for the individual which is the lifeblood of the law.” Se här till *Assy* (2015) s. 46.

⁴²⁶¹ I brittisk praxis finns det inga utvecklade resonemang kring rätten att företräda sig själv – istället tas den rätten mer eller mindre för given, både i civila mål och i brottmål; se *Assy* (2015) s. 27..

⁴²⁶² Jfr *Sabeli & Leyton* (J. Crim. L. & Criminology 91/2000) s. 165. I den rika litteraturen på området följer kritiken, något förenklat, två argumentationslinjer: Logiken i *Faretta* är, som framgått, att det ankommer på domstol att vikta den enskildas intresse av autonomi mot det allmänna intresset av att säkerställa en rättvis rättegång. Enligt den första argumentationslinjen balanserade helt enkelt majoriteten dessa intressen ”fel”, genom att tillmäta den enskildas intresse *för stor vikt* i relation till det motstående allmänintresset. Enligt den andra argumentationslinjen är kritiken än mer fundamental: Att enskilda tillåts företräda sig själv *främjar* varken (allmän)intresset av en ändamålsenlig (eller ens fungerande), rättskipning eller partens (egen)intresse av autonomi. Se till det sagda *Toone* (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 635 och 650 ff., samt och *Assy* (2015) s. 139 ff. Den senare argumentationslinjen kommer jag inte att utveckla här; se dock fn. 4285 nedan.

meritorious case when the pro se litigant has failed to comply with court procedures, while remaining impartial to both the represented and pro se parties.”⁴²⁶³

Problematiken känner vi igen från den svenska kontexten – ”kompensationsargumentet” är inte en svensk företeelse, låt vara att detta argument har tilldragit sig utförligare kritik i den amerikanska debatten än i den svenska. Möjligtvis sammanhänger detta med att den kontradiktoriska processformen tillmätts ett större värde i USA, nämligen som en grundläggande förutsättning för en rättvis rättegång.⁴²⁶⁴

Motorn i en kontradiktorisk process är intressekonflikten – och i förlängningen *konfrontationen* – mellan parterna: ”[the] fundamental norm of challenge”.⁴²⁶⁵ Eftersom domstolen förväntas inta en förhållandevis passiv roll förutsätter denna modell, för att fungera ändamålsenligt, två motstående parter som *bägge* har förmåga och vilja att hävda sina egenintressen.⁴²⁶⁶ Rättegången är förvisso ”not a game in which the participants are expected to enter the ring with a near match in skills” men den får inte heller gestalta sig som ”a sacrifice of unarmed prisoners to gladiators”.⁴²⁶⁷ Och för att parternas utomprocessuella styrkepositioner inte skall ge rättegången en alltför stor slagsida till den ”starkare” partens fördel, betraktas advokater som ”necessities, not luxuries”.⁴²⁶⁸

Sammanfattningsvis anses en kontradiktorisk rättskipning ge upphov till ett behov av biträde, som enligt den gängse meningen i USA inte kan kompenseras genom ”aktiva domstolar”.⁴²⁶⁹ Denna uppfattning bekräftas av att rätten till självrepresentation har resulterat i ett stort antal rättegångar som inte har levt upp till kravet på ”rättvis rättegång”. Eftersom en bärande pelare i den kontradiktoriska modellen saknas när en enskild väljer att processa pro se, faller konstruktionen helt enkelt samman. Därom råder närmast konsensus i den amerikanska litteraturen:

”Where LIPs are involved, it is particularly clear that the elementary conditions of adversarial adjudication do not obtain. Because LIPs lack adequate understanding of procedural and substantive law, a passive arbiter is not presented with the sharp clash of evidence and arguments that is necessary to establish a correct outcome.

⁴²⁶³ Snukals & Sturtvant (U. Rich. L. Rev. 42/2007-08) s. 98.

⁴²⁶⁴ Se exv. Tomkovicz, James J., *The Right to The Assistance of Counsel – A Reference Guide to the United States Constitution* (2002) s. 47 m.h.t. *U.S. v. Cronin* (466 U.S. 648, 1984) och *Strickland v. Washington* (466 U.S. 668, 1984).

⁴²⁶⁵ Skolnick, Jerome H., *Social Control in the Adversary System* (J. Conflict Resol. 11/1967) s. 52-70 (s. 52) och härtill Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 640 ff.

⁴²⁶⁶ Se även exv. Landsman, Stephan, *A Brief Survey of the Development of the Adversary System* (Ohio St. L.J. 44/1983) s. 713-740, som anför (s. 714) att ”[t]he central precept of adversary process is that out of the sharp clash of proofs presented by adversaries” och härtill Assy (2015) s. 11 f., Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 4 och Assy (C.J.Q. 30/2011) s. 269.

⁴²⁶⁷ *U.S. v. Cronin* p. 656-657 och härtill Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 643.

⁴²⁶⁸ *Gideon v. Wainwright* p. 344. Denna mer strukturella dimension har också noterats i ED:s praxis; se exv. *Granger v. The United Kingdom* p. 47, där domstolen uttalade att tillgång till ett biträde ytterst kan anses tjäna ”the interests of justice and fairness by enabling the applicant to make an effective contribution to the proceedings”. Se till det sagda Trechsel (2005) s. 247.

⁴²⁶⁹ Jfr exv. Cerruti (Geo. J. Int'l L. 40/2009) s. 919, som m.h.t. *Faretta* talar om ”the pointless imposition on the lower courts of a structurally and normatively incompatible right within the context of the contemporary counsel-driven system”.

Their involvement renders the adversarial process largely dysfunctional and strips it out of the ... benefits for which it is celebrated.”⁴²⁷⁰

I underrätternas praxis post-*Faretta* kan man skönja en påtaglig uppgivenhet,⁴²⁷¹ vilket illustreras väl i det ofta citerade avgörandet *USA mot Farhad*.⁴²⁷²

I detta mål hade den tilltalade insisterat på att få företräda sig själv inför the District Court, eftersom han ansåg sig kunna presentera ”a more glorious kind of a defense” än en offentligt förordnad försvarare.⁴²⁷³ Enligt vad som framgår av domskälen var dock den enskildas processföring ”a complete disaster”,⁴²⁷⁴ och han dömdes på samtliga (nitton) åtalpunkter.⁴²⁷⁵ Farhad överklagade den fällande domen under anförande av att rättegången mot honom varit orättvis (”a wholly unfair trial”).⁴²⁷⁶ Trots att överinstansen i sak höll med om att rättegången inte kunde betraktas som rättvis fastställdes underinstansens dom, emedan den tilltalade, i enlighet med *Faretta*, ”med öppna ögon” hade valt att företräda sig själv:

”It is a key feature of the *Faretta* inquiry that a reviewing court may consider only the fairness of the pre-trial proceedings. Provided that the waiver colloquy was sufficient to establish that the defendant’s decision was made with his ’eyes wide open’, the inquiry is at an end. We thus become a judiciary ’with eyes wide shut.’ The whole course of proceedings, most particularly the trial, is rendered irrelevant for constitutional purposes despite the fact that it is *wholly apparent* to any judge reading the transcript that it was *marred by a series of egregious errors*, any one of which could have inhibited a fair determination of guilt or innocence, and despite the fact that it was *equally apparent* at the time of the waiver that the defendant’s chances

⁴²⁷⁰ Assy (2015) s. 12 samt Assy (Oxford L.R.P. 2/2012) s. 4 ff. och Assy (C.J.Q. 30/2011) s. 270: ”It is a widely shared view that the ... adversarial system bear all the responsibility for the poor performance of LIPs. This is because when LIPs are involved the adversarial system simply does not work. Its basic assumption, that the parties would bring all the relevant evidence and make all the pertinent points of law, is not met.” Se även Cerruti (Geo. J. Int’l L. 40/2009) s. 962. Cerruti talar (a.a. s. 939) om processen – och partens processuella rättigheter – som ett fallande korthus: ”The new system of rights is now constructed as a house of cards that crumbles when counsel is removed.” Se även exv. Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 650, som anför att tillgång till advokat är ”critical to the effective functioning of the adversarial system”, samt Sabeli & Leyton (J. Crim. L. & Criminology 91/2000) s. 169, som anför att självrepresentation ”corrupts the criminal process by replacing trained and experienced counsel with an autonomous yet ineffective advocate. One adversary, in effect, is removed from the adversarial process in the name of autonomy.”

⁴²⁷¹ Cerruti (Geo. J. Int’l L. 40/2009) s. 950 talar om ”the rampant cynicism” som utvecklades i anslutning till ”[a] right that had produced nothing but wrong” och ger många exempel på närmast bisarra rättsfall på s. 953 ff. Eller med Deckers ord: ”Little did the Court realize the extent of the chaos it created. As a consequence of *Faretta*, there are ’trials’ in courts throughout the country that make a mockery of justice and disrupt courtroom procedure.” Se Decker, John F., *The Sixth Amendment Right to Shoot Oneself in the Foot: An Assessment of the Guarantee of Self-Representation Twenty Years after Faretta* (Seton Hall Const. L. J. 6/1995-96) s. 485-598 (s. 485). Se även exv. Sabeli & Leyton (J. Crim. L. & Criminology 91/2000) s. 229, som konstaterar att ”the experiment with *Faretta* has been a dismal failure” samt Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 628, som anför att ”many ... defendants have turned trials into circuses through the device of self-representation” som en direkt följd av *Faretta*. Ett konkret exempel diskuteras av Kuby, Ronald L. & Kunstler, William M., *So Crazy He Thinks He Is Sane: The Colin Ferguson Trial and the Competency Standard* (Cornell J. L. & Pub. Pol’y 5/1995) s. 19-26 (s. 19), som talar om rättegången som ”an obscene spectacle, a cross between bear-baiting and some weird skit in which inmates take over a mental institution and perform a play, the theme of which is a trial”.

⁴²⁷² *U.S. v. Farhad* (190 F.3d 1097, 9th Circuit 1999).

⁴²⁷³ *U.S. v. Farhad* p. 1102.

⁴²⁷⁴ *U.S. v. Farhad* p. 1104.

⁴²⁷⁵ *U.S. v. Farhad* p. 1105.

⁴²⁷⁶ *U.S. v. Farhad* p. 1105.

of receiving a fair trial would be remote. Such was the case here and, as required by *Faretta*, we have averted our gaze – as one might from a train wreck or a freeway crash – from Farhad’s pitiful attempt to, in his own words, ‘make a more glorious kind of a defense’.⁴²⁷⁷

I ett särskilt yttrande – som sedermera kom att influera Supreme Court – konstaterade Judge Reinhardt⁴²⁷⁸ att rätten att företräda sig själv ”frequently, though not always, conflicts squarely and inherently with the right to a fair trial”,⁴²⁷⁹ och därför borde inskränkas. Med åsyftan på de skiljaktiga meningarna i *Faretta*, anförde Reinhardt att

”... it is clear that the dissenters’ concerns have been borne out. Farhad’s trial illustrates the effect of this conflict, one that the Court now has the opportunity face squarely. Under *Faretta*, courts have no occasion to assess the consequences of the waiver of the right to counsel on the constitutionality of the trial itself. Nevertheless, on the record, it is quite plain that Farhad, like many criminal defendants who choose to be tried without a lawyer, was convicted in a proceeding so *fundamentally flawed* that, were it not for *Faretta*, it would *undoubtedly offend minimal constitutional standards of fairness*.”⁴²⁸⁰

Enkelt uttryckt: Att parter tillåts företräda sig själva leder oundvikligen till orättvisa (och ineffektiva) rättegångar – där domstolen inte kan upprätthålla ens grundläggande processuella principer – vilket är ägnat att rubba allmänhetens tilltro till rättskipningen.⁴²⁸¹ Så långt är också kritikerna mer eller mindre ense i den anglo-amerikanska litteraturen: ”the practice [of self-representation] makes a broad and profoundly negative contribution to the cause of justice” – i synnerhet för den part som väljer att processa pro se.⁴²⁸²

Det som skiljer kritikerna åt är att vissa i och för sig accepterar att en intresseavvägning skall göras i enlighet med *Faretta*, och således endast kritiserar *hur*

⁴²⁷⁷ *U.S. v. Farhad* p. 1102.

⁴²⁷⁸ Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 635 har beskrivit Reinhardts yttrande som ”the most compelling critic of *Faretta*”.

⁴²⁷⁹ *U.S. v. Farhad* p. 1107.

⁴²⁸⁰ *U.S. v. Farhad* p. 1101. Avgörandet kommenteras bl.a. av Sogabe, Kenneth R., *Exercising the Right to Self-Representation in United States v. Farhad: Issues in Waiving a Criminal Defendant’s Sixth Amendment Right to Counsel* (Golden Gate U. L. Rev. 30/2000) s. 129-166; se särskilt s. 131 ff.

⁴²⁸¹ För att citera Assy (2015) s. 42: ”The argument against a near absolute right to self-representation are quite straightforward. Self-representation is a poor tool for an effective defence; it puts the fairness of the trial at significant risk; and it hinders the administration of justice. As a consequence, self-representation undermines the integrity of the court and public confidence in it. These considerations are important both to criminal proceedings where the public is interested in preserving order and punishing the wrongdoer, and to civil proceedings where the public requires effective enforcement of private rights. These concerns were well articulated by the dissenting judges in *Faretta*.”

⁴²⁸² Se Cerruti (Geo. J. Int’l L. 40/2009) s. 921. Cerruti sammanfattar väl den allmänna inställningen i följande ordalag (s. 947 E): ”There is virtually nothing positive to report regarding the post-*Faretta* experience with self-representation. There have been no redeeming stories of the triumph of a simple, old-fashioned justice; no realizations of any strategic benefit or advantage to a particularized set of defendants; no recognition of self-representation providing a check or restraint on the modern machinery of prosecution; no engaging or edifying political encounters between the individual accused and his state accusers; no reassuring expressions of pride in a system so versatile and accommodating that it can ensure just results even when challenged by a diverse cohort of individualistic contrarians; basically, no gains in any quarter.” Se även exv. Assy (2015) s. 46.

domstolen balanserade de motstående intressena mot varandra.⁴²⁸³ Enligt denna argumentationslinje vore ett advokattvång ett legitimt ingrepp i partens autonomi, på samma sätt som andra processuella regler som syftar till att säkerställa det allmänna intresset av en effektiv och rättvis rättskipning.⁴²⁸⁴ Andra går emellertid ett steg längre, genom också ifrågasätta om intresset av ”autonomi” – som domstolen i *Faretta* lade i den andra vågskålen – överhuvudtaget främjas av att en part tillåts att processa utan biträde.⁴²⁸⁵ Följande liknelse får summera argumentationen:

”No one in a modern society could reasonably raise the banner of autonomy to claim, for example, a right to self-operate in a public hospital. This is simply not recognized as a legitimate choice. [...] The concept of autonomy is contextual. It refers only to choices that are deemed legitimate at the time of their making.”⁴²⁸⁶

⁴²⁸³ Jfr Assy (2015) s. 140 och Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 623, som anför att ”even the most vigorous critics of *Faretta* have implicitly endorsed defendant autonomy by weighing that interest against society’s interests in efficiency and fairness”. En sådan hållning intog exv. Judge Reinhardt i det ovan citerade *U.S. v. Farhad*; se p. 1108. Se även exv. Sabeli & Leyton (J. Crim. L. & Criminology 91/2000) s. 211.

⁴²⁸⁴ Assy (2015) s. 142 ff., särskilt s. 143, där Assy förklarar att ett advokattvång inte skiljer sig från andra processuella ”tvång”, såsom att inge stämning/svaromål, underkasta sig regler om edition o.d., ty ”[a]ll these rules prescribe certain choices and proscribe others”. Se även a.a. s. 144, under rubriken ”Self-representation is not a special choice”.

⁴²⁸⁵ Den mer grundläggande kritiken mot *Faretta* består i att den personliga autonomi förutsätter (1) ett antal handlingsalternativ varigenom en individ kan forma sitt eget liv (men däremot inte fullständig handlingsfrihet i varje enskild situation); samt (2) en grundläggande förmåga att göra rationella val mellan de alternativ som står till buds. Applicerade på ”valet” att anlita eller inte anlita biträde i en domstolsprocess, brister båda dessa förutsättningar. Tillåt mig att kort utveckla dessa punkter:

För det första: En domstolsprocess är per definition processsubjektens processhandlingar i enlighet med det processuella regelverket, som dels förbjuder, påbjuder eller tillåter processsubjekten att företa olika handlingar, dels reglerar rättsföljderna av sådana handlingar (respektive underlåtenhet att handla). Sätillvida ligger det i sakens natur att en parts handlingsalternativ begränsas genom processen; se Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 656 och Assy (2015), som konstaterar (s. 139) att sådana ”begränsningar” inte rimligen betraktas som ett ingrepp i partens autonomi: ”What respect for autonomy requires is a procedural system that provides citizens with a reasonable and affordable opportunity to protect their interests and enforce their substantive rights. When self-representation is expected to be a poor tool for promoting that task, requiring legal representation would be perfectly compatible with respect for autonomy.” Med andra ord anlägger Assy ett instrumentellt/kontextuellt förhållningssätt till de processuella handlingsreglerna. Domstols-processens funktion är (bl.a.) att främja medborgarnas autonomi, genom att garantera genomslaget för deras materiella rättigheter. En grundläggande förutsättning härför är dock att parternas handlingsfrihet i processen begränsas. Så länge dessa begränsningar är ägnade att säkerställa processens funktion, kan de inte kritiserats såsom inskränkningar i parternas autonomi – oavsett om de råkar begränsa partens valmöjligheter i en given situation. Ändamålet helgar medlen, så att säga.

För det andra: Det begränsade utrymme för självbestämmande som finns kvar i en domstolsprocess kan parten bara ta tillvara med kvalificerad biträdes hjälp; som Assy (2015) konstaterar (s. 145) är ”some understanding ... a precondition for calling a choice a ’choice’”. Följaktligen är tillgång till ett biträde en *förutsättning* – inte ett hinder – för att parten skall kunna utnyttja de handlingsalternativ som står till buds. Detta eftersom de beslut som måste fattas i en rättsprocess är så komplicerade att människor i gemen – utan juridiskt biträde – inte kan förutse konsekvenserna av dem och därmed, de facto, saknar självbestämmande i egentlig mening. Och om parten, på grund av bristande kunskaper, fattar felaktiga beslut under processen, så förfelas också – i förlängningen – processens funktion. Mot denna bakgrund blir det motsägelsefullt att låta människor föra sin egen talan med hänvisning till deras egenintresse av autonomi. Parternas autonomi tryggas *genom* processen, och för detta krävs vissa begränsningar av deras självbestämmanderätt *under* processen. Autonomi kan inte förstås i ett vakuum – såsom en rätt att i alla sammanhang erbjudas alla handlingsalternativ. Se till det sagda Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 661. Dessa tankar utvecklas utförligt – med det filosofiska autonomibegreppet som utgångspunkt – i a.a. s. 650 ff.

⁴²⁸⁶ Cerruti (Geo. J. Int’l L. 40/2009) s. 946.

8.4.1.4 Inskränkningar i rätten rätt till självrepresentation – mot global samsyn?

Den som behöver operera sin ryggrad måste överlåta skalpellen åt en läkare⁴²⁸⁷ – åtminstone om man vill nyttja den statligt finansierade sjukvården⁴²⁸⁸ – och på motsvarande sätt anser många att den som vill föra talan i domstol skall vara skyldig att överlåta processföringen åt en advokat. Att helt enkelt tvinga enskilda att anlita biträde vore också en ”quick fix” på de problem som har diskuterats i det föregående. Detta är också den lösning som har valts inom flera kontinentaleuropeiska rättssystem,⁴²⁸⁹ där det således råder biträdestvång i många processformer – såväl vid prövningen av civila mål (motsvarande våra tvistemål och förvaltningsmål) som vid prövningen av brottmål, möjligen med undantag för mycket enkla/bagatellartade mål.⁴²⁹⁰ Detta ”tvång” kan vara olika omfattande, men innebär i princip att domstolen (i civila mål) kan kräva att den som vill väcka talan och svara i domstol skall företrädas av en advokat. I vissa måltyper kan advokattvånget också yttra sig på så vis, att domstolen oberoende av partens samtycke kan förordna ett biträde åt denna, exempelvis om en tilltalad i ett brottmål inte vill – eller av ekonomiska skäl inte kan – anlita privat försvarare, men också i civila mål när så anses motiverat. Annorlunda uttryckt saknar parten all beslutsmakt i valet mellan att anlita eller inte anlita biträde.

Den omfattande kritik som har riktats mot *Faretta* har satt tydliga spår i senare praxis – inte bara i USA utan också i andra angloamerikanska system. Den tydliga trenden har således varit att närma sig den kontinentaleuropeiska ordningen, *genom att på olika sätt begränsa rätten till självrepresentation*,⁴²⁹¹ för att därigenom ge det allmänna intresset av en fungerande – i bemärkelsen effektiv och rättvis – rättskipning större genomslag.⁴²⁹² Sätillvida har de praktiska skillnaderna mellan common law och civil law minskat över tid. För att bara ge tre exempel:

För det första har USA:s Supreme Court närmare specificerat under vilka förutsättningar en tilltalad kan anses ha förmåga avstå biträde,⁴²⁹³ bland annat genom att

⁴²⁸⁷ Jfr Cerruti (Geo. J. Int'l L. 40/2009) s. 960 som talar om ”a patient in a doctor's office trying to perform his own spinal cord operation”.

⁴²⁸⁸ För en annan bildlig liknelse (som dock inte är fullt så träffande); se artikelrubriken till Frigenti (Touro L. Rev. 28/2013).

⁴²⁸⁹ I *civila mål* råder exv. advokattvång i Belgien (inför Kassationsdomstolen), Frankrike, Grekland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Polen (inför Högsta domstolen), Portugal, Spanien, Tyskland och Österrike. Se Assy (2015) s. 24 (fn. 55) och 196. I *brottmål* kan också – åtminstone såvitt avser allvarlig brottslighet – en försvarare förordnas mot den tilltalades vilja i exv. Belgien, Frankrike, Tyskland, Italien, Portugal, Schweiz, Spanien och Österrike; se Boas (2006) s. 51.

⁴²⁹⁰ Ang. civila mål; se exv. Genn i förordet till Assy (2015) s. viii, som anför att ”most civil law jurisdictions [impose] an obligation to be legally represented in all but the most simple cases” samt a.a. s. 1, där Assy likaså förklarar att ”most civil law systems ... impose obligations of legal representation in most proceedings (usually excepting small claims and specific tribunals)” samt s. 196. Ang. brottmål, se Boas (2006) s. 50, som anför att ”the criminal codes of civil law countries routinely provide for the imposition of defence counsel on an accused charged with a serious criminal offences” samt att ”[t]he consent of the accused is not required and the imposition of counsel is normally codified as mandatory”. Se även Scharf (J. Int'l Crim. J. 4/2006) s. 36 samt Cerruti (Geo. J. Int'l L. 40/2009) s. 922.

⁴²⁹¹ Jfr Boas (2006) s. 40, som talar om utvecklingen efter *Faretta* som ett ”skifte”. Se dock a.a. s. 42, där Boas konstaterar att domen ”never [has] been overturned and is still considered good law”.

⁴²⁹² Jfr Assy (2015) s. 51, som anför att efterföljande avgöranden ”are signaling a reluctance to carry on with the *Faretta* tradition”.

⁴²⁹³ Se Frigenti (Touro L. Rev. 28/2013) s. 1030.

särskilja ”the competency to represent oneself” från ”the competency to stand trial”. Det skulle föra för långt att här utveckla hur dessa två kompetenskrav förhåller sig till varandra,⁴²⁹⁴ men det kan konstateras att dessa till en början sammanföll,⁴²⁹⁵ men att en person numera kan *ha* tillräcklig kompetens för att åtalas, men ändå anses *sakna* tillräcklig kompetens för att företräda sig själv i processen – en gråzon som ger domstolarna en betydande diskretionär makt.⁴²⁹⁶ Om så är fallet *får* nämligen rätten förordna ett biträde även mot den tilltalades vilja i syfte att säkerställa en rättvis rättegång.⁴²⁹⁷ Detta kan jämföras med Europadomstolens höga krav på informerat avstående, vilket i sin tur kan ställas i relation till svensk rätt, där någon utvecklad diskussion kring under vilka förutsättningar en tilltalad kan avstå sin rätt till offentlig försvarare knappast har förts.

För det andra har det utvecklats olika ”hybridformer” av juridiskt biträde – betecknade ”advisory counsel”, ”standby counsel” eller ”standby lawyer” – som likaså kan förordnas mot partens vilja, trots att denna i och för sig anses ha tillräcklig kompetens för att företräda sig själv.⁴²⁹⁸ Redan i *Faretta* konstaterade nämligen domstolen – i en fotnot – att det var möjligt att förordna ett biträde på ”standby” även när den tilltalade önskade företräda sig själv. Ett sådant biträde kunde sedan antingen informellt hjälpa den tilltalade att föra sin egen talan (om den tilltalade så önskade), eller formellt träda in i processen (förutsatt att den tilltalade ”deliberately engage[d] in serious and obstructionist misconduct”).⁴²⁹⁹ I senare avgöranden har dock domstolen tilldelat sådana biträden en förhållandevis aktiv roll genom att tillåta dem att agera självständigt i processen *jämsides* den tilltalade, även om vederbörande motsätter sig sådant biträde.⁴³⁰⁰

Slutligen har Supreme Court, för det tredje, konstaterat att det överhuvudtaget inte finns någon rätt att företräda sig själv i överrätt. I det prejudicerande avgörandet *Martinez mot Court of Appeal* gjorde domstolen följande principiella uttalande:

”No one ... attempts to argue that as a rule pro se representation is wise, desirable or efficient. Although we found in *Faretta* that the right to defend oneself at trial is ’fundamental’ in nature, it is clear that it is *representation by counsel that is the standard, not the exception*. Our experience has taught us that ’a pro se defense is usually

⁴²⁹⁴ Se exv. Slobogin, Christopher, *Mental Illness and Self-Representation: Faretta, Godinez and Edwards* (Ohio St. J. Crim. L. 7/2009/10) s. 391-412.

⁴²⁹⁵ *Godinez v. Moran* (509 U.S. 389, 1993).

⁴²⁹⁶ Slobogin (Ohio St. J. Crim. L. 7/2009/10) s. 392.

⁴²⁹⁷ *Indiana v. Edwards* (554 U.S. 164, 2008) p 177-178.

Se här till exv. Frigenti (Touro L. Rev. 28/2013) s. 1042 ff. och Assy (2015) s. 57 ff.

⁴²⁹⁸ och Frigenti (Touro L. Rev. 28/2013) s. 1036 ff. (ang. ”Standby Counsel”) resp. s. 1039 ff. (ang. ”Hybrid Representation”). Fenomenet beskrivs utförligt i Williams, Marie Higgins, *Pro Se Criminal Defendant, Standby Counsel, and the Judge: A Proposal for Better-Defined Roles* (U. Colo. L. Rev. 71/2000) s. 789-818. Se även Assy (2015) s. 51 ff.

⁴²⁹⁹ *Faretta v. California* fn. 46.

⁴³⁰⁰ Se exv. *McKaskle v. Wiggins* (465 U.S. 168, 1984) p. 174. Som Assy konstaterar är detta svårförenligt med domskälen i *Faretta*, där domstolen karakteriserade biträdet som ”an aid to a willing defendant – not an organ of the State”. Sätillvida ger nuvarande praxis uttryck för ”a marked change in the perspective of the Court, shifting the focus from the defendant to the courts. The procedural device of standby counsel was developed to assist the court, not the defendant. The primary goal of appointing a standby lawyer is not to maximize the defendant’s ability to represent himself, but to minimize the costs of self-representation for the administration of justice.” Se Assy (2015) s. 53.

a bad defense, particularly when compared to a defense provided by an experienced criminal defense attorney’.”⁴³⁰¹

Efter att sålunda ha konstaterat att rätten att företräda sig själv utgjorde ett *undantag från huvudregeln*, förklarade domstolen att de skäl som hade motiverat undantaget i *Faretta* inte aktualiserades vid överklagan,⁴³⁰² och följaktligen förelåg inga hinder mot att förordna ett biträde även mot den tilltalades vilja i överinstans.

Sammanfattningsvis är det alltså en grundläggande princip inom common law, att den som är part i en rättegång har en frihet att antingen anlita biträde eller avstå från att biträdas för att istället föra sin egen talan. I det prejudicerande avgörandet *Faretta* motiverade USA:s Supreme Court detta främst med hänvisning till parternas rätt till självbestämmande, som ansågs trumfa det motstående intresset av att säkerställa en (effektiv och) rättvis rättegång. Kritiken mot avgörandet har dock varit massiv, och den tydliga trenden efter *Faretta* har varit på olika sätt begränsa utrymmet att processa pro se, för att på så vis skapa en bättre balans mellan de motstående intressena. Således har Supreme Court karaktäriserat avsaknaden av biträde som ett undantag från huvudregeln, och successivt kvalificerat detta undantag genom att förse det med allt fler villkor och alltmer långtgående begränsningar. Härigenom har amerikanska domstolar fått ett betydande utrymme att förordna ett biträde även mot partens egen vilja, och i litteraturen har det gjorts gällande att domstolen genom *Martinez* rent av ”undermined *Faretta*’s doctrinal foundation”.⁴³⁰³ Av alla de rättigheter som domstolen har tolkat in i konstitutionen anses också rätten att företräda sig själv vara ”the most likely to be eliminated by the Supreme Court in the foreseeable future – and deservedly so”.⁴³⁰⁴

8.4.1.5 En ”rätt att sova i kloakerna” – historiska argument i nytt ljus

Som jag konstaterade inledningsvis motiverade majoriteten utgången i *Faretta* på två grunder: dels med hänvisning till den enskildas rätt till självbestämmande, dels med hänvisning till att rätten att företräda sig själv var djupt rotad i både brittisk och amerikansk rättshistoria; utgången i målet ”[was] supported by centuries of consistent history”.⁴³⁰⁵ I USA – liksom i Sverige – har således traditionen anförts som ett argument för att enskilda skall få företräda sig själva i domstol, och det är framförallt i ett historiskt perspektiv som rätten till självrepresentation blir begriplig. Låt oss därför ägna detta argument viss ytterligare uppmärksamhet.

I sitt yttrande fäste Justice Stewart – som företrädde majoriteten – stor vikt vid att det i Storbritannien och USA endast hade förekommit *ett enda organ* inför vilket det förelagat ett advokattvång, närmare bestämt den brittiska Star Chamber. I praktiken var denna kammare ingenting annat än ett instrument för förtryck – genom

⁴³⁰¹ *Martinez v. Court of Appeal of California* (528 U.S. 152, 2000) p. 160.

⁴³⁰² Se även Assy (2015) s. 55 ff.

⁴³⁰³ Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 622.

⁴³⁰⁴ Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 622.

⁴³⁰⁵ *Faretta v. California* p. 832.

vilket Kronan kunde åtala och därigenom undanröja politiska dissidenter – och de ”advokater” som var knutna till kammaren var naturligtvis lojala mot kungamakten (och får antas ha gjort mer skada än nytta för sina ”klienter”). Vid sidan av denna märkliga inrättning konstaterade dock Stewart, efter att ha redogjort för den följande utvecklingen, att ”[a]t no point in this process of reform in England was counsel ever forced upon the defendant”.⁴³⁰⁶ I Storbritannien var istället huvudregeln under flera århundraden, att parter uppträdde utan biträde inför domstol; i civila mål och lindrigare brottmål hade parterna förvisso en frihet att anlita biträde om de så önskade, men i grövre brottmål var detta till och med förbjudet. Vad gäller den parallella utvecklingen i USA förklarade Stewart att rätten till självrepresentation fått ännu starkare genomslag än i England, eftersom ”[t]he colonists brought with them an appreciation of the virtues of self-reliance and a traditional distrust of lawyers”.⁴³⁰⁷ Inte vid något tillfälle hade således en domstol i någon av kolonierna kunnat påtvinga en tilltalad en advokat mot vederbörandes vilja och, märk väl, ”even where counsel was permitted, the general practice continued to be self-representation”.⁴³⁰⁸

De historiska argumenten – åberopade till stöd för en fortsatt rätt att företräda sig själv – tilldrog sig omedelbart skarp kritik i litteraturen, och kom sedermera att nyanseras av domstolen själv genom avgörandet *Martinez*. I det senare avgörandet bytte Justice Stevens helt och hållet fot genom att fränkänna den historiska argumentationen, som motiverat utgången i *Faretta*, all vikt:

”The historical evidence relied upon by *Faretta* as identifying a right of self-representation is not always useful because it pertained to times *when lawyers were scarce, often mistrusted, and not readily available to the average person accused of crime*. For one who could not obtain a lawyer, self-representation was the only feasible alternative to asserting no defense at all. Thus, a government’s recognition of an indigent defendant’s right to represent himself *was comparable to bestowing upon the homeless beggar a ‘right’ to take shelter in the sewers of Paris*.”⁴³⁰⁹

I en tid då det dels inte fanns något utvecklat advokatstånd, dels ingen utvecklad rättshjälp för mindre bemedlade, var alltså ”rätten” för den fattiga att föra sin egen talan i domstol, fritt översatt, jämförbar med den hemlöse tiggarens ”rätt” att söka skydd från vädrets makter i kloakerna. I en straffprocessuell kontext syftade denna rättighet till att ge den tilltalade en möjlighet att *överhuvudtaget* försvara sig, och i civila mål var tankegången densamma – om enskilda inte fick föra sin egen talan skulle de hindras från att *överhuvudtaget* kunna väcka talan och/eller svara i domstol.⁴³¹⁰

Annorlunda uttryckt härrör rätten till självrepresentation från en svunnen tid, då några andra alternativ inte stod till buds för alla dem som inte själva kunde betala kostnaden för advokat, det vill säga alla utom samhällets mest välbeställda. Att föra

⁴³⁰⁶ *Faretta v. California* p. 826.

⁴³⁰⁷ *Faretta v. California* p. 826.

⁴³⁰⁸ *Faretta v. California* p. 828.

⁴³⁰⁹ *Martinez v. Court of Appeal* p. 156-157.

⁴³¹⁰ Toone (N.C. L. Rev. 83/2005) s. 662.

sin egen talan i domstol var såtillvida en praktisk nödvändighet, som syftade till att bereda den bredare massan *tillträde till domstol* – inte en ”rättighet” i någon positivt laddad bemärkelse. Sedan dess har dock samhället väsentligen förändrats, vilket domstolen tog fasta på i *Martinez*:

”[W]hile *Faretta* is correct in concluding that there is abundant support for the proposition that a right to self-representation has been recognized for centuries, the original reasons for protecting that right do not have the same force when the availability of competent counsel for every indigent defendant has displaced the need ... for self-representation.”⁴³¹¹

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att två argument har anförts till stöd för att enskilda skall få företräda sig själva i domstol: för det första att ett biträdestvång utgör ett ingrepp i partens autonomi; och för det andra att ett sådant tvång spärar mindre bemedlade från att processa i domstol. Vi kan också konstatera att det första argumentet inte håller för närmare problematisering (och inte heller har tillmätts särskilt stor vikt i Sverige), och att det andra argumentet faller *om mindre bemedlade kan anlita biträde på någon annans bekostnad*. Att sova i kloakerna framstår möjligen som ett bättre alternativ än att tvingas sova under bar himmel, men hamnar i en annan dager om alternativet är en utvecklad socialhjälp. Och på motsvarande sätt förhåller det sig med rätten till domstolsprövning – i länder utan utvecklade rätts-hjälpsystem är självrepresentation ett nödvändigt ont för att garantera tillträde till domstol. Vi skall dock inte inbilla oss att en sådan ordning säkerställer en effektiv och rättvis domstolsprövning – tvärtom visar all erfarenhet att det inte går att förenkla en domstolsprocess så till den grad, att enskilda i gemen kan föra sin egen talan på ett tillfredsställande sätt.

8.4.2 Tillgång till biträde säkerställer en effektiv och rättvis domstolsprövning

Av redogörelsen ovan kan vi sammanfattningsvis konstatera att en ”biträdeslös” process visserligen är ägnad att säkerställa tillträde till domstol, men erbjuder betydligt sämre garantier för en effektiv och rättvis domstolsprövning. I Sverige framgår detta tydligt i förarbetena till småmålslagen, där lagstiftaren på ett transparent sätt ställde olika intressen mot varandra. Enligt departementschefen var det nämligen ”uppenbart” att den förenklade tvistemålsprocessen skulle lämna

”... mindre garantier än nu gällande regler för att ett materiellt riktigt avgörande kommer till stånd i en påbörjad process. [...] Som jag har framhållit i det föregående används emellertid det nuvarande systemet i ganska obetydlig utsträckning. Främst av ekonomiska skäl anser part det i många fall uteslutet att hävda sin rätt vid domstol även om han har rätt i sak. [...] Enligt min mening måste stor hänsyn

⁴³¹¹ *Martinez v. Court of Appeal* p. 158.

tas till dessa omständigheter när man jämför nuvarande ordning med ett förenklat förfarande. En avvägning måste alltså ske mellan intresset av all upprätthålla bästa tänkbara garantier för ett riktigt domstolsavgörande i varje enskilt fall och intresset av att åstadkomma ett snabbt och kostnadsmässigt rimligt och därigenom också någorlunda ofta anlitat domstolsförfarande.”⁴³¹²

Att den förenklade tvistemålsprocessen erbjuder sämre rättssäkerhetsgarantier än den ordinära civilprocessen bekräftades också i Rättegångsutredningens utvärdering av småmålslagen. Enligt utredningen var det nämligen ”inte särskilt omtänksamt mot den enskilde att vägra biträdeshjälp”, eftersom den enskildas talan många gånger framstod som ”meningslös” – i bemärkelsen utsiktslös – helt enkelt eftersom enskilda har svårt att bedöma utsikterna att vinna framgång.⁴³¹³ Och när det väl fanns fog för den enskildas talan menade utredningen att frånvaron av biträde inte kunde kompenseras genom ökad aktivitet från domstolen:

”En aldrig så välvilligt inställd domare kan inte alltid kompensera frånvaron av ett biträde. Denna frånvaro kan därför *i vissa fall resultera i en försämrad rättssäkerhet* och ett sämre genomslag för civilrätten.”⁴³¹⁴

Till detta kommer, avslutningsvis, att småmålslagens kvittningsregel förstärkte obalansen mellan parterna i en redan obalanserad process, eftersom näringsidkaren även fortsättningsvis tenderade att anlita biträde.⁴³¹⁵ På goda grunder kan man anta att de restriktiva ersättningsreglerna i förvaltningsmål får samma konsekvenser som i småmål, men med den skillnaden att måltypen är indispositivt därför att det finns ett allmänt intresse av att säkerställa materiellt korrekta avgöranden. Denna målbild rimmar förhållandevis illa med ambitionen om en ”biträdeslös” processform.

Mot denna bakgrund har jag ovan rest frågan om inte en tvångsstyrning mot självrepresentation genom restriktiva kostnadsregler kan betraktas som en björntjänst i relation till den enskilda parten: Att människor bereds tillträde till domstol synes nämligen mindre betydelsefullt, om dessa likafullt saknar förutsättningar att inför domstolen tillvarata sina intressen. I kraven på ”Access to Justice” respektive ”Access to Court” ligger också någonting mer än att enskilda i formell mening skall garanteras tillträde till domstol. För att besvara avhandlingens övergripande frågeställning finns det härvid skäl att skilja mellan två ”nivåer” på det processuella rättsskyddet: hanteringen av biträdeskostnader kan ställas i relation till (1) intresset av jämlikhet och (2) intresset av rättssäkerhet.

⁴³¹² Prop. 1973:87 s. 133 f.

⁴³¹³ SOU 1982:26 s. 52. Se även prop. 1986/87:89 s. 70: ”En person utan juridiska kunskaper kan ha svårt att bedöma sin situation i detta hänseende, och resultatet kan bli att en domstolsprocess öppnas helt i onödan.”

⁴³¹⁴ SOU 1982:26 s. 52.

⁴³¹⁵ SOU 1982:26 s. 55.

8.4.2.1 Intresset av jämlikhet

Jämlikhet kan betraktas som en ”maximinivå” där *alla oavsett inkomst kan använda domstolarna under lika förutsättningar*. Så har naturligtvis aldrig varit fallet, men under 1970-talet fanns åtminstone en målbild uttryckt i förarbetena till rättshjälpslagen om att ingen av ekonomiska skäl skulle hindras från att ta tillvara sin rätt. I linje härmed var inkomstgränsen påfallande hög – den allmänna rättshjälpen omfattade alla utom de ekonomiskt bäst ställda. Idag är tongången en annan – rättshjälpen har dels privatiserats och därigenom lämnats åt marknadskrafterna,⁴³¹⁶ dels fått karaktären av en social skyddslag som endast omfattar de ekonomiskt sämst ställda. Att påstå att alla är materiellt lika inför lagen framstår därför som oegentligt i dagens Sverige, eftersom parternas ekonomiska förhållanden påverkar deras möjligheter att tillvarata sina intressen inför domstol. Det sagda kan illustreras genom tre exempel, i anslutning till brottmålen, tvistemålen och förvaltningsmålen.

Brottmål: Ersättningarna till offentliga försvarare är idag så låga att tilltalade som har mycket pengar emellanåt väljer att avstå en offentlig försvarare för att istället anlita privat försvarare. Denna tendens är som tydligast i ekobrottmål, där det till och med talas om framväxande ”ekobrottnisch” – advokater som är nischade på just ekonomisk brottslighet, och som inte sällan agerar som privata försvarare.⁴³¹⁷ Till skillnad från en offentlig försvarare råder avtalsfrihet i relationen mellan en privat försvarare och dennas klient. Följaktligen kan advokaten debitera ett högre arvode än vad som följer av timkostnadsnormen. Av HD:s praxis följer också att en tilltalad som för egna medel har valt att anlita en särskilt kvalificerad (men dyr) privat försvarare har rätt att få sina faktiska kostnader ersatta vid friande dom, under förutsättning att den tilltalade hade fog för att anlita den särskilt kvalificerade advokaten.⁴³¹⁸ Eftersom gemene man inte har råd att ligga ute med flera hundra tusen kronor i avvaktan på målets avgörande, innebär rådande ordning att välbemedlade kan anlita ”den bästa” advokaten inom ett visst fält (eventuellt på skattebetalarnas bekostnad vid friande dom), medan obemedlade och mindre bemedlade inte har denna möjlighet. Huruvida tillgången till privat försvarare ökar sannolikheten för att den tilltalade skall frikännas, jämfört med om vederbörande företräds av en offentlig försvarare, låter jag dock vara osagt.⁴³¹⁹

Twistemål: Genom kravet på särskilda skäl utgår inte rättshjälp i de stora flertalet vårdnadstvister, hemförsäkringarnas rättskydd har undantagit sådana tvister som uppstår inom ett år efter separation och kostnaderna fördelas normalt mellan parterna enligt kvittningsprincipen. En ”normal” vårdnadsvist genererar advokatkostnader på omkring 100 000 kr. Detta sakernas tillstånd innebär att endast den som kan avvara 100 000 kr kan anlita en advokat. I den mån det råder inkomstskillnader

⁴³¹⁶ Att rättshjälpen numera är subsidiär till rättskyddet skapar i sig olikbehandling mellan enskilda som kan få ersättning ur hemförsäkringen och enskilda som kan beviljas rättshjälp, eftersom systemen uppvisar påtagliga skillnader; se exv. Alfvén, Berenike et al., *Skilnader i rättskydds- och rättshjälpsförmåner leder till oacceptabel olikhet inför lagen* (TSA 4/2003) s. 23.

⁴³¹⁷ Se exv. Schultz, Mårten, *HD slår fast rätt till dyr advokat*, Svenska Dagbladet den 12 mars 2015.

⁴³¹⁸ NJA 2015 s. 62.

⁴³¹⁹ Däremot är det allmänt känt att en ovanligt hög andel ekobrottmål utmynnar i friande dom; se exv. Branberg, Ulrika & Knutson, Tom, *Svårt att fälla ekobrottslingar* (TSA 2/2011) s. 23-25.

mellan parterna – vilket det inte sällan gör, vanligtvis till pappans fördel – kommer parternas ekonomiska förhållanden att påverka deras processuella styrkepositioner, eftersom tillgång till en advokat typiskt sett ökar partens processodds. I tvistemål om mindre värden är det också regel snarare än undantag att endast den ena parten (näringsidkaren) har tillgång till ett biträde (som betalas med obeskattade medel), medan motparten (konsumenten) tvingas föra sin egen talan. Med Lindbloms ord erinrar förhållandena ”om Davids kamp mot Goliat – med den skillnaden att utgången kan förväntas bli den motsatta”.⁴³²⁰

Förvaltningsmål: Det flesta förvaltningsmål faller helt utanför alla ersättningssystem. I förvaltningsprocessen blir således konsekvensen densamma som i vårdnads- och småmål: Enskilda som har råd att betala en advokat kan förbättra sina processodds med 600 procent (förtidspension), eller mer konkret, från ca 20 procent bifall/70 procent avslag till 70 procent bifall/20 procent avslag (LSS). För att citera Ramberg, angående skattemål:

”I skatteprocessen råder heller inte resursmässig partslikhet. Eftersom enskilda inte beviljas rättshjälp eller tilldelas offentliga biträden är det endast ekonomiskt starka företag och välbärgade personer som har ekonomiska möjligheter att låta sig företrädas av juridiskt ombud. Detta leder till allvarliga problem, inte bara för den enskilde men också för tilltron till det goda rättssamhället.”⁴³²¹

Sammantaget menar jag att kostnadshandlingen i Sverige inte uppfyller kravet på ”Access to Justice”, om detta krav förstås såsom jämlikt tillträde till domstol. Låt oss därför sänka ambitionsnivån, genom att istället diskutera biträdeskostnadernas hantering i relation till kravet rättssäkerhet/”Access to Court” i vid mening.

8.4.2.2 Intresset av rättssäkerhet

För att bli operationaliserbart måste begreppet rättssäkerhet definieras. I denna avhandling har jag gjort detta genom att ytterst ställa biträdeskostnadernas hantering i relation till kraven på effektivt tillträde till domstol/rättvis rättegång, såsom dessa krav har uttolkats av Europadomstolen. Annorlunda uttrycket betraktar jag artikel 6 som ett för Sverige förpliktigande benchmark mot vilket inhemsk lagstiftning kan problematiseras,⁴³²² eller kanske snarare som en minimistandard som svensk rätt åtminstone skall vara i paritet med.⁴³²³ Som framgått i kapitel 6 påstår jag också att svensk rätt i vissa avseenden inte ens når upp till denna nivå – det finns en rad luckor i det processuella rättsskyddet som behöver ”tappas igen”. I nästföljande avsnitt skall jag diskutera två sådana problemområden, som jag anser vara särskilt besvärande.

⁴³²⁰ Lindblom (SvJT 1/2002) s. 9. Se även Lindblom (2008a) s. 40 med samma liknelse.

⁴³²¹ Ramberg (TSA 5/2017) s. 6.

⁴³²² Jfr prop. 1987/88:69 s. 16 prop. 1998/99:37 s. 25, SOU 1995:124 s. 255 och Bylander (2006) s. 376.

⁴³²³ Se exv. SOU 1992:138 s. 68 och Danielius (2015) s. 59 (som talar om en ”europpeisk standard”) samt avsnitt 5.7.6 ovan.

8.5 Reformförslag

I detta avhandlingens sista avsnitt skall konkretisera diskussionen i relation till avhandlingens övergripande frågeställning, genom att formulera två reformförslag: (1) att en skev ersättningsregel skall införas i förvaltningsmål; samt (2) att systemet med offentligt biträde skall utvidgas till fler måtyper.⁴³²⁴

8.5.1 Därför bör en skev ersättningsregel införas i förvaltningsmål

I både tvistemål och brottmål anses det vara en grundläggande princip att en enskild part, som har vunnit en process, skall få sina biträdeskostnader ersatta av motparten. I litteraturen har principen om full kostnadstäckning till och med karaktäriserats som ”så självklar att man knappast behöver argumentera för den”.⁴³²⁵ Samma princip är dock ingalunda självklart inom förvaltningsprocessen, där huvudprincipen istället är den rakt motsatta.⁴³²⁶ I förarbetena har kvittningsprincipen karaktäriserats som ”en allmän grundsats” i förvaltningsmål, och i litteraturen har det likaså anförts att det ”är en grundläggande princip att den enskilde själv får bära sina kostnader i förvaltningsmål”.⁴³²⁷ Dessa skillnader inbjuder till en jämförelse av de argument som har motiverat rådande ordning.

8.5.1.1 Skälen för kostnadstäckning (vid den enskilda partens processvinst)

I förarbetena till rättegångsbalken motiverades principen om full kostnadstäckning enligt följande:

Tvistemål: ”Rättegångens syfte att bereda rättskydd skulle endast ofullständigt uppnås, om icke den vinnande parten tillika finge gottgörelse för de kostnader han ådragit sig för att göra sin rätt gällande.”⁴³²⁸

Brottmål: ”Utgångspunkten bör vara att den som frikänns skall hållas i görligaste mån skadeslös för kostnad som har varit nödvändig för att tillvarata hans rätt.”⁴³²⁹

⁴³²⁴ Utöver de reformförslag som diskuteras i nedan vill jag, beträffande brottmålen, hänvisa till mina slutsatser ovan: (1) att den ovillkorliga rätten till försvarare bör kopplas till det för brottet föreskrivna minimistraffet; (2) att rätten till försvarare bör frikopplas från skälig misstanke; samt (3) att möjligheten för en misstänkt/tiltalad att avstå från försvarare måste hanteras med större omsorg, samt (4) att ett erkännande som en misstänkt/tiltalad lämnat utan att först ha konsulterat en försvarare inte får läggas till grund för en fällande dom. Dessa slutsatser har jag utförligt motiverat i relation till Europakonventionen i föregående avsnitt och det framstår inte som motiverat att här upprepa vad som framgick där. Istället hänvisar jag framförallt till avsnitt 6.2.7.

⁴³²⁵ Lundin (2009) s. 292.

⁴³²⁶ Jfr Petré (FT 6/1950) s. 372.

⁴³²⁷ Se t.ex. prop. 1988/89:126 s. 13.

⁴³²⁸ Se SOU 1938:44 s. 231

⁴³²⁹ Prop. 1972:4 s. 269.

I dessa uttalanden framträder vissa skillnader mellan tvistemålen och brottmålen:

I tvistemålen är tappande parts kostnadsansvar tydligt kopplat till *civilprocessens samhällsfunktion*, genom att framförallt verka reparativt. Under åren har behovet av reparation/kompensation visserligen motiverats på olika sätt, givet rådande ”funktionsparadigm” (först för att säkerställa processens rättskyddande funktion, och numera dess genomslagsfunktion) och kompletterats med mer diffusa (icke-verifierade) preventiva och i förlängningen handlingsdirigerande syften, men faktum kvarstår: Det reparativa syftet är och har alltid varit det klart dominerande. Detta förklarar i sin tur varför alla avsteg från huvudregeln om full kostnadstäckning måste motiveras av tungt vägande skäl – helt enkelt eftersom sådana undantag anses kunna äventyra civilprocessens funktion.

För brottmålen vidkommande är kostnadsregeln inte på samma sätt kopplad till straffprocessens samhällsfunktion, åtminstone inte vid friande dom. Det allmänns intresse av att säkerställa materiellt korrekta straffdomar (i både friande och fällande riktning) anses nämligen bli bättre tillgodosett genom systemet med offentliga försvarare, genom vilket en försvarare vid behov kan förordnas oberoende av den enskilda partens initiativ. Att hålla vinnande part skadelös för privata försvararkostnader, i sådana fall då en offentlig försvarare inte har förordnats, får därför betraktas som ett mer principiellt grundat intresse (att motverka ”stötande resultat”). Att den tilltalades kostnadsansvar vid fällande dom är begränsat har dock, som framgått ovan, delvis motiverats med funktionsargument – främst på kriminalpolitiska grunder (att inte försvåra den dömdes återanpassningen i samhället genom skuldsättning).

Principen om full kostnadstäckning kan således på ett mer eller mindre tydligt sätt förankras i den allmänna processens grundläggande samhällsfunktion. Denna skillnad till trots ger både civil- och straffprocessens kostnadsregler numera uttryck för en gemensam grundtanke – att det, av olika anledningar, är olämpligt att en enskild som ”har rätt” (i bemärkelsen ”vunnit processen”) måste vidkännas kostnader för att ”få rätt” (i bemärkelsen ”driva processen”). I civilprocessen talar man i förarbetena om att ge den enskilda ”gottgörelse” och i straffprocessen om att hålla densamma ”skadelös”. Det är alltså framförallt det *reparativa syftet* som har motiverat principen om full kostnadstäckning i den allmänna processen (i brottmål till den tilltalades fördel vid friande dom). Att parten får sina kostnader ersatta vid en framgångsrik process bidrar helt enkelt till ”tryggheten i samhället”, på så vis att rättegången inte blir en *ytterligare ekonomisk belastning* för en enskild som visade sig ha ”rätten på

sin sida” (genom att vinna bifall till sin talan).⁴³³⁰ Att processen inte bör innebära en ekonomisk belastning kan sedan motiveras på olika grunder:

1. Därför att parten i så fall inte kommer att få sin ”fulla rätt”. Detta resonemang andas visserligen naturrätt, men kan brytas ned i enkel ekonomi: Om vinnande part tillerkänns 100 000 kr men måste betala 50 000 kr till sin advokat, tillerkänns parten i praktiken 50 000 kronor. Man kan då ifrågasätta om domstolsprövningen ger ett effektivt rättsskydd.
2. Därför att parten i så fall inte kommer att kunna anlita biträde – i vart fall inte om tvisteföremålets värde är begränsat. Även detta resonemang kan illustreras med ett enkelt exempel: Om parten tillerkänns 20 000 kr, men måste betala 50 000 kronor till sin advokat, kommer processen att leda till en nettoförlust på 30 000 kronor. I en dylik situation har parten tre alternativ: (a) att åsamka sig själv ekonomisk skada genom att väcka talan och anlita en advokat; (b) att inte väcka talan alls; eller (c) att föra sin egen talan. I alternativ (a) och (b) kan man ifrågasätta om det föreligger ett effektivt tillträde till domstol, och i alternativ (c) kan man ifrågasätta om domstolsprövningen är rättvis. Eller för att citera HD i NJA 2015 s. 374, där parterna valde alternativ (c): de anlidade biträde till en kostnad av 200 000 kr, vann målet mot Skatteverket, varefter kostnaderna kvittades. HD anförde:
3. ”Om den enskilde saknar rätt till ersättning för sina rättegångskostnader i utmätningens målet, kan det emellertid leda till begränsningar av den enskildes möjlighet att anlita ombud. I mer komplicerade eller omfattande utmätningens mål kan den enskilde då hamna i underläge mot staten.”
4. Därför att det helt enkelt framstår som ”stötande”, inte minst i tvister med staten, som staten initierar (såsom i brottmål och vissa sådana förvaltningsmål som avser olika typer av ingripanden).

Frågan är då om dessa resonemang har någon bäring i den förvaltningsprocessuella kontexten. I sitt slutbetänkande konstaterade Domstolsutredningen att ”i fråga om enskildas möjligheter att få ersättning av det allmänna för rättegångskostnader i förvaltningsprocesser, det *reparativa syftet befinner sig i förgrunden*”.⁴³³¹ Enligt utredningen kunde det många gånger vara oskäligt eller rentav stötande, att enskilda – enligt vad som alltjämt är ”gällande rätt” – tvingas att stå sina egna processkostnader i tvister

⁴³³⁰ Jfr Ekelöf, Bylund & Edelstam (2006) s. 280 ff. (ang. civilprocessen): ”Denna kostnadsersättningens handlingsdirigerande effekt är dock inte alltid lika betydelsefull. I mindre mål är den av stor vikt, medan den i mål angående stora värden kan vara fullkomligt betydelselös. Däremot bidrar kostnadsersättningen *reparativa effekten alltid till tryggheten i sambället*. Borgenären vet att om gäldenären inte frivilligt betalar sin skuld, så kan borgenären framtvunga fullgörelse på gäldenärens bekostnad.” Se även Lindblom (2008a) s. 132, som förklarar att RB:s huvudregel skall ”medverka till att den som har rätt inte bara får rätt utan också kompenseras fullt ut”, med följande förtydligande ang. den reparativa funktionen: ”Den reparativa funktionen består av att en kärande som har rätten på sin sida kan framtvunga en dom på motpartens bekostnad. För vinnande svarande innebär den tappandes kostnadsansvar att rättegången åtminstone i princip inte medför någon ekonomisk belastning.”

⁴³³¹ SOU 1991:106 del A s. 642.

med staten till och med när den enskilda parten vinner framgång mot staten.⁴³³² Det av Domstolsutredningen diskuterade skälet för kostnadsäckning i förvaltningsmål är alltså precis desamma som tidigare har motiverat kostnadsreglerna i tvistemål och brottmål, där det *reparativa syftet också befinner sig i förgrunden*. Vi kan också konstatera att skattemålets särskilda ersättningsregel har motiverats enligt ungefär samma argumentationslinjer som i tvistemål och brottmål, det vill säga dels med hänvisning till att domstolsprocessens funktion riskerar att förfelas om inte kostnadsersättning utgår;⁴³³³ dels med hänvisning till att avsaknaden av ersättningsregler riskerar att ge upphov till stötande resultat.⁴³³⁴ Det var också dessa två argument som kammarrätten i Göteborg anförde till stöd för att motsvarande ersättningsregler borde införas i alla förvaltningsmål.⁴³³⁵ Fullt så långtgående förslag framlade varken Besvärssakkunniga eller Domstolsutredningen – båda utredningarna var dock överens om att den undantagslösa kvittningsregeln i vart fall *måste föras med ett undantag*.⁴³³⁶ Som framgått är också (i princip) alla kvittningsregler i rättegångsbalken försedda med sådana undantag, genom vilka domstolen kan döma ut kostnadsersättning om det är påkallat i det enskilda fallet. Till detta kommer att Högsta domstolen – med hänvisning till rätten till en rättvis rättegång – försåg ärendelagens kvittningsregel med ett undantag som endast verkar till den enskildas fördel som vinnande part.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att de skäl som har ansetts motivera att enskilda hålls skadelösa vid en framgångsrik process i allmän domstol också gör sig gällande i förvaltningsdomstol. Samma argument som har motiverat rättegångsbalkens kostnadsregler kan alltså åberopas till stöd för att särskilda ersättningsregler bör införas förvaltningsmål, *till den enskilda partens fördel vid en processvinst*. Detta påstående kan knappas betraktas som kontroversiellt, givet att dessa argument redan ligger till grund för kostnadsreglerna i skattemål. Riksdagen har alltså accepterat dem som i och för sig gångbara. Vi kan också konstatera att riksdagen ställde sig bakom följande uttalande från Lagutskottet, redan år 1948:

”I rättstillämpningen leda de normer, som nu läggs till grund för dessa kostnadsfrågors avgörande, *ej sällan till stötande konsekvenser*. För att säkra sin rätt kan den enskilde nödgas i ett förvaltningsmål eller -ärende ådraga sig betydande kostnader, för vilka han icke kan få någon ersättning. Otvivelaktigt föreligger behov av en allmän översyn av de regler, som tillämpas på området.”⁴³³⁷

⁴³³² SOU 1991:106 del A s. 642 resp. 654.

⁴³³³ Till denna kategori kan hänföras ”rättssäkerhetsargumentet”, som i princip gick ut på att rätten till domstolsprövning i skattemål är ägnad att säkerställa rättssäkerheten i taxeringen. Denna funktion ansågs dock förutsätta att enskilda parter kan ta tillvara sina intressen i processen på ett effektivt sätt – ytterst genom att anlita biträde.

⁴³³⁴ Till denna kategori kan hänföras ”likabehandlingsargumentet”, som i princip gick ut på att det vore ”orättvist” om endast vissa skattskyldiga åsamkas kostnader för att åsättas en korrekt taxering.

⁴³³⁵ För det första att den enskilda inte *fått sin fulla rätt* om vederbörande inte hålls skadelös i fråga om sina kostnader; för det andra var det enligt KamR:ns mening i *princip rimligt* att enskilda hålls skadelösa för kostnader som åsamkas dem genom domstolsprocessen.

⁴³³⁶ Se exv. SOU 1964:27 s. 683: ”Såsom framgår av vad som återgivits i den allmänna inledningen ovan, leder emellertid den föreslagna huvudregeln [om kvittning av kostnaderna] stundom till obilliga eller rentav stötande resultat.” Jfr SOU 1991:106 del A s. 654: ”För en del fall är enligt vår mening den [rådande] ordningen stötande.”

⁴³³⁷ LU 1948:12 s. 3.

Förvisso har riksdagens sammansättning ändrats sedan dess, men reformbehovet har vitsordats vid så många tillfällen nu att jag har tappat räkningen – dock vanligtvis genom att frågan samtidigt skjuts på framtiden genom hänvisningar till pågående eller planerade utredningar. Efter snart 100 år av utredningar behöver dock inte fler utredningar komma fram till samma sak.

8.5.1.2 Skälen för kvittning (vid den enskilda partens processförlust)

Så långt skälen för kostnadstäckning till den enskilda partens fördel vid en processvinst. Ovanstående argument motiverar dock inte med samma styrka att enskilda parter underkastas ett motsvarande kostnadsansvar mot staten vid en processförlust, eftersom det reparativa syftet knappast gör sig gällande i relation till det allmänna. Detta kan i sin tur erbjuda en delförklaring till varför principen om full kostnadstäckning *inte* tillämpas till staten fördel – varken i skattemål (där den enskilda kan erhålla ersättning även vid en processförlust) eller i brottmål (där kostnaderna till betydande del kvittas/kan efterges helt). Inte heller Högsta domstolen valde att underkasta den enskilda parten ett kostnadsansvar i NJA 2015 s. 374, trots att domstolen – med avsteg från ärendelagens kvittningsregel – ålade de allmänna ett kostnadsansvar. Låt oss mot denna bakgrund diskutera motargumenten, det vill säga skälen för kvittning.

Civilprocessens kvittningsregler har framförallt motiverats på tre olika grunder. Det argument som har tilldragit sig störst uppmärksamhet är (1) den processavskräckande effekten som följer med rättegångsbalkens huvudregel om full kostnadstäckning. Detta argument anknyter nämligen till processens samhällsfunktion: Om människor inte vågar processa på grund av den latent kostnadsrisken bidrar domstolsprocessen inte till den materiella rättens genomslag. Därutöver har särskilda kvittningsregler införts i sådana måltyper, där det antingen (2) inte går att betrakta parterna som vinnare/förlorare, exempelvis därför att båda parter har ett intresse av att rättsläget klargörs, eller (3) den formella partsställningen inte återspeglar den reella partsställningen, exempelvis därför parten är ett barn vars talan i praktiken förs av andra aktörer. I det två senare fallen handlar det således snarast om att en strikt tillämpning av huvudregeln ger upphov till stötande resultat, vilket har motiverat fakultativa undantag.

Applicerat på förvaltningsprocessen kan åtminstone punkterna 1-2 motivera att kostnaderna kvittas när den enskilda parten tappar målet. Förvaltningsdomstolarna skulle (1) inte heller kunna fullgöra sin samhällsfunktion om enskilda inte vågade överklaga förvaltningsmyndigheternas beslut av rädsla för att behöva betala statens processkostnader. Och när lagstiftaren (2) överlåter åt rättstillämpningen att klagöra rättsläget inom ett visst förvaltningsrättsligt område, ligger det i statens intresse att enskilda överklagar beslut så att domstolarna kan meddela prejudikat. Att ålägga den enskilda ett kostnadsansvar mot staten, när processen föranleds av att staten stiftat otydlig lag, skulle med fog kunna betraktas som stötande (och dessutom kväsa utrymmet för prejudikatbildning). Dessa argument kan dock svårigen motivera att kostnaderna kvittas, när staten står som tappande part. Det sagda motiverar en ensidig kvittningsregel, som verkar till den enskilda partens fördel.

Förvaltningsprocessens dubbelsidiga kvittningsregel har dock motiverats på delvis andra grunder, som jag ovan har talat om i termer av ”sambhällsmedlemskapsargumentet”, ”dubbelersättningsargumentet”, ”balansargumentet”, samt ”behovs-”/”kompensationsargumentet”. Jag har redan ägnat förhållandevis mycket utrymme åt att kritisera de tre första utav dessa argument, och skall därför nöja mig med en koncis sammanfattning:

Sambhällsmedlemskapsargumentet saknar idag bärkraft, vilket yttrar sig på många olika sätt – inte minst genom att det allmänna har underkastat sig ett successivt utvidgat skadeståndsansvar för fel och försummelser vid myndighetsutövningen. I förarbetena till skadeståndslagen anförde också DepC, att det är av ”största vikt att det allmännas verksamhet omfattas med förtroende av medborgarna”. Att det allmänna kompenserar skador ansågs också ha ”mycket stor betydelse” för att bygga ett sådant förtroende, vilket i sin tur var ”det viktigaste argumentet för en utvidgning av det allmännas skadeståndsansvar”.⁴³³⁸ Samma principiella ståndpunkt intog DepC i förarbetena till ersättningslagen, där det helt enkelt konstaterades att det inte finns någon ”rimlig anledning” att en skattskyldig själv skall behöva bekosta sin process – tvärtom var det dels ”en viktig del i likabehandlingen” att enskilda som drabbas av en oriktig taxering ”åtminstone kompenseras för det extra besväret att föra en process för att nå en riktig taxering”, dels ”rimligt från rättssäkerhetssynpunkt att ge den skattskyldige ersättning för processkostnader.”⁴³³⁹ Med detta betraktar jag samhällsmedlemskapsargumentet som rättshistoriskt intressant, men utan betydelse för den fortsatta diskussionen.⁴³⁴⁰ Enskilda skall inte behöva tåla att åsamkas skador med hänvisning till medlemskapet i samhället.

Dubbelersättningsargumentet kan avfärdas på ett flertal olika grunder. För det första visar erfarenheterna från både den äldre rättegångsbalken och den nuvarande skadeståndslagen otvetydigt att en part *ytterst sällan* kan få ersättning för biträdeskostnader, om sådan ersättning betraktas och behandlas som ett sedvanligt skadestånd, eftersom skadestånd förutsätter culpa. Att visa att den ekonomiska skada som en domstolsprocess innebär har föranletts av motpartens vårdslöshet är sällan möjligt – i synnerhet inte när motparten är det allmänna. När skadeståndsteorin låg till grund för kostnadsregleringen i tvistemål, utdömdes ersättning för biträdeskostnader endast i *flagranta undantagsfall*, vilket påminner om rådande praxis beträffande det allmännas skadeståndsansvar för advokatkostnader. Även om ”skadeståndsalternativet” skulle vara ett realistiskt alternativ är det dock, för det andra, förenat med betydande processekonomiska nackdelar. Det är helt enkelt tokigt att den som tvistar med det allmänna skall behöva ”dubbelprocessa” för att få ersättning för sina biträdeskostnader: först i förvaltningsdomstol (för att få rätt i sak) och sedan i allmän domstol (för att få ersättning för sina kostnader i den första processen, varvid den andra processen kommer att generera nya kostnader, som motparten således också måste ersätta).

⁴³³⁸ Prop. 1989/90:42 s. 6. Se även exv. prop. 1972:5 s. 316 ff.

⁴³³⁹ Prop. 1993/94:151 s. 132 f.

⁴³⁴⁰ Jfr SOU 1991:106 del A s. 640: ”Att det *med nuvarande ordning* utgör en del av medborgarskapet att medborgarna själva skall svara för sina kostnader i en eventuell förvaltningsprocess kan givetvis inte förnekas. Huruvida denna ordning är naturlig synes emellertid meningslöst att diskutera.”

För det tredje implicerar dubbelersättningsargumentet att särskilda ersättningsregler skulle medföra en ”dubbling” av ersättningen, vilket naturligtvis inte stämmer; om parten får ersättning för sina biträdeskostnader i förvaltningsprocessen föreligger ju inte längre någon skada, och därmed ingen grund för skadestånd. Att ersättning för rättegångskostnader *kan* betraktas som en form av skadestånd, betyder således inte att ersättningen *bör* behandlas som ett skadestånd – tvärtom är det en dålig idé. Till denna insikt kom man för 100 år sedan i den allmänna processen. Kanske är det dags att komma ikapp inom förvaltningsprocessen.

Balansargumentet är mer principiellt intressant, eftersom det visar hur onyanserad diskussionen kring rättegångskostnadernas hantering i förvaltningsprocessen är. Något förenklat går detta argument ut på att ersättningsregler med nödvändighet slår åt två håll: En övergång till förloraren betalar-principen vore således fördelaktigt för den enskilda parten, men bara när denna vinner processen. Sådana regler vore däremot ofördelaktiga för den enskilda när denna förlorar processen, eftersom vederbörande då skulle tvingas bära också de allmännas rättegångskostnad. Det sistnämnda anses inte acceptabelt, eftersom kostnadsregeln skulle ge upphov till just den processavskräckande effekt som vi har diskuterat ovan. Att enskilda inte bör underkastas ett kostnadsansvar vid förlust anförs alltså som ett argument *mot* att tillerkänna enskilda ersättning vid vinst; kvittning anses helt enkelt nödvändigt i förvaltningsmål för att undvika de problem som följer med den allmänna processens huvudregel. Denna argumentationslinje är dock, som jag har visat, direkt förfelad. Jag delar i och för sig uppfattningen att den kostnadsrisk som följer med rättegångsbalkens huvudregel inte bör introduceras i förvaltningsmål, vilket motiverar att kostnaderna kvittas när en enskild står som tappande part. Att det vore till den enskildas nackdel att behöva utge ersättning vid en processförlust är dock ett icke-argument mot att tillerkänna enskilda ersättning vid en processvinst, eftersom det är fullt möjligt att särbehandla parterna i kostnadshänseende (genom ensidiga/skeva fördelningsregler). Med andra ord kan den enskilda parten tillerkännas kostnadstäckning utan att samtidigt underkastas ett kostnadsansvar, vilket med all önskvärd tydlighet illustreras av fördelningsreglerna i brottmål och skattemål.

8.5.1.3 Sammanfattningsvis: Det finns skäl att införa en skev kostnadsregel i förvaltningsmål

Mot denna bakgrund landar vi i en situation där skälen för kostnadstäckning och kvittning måste skiljas åt och bedömas var för sig, genom att appliceras på de två parterna i förvaltningsprocessen i deras hypotetiska egenskap som vinnande respektive tappande part, enligt följande uppsummering:

Skälen för kostnadstäckning: Enligt min mening gör sig de skäl som brukar åberopas för kostnadstäckning i tvistemål och brottmål gällande när den enskilda står som vinnande part i ett förvaltningsmål. Att en enskild aldrig kan få sina kostnader ersatta vid en processvinst riskerar nämligen att äventyra förvaltningsprocessens funktion, exempelvis därför att enskilda inte kan anlita biträde trots att de har behov av biträde. Att kostnadsersättning aldrig utgår riskerar också att ge upphov till oskäliga/stötande

resultat, exempelvis därför att endast vissa enskilda kommer att åsamkas kostnader för att utkräva sina rättigheter genom domstol (vilket leder till olikbehandling). Dessa två argument har motiverat avvikande kostnadsreglerna i skattemål, men är enligt min uppfattning applicerbara på många fler förvaltningsmål. De nämnda argumenten talar dock inte för att stat och kommun också skall hållas "skadelösa" när det allmänna står som vinnande part. I skattemål och brottmål tillämpas därför principen om full kostnadstäckning till den enskildas fördel, men inte fullt ut till den enskilda partens nackdel.

Skälen för kvittning: De skäl som brukar åberopas för kvittning i allmän domstol gör sig däremot gällande när den enskilda står som tappande part inför en förvaltningsdomstol. Att enskilda måste ersätta det allmännas kostnader vid en processförlust skulle nämligen äventyra processens funktion, genom att ge upphov till en processavskräckande effekt. Det finns därtill ett allmänintresse i att felaktiga beslut korrigeras, vilket i sin tur förutsätter att enskilda vågar överklaga. Därtill kan anföras att det allmänna många gånger har ett intresse av att rättsläget klargörs genom praxis, vilket likaså förutsätter att enskilda vågar föra talan inför domstol. Att den enskilda – när rättsläget är oklart till följd av otydlig lagstiftning – får stå det allmännas kostnader för att rättsläget skall klargöras, kan också betraktas som stötande. Samma argument talar dock inte för att det allmänna skall hållas skadelös när det allmänna står som tappande part.

Applicerar vi *samtliga argument* – både för och emot full kostnadstäckning respektive kvittning – på förvaltningsprocessen, finns det sammanfattningsvis skäl att införa en skev fördelningsregel, som verkar till den enskilda partens fördel i förvaltningsprocesslagen. Hur denna regel skall se ut ankommer på andra att bestämma. I princip finns det två alternativ (och däremellan ett spektrum):

Å ena sidan kan den oskrivna kvittningsregeln behållas som huvudregel, men förses med ett fakultativt undantag för de fall *den enskilda parten vinner målet*. Ett sådant undantag kan sedan göras mer eller mindre restriktivt, genom diverse förstärkningsord som "uppenbart oskäligt", "särskilda skäl", och så vidare. Detta var ungefär vad BSK föreslog år 1964, samt vad DU föreslog år 1991.⁴³⁴¹

Ett mer långtgående alternativ är, å andra sidan, att skifta huvudregel men förse principen om full kostnadstäckning med ett undantag. I skattemål fann lagstiftaren skäl att införa en ersättningsregel (utan motsvarande kostnadsansvar), och i samma riktning talar HD:s dom i NJA 2015 s. 374.

⁴³⁴¹ Se 19 kap. 2 § i BSK:s förslag till lag om förvaltningsförfarandet, i SOU 1964:27 s. 43 med motivering på s. 683 ff., samt 32 § i DU:s förslag till lag om förfarandet i mål i förvaltningsdomstol och vissa mål i allmän domstol, i SOU 1991:106 del B s. 6 med motivering i del A s. 619 och 654.

8.5.1.4 Ytterligare motargument: kostnader och behov

Oavsett vilket alternativ som väljs är min oundvikliga slutsats att en strikt/undantagslös kvittningsregel helt enkelt inte går att försvara med några av de tidigare åberopade argumenten. Ett ytterligare argument mot min slutsats – som jag inte har avfärdat ovan – är dock att en ersättningsregel vore förenad med en kostnad för staten, vilket i och för sig är en befogad invändning.⁴³⁴² Om särskilda ersättningsregler inte införs därför att sådana regler kostar för mycket, borde emellertid *detta* anföras som motargument, istället för sådana argument som vid närmare påseende saknar bäring. Skenargumentation för nämligen med sig betydande (och, enligt min uppfattning, besvärande) inkonsekvenser i lagstiftningen, vilket skattemålen illustrerar.

Trots att skattemålen inte uppvisar några (relevanta) sakliga skillnader, har lagstiftaren intagit en helt annorlunda ståndpunkt i denna måltyp än beträffande övriga förvaltningsmål. Det anses helt enkelt inte tillräckligt att samhället tillhandahåller gängse rättssäkerhetsgarantier i form av tillträde till domstol, eftersom en ”viktig del” i rätten till domstolsprövning är att enskilda skall kunna föra sin talan inför domstolen på ett effektivt sätt. Ett sådant effektivt tillträde till domstol förutsätter i sin tur att den skattskyldigas möjligheter att *vid behov* få tillgång till biträde inte är avhängig partens ekonomiska förhållanden. Mot detta resonemang kan enligt min mening inga invändningar riktas. Ställer vi skattemålen i relation till övriga förvaltningsmål blir det dock svårt att få ihop resonemangen. För om det nu är en *naturlig del av medlemskapet i samhället* att enskilda skall stå sina kostnader i förvaltningsprocessen (till och med när detta leder till stötande resultat i det enskilda fallet), hur kan det då saknas *rimlig anledning* (eller rentav vara just stötande) att enskilda står sina egna kostnader i taxeringsprocessen? Och om officialprincipen medför att en enskild part *inte behöver* anlita juridiskt biträde för att komma till sin rätt i förvaltningsmål, hur kan det då *likväl* finnas fall där biträde behövs i taxeringsmål? Det enda logiska svaret på dessa frågor är att intresset av ”rättssäkerhet”, ”likabehandling” och ”effektiv domstolsprövning” tydligen får kosta mer när det handlar om skatt än om andra frågor. Om så är fallet borde dock detta, enligt min mening, framgå i diskussionen.

Ett ytterligare argument som kan anföras mot min slutsats är att jag än så länge inte har berört behovsargumentet; om parten *inte* behöver biträde – exempelvis därför att behovet av biträde ”kompenseras” av andra aktörer – är det ju *inte* motiverat att införa särskilda ersättningsregler. Detta är en likaså en befogad invändning, som jag

⁴³⁴² Jfr SOU 1971:76 s. 46: ”För egen del vill jag framhålla, att det inte är tillfredsställande att den enskilde enligt nuvarande ordning – bortsett från visa undantagsfall – under alla omständigheter själv måste stå för sina kostnader i förvaltningsförfarandet. [...] Hänsyn måste [dock] tas till de *ekonomiska konsekvenser* för det allmänna som kostnadsersättningsregler får.”

därför vill bemöta genom att ställa skattemålen i relation till socialförsäkringsmålen.⁴³⁴³ För mycket riktigt har departementschefen förklarat att den skattskyldiga *kan ha behov av biträde* i taxeringsmål:

”Utgångspunkten är således att de enskilda inte skall behöva anlita juridiskt biträde eller ombud i förvaltningsprocessen. *Likväl finns det fall där sådan hjälp behövs.*”⁴³⁴⁴

Detta kan kontrasteras mot socialförsäkringsprocessen; i förarbetena till rättshjälpslagen anförde departementschefen att det råder ”enighet” om att särskilda kostnadsersättningsregler ”inte behövs” i socialförsäkringsmål.⁴³⁴⁵ Detta uttalande kan dock kontrasteras mot vad Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden dessförinnan hade konstaterat, närmare bestämt att det finns ett ”påtagligt” respektive ”avsevärt” behov av rättshjälp i den aktuella måltypen, bland annat därför att parterna ”i stor utsträckning [utgörs] av sjuka eller gamla, som har ringa förmåga att själva tillvarata sin rätt”.⁴³⁴⁶

Även om vi accepterar lagstiftarens verklighetsbild menar jag att min slutsats står sig. Visserligen förhåller det sig så, att avsaknaden av särskilda ersättningsregler ger upphov till *störst problem* om parter som saknar biträde lider rättsförluster, eftersom parterna då inte kommer att garanteras ett effektivt tillträde till domstol. På motsvarande sätt är *problemet mindre*, om parterna kan föra sin egen talan utan att lida rättsförluster. Att parterna saknar behov av biträde är dock ett icke-argument mot särskilda ersättningsregler, vilket kammarrättens ovan citerade remissyttrande illustrerar.⁴³⁴⁷ Även Domstolsutredningen framförde samma ståndpunkt – att det förhållandet att den enskilda i regel inte skall behöva ha några kostnader i förvaltningsprocessen inte tillfredsställande besvarar frågan, vad som skall hända när den enskilda ändå ”haft skälig anledning att lägga ner kostnader på en process mot det allmänna och vinner framgång i processen”.⁴³⁴⁸ Samma slutsats drog Munktell redan på 1930-talet. För att motivera ”lämpligheten, för att inte säga nödvändigheten av att i högre grad än nu sker utdöma rättegångskostnader” hänvisade Munktell till ”rättssäkerhetskravet”, och anförde därefter följande:

⁴³⁴³ Som framgått ovan infördes särskilda ersättningsregler i skattemål dels med principiella argument (med hänvisning till intresset av rättssäkerhet och likabehandling), dels med ”sakliga” argument (som snarare anknytt till vissa särdrag hos skatteprocessen). Till den sistnämnda kategorin hörde: (1) måltypens betydelse för den enskilda; (2) den materiella lagstiftningens komplexitet; samt (3) förfarandets karaktär som massförfarande. Det som gör denna argumentation inkonsekvent, är att många andra måltyper också uppvisar dessa tre karaktäristika. Socialförsäkringsmål är exv. ofta (1) av direkt avgörande betydelse för den enskilda partens ekonomi. Den materiella socialförsäkringsrätten präglas, i likhet med den materiella skatterätten, (2) av hög komplexitet. Och Försäkringskassans göromål består, i likhet med Skatteverkets, (3) av masshantering av ärenden. Med lagstiftarens egna argument bör därför den som tvistar med Försäkringskassan också kunna få sina kostnader ersatta, åtminstone vid en framgångsrik process, men så är inte fallet. Att skattemålen behandlas på ett mer ”generöst” sätt än exv. socialförsäkringsmålen kan dock inte förklaras av att dessa måltyper uppvisar relevanta sakliga skillnader – helt enkelt eftersom socialförsäkringsprocessen uppvisar alla karaktäristika som regeringen själv framhåll för att motivera skatteprocessens ersättningsregler.

⁴³⁴⁴ Prop. 1993/94:151 s. 132.

⁴³⁴⁵ Prop. 1972:132 s. 196.

⁴³⁴⁶ SOU 1971:76 s. 185.

⁴³⁴⁷ KamR:n anförde att den enskilda partens processkostnader vanligtvis är lägre i förvaltningsdomstol än i allmän domstol, och att behovet av särskilda ersättningsregler därför var mindre. Även mindre kostnader kunde dock, enligt KamR:ns mening, ”innebära att slutresultatet av en i sig framgångsrik talan kan bli avsevärt urholkad för den enskilde”. Se fn. 906 ovan.

⁴³⁴⁸ SOU 1991:106 del A s. 640.

”Emellertid kan man uppställa frågan, huruvida ej den administrativa processens egenart i vissa avseenden kan medföra modifikationer i den sålunda antagna principen. Främst bör därvid upptagas frågan vilken inverkan officialprincipen kan hava. Uppenbart synes nämligen vara, att i den mån officialprincipen strängt tillämpas minskas behovet av rättegångskostnader. Men det må erinras om att denna princip inom de administrativa domstolarnas vidsträckta verksamhetsområde i hög grad de facto endast är ett program. [...] Läget torde väl nu vara sådant, att man faktiskt ofta ej kan vänta sig att de offentliga myndigheterna ensamma skola kunna tillgodose alla relevanta synpunkter och fakta. Parterna måste själva försöka utreda saken i fråga eller åtminstone bidra till utredningen, så invecklade och komplicerade som vår tids lagar äro. Detta blir naturligtvis ofta dyrbart; man behöver ju f.ö. endast erinra om de ytterst noggranna utredningar, som även i förvaltningsmål ofta förekommer från parternas sida. Förklaringen till vårt allmänna besvärsinstitut i förvaltningsfrågor är just rättssäkerhetskravet. Om då besvärsförfarandet faktiskt åsamkar avsevärda kostnader, minskar den avsedda effekten med densamma eller kan t.o.m. helt utebli. [...] Sammanfattningsvis kan man alltså säga att officialgrundsatsen såsom en av grundstenarna i administrativprocessen icke inverkar på *principerna* för rättegångskostnadsersättnings utdömande, men väl möjligen på kan utöva inflytande på dess storlek. M.a.o. i den mån partern ur rättsäkerhetssynpunkt blivit nödsakade till kostnader böra dessa enligt vanliga grunder utdömas, antingen det processuella förfarandet är grundat på officialprincip eller ej.”⁴³⁴⁹

Naturligtvis finns det skäl som talar mot att tillerkänna en part som saknar behov av biträde ersättning för biträdeskostnader. Frågan om parten har behövt biträde eller ej kan dock *hanteras vid domstolarnas tillämpning av regeln*, genom ett krav på att endast skäligen påkallade kostnader ersätts – så ser ju regelverket ut i alla måltyper, även om tillämpningen skiljer sig åt. Det ligger alltså närmast i sakens natur att en rätt till ersättning inte skall omfatta kostnader som *inte* varit motiverade, och i vissa måltyper prövas biträdesbehovet per se. Förekomsten av en ersättningsregel innebär med andra ord inte att ersättning alltid skall utgå enligt denna regel, eftersom en förutsättning för att rättsföljden skall inträda alltid är att relevanta rättsfakta är för handen. Istället för att lagstiftaren – som nu – en gång för alla förklarar att biträdeskostnader *aldrig* kan vara skäligen påkallade förvaltningsmål (utom i skattemål), skulle dock en sådan regel ge domstolarna möjlighet att pröva hur det egentligen förhåller sig i det enskilda fallet. Även om den föreslagna regeln utformas som en stark presumtion för fortsatt kvittning (enligt förslagen ovan) skulle den därmed ha ett värde, genom att ge domstolarna en möjlighet att åtminstone *förhindra vissa icke-önskvärda resultat av en helt strikt kvittningsregel*. Till denna insikt kom redan Processkommissionen och Processlagberedningen, när de föreslog att en tilltalad som frikänts från brott skulle kunna få ersättning för sina kostnader om det på grund av omständigheterna i målet förekom *synnerlig anledning* därtill.⁴³⁵⁰ På 1940-talet gavs således den enskilda parten i brottmål en rätt till kostnadstäckning i undantagsfall, vilket sedermera omvandlades

⁴³⁴⁹ Munktel (1937) s. 63 ff. (*kurs* här).

⁴³⁵⁰ Jfr SOU 1958:40 s. 87 och prop. 1972:4 s. 158.

till en huvudregel på 70-talet. Enligt min uppfattning är det hög tid att åtminstone införa ett motsvarande undantag i förvaltningsprocessen. Jag menar också att detta är nödvändigt för att uppfylla kraven på rättvis rättegång enligt Europakonventionen och/eller regeringsformen.

8.5.1.5 Till sist: rättvis rättegång

Europadomstolens avgörande i *Stankiewicz* träffar visserligen endast sådana förvaltningsmål som är att betrakta som civila mål enligt konventionens artikel 6.1, men de slutsatser som Högsta domstolens drog i NJA 2015 s. 374 har bäring på samtliga förvaltningsmål, och manar därför till rejäl eftertanke:

”Om den enskilde saknar rätt till ersättning för sina rättegångskostnader i utmätningens målet, kan det emellertid leda till *begränsningar av den enskildes möjlighet att anlita ombud*. I mer komplicerade eller omfattande utmätningens mål kan den enskilde då *hamna i underläge mot staten*. [...] Detta väcker frågan om domstolarnas handläggning av utmätningens mål kan genomföras rättvist utan att den enskilde ges möjlighet att få sina rättegångskostnader ersatta.”

Svaret på den av Högsta domstolen resta frågan är enligt min uppfattning nej – *rätten till en rättvis rättegång kan inte garanteras om enskilda parter alltid måste bära sina egna kostnader*. Följaktligen bör förvaltningsdomstolarna redan idag ha möjlighet att döma ut kostnadsersättning utan stöd i sedvanlig lag, eftersom rätten till kostnadsersättning kan härledas ur regeringsformen eller – för de civila målen – grundas direkt på Europakonventionen. Vid denna bedömning kan de riktlinjer som Högsta domstolen formulerade i NJA 2015 s. 374 läggas till grund också för förvaltningsdomstolarnas prövning:

”Med hänsyn till det sagda måste av bestämmelsen i 2 kap. 11 § RF anses följa att en enskild som vinner ett överklagat utmätningens mål har rätt att *under vissa förutsättningar* få ersättning av staten för rättegångskostnader även när utmätningen sker för skattefordringar eller liknande. I rättstillämpningen bör krävas, för att den enskilde ska ha rätt till ersättning, att kostnaderna har varit *befogade med hänsyn till sakens beskaffenhet*. Vid bedömningen ska det vägas in att handläggningen enligt ärendelagen är förenklad.”

Huruvida det ovanstående skall förstås som att kvittning är huvudregel och kostnadsersättning undantag, eller om utgångspunkten är att kostnadsersättning skall utgå och kvittning utgör undantag, är svårt att säga. Helt klart behövs dock *åtminstone* ett fakultativt undantag som möjliggör för förvaltningsdomstolarna att döma ut kostnadsersättning, om kostnaderna varit befogade med hänsyn till sakens beskaffenhet.

8.5.1.6 Lagförslag de lege ferenda

Som framgått av redogörelsen i kapitel 4 har två offentliga utredningar redan föreslagit att det skall införas en ersättningsregel i förvaltningsprocessen. Trots att dessa

förslag har några år på nacken svarar de i allt väsentligt mot min kritik, låt vara att de möjligen framstår som för restriktiva. Det finns dock ingen anledning för mig att konkretisera mina slutsatserna i ett ”eget” lagförslag, utan jag nöjer jag mig istället med att lyfta fram Besvärssakkunnigas respektive Domstolsutredningens förslag till förnyad diskussion.

<i>BSK:</i>	<i>DU:</i>
<p>”Har en enskild part i ett ärende ... haft särskild kostnad för sin medverkan vid utredningen, må han, om det medhänsyn till sakens beskaffenhet, medverkans art, myndighetens åtgörande, ärendets utgång eller annat förhållande framstår som uppenbart oskäligt att kostnaden bäres av honom, av allmänna medel erhålla ersättning för kostnaden eller del därav.</p> <p>Även i annat fall än i första stycket sägs må för kostnad i besvärssärende, då särskilda skäl därtill äro, ersättning av allmänna medel utgå till enskild part, som vinner bifall till sin talan.”⁴³⁵¹</p>	<p>”En domstol får besluta att det allmänna skall svara för enskild parts kostnader i målet, om det med hänsyn till omständigheterna är oskäligt att han själv skall bära dessa. Vid bedömningen skall särskilt beaktas om myndigheten orsakat kostnaden genom fel eller försummelse.”⁴³⁵²</p>

Som synes är lagförslagen inte identiska, men har det gemensamt att de ställer upp en ensidig ersättningsregel som verkar till den enskilda partens fördel.

8.5.2 Därför bör systemet med offentligt biträde utvidgas till fler måltyper

Som framgått ovan ligger olika intressen till grund för de olika systemen med allmän rättshjälp, offentliga försvarare/biträden och målsägandebiträden. 1972 års rättshjälpsreform var i grunden en jämlikhetsreform, vilket förklarar varför ett rättshjälpsbiträde endast kunde förordnas enligt en då generös inkomstprövning, som endast exkluderade de riktigt rika. Idag är istället rättshjälpen avsedd att fungera som ett yttersta skyddsnät, vilket förklarar varför endast människor med riktigt låga inkomster omfattas av systemet. Huruvida detta är ”bra” eller ”dåligt” kan man ha olika (ideologiska) uppfattningar om. Oavsett ambitionsnivå, har dock rätten till rättshjälp alltid varit kopplad till den enskilda partens ekonomiska situation.⁴³⁵³

Till skillnad från rättshjälpsystemet har rättssäkerhetsargument motiverat systemen med offentliga försvarare respektive biträden. Annorlunda uttryckt anses det vara ett *allmänintresse* att parten får tillgång till ett biträde i de måltyper som omfattas utav dessa system, vilket förklarar varför någon inkomstprövning inte görs; huruvida en offentlig försvarare eller ett offentligt biträde skall förordnas skall bedömas

⁴³⁵¹ SOU 1964:27 s. 43.

⁴³⁵² SOU 1991:106 del B s. 16.

⁴³⁵³ SOU 2014:86 s. 223.

”uteslutande ur processuella synpunkter”.⁴³⁵⁴ Detta då statens intresse av rättssäkerhet motiverar att det allmänna står den enskilda partens biträdeskostnader även om parten i och för sig skulle ha råd att bekosta ett biträde med egna medel.⁴³⁵⁵

8.5.2.1 Skälen för att utvidga systemet med offentligt biträde

Mot denna bakgrund har jag diskuterat hur begreppet ”rättssäkerhet”⁴³⁵⁶ skall förstås i den här kontexten, och därvid konstaterat att det offentligt finansierade biträdet betraktas som den mest effektiva garantin för ”materiellt korrekta” domar; i *Rättegång* anför exempelvis Ekelöf – apropå straffprocessen – att tillgången till offentlig försvarare ”har *långt större betydelse* för den misstänktes trygghet än att objektivitetsprincipen gäller för åklagaren/förundersökningsledaren och officialprincipen för rätten”.⁴³⁵⁷ Beträffande offentliga biträden har lagstiftaren uttryckt ungefär samma sak – att ”få saker” är bättre ägnade att ”öka rättssäkerheten” för den enskilda parten, än att vederbörande får tillgång till ett biträde på ett tidigt stadium.⁴³⁵⁸ Att staten tillhandahåller offentligt finansierade biträden handlar således – åtminstone till stor del – om *riskreducering*, vilket i sin tur förklarar varför offentliga försvarare/biträden endast kan förordnas i sådana mål-/ärendetyper där ”oriktiga” domar betraktas som särskilt problematiska, det vill säga brottmål och förvaltningsmål. Mellan dessa system föreligger dock en central skillnad.

Att det är viktigt att undvika felaktiga straffdomar – framförallt i fällande riktning – torde stå klart för alla och envar.⁴³⁵⁹ Följaktligen är systemet med offentliga försvarare generellt tillämpligt; en försvarare kan *alltid förordnas vid behov*. Detta till skillnad från offentliga biträden, som endast kan förordnas i vissa förvaltningsmål. Denna diskrepans mellan systemen ger dock upphov till följande fråga: Går det att argumentera för en utvidgning av systemet med offentliga biträden *givet det rättssäkerhetsintresse* som bär upp detta system? Svaret på denna fråga är, enligt min uppfattning, ja. Som framgått ovan var nämligen offentligt biträde endast tänkt att fungera som ett *komplement* till/en förstärkning av den allmänna rättshjälp som genom 1972 års rättshjälpsreform utvidgades till att också omfatta förvaltningsmål. En grundläggande premis för systemets snäva avgränsningar var med andra ord att de mål-/ärendetyper som föll utanför systemet med offentliga biträden istället skulle falla innanför rättshjälpsystemet.⁴³⁶⁰ Så är inte längre fallet – istället har vi konstaterat ett kostnadsrättsligt vakuum i det stora flertalet förvaltningsmål. Från att ha varit

⁴³⁵⁴ SOU 1938:44 s. 274 och prop. 1983/84:23 s. 13 (ang. offentlig försvarare) samt SOU 1971:76 s. 112, 132, 139 och 159 f. (ang. offentligt biträde).

⁴³⁵⁵ Se exv. SOU 1938:44 s. 273 f., SOU 1960:19 s. 8 och 85, SOU 1964:40 s. 361, SOU 1971:76 s. 84-86, 94-95, 109-110, 111, 114, 129-130, 132, 139, 154-159, 164, 173 och 195, SOU 1985:4 s. 129 och 143 samt exv. prop. 1979/80:1 s. 514 NJA 2008 s. 223.

⁴³⁵⁶ Ibland omskrivet som ”rättssäkerhetssynpunkter”, ”rättssäkerhetsskäl”, ”rättssäkerhetsintressen”, ”rättssäkerhetshänsyn”, ”rättssäkerhetsgarantier”, ”rättssäkerhetskrav” och så vidare.

⁴³⁵⁷ Ekelöf et al. (2016) s. 79. Jfr SOU 1976:71 s. 107 ang. behovet av sådana garantier i tvångsvårdsprocessen.

⁴³⁵⁸ SOU 1977:28 s. 93 och prop. 1977/78:90 s. 67 f.

⁴³⁵⁹ Se fn. 2790 ovan.

⁴³⁶⁰ SOU 1976:71 s. 69.

ett komplement till den allmänna rättshjälpen, har därmed systemet med offentligt biträde successivt förvandlats till ett *exklusivt system*.

Eftersom rättshjälpslagen (i praktiken) har fått ett snävare tillämpningsområdet under åren, finns det skäl att åtminstone diskutera om inte lagen om offentligt biträde bör utvidgas till att omfatta fler förvaltningsmål än idag – helt enkelt eftersom de grundläggande premisserna för systemets avgränsning har förändrats radikalt.⁴³⁶¹ I likhet med den ersättningsregel som jag diskuterade i föregående avsnitt, kan man naturligtvis tänka sig olika – mer eller mindre långtgående – konstruktioner även beträffande offentligt biträde. En naturlig utgångspunkt är dock det rättssäkerhetsintresse som ligger till grund för systemen med offentliga försvarare/biträden. Utifrån detta intresse är det, enligt min uppfattning, en inte orimlig tanke att båda systemen görs generellt tillämpliga i brottmål respektive förvaltningsmål, vilket kan motiveras med hänvisning till att bägge processformerna hanterar indispositiva mål, och att det i sådana mål *alltid* finns ett allmänt intresse av materiellt korrekta avgöranden – det är ju därför målen är indispositiva.⁴³⁶² Följaktligen kan det *alltid* finnas behov av att reducera risken för en materiellt felaktigt dom – exempelvis om parten har uppenbara svårigheter att föra sin egen talan. Med denna utgångspunkt kan man också argumentera för att offentliga biträden bör kunna förordnas i indispositiva tvistemål, exempelvis när barnets bästa – eller ett annat allmänintresse – så motiverar i familjemål.⁴³⁶³

Ett mindre långtgående alternativ är att fortsätta den ”stegvisa” utvidgning som Utredningen om rättshjälp i förvaltningsärenden påbörjade i sitt betänkande, där gränsen drogs mellan mål som var av *personlig* respektive *ekonomisk* natur. Denna gräns har nämligen redan överskridits, vilket kan illustreras av följande citat:

”Från de frihetsingripanden av personlig natur som kan förekomma ... är *steget inte långt* till utlänningslagstiftningens regler om personers avlägsnande ur landet m.m.”⁴³⁶⁴

Trots att beslut enligt utlänningslagen i grunden avser en gynnande förvaltningsakt (ett tillstånd att vistas i riket) och inte betungande förvaltningsakt (såsom beslut om tvångsvård), var alltså *steget dit inte långt*. Detta enligt ett – enligt min uppfattning – krystat resonemang om att ett beslut om avvisning/utvisning också skulle begränsa ”rörelsefriheten” på samma sätt som vid administrativa frihetsberövanden.⁴³⁶⁵ Att bli instängd är dock knappast samma sak som att bli utestängd; det finns ganska

⁴³⁶¹ Och inte nog med det – förvaltningsprocessen har också förändrats radikalt sedan dess. Den senaste offentliga utredningen på området presenterades år 1995 (SOU 1995:81), det vill säga *året innan* förvaltningsprocessen övergick till en obligatorisk tvåpartsprocess. Att förvaltningsprocessen stod inför en genomgripande reform var också skälet till utredaren inte ville föreslå en utvidgning av systemet med offentligt biträde (s. 210): ”Det vore förmätet av mig att redan nu redovisa någon mer bestämd uppfattning i denna fråga. Det finns skäl att avvakta regeringens förslag om ändringar i förvaltningsprocesslagen och effekterna av detta innan man tar ställning.” Dessa effekter torde nu – 20 år efter reformen – kunna tas i beaktande.

⁴³⁶² I sitt slutbetänkande anförde BSK att ”det framstår som en huvuduppgift att utforma reglerna i en lag om förvaltningsförfarandet så att det giva verklig trygghet för att de avgöranden, som träffas i förvaltningsärenden, bli *materiellt riktiga*”. Se SOU 1964:27 s. 79 och vidare DsJu 1970:11 s. 43, prop. 1971:30 s. 75 och prop. 1995/96:22 s. 75.

⁴³⁶³ Detta särskilt mot bakgrund av att både rättshjälpen och rättsskyddet har exkluderat många familjerättsliga måltyper.

⁴³⁶⁴ SOU 1971:76 s. 71.

⁴³⁶⁵ SOU 1971:76 s. 9 och 75.

mycket yta utanför Sveriges gränser att utöva rörelsefrihet på. Att offentliga biträden kan förordas – och bör kunna förordnas – i utlänningsmål/-ärenden har helt andra förklaringar, ytterst att det kan vara förenat med livsfara att avvisa/utvisa en person som är i behov av skydd (principen om non-refoulement). Och det är rimligtvis just den typen av risker som ett system med offentliga biträden skall reducera.

Hur som helst togs redan i den efterföljande propositionen ytterligare ”steg”, genom att fler beslutstyper av ”integritetskänslig karaktär” införlivades i systemet.⁴³⁶⁶ I efterföljande utredningar har systemets sedan avgränsats med ord som ”personliga rörelsefrihet”, ”kroppsliga integritet”, mål som kan vara ”av synnerligen ingripande betydelse”, ”tvångsingripanden” respektive ”starkt integritetskänsliga åtgärder”.⁴³⁶⁷ Enligt min uppfattning är steget därmed inte långt till sådana mål som avser enskildas *grundläggande livsbehov*.⁴³⁶⁸ Två exempel härpå är LSS-mål och vissa mål enligt socialtjänstlagen, som båda handlar om att garantera den enskilda goda levnadsvillkor respektive en skälig levnadsnivå.⁴³⁶⁹ I sådana mål torde behovet av riskreducering vara påtagligt (eftersom ett felaktigt beslut de facto innebär att en människa förvägras just goda respektive skäliga levnadsförhållanden), och måltyperna kan därtill vara av synnerligen ingripande (exempelvis när en enskild förlorar rätt till personlig assistans) och dessutom starkt integritetskänsliga till sin natur (eftersom målen kan handla om grundläggande behov, såsom att gå på toaletten, sköta sin intimhygien, äta, klä på sig kläder och så vidare).

8.5.2.2 Motargumenten: kostnader och behov

Samma invändningar som kan riktas mot en skev ersättningsregel enligt föregående avsnitt kan naturligtvis riktas mot en utvidgning av systemet med offentliga biträden. Mitt svar blir dock detsamma nu som då:

⁴³⁶⁶ Se prop. 1972:132 s. 88 ff. (ang. kriminalvård), s. 91 f. (ang. smittskydd) samt s. 92 (ang. kastrering/sterilisering).

⁴³⁶⁷ SOU 1985:4 s. 85 resp. SOU 1995:81 s. 210.

⁴³⁶⁸ Vid den här diskuterade avgränsningen kan man med fördel studera hur diskussionen förs i USA, där den konstitutionella rätten till biträde i civila mål vanligtvis anknyts till ”basic human needs”, exv i ABA:s modellag. Med ”basic human needs” avses då ”shelter, sustenance, safety, health, and child custody”. Se ABA Model Access Act, section 1.E, samt definitionen i section 2. B: ”Basic human needs” means shelter, sustenance, safety, health, and child custody.

’Shelter’ means a person’s or family’s access to or ability to remain in a dwelling, and the habitability of that dwelling.

’Sustenance’ means a person’s or family’s ability to preserve and maintain assets, income or financial support whether derived from employment, court-ordered payments based on support obligations, government assistance including monetary payments or ’in kind’ benefits (e.g. food stamps) or from other sources.

’Safety’ means a person’s ability to obtain legal remedies affording protection from the threat of serious bodily injury or harm, including proceedings to obtain or enforce protection orders because of alleged actual or threatened violence, and other proceedings to address threats to physical well being

’Health’ means access to health care for treatment of significant health problems, whether the health care at issue would be financed by government programs (e.g. Medicare, Medicaid, VA, etc.), financed through private insurance, provided as an employee benefit, or otherwise.

’Child custody’ means proceedings in which: (i) the parental rights of a party are at risk of being terminated, whether in a private action or as a result of proceedings initiated or intervened in by the state for the purposes of child protective intervention, (ii) a parent’s right to residential custody of a child or the parent’s visitation rights are at risk of being terminated, severely limited, or subject to a supervision requirement, or (iii) a party seeks sole legal authority to make major decisions affecting the child.

Modellagen med vidhängande kommentar finns publicerad i ABA, *Toolkit for a Right to Counsel in Civil Proceedings, Model Access Act & Basic Principles for a Right to Counsel in Civil Proceedings* (2010) s. 12 ff.

⁴³⁶⁹ Jfr LSS 7 § 2 st. och SoL 4 kap. 1 §. Se härtill Isaksson (2012) s. 148, som förordar att offentligt biträde borde kunna förordnas i skattemål, LSS-mål och vissa socialförsäkringsmål.

Ja, en sådan utvidgning kan förvisso kosta pengar, men om det är statsfinansiella skäl som i själva verket motiverar systemets snäva avgränsning bör detta framkomma, så att avvägningen mellan behovet av riskreducering och det motstående intresset av ”hushållning” kan bli föremål för demokratisk debatt. Kanske är det så att intresset av rättssäkerhet inte väger tillräckligt tungt i mål som handlar om grundläggande behov, men låt oss då säga detta.

Ja, en utvidgning av systemet med offentliga biträden är mer påkallad om det går att konstatera att ett behov av biträde föreligger i en viss måltyp – som idag inte omfattas av systemet – och kring detta vet vi idag inte så mycket. Den empiriska forskning som finns tyder dock på att enskilda lider rättsförluster i några utav de här diskuterade måltyperna, där stora skillnader har kunnat konstateras mellan parter som har respektive saknar biträde. Syftet med att utvidga systemet med offentliga biträden är dock inte att domstolarna på löpande band skall förordna biträden i alla mål. Syftet är endast att domstolen skall ha en laglig möjlighet att förordna biträde om det behövs. Detta utrymme kan i sin tur göras större eller mindre genom olika lagtekniska konstruktioner, precis som i brottmål där både rätten till offentliga försvarare och målsägandebiträde har fått ”trappstegsliknande” konstruktioner. Den nuvarande presumptionsregeln i tvångsvårds- och utlänningsmål kan således behållas, och i andra situationer kan presumptionen verka i motsatt riktning, om detta anses motiverat.

Sammantaget blir därför min slutsats densamma som i föregående avsnitt: Även om en utvidgad rätt till offentligt biträde omfattas av en stark presumtion mot biträde skulle en sådan utvidgning ha ett värde, genom att ge domstolarna en möjlighet att *förhindra de mest stötande resultaten av att offentligt biträde aldrig kan förordnas (i de måltyper som nu faller utanför systemet)*. Därför menar jag att en sådan utvidgning är påkallad. Denna ståndpunkt kan också motiveras med hänvisning till rätten till en rättvis rättegång.

8.5.2.3 Till sist: rättvis rättegång

Högsta förvaltningsdomstolen har i sin praxis varit mer ”försiktig” än Högsta domstolen, förutom ett justitieråd: I sin artikel *Rättegångskostnader i förvaltningsprocessen – ett orättvist regelsystem* har Lundin argumenterat för att kostnadsersättning bör kunna dömas ut i förvaltningsmål, främst på principiella grunder.⁴³⁷⁰ Därefter har Lundin, i sin skiljaktiga mening i RÅ 2006 ref. 89, anfört följande:

”Regeringsrätten har slagit fast att ett mål om avgift för underlåtenhet att anmäla ändrat aktieinnehav innefattar en anklagelse för brott i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen. [A:s] yrkande om ersättning för sina rättegångskostnader skall bedömas med utgångspunkt i detta synsätt. Vid en utgång i målet som innebär helt eller delvis bifall till hans överklagande bör han därför *i analogi med reglerna i 31*

⁴³⁷⁰ Lundin (2009) s. 291 ff.

kap. rättegångsbalken tillerkännas ersättning för sina kostnader med ett skäligt belopp. Innan målet avgörs bör [A] således beredas tillfälle att precisera sitt kostnadsyrkande.”

Det aktuella målet avsåg ett så kallat ”brottmålsliknande förvaltningsmål”, som enligt domstolens praxis skall betraktas och behandlas som brottmål enligt Europakonventionen. I detta mål ville som synes Lundin döma ut kostnadsersättning i efterhand; med hänvisning till konventionen skulle kostnaderna hanteras i analogi med reglerna i rättegångsbalken 31 kapitlet. Jag tycker i och för sig att avgörandet är ett steg i rätt riktning (”bättre än inget”) men menar att Lundin drar felaktiga slutsatser – åtminstone om rätten till kostnadsersättning grundas på konventionen. Europadomstolen har nämligen tydligt förklarat att varken artikel 6.2 eller någon annan artikel kan grunda en rätt till sådan ersättning. Däremot ligger avgörandet helt i linje med den inhemska praxis, enligt vilken brottmålslikande förvaltningsmål skall betraktas från ett straffprocessuellt perspektiv, vilket tidigare har motiverat analogivisa tillämpningar av rättegångsbalkens regler.

Vad konventionen däremot kan läggas till grund för är en rätt till offentligt finansierat biträde under processen. Den logiska följderna av att vissa förvaltningsmål betraktas som brottmål är också, enligt min mening, att ”offentlig försvarare” måste kunna förordnas om rättvisans intresse så fordrar, eftersom det är vad som följer av Europakonventionens artikel 6.3.c. Att staten betalar kostnaderna i efterhand är någonting helt annat.

8.5.2.4 Lagförslag de lege ferenda

Ett alternativ till att utvidga systemet med offentliga biträden vore naturligtvis att – liksom idag – hantera problemet genom rättshjälpslagen; konventionens artikel 6.3.c har trots allt en inkomstgräns.⁴³⁷¹ Denna lösning torde dock kräva en påtaglig höjning av inkomstgränsen i rättshjälpslagen, eftersom Europadomstolen knappast skulle acceptera ett system med offentliga försvarare som exkluderar 60 procent av befolkningen redan genom inkomstprövningen – utan någon som helst bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. I den mån rättshjälpslagen är den lag varigenom Sverige tillgodoser rätten till ett effektivt försvar i brottmålsliknande förvaltningsmål, torde det således krävas betydande anpassningar av denna lag.

Enligt min uppfattning vore det dock mer systematiskt korrekt – och förmodligen både enklare och billigare – att istället utvidga tillämpningsområdet för lagen om offentligt biträde, så att denna lag också möjliggör biträdesförordnanden i sådana förvaltningsmål som innefattar anklagelser om brott. Som jag har visat i kapitel 6 kan detta åstadkommas genom att lagen uttryckligen anknyts till Europakonventionens artikel 6, enligt en modell som redan tillämpas i den svenska förvaltningsprocessen rätt. Det sagda har jag redan tidigare

⁴³⁷¹ Jfr RÅ 2003 ref. 56.

illustrerat genom följande liknelse,⁴³⁷² som får sätta punkt för diskussionen:

<i>FL 3 § (nuvarande lydelse):</i>	<i>LOB 1 § (med förslaget andra stycke):</i>
Om en annan lag eller en förordning innehåller någon bestämmelse som avviker från denna lag, gäller den bestämmelsen.	Denna lag tillämpas när offentligt biträde skall förordnas i ett mål eller ärende enligt särskild föreskrift i lag.
<i>Bestämmelserna om överklagande i denna lag tillämpas dock alltid om det behövs för att tillgodose rätten till domstolsprövning av civila rättigheter eller skyldigheter enligt artikel 6.1 i [Europakonventionen].</i>	<i>Bestämmelserna om förordnande av offentligt biträde i denna lag tillämpas dock alltid om det behövs för att tillgodose rätten till en rättvis rättegång vid anklagelser om brott enligt artikel 6 i Europakonventionen.</i>

8.5.3 Parallella diskussioner och skenargumentation – slutord

I det inledande kapitlet till denna avhandling tog jag utgångspunkt i rätten till biträde betraktad som en frihetsrättighet, som jag sedan kontrasterade mot rätten till biträde som en kravrättighet. I detta kapitel har jag breddat perspektivet något, genom att också diskutera biträde som ett tvång. Som framgått anknyter vår processordning till den angloamerikanska traditionen på så vis, att något formellt biträdestvång inte föreligger i någon måltyp. Med andra ord är parten fri att anlita biträde, men också fri att låta bli. I båda riktningarna är dock dessa ”friheter” praktiskt villkorade.

Å ena sidan måste ett formellt biträdestvång skiljas från ett *faktiskt biträdestvång*. I den mån processen är inrättad på ett sådant sätt att enskilda de facto inte kan föra talan utan biträde, spelar det mindre roll att parten i formell mening får föra sin egen talan. Studerar vi rättskipningens utveckling i Sverige kan vi också konstatera att de *processuella kraven på parterna hela tiden ökar*, eftersom vi rör oss i en allt mer kontradiktorisk riktning. Detta kan kopplas an till den globala trend som jag har redogjort för i detta kapitel – i den utländska doktrinen har man nu börjat dra slutsatsen att självrepresentation bör förbjudas, därför att människor som processar pro se riskerar att lida rättsförluster. För egen del vill jag inte gå så långt som att förespråka ett biträdestvång i svensk rätt. Däremot manar den internationella utvecklingen till rejäl eftertanke.

Å andra sidan måste friheten att anlita biträde skiljas från partens *faktiska möjligheter att få tillgång till biträde*. När jag har studerat processens utveckling i Sverige i relation till biträdeskostnadernas hantering är det också slående att det förs parallella diskussioner kring i grund och botten samma tema. Vanligtvis tillsätts offentliga utredningar/genomförs reformer för att domstolsprocessen skall bli mer

⁴³⁷² Se fn. 3280 ovan. Jfr Se även RprL 1 § som, liksom FL 3 § 2 st., knyter an till EKMR art. 6: ”En enskild får ansöka om rättsprövning av sådana beslut av regeringen som innefattar en prövning av den enskildes civila rättigheter eller skyldigheter i den mening som avses i artikel 6.1 i den europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.”

”ändamålsenlig”, vilket på senare år har ansetts innebära en tydligare rollfördelning mellan rättegångens aktörer/en renodling av domstolens rättskipande funktion/en alltmer passiv domstol. Dessa utredningar/reformen genomförs dock frikopplat från biträdeskostnaderna, trots att de naturligtvis påverkar partens biträdesbehov. För förvaltningsprocessens del är tvåpartsreformen ett tydligt exempel på detta,⁴³⁷³ men motsvarande tendens kan också skönjas inom den allmänna processen – för civilprocessens vidkommande genom EMR-reformen,⁴³⁷⁴ och för straffprocessens del genom 2013 och 2017 års offentliga utredningarna.⁴³⁷⁵ I en parallell värld tillsätts utredningar/genomförs reformer *som drivs av besparingskrav*,⁴³⁷⁶ och i dessa reformer kan lagstiftaren teckna en helt annorlunda verklighetsbild, där ökad materiell processledning ersätter behovet av biträde – trots att det nyligen har genomförts, eller finns förslag på att genomföra, reformer som de facto verkar i rakt motsatt riktning.

En förhoppning inför framtiden är att de två teman som denna avhandling har behandlat – biträdeskostnadernas hantering respektive behovet av biträde – sammanfogas till ett samtal, där olika intressen ställs mot varandra på ett transparent sätt. Endast därigenom kan vi nämligen garantera den nödvändiga kopplingen mellan kostnader och behov, det vill säga förhindra att biträdeskostnader förvandlas till en ”Access Barrier” för obemedlade och mindre bemedlade. För även om materiell jämlikhet inte längre framstår som ett tungt vägande allmänintresse, är intresset av rättssäkerhet – i bemärkelsen en effektiv och rättvis domstolsprövning – alltjämt ett av lagstiftaren erkänt intresse...

... ”åtminstone utåt och så länge det inte kostar för mycket”.⁴³⁷⁷

⁴³⁷³ Prop. 1995/96:22.

⁴³⁷⁴ SOU 2001:103 och Prop. 2004/05:131.

⁴³⁷⁵ SOU 2013:17 och SOU 2017:7.

⁴³⁷⁶ Exv. SOU 2014:86.

⁴³⁷⁷ Lindblom (2000b) s. 238.

SUMMARY

Chs. 1-2: Introductory remarks

The thesis contains two introductory chapters in which I present the subject-matter of the study, as well as its purpose and some basic starting points.

“Access to Lawyers” (or “lawyerless litigation”?)

In recent years, it has become increasingly common for litigants to represent themselves in court. This tendency towards self-representation, or rise in “pro-se litigation”, has been described as one of the most significant challenges currently facing the courts throughout the world. In the first chapter of the thesis, I discuss three problems that are usually associated with this pro-se phenomenon, namely “the justice deficit”, “the equality deficit” and “the efficiency deficit”.

To litigate is not an easy task. Accordingly, several studies have shown that lawyer-represented parties enjoy better outcomes (have higher “success rates”) than unrepresented parties – a statistical finding commonly referred to as “the lawyer advantage”. In fact, the differences are so great that it is safe to assume that a large number of litigants in person (LIPs) are losing cases that are “winnable”, simply because they lack access to a lawyer. As this deficiency in the administration of justice only affects people who cannot afford to hire a lawyer, the problem can also be addressed in terms of inequality before the law (“Justice is open to all; like the Ritz hotel”). Lastly, LIPs will rarely be able to comply with the rules of procedure and/or follow instructions from the court, which often gives rise to delays with resulting increased litigation costs for all parties. These problems (which have been well-documented in the scholarship) may be regarded from two diametrically opposed perspectives. The first perspective regards individuals’ insufficient litigation skills as the key problem – to be solved by compelling “incompetent” litigants to rely on qualified legal counsel when bringing action in court. The second perspective regards the level of complexity inherent in court litigation as the problem; therefore, simplification of the procedure is proposed in order to make court litigation accessible to all.

What complicates the matter further, is that both of the oppositive “solutions” (the use of lawyers versus “user-friendly” procedures) give rise to new problems: If, on the one hand, the procedural system presumes that individuals be represented by qualified counsel, the costs of such counsel must be alleviated in order to ensure that anyone can have “access to a lawyer” (and thereby “access to court”). A solution that relieves parties of their lawyers’ fees will, however, only shift costs from one party to another (counterparty/third party/state) – ultimately, somebody has to pay. This

explains why legal systems have instead tried to solve the problem by reducing the need for counsel.

If, on the other hand, individuals are to represent themselves, the court must take a more active role to protect the former. This solution is not uncontroversial, as the principle of adversarialism requires a clear division of the respective roles of the court and the parties. Requiring an active court may thus contradict one of the cornerstones of procedural law, by diluting the boundaries laid down for the various actors in adversarial litigation. The idea of “lawyer-less litigation” thus does not appear to be a realistic alternative for adversarial legal systems, and its implementation has accordingly faced forceful opposition from judges, lawyers and scholars.

These opposing solutions form the starting point for the present thesis, which examines the inherent problems associated with each of them: on the one side, the allocation of lawyers’ fees, and on the other side, the need for legal representation.

“Access to Justice” and “Access to Court”

The second chapter of this thesis takes a wider perspective, situating the specific topic in the wider context of “Access to Justice” (AtJ). This refers to the fundamental notion that all people – even disadvantaged groups in society – should enjoy effective legal protection, ultimately through the courts.

The principal aim of the AtJ-movement has been to identify, and try to overcome, so-called “Access Barriers”, i.e. different legal and practical obstacles that make it difficult, or even impossible, for the general public to turn to the courts in order to vindicate their rights. One of these barriers is legal fees in general, and counsel fees in particular – at least if the court procedure has been designed in such a way that individuals need to engage a lawyer in order to be able to effectively bring their action.

This approach to counsel fees draws upon the wider definition of “Access to Court” (AtC) as it has been developed in the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR). In a vast number of cases, the ECtHR has concluded that law – substantive as well as procedural – is a rather complicated matter, which is often unintelligible to the layperson. Consequently, many self-represented litigants are neither accorded effective access to court, nor a fair trial – contrary to the requirements of Art. 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) – simply because they lack the skills necessary to present their case properly and competently. Therefore, a right to counsel has gradually evolved into a fundamental human right, not just in criminal cases, but also under the civil head of Art. 6. However, the right to counsel is not absolute, since the proceeding must always be considered “as a whole”.

The right to counsel – aim and research questions

The overarching purpose of this thesis is to examine the “right to counsel” in Sweden, in relation to the overlapping requirements on access to justice versus access to court.

In order to establish that the right to counsel has been ensured, two requirements must be met: Firstly, litigating parties must have a *right to engage legal counsel* to bring his action. That applicable procedural law in no way precludes this – in the form of a prohibition against counsel representation – is not sufficient. As explained in the foregoing, engaging legal counsel always entails legal fees, and the latter costs will constitute a practical obstacle for the majority of litigants who seek legal representation. In order to establish a right to counsel for the here intended purposes, it is secondly necessary that litigants have an ancillary *right to reimbursement* for their legal fees.

For the purposes of applying Swedish law, we might conclude that individual parties always have an *unconditional right to counsel* – if we were only to regard the relevant right as a negative right (“non-interference”). The picture becomes more complicated if we instead regard the right to counsel as a positive right (“privilege”), by taking into account counsel fees. The question as to whether a litigating party can be reimbursed for such costs is not easily answered, both because reimbursement for legal fees is governed by several different legal frameworks, and because the right to reimbursement is normally *conditional upon the “necessity” of legal counsel*. Against this background, the overarching purpose of this thesis may be broken down into two concrete research questions.

1. In what type of legal proceedings may individual litigants be reimbursed for their counsel fees?
2. Why are individual litigants considered to be in need of legal counsel in some types of legal proceedings, but not in others?

As has been made clear in the foregoing, these two questions are interconnected insofar that reimbursement for legal fees are granted, in some form, if a party is considered in need of legal counsel, whereas such reimbursement is refused if a party is not considered to have any such need. It may be concluded that the legislator has considered categories of litigating parties to be in need or without need of legal counsel depending on the type of proceedings, as the legal framework is based on the identification of such needs. The present construction appears unproblematic in view of the requirements of Access to Justice/Access to Court, since unjustified or unnecessary legal costs and fees do not need to be covered. The matter is however convoluted by differentiated interpretations on the loaded assessment of such “need”. The reason for distinguishing between the two questions is to allow a problematization of the way the legal framework for cost regulation is constructed in Sweden. In this vein, the present thesis endeavours to promote a more nuanced understanding of the notion of “need” for counsel.

In conclusion, we can identify a close relationship between, on the one hand, how legal fees are regulated, and on the other hand, the need for legal counsel, which may be illustrated through the following table:

<i>Compensation for counsel fees?</i>	Yes	No	No
<i>“Need” for counsel?</i>	Yes	No	Yes

The table illustrates that if the parties have a need for legal counsel in order to efficiently and competently bring legal action, it is imperative that the legal fees be covered, as many litigants will not be able to engage legal counsel if their fees are not reimbursed. If, by contrast, the procedural framework is straightforward enough that anyone can competently represent themselves, the need for reimbursement is mitigated. The first two columns thus illustrate these two alternative options. In the third column, the situation becomes more problematic, since legal fees will deter many from bringing action before courts.

The present thesis is structured according to the above described. It starts by systematizing the Swedish legal framework for reimbursement of counsel fees in order to answer the first research question. Then the notion of “need for legal counsel” is problematized in order to answer the second research question. This analysis allows conclusions to be drawn as to whether the system for reimbursing legal fees constitutes an Access Barrier in some types of proceedings, or whether Access to Justice/ Access to Court can be deemed adequately safeguarded in Swedish procedural law.

Chs. 3-5: The allocation of counsel fees under Swedish law

In the subsequent chapters of the thesis, I discuss the allocation of counsel fees under Swedish law. Chapter 3 introduces the various legal frameworks according to which court litigants may be reimbursed for their legal fees. Hypothetically, a party can shift their legal fees onto one of the following:

1. The *opposing party to the dispute* through cost shifting rules, which allows the winner to recover his or her litigation costs from the loser (“party funding”);
2. The *state*, through a public legal aid scheme (“public funding”);
3. A *third-party*, in Sweden usually an insurance provider, through a private legal expense insurance scheme (“third-party funding”).

The remainder of the study consists of an in-depth inventory of these legal frameworks, with a comparative perspective on the regulation of legal costs in the respective legal proceedings before general courts and administrative courts in Sweden. I am above all interested in identifying types of proceeding where legal fees *are not reimbursed*, oftentimes compelling parties to represent themselves.

Cost shifting – two-way, no-way or one-way rules?

In Chapter 4 I examine the allocation of counsel fees between parties. First, solutions for cost reimbursement are systematized by placing them on a scale. On one end of this scale we find “The English Rule” (*principen om full kostnadstäckning*), according to which the losing party bears his own legal expenses as well as the winning party’s expenses (“two-way cost shifting”). On the other end of the scale is “The American Rule”, which compels each party to bear their respective legal expenses regardless of the outcome of the litigation (“no-way cost shifting”, in Swedish: *kvittningsprincipen*). Between these two poles there are a number of alternative solutions, e.g. rules only allowing costs to be shifted from winning plaintiffs to losing defendants or vice versa, or from a weaker to a stronger party, e.g. from consumers to business parties (“one-way cost shifting”). The point of departure in the general courts is that the legal fees of a winning litigant will be offset according to the English rule, whereas legal fees incurred in administrative proceedings, according to the American Rule, will not be offset. Exceptions are nonetheless foreseen for both of these general rules.

Cost shifting in civil litigation. Chapter 18 § 1 of the Swedish Code of Judicial Procedure stipulates that the losing party shall bear the counterparty’s counsel fees.¹ This is because the purpose of the legal proceedings – to provide “legal protection” – would not be adequately safeguarded unless the winning party were able to offset his costs for bringing legal action. A few exceptions are, however, foreseen from the general rule in the Code of Judicial Procedure, precluding cost shifting in certain types of proceedings. These exceptions have been constructed and justified in various ways.

Frist of all, the dissuasive effect following from the general rule in the Code of Judicial Procedure has justified exceptions in cases concerning labour law, discrimination, child custody, residence and visitation, and small claims. In the present litigation types, there is typically a power imbalance between the parties, or a public interest in ensuring that parties are not deterred from resorting to court litigation. *Secondly*, exceptions have been provided in litigation types where it is not possible to respectively identify the “winning” and “losing” parties; e.g. because the ruling is in the interest of both parties, or in the interest of a third party (e.g. a child). This argument has furthermore justified the above-mentioned derogation for labour and custody litigation, but has also been discussed in reference to “constitutive rulings” (*konstitutiv dom*). *Thirdly*, exceptions have been made in types of proceedings where the formal party status does not reflect the *de facto* party positions – namely in litigation concerning alimony and paternity. The rationale for these exceptions is that children cannot be treated as “losing parties” where in fact the litigation is taking place between other actors, usually between the parents.

In the above-mentioned litigation types, the legislator has chosen a variety of solutions. Most often, the general “losers pay” principle has been retained, albeit

¹ See *rättegångsbalken* (1942:740).

provided with broad exceptions. The seized court may then, in the face of special circumstances, order that each party bear his own legal expenses. In other words, there is still a presumption against no-way cost shifting, whereas where the reasons are particularly compelling, the general rule has been replaced with an exception. In these types of cases, each party bears his own legal costs, whereas the court is, in exceptional circumstances, permitted to order the losing party to bear the legal expenses of the prevailing party. In the latter case, the presumption for is replaced by a presumption against cost shifting. Finally, in small claims litigation, the legislator has chosen a more drastic solution according to which the losers pay principle is kept intact, whereas the types of costs which may technically be treated as counsel fees have been starkly restricted. In practice, this solution corresponds to partial cost shifting (*partiell kvittning*).

The present inventory allows the following conclusions:

First of all, the legislator has amply justified all exceptions from the rule of two-way cost-shifting, irrespective of whether the presumption remains that prevailing parties be reimbursed or that costs are to be shifted irrespective of the outcome of the case. This indicates that the general rule of the Swedish Code of Judicial Procedure relies on solid grounds. *Secondly*, the losers pay principle and the no-way cost shifting rule are not mutually exclusive. It is not necessary to choose between the two principles (the “two-way rule” or the “no-way rule”), as both principles can be relied on in the same type of litigation, based on the different parties and the different outcomes (through “one-way rules, which are only triggered by one party’s status as prevailing/losing party). *Thirdly*, no-way cost shifting is very rarely applied as a compulsory rule in civil litigation. In other words, the legal framework virtually always has a built-in safety valve through which the court, at least in special circumstances, can prescribe for cost-shifting in order to avoid unfair or untenable results in individual cases.

This inventory allows the first research question to be answered to the effect that *counsel fees in all civil litigation, which is not covered by any particular exception, are to be allocated according to the losers pay principle*. Irrespective of whether the said exceptions give rise to a presumption for or against cost shifting, the seized court practically always retains a discretion to order counsel fees to be reimbursed, with one important exception: in small claims litigation. Although legal costs in the latter cases are allocated according to the main rule that losers pay, counsel fees are to a great extent not regarded as legal costs. In the present cases, the research question is thus given the opposite answer.

Cost shifting in criminal proceedings. In criminal proceedings, as in civil litigation, legal fees are today distributed according to the outcome of the case, pursuant to Chapter 31 §§ 1-2 of the Code of Judicial Procedure. There are however interesting differences, both in the events of conviction and acquittal, as compared to civil litigation.

In cases of *acquittal*, the defendant was previously compelled to bear his expenses for engaging a private defence attorney. Cost-shifting was as a general rule not allowed,

even if the defendant was found innocent. From this general rule only a few very limited exceptions were granted; if he had been charged in the absence of probable cause, or in the presence of other compelling reasons, an acquitted defendant could seek reimbursement from public funds for his legal fees. A major reform was however carried out in 1972, in order to ensure that acquitted defendants be relieved of all legal costs, through application of the losers pay principle, but only to the benefit of the defendant in the event of acquittal. The changes were justified by arguments of principle – the previous order was simply not “satisfactory” and could even be regarded as “offensive”. In the event of a *conviction*, the defendant today has to bear some legal expenses, although the cost burden is not as heavy as that of losing parties in civil litigation. The expenses to be borne are limited by three rules: First of all, the defendant is held responsible only for specifically foreseen categories of costs. Secondly, the pecuniary burden is often limited to a certain maximum amount. Thirdly, the court may alleviate or even eliminate the costs to be borne by the defendant, if the defendant’s criminal profile or other personal or financial circumstances give reason therefore. The rationales for these exceptions are founded on considerations of principle and of criminal policy – the defendant should not be held responsible for legal fees that largely exceed his capacity to pay, and his rehabilitation in society should not be hampered by an untenable financial starting point.

This description allows for the conclusion that there is a skewed allocation of counsel fees in criminal proceedings, depending on the outcome of the case. If the defendant is acquitted, the losers pay principle is applied to the benefit of the defendant and to the detriment of the public prosecutor. If the defendant is convicted, partial cost shifting is foreseen to the benefit of the “losing” defendant and to the disadvantage of the prevailing public party. The answer to the research question is accordingly that the defendant is *always reimbursed for his legal fees if he wins the case*, whereas his legal fees are limited to certain elements and amounts if he loses the case.

Cost shifting in administrative proceedings. In contrast to the Code of Judicial Procedure, the Swedish Administrative Court Procedure Act does not contain any rules concerning counsel fees,² and in the absence of fee shifting rules, Swedish administrative courts have considered themselves precluded from allowing prevailing individual parties to recover their legal costs. In other words, the uncodified no-way cost shifting rule is applied as a compulsory rule leaving no margin of discretion, even in the most objectionable of situations. This restrictive rule has throughout the years been motivated on a number of grounds, which beg to be challenged. Two such grounds can be described as follows:

It has, *firstly*, been contended that cost shifting rules unavoidably “work both ways”: The argument that it would be detrimental to the individual to have to bear the costs of the counterparty (i.e. a public authority) in the event of losing the case has been advanced as an argument against recovering counsel fees if the individual wins the case. This line of argumentation must be rejected, however, as the possibility

² See *förvaltningsprocesslagen (1971:291)*.

remains to allow one-way cost shifting in order to solely compensate prevailing individual parties (and not public counterparties). Such rules already exist in both civil and criminal proceedings (as well as in tax proceedings, as will be discussed below). *Secondly*, the legislator has taken the position that individuals are not in need of legal assistance in administrative proceedings, and that there is consequently no need for cost shifting or other compensation rules. This line of argumentation will be addressed further on; suffice it to say for the moment that the lack of necessity or need for legal representation is a null argument against the introduction of a cost shifting mechanism in administrative proceedings, since an assessment of the individual's *de facto* need for legal counsel can be prescribed by such a rule. This is the case in both civil and criminal proceedings, where only necessary/justifiable costs are recovered under the Code of Judicial Procedure.

There is only one exception from the no-way cost shifting rule in Swedish administrative procedure; namely tax proceedings. The Swedish Tax Procedures Act specifically provides that individual parties in need of legal representation can indeed recover their counsel fees if, for example, their substantive claims are wholly or partially granted by the seized court.³ There exists no corresponding obligation to bear the costs of the tax authorities – on the contrary, individuals can in theory recover legal costs even if the tax authorities ultimately prevail on substance. In other words, the Tax Procedures Act prescribes a skewed allocation mechanism (a “one-way rule”) that in its legal-technical construction significantly benefits the individual party. This solution has been justified by the need to safeguard individuals’ legal certainty in various ways, insofar that it has been considered vital that taxpayers not be deterred from engaging legal counsel when necessary. It is not clear, however, why this consideration is assigned such importance in tax law proceedings, but not in other administrative proceedings, such as social insurance and welfare proceedings concerning basic needs.

Against this background, we can answer the research question to the effect that individuals *can never, in administrative proceedings, recover their counsel fees from their counterparty (aside from in tax proceedings)*; this being the case irrespective of the substantive outcome of the case. The fact that administrative courts have not considered themselves mandated to order cost shifting without legal authority (which is absent aside from in tax proceedings), has resulted in the unconditional application of the non-codified rule of no-way cost shifting in administrative proceedings. This constitutes a significant difference vis-à-vis the cost shifting rules applied in civil proceedings, which have almost always been supplied with an exception (although there may be a presumption for or against cost shifting, and the margin of discretion may be limited in various ways).

³ See *skatteförvarandelagen (2011:1244)*.

Legal aid

The recovery of costs from the counterparty as described above, means that the winning party is retroactively indemnified for the costs incurred by the trial, including counsel fees. However, during the process, the parties must themselves finance their litigation, regardless of how the costs will later be allocated between them. For litigants with limited financial means, such prospects for compensation after the end of the legal proceedings are of limited value, because “poor” litigants simply cannot incur any costs at all. For these reasons, four public reimbursement mechanisms have been put in place in Sweden, through which the state relieves parties’ legal fees as they are incurred. The individual party can thus be assigned a legal aid counsel (*rätts hjälpsbiträde*), a public defence counsel (*offentlig försvarare*), a public counsel for the injured party (*målsägandebitråde*), or a public counsel (*offentligt biträde*). These options have in common that they are subject to a test of necessity; in practice meaning that the dividing line described in the previous section – between litigation before general courts versus administrative courts – is also of significance for the application of the public legal aid scheme.

Legal aid in civil litigation. Practically no types of civil proceedings are exempted from the general framework for legal aid (i.e. the Legal Aid Act),⁴ at least in theory. In practice, however, the test of necessity gives rise to a high level of restrictiveness in a number of recurrent types of cases. It is interesting to note that the requirement of special reasons is in principle applicable to many types of procedures which are also subject to special rules (derogating from the Code of Judicial Procedure) concerning cost shifting. As a consequence, individuals are normally neither granted legal aid, nor can they subsequently shift their costs onto the losing counterparty in, e.g. small claims proceedings and family law litigation.

The essential limitation to legal aid does not, however, lie in the delimitation of certain categories of cases, but rather in the limitation of the range of persons entitled to it. As the applicable income limit is set at 260 000 SEK/year, a majority (over 60 percent) of the population has too high earnings to qualify for legal aid. It could indeed be argued that the framework for legal aid is subsidiary to private legal protection schemes, mitigating the importance of public legal aid. This is partly true: most Swedes have a home insurance whose conditions will determine the circumstances under which legal fees will be reimbursed. It is nonetheless clear from the Swedish Legal Aid Act that legal aid may be refused only if a legal protection insurance scheme “covers the situation”. The public legal aid scheme will therefore be activated in any situation not covered by a private insurer; i.e. such legal costs that cannot be insured. As will become clear in the next section, there are a number of types of civil proceedings that are not covered by the public legal aid scheme.

With reservation for the above-discussed exceptions, publically financed legal aid can formally be granted *in the majority of civil cases (but only for a limited personal circle)*. The question as to whether an individual party can be reimbursed for his

⁴ See *rätts hjälpslagen (1996:1619)*.

counsel fees in civil litigation may therefore be answered in the affirmative (but with the following qualification): Only individuals whose income is low enough can enjoy legal aid in the majority of civil proceedings.

Legal aid in criminal proceedings. In criminal proceedings, a legal aid counsel can only be granted the injured party, not the defendant. This is because a comprehensive scheme for public defence counsel is foreseen for all criminal cases, unlike the mechanism of public counsel for injured parties (where there are some “gaps” as described below).

The Code of Judicial Procedure provides that a public defence counsel be appointed for any defendant who is arrested or detained, as well as for any defendant suspected for an offence punishable by no less than 6 months’ imprisonment. The right to a public defence counsel is thus, in such cases, absolute in the sense that no test of necessity is to be carried out by the court. In the remainder of cases, a public defence counsel is to be appointed if the defendant is in need of a lawyer, taking into account the conditions for investigating the crime or the choice of criminal sanction, or if there are other particular reasons relating to the defendant’s personal situation or the circumstances of the case. In the latter cases, the right to a public defence counsel is conditional: it is for the court to assess if the defendant has an “actual” need of legal representation. This allows the conclusion that *the right to a public defence counsel is enjoyed by all defendants irrespective of the crime for which they are charged – ultimately it becomes a question of need for legal counsel*. In other words, no type of criminal proceeding is exempted from the public defence scheme, although the “vigour” of the right to a public defender may vary between different types of cases, e.g. by attributing importance to the prescribed minimum sentence for the relevant offense.

Public counsel for the injured party is primarily to be granted in cases of sexual offenses and violations of life, health, liberty and peace, as well as any other offences punishable by imprisonment.⁵ In other words, a number of lesser offenses are not covered by the legal aid scheme. However, as has been explained above, legal counsel can additionally be assigned under the general conditions laid down in the Legal Aid Act, prompting the conclusion that *all injured parties can (in principle) be assigned either a public counsel for the injured party or a legal aid counsel*.

The research question may thus, for the purpose of criminal proceedings, also be answered in the affirmative: both the defendant and the injured party under almost all circumstances have at least a formal possibility for public reimbursement for their counsel fees.

Legal aid in administrative proceedings. Theoretically, legal aid can be granted in administrative proceedings regardless of the authority or court hearing a case. Legal aid counsels are however appointed pursuant to a test of necessity, with the consequence of legal aid ultimately almost never being granted in administrative proceedings. The legislator has considered, with particular reference to the

⁵ Pursuant to *lagen (1988:609) om målsägandebiträde*.

far-reaching investigative powers of administrative courts, that there is rarely any need for legal counsel in administrative proceedings. The research question can accordingly be answered to the effect that *although administrative proceedings are not formally exempted from the general framework for public legal aid, legal aid is in practice only exceptionally granted in extraordinary cases*. The argument that was used to disallow cost shifting in administrative proceedings, is thus also used to deny legal aid.

This answer, however, provides a one-sided account, as the legal aid scheme is supplemented by an autonomous framework for public counsel.⁶ As opposed to the general system of public defence counsel and public counsel for injured parties (which can be appointed in practically all criminal proceedings) public counsel can only be appointed in a narrow category of administrative proceedings – mainly those concerning protective custody, involuntary institutional care and refusals of entry or expulsions under the Swedish Aliens Act. In this way, the system of legal aid in administrative proceedings can be described as minimalistic – particularly as compared to criminal proceedings. Since legal aid is almost never granted in administrative proceedings, public reimbursement for legal costs may be granted *only in the category of proceedings covered by the system of public counsel*. In the remaining circa 500 types of administrative proceedings (e.g. regarding social security or welfare), there is no formal opportunity to representation by public counsel, nor is there any *de facto* access to counsel under the Legal Aid Act (aside from in exceptional circumstances).

Legal insurance

Turning, finally, to legal assistance provided through private insurances, there is a clear link to the reach of the public scheme for legal aid. Standard insurance clauses will grant legal assistance for *regular litigation before the general courts* – a classification which already precludes legal assistance in three important types of proceedings: (1) small claims litigation; (2) criminal proceedings; and (3) administrative proceedings.

Legal insurance in civil litigation. As a starting point, small claims litigation is exempted under most insurance policies, as well as in numerous other types of civil litigation. Exempted litigation categories include family law disputes, notably litigation against any person with whom the policy-holder is or has been married or in a legally recognized relationship. This limitation is provided with an exception for custody, visitation and residence rights concerning children, but only if the litigation is initiated *earliest* one year after the termination of the matrimony or other legally recognized relationship – a time limit which precludes most custody disputes.

The overall conclusion may therefore be drawn that individuals may have their legal expenses reimbursed through their insurance policy in various civil disputes, albeit not in the most commonplace litigation represented by family law disputes and small claims. As explained in the above, these categories overlap with those civil disputes subject to (a) special cost shifting rules and (b) the requirement of “special circumstances” in the Legal Aid Act.

⁶ See *lagen (1996:1620) om offentlig biträde*.

Legal insurance in criminal proceedings. That legal protection insurance is generally not offered for criminal proceedings is explained by the fact that legal aid is (almost) comprehensively provided by the public for both defendants and injured parties. No criticisms are put forward, as the private and public levels of protection complement each other in this respect.

Legal insurance in administrative proceedings. Administrative proceedings are generally also exempted from private legal insurance policies. As compared to criminal proceedings, this exemption is of substantial significance, as the public counsel scheme only covers a limited category of cases, while at the same time legal aid is only exceptionally granted in the remaining types of cases. In the preparatory works for the Legal Aid Act it was correctly observed that the differences between these reimbursement mechanisms are in practice not very significant, taking into account the necessity test prescribed for legal aid: neither legal aid nor compensation from private insurance policies are normally granted in administrative proceedings.

A comparison between civil, criminal and administrative proceedings

At this point, the first research question has been addressed by discussing how counsel fees are allocated through the three compensation systems in the context of civil, criminal and administrative proceedings. Before developing certain arguments, the conclusions in this regard will be spelled out and concretized.

In civil litigation, that is not subject to a special regulatory framework, legal costs are distributed between parties according to the general rule of two-way cost shifting, laid down in the Code of Judicial Procedure. Particular exceptions are, however, laid down for certain types of proceedings where responsibility for the counterparty's costs produces a deterrent effect that is considered particularly troubling: in family litigation (where no-way cost shifting is prescribed) and in small claims litigation (where costs are only partially shifted). Similarly, there are practically no categories of civil proceedings that are generally excluded from the public legal aid scheme. However, in certain commonplace types of litigation (including family law and small claims litigation), a requirement of "special reasons" is maintained, effectively barring access to legal aid in these cases. These exceptions are mirrored in the private insurance schemes, which cover most kinds of civil litigation with the exception of family law disputes arising less than one year after separation and small claims disputes.

In criminal proceedings, counsel fees are allocated according to the losers pay principle in the event of acquittal, whereas the defendant is not held responsible to the same extent for the public prosecutor's charges if he is convicted (in which case legal costs are only partially shifted and can even be revoked). The defendant can also have a public defence counsel appointed in all criminal cases. By contrast, criminal proceedings are not covered by the public legal aid scheme, nor by private insurance policies. Injured parties enjoy a similar level of protection: public counsel is appointed for injured parties in almost all criminal cases, aside from some lesser

offenses for which the sanction of imprisonment is not prescribed. In return, injured parties have not been excluded from the public legal aid scheme.

In administrative proceedings, the non-codified no-way cost shifting principle is applied as a general rule in all proceedings where there is no legal basis for ordering recovery (which in practice means that not even special or exceptional circumstances can activate cost shifting). Such legal basis is only to be found in tax proceedings, where the tax subject can recover his costs whether or not he prevails against the tax authorities, and without being held responsible for his counterparty’s legal fees if he loses his case. There is also a theoretical option of public reimbursement through public counsel or legal aid counsel – in practice, however, legal aid counsel is not granted in administrative proceedings due to the restrictiveness of the test of need. As a result, counsel fees can only be reimbursed in the limited range of cases falling under the public counsel scheme (namely proceedings concerning involuntary care and expulsion of aliens). In addition, private insurance policies do not cover administrative proceedings.

The initially presented table provides an illustration of the general rules applicable to the main categories of proceedings (not taking into account their respective exceptions):

	<i>General Courts</i>	<i>Administrative courts</i>	<i>Access Barriers</i>
<i>Compensation for counsel fees?</i>	Yes	No	No
<i>“Need” for counsel?</i>	Yes	No	Yes

That compensation for counsel fees is normally not granted in administrative proceedings follows from the main rule that individuals are not in need of counsel in administrative proceedings. This assessment of the need for counsel expresses a value judgment, which is why I added an additional research question: Why are individual litigants considered to be in need of legal counsel in some types of legal proceedings, but not others?

Chs. 6-7: Critique

In the following Chapters 6-7 I develop the criticisms of the cost allocation mechanisms under Swedish law. First, the Swedish cost allocation scheme is contrasted against the requirements developed in the case-law of the ECtHR concerning Art. 6 ECHR. Subsequently, the test of need for legal counsel is subjected to critical scrutiny.

The right to counsel as a human right

In Chapter 6 I account for the right to legal counsel in criminal and civil proceedings as follows from the ECHR, concluding that there are a number of discrepancies

between Swedish law and the case-law of the ECtHR, particularly in criminal and administrative proceedings.

The right to counsel in criminal proceedings. In criminal proceedings, a public defence counsel can indeed always be appointed; however, the right to defence is activated at too late a stage in Swedish criminal proceedings to guarantee that the right to defence under the ECHR is safeguarded – the ECHR requires a defence lawyer to be provided already at the first police interrogation whereas Swedish law affords a lawyer at the stage of suspicion on reasonable grounds. In addition, suspects appear to be able to consent to being questioned in the absence of a lawyer under conditions that do not meet the requirements of informed consent/waiver, with the consequence that individuals may confess to criminal offences even before consulting a lawyer. Since Swedish law admits all types of production of evidence, nothing in Swedish law prevents the seized court from admitting such a confession as evidence in support of a conviction – a situation that is clearly opposed to the case-law of the ECtHR.

The right to counsel in administrative proceedings. With respect to administrative proceedings with criminal law elements within the meaning of the ECHR, the present thesis criticizes the legal aid scheme for being all too restrictive, both in terms of applicable income thresholds and regarding the test of necessity. In administrative proceedings concerning civil rights and obligations, the compulsory non-way cost shifting rule, as well as the restrictive test of necessity under the Legal Aid Act, are criticized for encroaching upon the principles laid down in the case-law of the ECtHR.

The need for counsel before Swedish Courts

In Chapter 7, I challenge the notion that there is a need for legal counsel in proceedings before the general courts, whereas not before the administrative courts. From the perspective of the historical development from inquisitorial to adversarial court procedure, I conclude that the two types of proceedings no longer display any relevant differences concerning the investigatory powers of the courts, that could justify the present limitations to reimbursement of counsel fees that are applicable only to one type of proceedings. The Swedish notions of need for counsel are furthermore opposed to Swedish and international research concerning the “lawyer advantage”, demonstrating that individuals have much greater prospects for success if they enjoy legal representation – including in proceedings that are described as “informal” in nature, such as Swedish administrative proceedings. The notion that individual parties are not in need of legal counsel in their actions before administrative courts is therefore dismissed as an irrational assertion with no foundation in the reality of court proceedings.

Ch. 8: Concluding remarks

In the final Chapter 8, I consolidate the analysis of costs and necessity, in order to discuss the overall problematic of this thesis. I observe that there is no equal Access to Justice in Sweden, since litigants of lesser means are compelled to represent themselves in an adversarial system against counterparties having substantial resources (e.g. in small claims litigation and administrative proceedings). I also conclude that the Swedish legal system in some respects does not even meet the requirement of Access to Court under the ECHR. Against this background, a number of suggestions for reform are offered, the most important ones being:

Firstly, that the right to a public defence counsel be introduced earlier in the course of criminal proceedings; that any consent to be heard in the absence of counsel be treated with greater caution; and that any confession left in the absence of counsel be disregarded as evidence for a conviction. *Secondly*, that the scheme for public counsel be extended so as to cover, at least, such administrative proceedings that are considered *de facto* criminal proceedings within the meaning of the ECHR, in order to ensure that Swedish law guarantees individuals a “right to defence” also in administrative proceedings with criminal law elements. *Thirdly*, that a one-way cost shifting rule, benefitting the individual party, be introduced in administrative proceedings, this being necessary not only to avoid the objectionable repercussions of the compulsory no-way cost shifting principle, but also to safeguard the right to a fair trial under Art. 6 ECHR.

AVGÖRANDEN

Inhemska domstolar

Högsta domstolen

NJA 2016 s. 369	NJA 2001 s. 344
NJA 2015 s. 587	NJA 2001 s. 274
NJA 2015 s. 374	NJA 2001 s. 210
NJA 2015 s. 222	NJA 2000 s. 400
NJA 2015 s. 62	NJA 2000 s. 390
NJA 2014 s. 323	NJA 2000 s. 109
NJA 2013 s. 1210	NJA 1999 s. 541
NJA 2013 s. 842	NJA 1999 s. 465
NJA 2013 s. 746	NJA 1999 s. 291
NJA 2013 s. 502	NJA 1999 s. 227
NJA 2012 s. 896	NJA 1999 s. 14
NJA 2010 s. 577	NJA 1998 s. 162
NJA 2010 s. 363	NJA 1997 s. 854
NJA 2010 s. 112	NJA 1997 s. 629
NJA 2010 s. 27	NJA 1997 s. 525
NJA 2010 s. 8	NJA 1997 s. 477
NJA 2009 s. 441	NJA 1997 s. 79
NJA 2008 s. 990	NJA 1995 s. 625
NJA 2008 s. 223	NJA 1995 s. 89
NJA 2007 s. 987	NJA 1995 s. 75
NJA 2007 s. 862	NJA 1994 s. 657
NJA 2007 s. 826	NJA 1994 s. 654
NJA 2007 s. 752	NJA 1994 s. 194
NJA 2007 s. 579	NJA 1993 s. 260
NJA 2007 s. 479	NJA 1993 s. 237
NJA 2007 s. 382	NJA 1993 s. 114
NJA 2006 s. 569 I-II	NJA 1991 s. 600
NJA 2006 s. 131	NJA 1991 s. 316
NJA 2005 s. 745	NJA 1991 s. 28
NJA 2005 s. 568	NJA 1990 s. 705
NJA 2005 s. 462	NJA 1990 s. 555
NJA 2004 s. 276	NJA 1990 s. 137
NJA 2003 s. 285	NJA 1990 s. 42
NJA 2003 s. 226	NJA 1990 s. 14
NJA 2002 s. 88	NJA 1989 s. 700
	NJA 1989 s. 14
	NJA 1988 s. 37

NJA 1987 s. 954
NJA 1987 s. 621 II
NJA 1987 s. 535
NJA 1987 s. 365 I-II
NJA 1987 s. 45
NJA 1986 s. 268
NJA 1986 s. 86
NJA 1985 s. 806
NJA 1985 s. 696 I-II
NJA 1985 s. 694
NJA 1985 s. 360
NJA 1985 s. 81
NJA 1984 s. 877
NJA 1984 s. 787
NJA 1984 s. 623
NJA 1984 s. 435
NJA 1983 s. 542
NJA 1983 s. 3
NJA 1982 s. 836
NJA 1982 s. 376
NJA 1982 s. 307
NJA 1982 s. 175 I-II
NJA 1981 s. 982
NJA 1981 s. 807
NJA 1980 s. 725
NJA 1980 s. 461
NJA 1980 s. 346
NJA 1979 s. 584
NJA 1979 s. 433
NJA 1979 s. 180
NJA 1979 s. 164
NJA 1978 s. 449
NJA 1977 s. 741
NJA 1977 s. 495
NJA 1977 s. 221
NJA 1976 s. 640
NJA 1976 s. 556
NJA 1974 s. 687
NJA 1974 s. 287
NJA 1973 s. 654 I-IV
NJA 1973 s. 35
NJA 1967 s. 252
NJA 1964 s. 295
NJA 1963 s. 423
NJA 1963 s. 356
NJA 1961 s. 631
NJA 1960 s. 55

NJA 1953 s. 269
NJA 1951 s. 223
NJA 1949 s. 774
NJA 1949 s. 672
NJA 1936 s. 471
NJA 1930 s. 45

NJA 2009 not. N 68
NJA 1983 not. C 28
NJA 1962 not. C 12

Mål nr B 868-99
Mål nr T 3957-15
Mål nr T 3576-11
Mål nr T 4309-02
Mål nr Ö 2481-13 (refererat som NJA 2015 s. 374)
Mål nr Ö 3509-10 (refererat som NJA 2012 s. 896)

Högsta förvaltningsdomstolen (f.d. Regeringsrätten)

HFD 2014 ref. 80
HFD 2014 ref. 35
HFD 2013 ref. 71
RÅ 2007 ref. 10
RÅ 2006 ref. 89
RÅ 2006 ref. 46
RÅ 2006 ref. 7
RÅ 2004 ref. 17
RÅ 2004 ref. 9
RÅ 2004 ref. 4
RÅ 2003 ref. 56
RÅ 2002 ref. 95
RÅ 2002 ref. 61
RÅ 2002 ref. 56
RÅ 2002 ref. 30
RÅ 2002 ref. 22
RÅ 2001 ref. 56
RÅ 2001 ref. 10
RÅ 2000 ref. 66 (I-II)
RÅ 2000 ref. 65
RÅ 1997 ref. 65
RÅ 1996 ref. 89
RÅ 1996 ref. 83
RÅ 1996 ref. 15
RÅ 1995 ref. 58

RÅ 1994 ref. 88
RÅ 1993 ref. 76
RÅ 1993 ref. 26
RÅ 1993 ref. 24
RÅ 1991 ref. 67
RÅ 1990 ref. 108
RÅ 1990 ref. 97
RÅ 1990 ref. 64 (fallet ”Da Costa”)
RÅ 1989 ref. 67
RÅ 1988 ref. 79
RÅ 1987 ref. 42
RÅ 1986 ref. 34
RÅ 1974 ref. 29
RÅ 1924 ref. 2

RÅ 2004 not. 66
RÅ 2004 not. 65
RÅ 2003 not. 200
RÅ 2003 not. 68
RÅ 2002 not. 192
RÅ 2002 not. 120
RÅ 2002 not. 57
RÅ 1997 not. 216
RÅ 1934 not. E II
RÅ 1934 not. S 314
RÅ 1934 not. S 8
RÅ 1930 not. S 234
RÅ 1929 not. K 37
RÅ 1926 not. FI 721-722
RÅ 1925 not. K 153
RÅ 1925 not. S 118
RÅ 1922 not. S 149
RÅ 1921 not. S 12
RÅ 1920 not. C 87
RÅ 1919 not. C 68

RÅ 1985 2:20
RÅ 1982 1:49
RÅ 1981 2:54
RÅ 1980 2:50
RÅ 1980 2:45
RÅ 1980 2:38

RÅ Bb-19/85
RÅ Ba-17/82
RÅ Bb-94/81

Mål nr 1011-06
Mål nr 2922-99 (refererat som RÅ 2000 ref. 66 II)
Mål nr 4593-98
Mål nr 1900-98 (refererat som RÅ 2000 ref. 66 I)
Mål nr 5051-97

Beslut dnr Fi 5850/88

Mark- och miljööverdomstolen

MÖD F 5658-15
MÖD F 4949-II

Mål nr F 1363-15

Migrationsöverdomstolen

MIG 2014:29 I-II
MIG 2010:9
MIG 2008:32
MIG 2008:7
MIG 2007:4
MIG 2006:2

Mål nr UM 2484-17
Mål nr UM 9855-14
Mål nr UM 5998-14 (refererat som MIG 2014:29 I)
Mål nr UM 3055-14 (refererat som MIG 2014:29 II)

Arbetsdomstolen

AD 2016 nr 44
AD 2002 nr 21
AD 1981 nr 46

Hovrätterna

RH 2014:15
RH 2012:7
RH 2006:38
RH 2006:1
RH 2005:75
RH 2004:65

RH 2002:1
RH 2001:62
RH 2001:13
RH 2000:1
RH 1999:III
RH 1999:94
RH 1998:104
RH 1998:99
RH 1998:84
RH 1997:120
RH 1992:86
RH 1992:13
RH 1991:55
RH 1991:24
RH 1990:43
RH 1988:73
RH 1987:84
RH 1987:74
RH 1987:56
RH 1984:64
RH 1981:172
RH 44:83

SvJT 1976 ref. 44
SvJT 1962 ref. 73

Mål nr B 1138-16 (fallet "Kaj Linna")
Mål nr B 583-16
Mål nr B 9446-13
Mål nr B 2111-10
Mål nr B 1132-10
Mål nr Ö 645-05

Kammarrätterna

Mål nr 7834-11
Mål nr 412-11
Mål nr 1825-10
Mål nr 208-10

Mark- och miljödomstolarna

Mål nr F 2757-14

Tingsrätterna

Mål nr B 484-16
Mål nr B 5619-13
Mål nr B 15091-10
Mål nr B 2580-09
Mål nr B 11221-08

Förvaltningsrätterna (f.d. länsrätterna)

Mål nr 12518-11 E
Mål nr 25800-08

Internationella domstolar/tribunaler

Europadomstolen

<i>A.B. v. Slovakia</i>	Application no. 41784/98
<i>A.T. v. Luxembourg</i>	Application no. 30460/13
<i>Adolf v. Austria</i>	Application no. 8269/78
<i>Aerts v. Belgium</i>	Application no. 25357/94
<i>Airey v. Ireland</i>	Application no. 6289/73
<i>Al-Khawaja & Thaery v. The United Kingdom</i>	Application no. 26766/05
<i>Allan Jacobsson (I) v. Sweden</i>	Application no. 10842/84
<i>Alimena v. Italy</i>	Application no. 11910/85
<i>AP, MP & TP v. Switzerland</i>	Application no. 19958/92
<i>Artico v. Italy</i>	Application no. 6694/74
<i>Ashingdane v. The United Kingdom</i>	Application no. 8225/78
<i>Askon AD v. Bulgaria</i>	Application no. 9970/05
<i>Averill v. The United Kingdom</i>	Application no. 06/06/2000
<i>Baars v. the Netherlands</i>	Application no. 44320/98
<i>Barsom & Varli v. Sweden</i>	Application nos. 40766/06; 40831/06
<i>Beer v. Austria</i>	Application no. 30428/96
<i>Belilos v. Switzerland</i>	Application no. 10328/83
<i>Belziuk v. Poland</i>	Application no. 23103/93
<i>Bendenoun v. France</i>	Application no. 12547/86
<i>Benham v. The United Kingdom</i>	Application no. 19380/92
<i>Berlinski v. Poland</i>	Application nos. 27715/95; 30209/96
<i>Bertuzzi v. France</i>	Application no. 36378/97
<i>Biba v. Greece</i>	Application no. 33170/96
<i>Blockin v. Russia</i>	Application no. 47152/06
<i>Bobek v. Poland</i>	Application no. 6876/01
<i>Bodén v. Sweden</i>	Application no. 10930/84
<i>Boner v. The United Kingdom</i>	Application no. 18711/91
<i>Borgers v. Belgium</i>	Application no. 12005/86
<i>Bortnik v. Ukraine</i>	Application no. 39582/04
<i>Bouamar v. Belgium</i>	Application no. 9106/80
<i>Brandstetter v. Austria</i>	Application nos. 11170/84; 12876/87; 13468/87
<i>Brusco v. France</i>	Application no. 1466/07
<i>Bubbins v. The United Kingdom</i>	Application no. 50196/99
<i>Bulut v. Austria</i>	Application no. 17358/90
<i>Bönisch v. Austria</i>	Application no. 8658/79
<i>Čepek v. Czech Republic</i>	Application no. 9815/10
<i>Corigliano v. Italy</i>	Application no. 8304/78
<i>Correia de Matos v. Portugal</i>	Application no. 56402/12
<i>Correia de Matos v. Portugal</i>	Application no. 48188/99
<i>Croissant v. Germany</i>	Application no. 13611/88
<i>Dayanan v. Turkey</i>	Application no. 7377/03

<i>De Cubber v. Belgium</i>	Application no. 9186/80
<i>Del Sol v. France</i>	Application no. 46800/99
<i>Delcourt v. Belgium</i>	Application no. 2689/65
<i>Demebukov v. Bulgaria</i>	Application no. 68020/01
<i>Demicoli v. Malta</i>	Application no. 13057/87
<i>Deumeland v. Germany</i>	Application no. 9384/81
<i>Deweer v. Belgium</i>	Application no. 6903/75
<i>Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands</i>	Application no. 14448/88
<i>Döry v. Sweden</i>	Application no. 28394/95
<i>Eckle v. Germany</i>	Application no. 8130/78
<i>Engel & others v. The Netherlands</i>	Application nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72
<i>Essaadi v. France</i>	Application no. 49384/99
<i>Ezeh & Connors v. The United Kingdom</i>	Application nos. 39665/98; 40086/98
<i>Faucher v. France</i>	Application no. 22209/93
<i>Feldbrugge v. The Netherlands</i>	Application no. 8562/79
<i>Fredin (I) v. Sweden</i>	Application no. 12033/86
<i>Fredin (II) v. Sweden</i>	Application no. 18928/91
<i>Funke v. France</i>	Application no. 10828/84
<i>Galstyan v. Armenia</i>	Application no. 26986/03
<i>Glaser v. the United Kingdom</i>	Application no. 32346/96)
<i>Gnaboré v. France</i>	Application no. 40031/98
<i>Golder v. The United Kingdom</i>	Application no. 4451/70
<i>Granger v. The United Kingdom</i>	Application no. 11932/86
<i>Granos Organicos Nacionales S.A. v. Germany</i>	Application no. 19508/07
<i>Gregačević v. Croatia</i>	Application no. 58331/09
<i>Gäfgen v. Germany</i>	Application no. 01/06/2010
<i>Handölsdalen Sami Village & Others v. Sweden</i>	Application no. 39013/04
<i>Hauschildt v. Denmark</i>	Application no. 10486/83
<i>Hellborg v. Sweden</i>	Application no. 47473/99
<i>Hozee v. The Netherlands</i>	Application no. 21961/93
<i>Håkansson & Sturesson v. Sweden</i>	Application no. 11855/85
<i>Ibrahim & Others v. The United Kingdom</i>	Application nos. 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09
<i>Imbrioscia v Switzerland</i>	Application no. 13972/88
<i>Jalloh v. Germany</i>	Application no. 54810/00
<i>Janosevic v. Sweden</i>	Application no. 34619/97
<i>Jedamski and Jedamska v. Poland</i>	Application no. 73547/01
<i>John Murray v. The United Kingdom</i>	Application no. 18731/91
<i>Johnston and others v. Ireland</i>	Application no. 9697/82
<i>Jussila v. Finland</i>	Application no. 73053/01
<i>Kamasinski v. Austria</i>	Application no. 9783/82
<i>Klimentyev v. Russia</i>	Application no. 46503/99
<i>Kolu v. Turkey</i>	Application no. 5811/97
<i>Kress v. France</i>	Application no. 39594/98
<i>Kreuz (I) v. Poland</i>	Application no. 28249/95
<i>Lagerblom v. Sweden</i>	Application no. 26891/95

<i>Langborger v. Sweden</i>	Application no. 11179/84
<i>Lauko v. Slovakia</i>	Application no. 26138/95
<i>Leutscher v. The Netherlands</i>	Application no. 17314/90
<i>Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany</i>	Application nos. 6210/73; 6877/75; 7132/75
<i>Lundevall v. Sweden</i>	Application no. 38629/97
<i>Lutz v. Germany</i>	Application no. 9912/82
<i>Magee v. The United Kingdom</i>	Application no. 28135/95
<i>Malige v. France</i>	Application no. 27812/95
<i>Marckx v. Belgium</i>	Application no. 6833/74
<i>Masson & Van Zon v. The Netherlands</i>	Application nos. 15346/89; 15379/89
<i>Mats Jacobsson v. Sweden</i>	Application no. 11309/84
<i>Matthews v. The United Kingdom</i>	Application no. 24833/94
<i>Maxwell v. The United Kingdom</i>	Application no. 18949/91
<i>Mayzit v. Russia</i>	Application no. 63378/00
<i>McVicar v. The United Kingdom</i>	Application no. 46311/99
<i>Megyeri v. Germany</i>	Application no. 13770/88
<i>Mendel v. Sweden</i>	Application no. 28426/06
<i>Miller v. Sweden</i>	Application no. 55853/00
<i>Minelli v. Switzerland</i>	Application no. 8660/79
<i>Moreira de Azevedo v. Portugal</i>	Application no. 11296/84
<i>N.J.D.B. v. the United Kingdom</i>	Application no. 76760/12
<i>Navone and Others v. Monaco</i>	Application nos. 62880/11; 62892/11; 62899/11
<i>Nechto v. Russia</i>	Application no. 24893/05
<i>Neumeister v. Austria</i>	Application no. 1936/63
<i>Nilsson v. Sverige</i>	Application no. 73661/01
<i>Nölkenbockhoff v. Germany</i>	Application no. 10300/83
<i>Omelchenko v. Ukraine</i>	Application no. 34592/06
<i>Ognyan Asenov v. Bulgaria</i>	Application no. 38157/04
<i>P., C. & S. v. The United Kingdom</i>	Application no. 56547/00
<i>Pakelli v. Germany</i>	Application no. 8398/78
<i>Pakshayev v. Russia</i>	Application no. 1377/04
<i>Panovits v. Cyprus</i>	Application no. 4268/04
<i>Perez v. France</i>	Application no. 47287/99
<i>Perks and Others v. The United Kingdom</i>	Application nos. 25277/94 25279/94 25280/94 25282/94 25285/94 28048/95 28192/95 28456/95
<i>Pham Hoang v. France</i>	Application no. 13191/87
<i>Piersack v. Belgium</i>	Application no. 8692/79
<i>Piętka v. Poland</i>	Application no. 34216/07
<i>Pishchalnikov v. Russia</i>	Application no. 7025/04
<i>Podbielski and PPU Polpure v. Poland</i>	Application no 39199/99
<i>Podkolzina v. Latvia</i>	Application no. 46726/99
<i>Poitrimol v. France</i>	Application no. 14032/88
<i>Pudas v. Sweden</i>	Application no. 10426/83
<i>Putz v. Austria</i>	Application no. 18892/91
<i>Quaranta v. Switzerland</i>	Application no. 12744/87
<i>R.D. v. Poland</i>	Application nos. 29692/96; 34612/97
<i>Ringeisen v. Austria</i>	Application no. 2614/65

<i>Robins v. The United Kingdom</i>	Application no. 22410/93
<i>S. v. Switzerland</i>	Application nos. 12629/87; 13965/88
<i>Sakbnovskiy v. Russia</i>	Application no. 21272/03
<i>Salabiaku v. France</i>	Application no. 10519/83
<i>Salduz v. Turkey</i>	Application no. 36391/02
<i>Salesi v. Italy</i>	Application no. 13023/87
<i>Salomonsson v. Sweden</i>	Application no. 38978/97
<i>Santambrogio v. Italy</i>	Application no. 61945/00
<i>Saunders v. The United Kingdom</i>	Application no. 19187/91
<i>Schmautzer v. Austria</i>	Application no. 15523/89
<i>Schuler-Zgraggen v. Switzerland</i>	Application no. 14518/89
<i>Shilbergs v. Russia</i>	Application no. 20075/03
<i>Shulepov v. Russia</i>	Application no. 15435/03
<i>Sinichkin v. Russia</i>	Application. no. 20508/03
<i>Skärby v. Sweden</i>	Application no. 12258/86
<i>Soering v. The United Kingdom</i>	Application no. 14038/88
<i>Sporrong & Lönnroth v. Sweden</i>	Application nos. 7151/75; 7152/75
<i>Sramek v. Austria</i>	Application no. 8790/79
<i>Stankiewicz v. Poland</i>	Application no. 46917/99
<i>Steel & Morris v. The United Kingdom</i>	Application no. 68416/01
<i>Stojkovic v. France & Belgium</i>	Application no. 25303/08
<i>Sutter v. Switzerland</i>	Application no. 8209/78
<i>Taxquet v. Belgium</i>	Application no. 926/05
<i>Tre Traktörer aktiebolag v. Sweden</i>	Application no. 10873/84
<i>Tsonyo Tsonov (II) v. Bulgaria</i>	Application no. 2376/03
<i>Twalib v. Greece</i>	Application no. 24294/94
<i>Tyrer v. The United Kingdom</i>	Application no. 5856/72
<i>Urbsienė & Urbšys v. Lithuania</i>	Application no. 16580/09
<i>Vacher v. France</i>	Application no. 20368/92
<i>Van Geyselghem v. Belgium</i>	Application no. 26103/95
<i>Van Mechelen and Others v. the Netherlands</i>	Application nos. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93
<i>Vastberga Taxi Aktiebolag & Vulic v. Sweden</i>	Application no. 36985/97
<i>Winterwerp v. The Netherlands</i>	Application no. 6301/73
<i>Young, James & Webster v. The United Kingdom</i>	Application nos. 7601/76; 7806/77
<i>Yuriy Volkov v. Ukraine</i>	Application no. 45872/06
<i>Yurttas v. Turkey</i>	Application nos. 25143/94; 27098/95
<i>Zaichenko v. Russia</i>	Application no. 39660/02
<i>Zander v. Sweden</i>	Application no. 14282/88
<i>Zdravko Stanev v. Bulgaria</i>	Application no. 32238/04
<i>Öcalan v. Turkey</i>	Application no. 12/05/2005
<i>Öztürk v. Germany</i>	Application no. 22479/93

Europakommissionen

<i>Can v. Austria</i>	Application no. 9300/81 ⁷
-----------------------	--------------------------------------

Thaw v. The United Kingdom
Stewart-Brady v. The United Kingdom
X. v. Germany

Application no. 22479/93⁸
Application nos. 27436/95; 28406/95⁹
Application no. 9365/81¹⁰

Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien

Prosecutor v. Slobodan Milosevic, case no. IT-02-54, Decision on the Prosecution Motion Concerning Assignment of Counsel, 4 April 2003.

Prosecutor v. Zdravko Music, case no. IT-9 6-21-T, Decision on the Motion to Exclude Evidence, 2 September 2007.

Utländska domstolar

Storbritannien

Colin Wright v. Michael Wright Supplies Ltd & Turner Wright Investments Ltd, (2013) EWCA Civ. 234, Case No: A2/2012/0536.

USA

<i>Alabama v. Shelton</i>	535 U.S. 654, 2002
<i>Argersinger v. Hamlin</i>	407 U.S. 25, 1972
<i>Betts v. Brady</i>	316 U.S. 455, 1942
<i>Brotherhood of R.R. Trainmen v. Virginia</i>	377 U.S. 1, 1964
<i>Clinton v. Jones</i>	520 U.S. 681, 1997
<i>Edwards v. Arizona</i>	451 U.S. 477, 1981
<i>Faretta v. California</i>	422 U.S. 806, 1975
<i>Gideon v. Wainwright</i>	372 U.S. 335, 1963
<i>Godinez v. Moran</i>	509 U.S. 389, 1993
<i>Hamilton v. Alabama</i>	368 U.S. 52, 1961
<i>Indiana v. Edwards</i>	554 U.S. 164, 2008
<i>Johnson v. Zerbst</i>	304 U.S. 458, 1938
<i>Lassiter v. Department of Social Service</i>	452 U.S. 18, 1981
<i>Martinez v. Court of Appeal of California</i>	528 U.S. 152, 2000
<i>Massiah v. United States</i>	377 U.S. 201, 1964
<i>Mathews v. Eldridge</i>	424 U.S. 319, 1976
<i>McKaskle v. Wiggins</i>	465 U.S. 168, 1984

⁷ Alla hänvisningar till *Can* avser Kommissionens rapport av den 12 juli 1984.

⁸ Alla hänvisningar till *Thaw* avser Kommissionens beslut av den 26 juni 1996.

⁹ Alla hänvisningarna till *Stewart-Brady* avser Kommissionens beslut av den 2 juli 1997.

¹⁰ Alla hänvisningarna till *X* avser Kommissionens beslut av den 6 maj 1982.

<i>Miranda v. Arizona</i>	384 U.S. 436, 1966.
<i>Powell v. Alabama</i>	287 U.S. 45, 1932
<i>Strickland v. Washington</i>	466 U.S. 668, 1984
<i>U.S. v. Cronin</i>	466 U.S. 648, 1984
<i>Cheung v. Youth Orchestra Foundation of Buffalo Inc.</i>	906 F.2d 59, 2nd Circuit, 1990
<i>Jones v. Clinton</i>	72 F.3d 1354, 8th Circuit, 1996
<i>Iannaccone v. Law</i>	143 F.3d 553, 2nd Circuit, 1998
<i>O'Reilly v. The New York Times Company</i>	692 F.2d 863, 2nd Circuit, 1982
<i>U.S. v. Farhad</i>	190 F.3d 1097, 9th Circuit, 1999

Övriga avgöranden

Justitiekanslern

JK dnr 2563-16-40
 JK dnr 1570-15-42
 JK dnr 9646-14-40
 JK dnr 3660-13-40
 JK dnr 4241-11-40
 JK dnr 4275-05-40
 JK dnr 402-05-40

Justitieombudsmannen

JO dnr 3177-2015
 JO dnr 5230-2012
 JO dnr 3019-2012
 JO dnr 5876-2011
 JO dnr 4082-2011
 JO dnr 570-2011
 JO dnr 4608-2010
 JO dnr 5950-2009
 JO dnr 413-2009
 JO dnr 5493-2008
 JO dnr 3741-2008
 JO dnr 5242-2007
 JO dnr 1548-2006
 JO dnr 529-2006
 JO dnr 2198-1998
 JO dnr 1172-1998
 JO dnr 2410-1997
 JO dnr 3505-1996

JO dnr 4029-1995
 JO dnr 4505-1994
 JO dnr 3731-1991
 JO dnr 743-1990
 JO dnr 2504-1989
 JO dnr 3007-1984

 JO 1975 s. 490 ff.
 JO 1964 s. 106 ff.

KÄLLOR OCH LITTERATUR

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2016/17:17	<i>Genomförande av det omarbetade asylprocedurdirektivet</i>
Prop. 2016/17:1	<i>Budgetpropositionen för 2017</i>
Prop. 2015/16:136	<i>Arbetslöshet och ekonomiskt bistånd</i>
Prop. 2015/16:68	<i>Förstärkt rättssäkerhet och effektivitet i förundersökningsförfarandet</i>
Prop. 2014/15:145	<i>Ökad reglering av barns underhåll utanför underhållsstödet</i>
Prop. 2013/14:197	<i>Ändringar i utlänningslagen med anledning av den omarbetade Dublinförordningens ikraftträdande</i>
Prop. 2012/13:45	<i>En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess</i>
Prop. 2011/12:156	<i>Resningsförfarandet i brottmål – återupptagande av förundersökning och rätt till biträde</i>
Prop. 2010/11:165	<i>Skatteförfarandet</i>
Prop. 2009/10:215	<i>Mark- och miljödomstolar</i>
Prop. 2009/10:182	<i>Advokaters vittnesplikt och andra processrättsliga frågor</i>
Prop. 2009/10:180	<i>Nya rättsmedel på upphandlingsområdet</i>
Prop. 2009/10:147	<i>Skärpta straff för allvarliga våldsbrott m.m.</i>
Prop. 2009/10:80	<i>En reformerad grundlag</i>
Prop. 2009/10:31	<i>Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet.</i>
Prop. 2008/09:232	<i>Den enskildes val av rättsligt biträde</i>
Prop. 2008/09:201	<i>Förstärkt integritetsskydd vid signalspaning</i>
Prop. 2008/09:150	<i>Offentlighets- och sekretesslag</i>
Prop. 2007/08:95	<i>Ett starkare skydd mot diskriminering</i>
Prop. 2006/07:119	<i>En effektivare lag om elektronisk kommunikation</i>
Prop. 2006/07:50	<i>Vissa frågor om trafikförsäkring och rättskyddsförsäkring</i>
Prop. 2005/06:195	<i>Elektroniska kommunikationstjänster m.m. inom. psykiatrisk tvångsvård</i>
Prop. 2005/06:38	<i>Trygghet, respekt och ansvar – om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever</i>
Prop. 2005/06:02	<i>Bästa språket – en samlad svensk språkpolitik</i>
Prop. 2004/05:170	<i>Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden</i>
Prop. 2004/05:131	<i>En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol</i>
Prop. 2004/05:41	<i>Förbättrad kontroll av rättsliga biträdens ersättningsanspråk, m.m.</i>
Prop. 2003/04:115	<i>Ändringar i fastighetsbildningslagens förfaranderegler m.m.</i>
Prop. 2003/04:80	<i>Moderniserad konkurrensövervakning</i>
Prop. 2002/03:128	<i>Företrädaransvar m.m.</i>
Prop. 2002/03:110	<i>Lag om elektronisk kommunikation, m.m.</i>
Prop. 2002/03:74	<i>Hemliga tvångsmedel – offentliga ombud och en mer ändamålsenlig reglering</i>
Prop. 2002/03:65	<i>Ett utvidgat skydd mot diskriminering</i>

Prop. 2001/02:107	<i>Lag om grupprättegång</i>
Prop. 2000/01:80	<i>Ny socialtjänstlag m.m.</i>
Prop. 2000/01:79	<i>Stöd till brottsoffer</i>
Prop. 2000/01:56	<i>Ändringar i handläggningen av ungdomsmål m.m.</i>
Prop. 1999/00:44	<i>Psykiatrisk tvångsvård och rättspsykiatrisk vård</i>
Prop. 1999/00:26	<i>Effektivisering av förfarandet i allmän domstol</i>
Prop. 1998/99:37	<i>Ändringar i rättegångsbalken – hovrättsfrågor m.m.</i>
Prop. 1998/99:10	<i>Ändringar i rättshjälpslagen</i>
Prop. 1997/98:105	<i>Det allmännas skadeståndsansvar</i>
Prop. 1997/98:101	<i>Översyn av förvaltningsprocessen; en allmän regel om domstolsprövning av förvaltningsbeslut m.m.</i>
Prop. 1997/98:7	<i>Vårdnad, boende och umgänge</i>
Prop. 1996/97:9	<i>Ny rättshjälpslag</i>
Prop. 1995/96:208	<i>Underhållsstöd till barn till särlevande föräldrar, m.m.</i>
Prop. 1995/96:133	<i>Några frågor om rättsprövning m.m.</i>
Prop. 1995/96:115	<i>En ny lag om domstolsärenden</i>
Prop. 1995/96:110	<i>Riktlinjer för åklagarväsendets organisation</i>
Prop. 1995/96:22	<i>Tvåpartsprocess m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna</i>
Prop. 1994/95:194	<i>Vissa frågor om psykiatrisk tvångsvård</i>
Prop. 1994/95:150	<i>Förslag till slutlig reglering av statsbudgeten för budgetåret 1995/96, m.m.</i>
Prop. 1994/95:27	<i>Fortsatt reformering av instansordningen m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna</i>
Prop. 1994/95:12	<i>Handläggning av ungdomsmål</i>
Prop. 1993/94:151	<i>Rättssäkerhet vid beskattningen</i>
Prop. 1993/94:143	<i>Brottsoffren i blickpunkten – en brottsofferfond och andra åtgärder för att stärka brottsoffrens ställning</i>
Prop. 1993/94:117	<i>Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor</i>
Prop. 1993/94:26	<i>Om utvidgad rätt till målsägandebiträde och förbättrat rättsligt bistånd till brottsoffer utomlands</i>
Prop. 1992/93:215	<i>Om Försäkringsöverdomstolen</i>
Prop. 1992/93:109	<i>Om ändring i rättshjälpslagen m.m.</i>
Prop. 1991/92:159	<i>Om sänkt inkomsteräns för allmän rätts hjälp</i>
Prop. 1991/92:127	<i>Om ändringar i fastighetsbildningslagen</i>
Prop. 1990/91:199	<i>Om förbud mot vissa dopingmedel</i>
Prop. 1990/91:80	<i>Om rättskipningen i socialförsäkringsmål</i>
Prop. 1990/91:58	<i>Om psykiatrisk tvångsvård, m.m.</i>
Prop. 1989/90:158	<i>Om utvidgad rätt till målsägandebiträde, m.m.</i>
Prop. 1989/90:107	<i>Om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter</i>
Prop. 1989/90:42	<i>Om det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen</i>
Prop. 1989/90:28	<i>Vård i vissa fall av barn och ungdomar</i>
Prop. 1988/89:126	<i>Om ersättning för kostnader i ärenden och mål om skatt, m. m.</i>
Prop. 1988/89:117	<i>Om rättshjälpsens organisation, m.m.</i>
Prop. 1988/89:95	<i>Om ändringar i rättegångsbalken m.m.</i>
Prop. 1988/89:86	<i>Med förslag till utlänningslag m.m.</i>
Prop. 1987/88:147	<i>Om tvångsvård av vuxna missbrukare, m.m.</i>
Prop. 1987/88:107	<i>Om målsägandebiträde</i>
Prop. 1987/88:100	<i>Med förslag till statsbudget för budgetåret 1988/89</i>
Prop. 1987/88:73	<i>Om förbättringar inom rättshjälpsystemet</i>

Prop. 1987/88:69	<i>Om europakonventionen och rätten till domstolsprövning i Sverige</i>
Prop. 1987/88:1	<i>Om ändring i rättegångsbalken (enskilt anspråk vid förundersökning och rättegång)</i>
Prop. 1986/87:89	<i>Om ett reformerat tingsrättsförfarande</i>
Prop. 1984/85:163	<i>Om barns ansvar för rättegångskostnader i mål om underhåll</i>
Prop. 1984/85:32	<i>Om riktlinjer för arbetet mot ekonomisk brottslighet, m.m.</i>
Prop. 1983/84:105	<i>Om ändring i brottsbalken m.m. (sexualbrotten)</i>
Prop. 1983/84:23	<i>Om rätten till offentlig försvarare</i>
Prop. 1982/83:61	<i>Om ändringar i rättshjälpslagen</i>
Prop. 1981/82:71	<i>Om ny anställningskyddslag m.m.</i>
Prop. 1981/82:28	<i>Om ändringar i rättshjälpslagen</i>
Prop. 1981/82:8	<i>Om lag om vård av missbrukare i vissa fall, m.m.</i>
Prop. 1980/81:8	<i>Med förslag till utsokningsbalk</i>
Prop. 1979/80:2	<i>Med förslag till sekretesslag, m.m.</i>
Prop. 1979/80:1	<i>Om socialtjänsten</i>
Prop. 1978/79:90	<i>Med förslag till ändring i rättshjälpslagen, m.m.</i>
Prop. 1978/79:86	<i>Om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.</i>
Prop. 1978/79:12	<i>Om underhåll till barn och fränskilda, m.m.</i>
Prop. 1977/78:170	<i>Om fristående länsdomstolar</i>
Prop. 1977/78:90	<i>Om ändring i utlänningslagen (1954:193), m.m.</i>
Prop. 1975/76:170	<i>Om ändring i föräldrabalken, m.m.</i>
Prop. 1974:77	<i>Förslag till lag om rättegången i arbetstvister, m.m.</i>
Prop. 1973:129	<i>Förslag till lag om anställningskydd m.m.</i>
Prop. 1973:87	<i>Förslag till lag om rättegången i tvistemål om mindre värden, m.m.</i>
Prop. 1973:37	<i>Förslag till lagstiftning om åtgärder mot vissa våldsdåd med internationell bakgrund</i>
Prop. 1972:132	<i>Förslag till lag om ändring i rättshjälpslagen m.m.</i>
Prop. 1972:5	<i>Förslag till skadeståndslag m.m.</i>
Prop. 1972:4	<i>Förslag till rättshjälpslag m.m.</i>
Prop. 1971:30	<i>Förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.</i>
Prop. 1971:14	<i>Förslag till lag om skatterätten och länsrätt, m.m.</i>
Prop. 1969:128	<i>Förslag till fastighetsbildningslag</i>
Prop. 1969:124	<i>Förslag till lag om ändring i ärvdabalken, m.m.</i>
Prop. 1966:53	<i>Förslag till lag om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall, m.m.</i>
Prop. 1964:100	<i>Angående organisationen av polis-, åklagar- och exekutionsväsendet m.m.</i>
Prop. 1964:10	<i>Förslag till lag om införande av brottsbalken, m.m.</i>
Prop. 1954:41	<i>Förslag till utlänningslag</i>
Prop. 1951:165	<i>Godkännande av Sveriges anslutning till Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna</i>
Prop. 1944:12	<i>Med förslag till vissa ändringar i LFR, m.m.</i>
Prop. 1942:5	<i>Rättegångsbalken</i>
Prop. 1931:80	<i>Angående huvudgrunderna för en rättegångsreform</i>
Prop. 1929:191	<i>Förslag till lag om ändring i vissa delar av lagen 1919:367 om fri rättegång</i>
Prop. 1919:118	<i>Förslag till lag om fri rättegång m.m.</i>
Prop. 1918:331	<i>Förslag till lag om fri rättegång, m.m.</i>

Statens offentliga utredningar

SOU 2017:7	<i>Straffprocessens ramar och domstolens beslutsunderlag i brottmål</i>
SOU 2016:81	<i>Ett modernare utmättningsförfarande</i>
SOU 2015:71	<i>Barns och ungas rätt vid tvångsvård</i>
SOU 2015:52	<i>Rapport från Bergwallkommissionen</i>
SOU 2014:86	<i>Rättvisans pris</i>
SOU 2014:76	<i>Fortsatt utveckling av förvaltningsprocessen</i>
SOU 2014:63	<i>Organiserad brottslighet – förfärls- och underlätenhetsansvar, kvalifikationsgrunder m.m.</i>
SOU 2013:17	<i>Brottmålsprocessen</i>
SOU 2011:51	<i>Fortsatt föräldrar – om ansvar, ekonomi och samarbete för barnets skull</i>
SOU 2011:45	<i>Förundersökning – objektivitet, beslag, dokumentation m.m.</i>
SOU 2009:58	<i>Skatteförfarandet</i>
SOU 2008:125	<i>En reformerad grundlag</i>
SOU 2008:106 del A	<i>Ökat förtroende för domstolarna – Strategier och förslag</i>
SOU 2008:106 del B	<i>Ökat förtroende för domstolarna – Språkrapporter m.m.</i>
SOU 2008:85	<i>Straff i proportion till brottets allvar</i>
SOU 2008:77	<i>Möjlighet att leva som andra. Ny lag om stöd och service till vissa personer med funktionsnedsättning</i>
SOU 2008:65	<i>Sekretess och offentliga biträden i utlänningsärenden</i>
SOU 2008:10	<i>En ny myndighet för tillsyn och effektivitetsgranskning av socialförsäkringen</i>
SOU 2007:6	<i>Målsägandebiträdet – ett aktivt stöd i rättsprocessen</i>
SOU 2005:117	<i>Ett effektivare brottmålsförfarande – några ytterligare åtgärder</i>
SOU 2004:122	<i>Ingripanden mot unga lagöverträdare</i>
SOU 2004:74	<i>Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv</i>
SOU 2004:3	<i>Tvång och förändring – Rättssäkerhet, vårdens innehåll och eftervård</i>
SOU 2003:74	<i>Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen</i>
SOU 2003:42	<i>Ett reformerat underhållsstöd</i>
SOU 2003:25	<i>Verkställighet vid oklar identitet</i>
SOU 2001:103	<i>En modernare rättegång</i>
SOU 2001:47	<i>En handläggningslag - förfarandet hos försäkringskassorna</i>
SOU 1999:108	<i>Handläggning av ungdomsmål</i>
SOU 1999:58	<i>Löser juridiken demokratis problem?</i>
SOU 1999:16	<i>Ökad rättssäkerhet i asylärenden</i>
SOU 1998:40	<i>Brottsoffer – Vad har gjorts? Vad bör göras?</i>
SOU 1998:32	<i>Rättssäkerhet, vårdbehov och samhällsskydd vid psykiatrisk tvångsvård</i>
SOU 1997:116	<i>Barnets bästa i främsta rummet</i>
SOU 1995:124	<i>Ett reformerat hovrättsförfarande</i>
SOU 1995:81	<i>Ny rättshjälpslag och andra bestämmelser om rättsligt bistånd</i>
SOU 1995:79	<i>Vårdnad, boende, umgänge</i>
SOU 1995:26	<i>Underhållsbidrag och bidragsförskott</i>
SOU 1994:151 del B	<i>Grupprättegång – Grupptalan vid allmän domstol m.m.</i>
SOU 1994:99	<i>Domaren i Sverige inför framtiden</i>
SOU 1993:55	<i>Det allmännas skadeståndsansvar</i>
SOU 1993:40 del B	<i>Fri och rättighetsfrågor – Inkorporering av Europakonventionen</i>
SOU 1992:138	<i>Några frågor angående Regeringsrätten</i>
SOU 1991:106 del A	<i>Arbetsuppgifter och förfaranderegler</i>

SOU 1991:106 del B	<i>Arbetsuppgifter och förfaranderegler – lagtext, specialmotivering och bilagor</i>
SOU 1991:46	<i>Handikapp – välfärd – rättvisa</i>
SOU 1990:92	<i>Väld och brottsoffer</i>
SOU 1987:22	<i>Missbrukarna, socialtjänsten, tvånget</i>
SOU 1986:49	<i>Målsägandebitråde</i>
SOU 1985:4	<i>Rättshjälp, offentliga biträden, organisationsfrågor m.m.</i>
SOU 1984:66	<i>Den allmänna rättshjälpen</i>
SOU 1984:64	<i>Psykiatrin, tvånget och rättssäkerheten</i>
SOU 1984:15	<i>Ekonomisk brottslighet i Sverige – bakgrund, överväganden, åtgärder</i>
SOU 1983:51	<i>Ensamföräldrarna och deras barn</i>
SOU 1982:61	<i>Väldtäkt och andra sexuella övergrepp</i>
SOU 1982:26 del B	<i>Översyn av rättegångsbalken – motiv m.m.</i>
SOU 1982:25 del A	<i>Översyn av rättegångsbalken – lagtext och sammanfattning</i>
SOU 1981:7	<i>LVM</i>
SOU 1978:40	<i>Twistlösning på konsumentområdet</i>
SOU 1977:80	<i>Länsdomstolarna</i>
SOU 1977:49	<i>Översyn av rättshjälpssystemet</i>
SOU 1977:40	<i>Socialtjänst och socialförsäkringstillägg</i>
SOU 1977:28	<i>Kortare väntetider</i>
SOU 1976:9	<i>Sexuella övergrepp</i>
SOU 1974:39	<i>Socialvården – mål och medel</i>
SOU 1974:8	<i>Rättegången i arbetstvister</i>
SOU 1973:7	<i>Trygghet i anställningen</i>
SOU 1971:76	<i>Offentligt biträde och kostnadsersättning i förvaltningsärenden</i>
SOU 1968:27	<i>Förvaltningslag</i>
SOU 1966:70	<i>Förvaltningsrättskipning</i>
SOU 1965:13	<i>Rättegångshjälp</i>
SOU 1964:40	<i>Mentalsjukvårdslag</i>
SOU 1964:27	<i>Lag om förvaltningsförfarandet</i>
SOU 1960:19	<i>Rättssäkerheten vid administrativa frihetsberövanden</i>
SOU 1958:43	<i>Skadestånd i offentlig verksamhet</i>
SOU 1958:40	<i>Rättegångshjälp</i>
SOU 1955:19	<i>Administrativt rättsskydd – principbetänkande angående besvärsinstitutet och därmed sammanhängande ämnen</i>
SOU 1951:42	<i>Förslag till utlänningslag</i>
SOU 1950:16	<i>Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område</i>
SOU 1949:4	<i>Förslag om lösdrivarlagens upphävande m.m.</i>
SOU 1948:23	<i>Förslag till lag om nykterhetsvård m.m.</i>
SOU 1946:69	<i>Förvaltningsförfarandet – förberedande utredning angående reglering av förfarandet hos förvaltningsmyndigheter i ärenden rörande enskild rätt och därmed sammanhängande frågor</i>
SOU 1944:10	<i>Förslag till lag om införande av nya rättegångsbalken m.m. – motiv m.m.</i>
SOU 1944:9	<i>Förslag till lag om införande av nya rättegångsbalken m.m. – lagtext</i>
SOU 1942:50	<i>Förslag rörande fri rättegång</i>
SOU 1940:11	<i>Förslag rörande offentliga rättshjälpsanstalter</i>
SOU 1938:44	<i>Förslag till rättegångsbalk – motiv m.m.</i>

SOU 1938:43	<i>Förslag till rättegångsbalk – lagtext</i>
SOU 1926:33	<i>Angående rättegångsväsendets ombildning – rättegången i tvistemål</i>
SOU 1926:32	<i>Angående rättegångsväsendets ombildning – rättegången i brottmål</i>
SOU 1926:31	<i>Angående rättegångsväsendets ombildning – domstolsförfattningen</i>

Nytt juridiskt arkiv avdelning II

NJA II 1994 nr 2	<i>Utvidgad rätt till målsägandebiträde och förbättrat rättsligt bistånd till brottsoffer utomlands</i>
NJA II 1988 nr 14	<i>Lag om målsägandebiträde</i>
NJA II 1983 nr 12	<i>Rätten till offentlig försvarare</i>
NJA II 1947 nr 5:7	<i>Lag med vissa bestämmelser om mål rörande brott av underårig</i>
NJA II 1947 nr 2:1	<i>Lag om handläggning av domstolsärenden</i>
NJA II 1943 nr 1	<i>Den nya rättegångsbalken</i>
NJA II 1906 nr 8:39	<i>Lag ang. förordnande af rättegångsbiträde åt häktad</i>
NJA II 1890 nr 6:45	<i>Lag ang. ändrad lydelse af 15 kap. 1 § rättegångsbalken</i>

Departementsskrivelser

Ds 2014:27	<i>Ökat stöd för underhållsreglering</i>
Ds 2010:17	<i>En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess</i>
Ds 2008:74	<i>Utvärdering av lagen om grupprättegång</i>
Ds 2006:12	<i>En strategi för Sveriges säkerhet</i>
Ds 2002:13	<i>Trafiksäkerhetsfrågor m.m.</i>
Ds 2000:45	<i>En specialdomstol för utlänningsärenden</i>
Ds 1998:57	<i>Kommittéerna och bofinken – kan en kommitté se ut hur som helst?</i>
Ds 1997:29	<i>Fortsatt översyn av förvaltningsprocessen</i>
Ds 1993:80	<i>Ökat skydd för barn</i>
Ds 1993:29	<i>Brottsoffren i blickpunkten – åtgärder för att stärka brottsoffrens ställning</i>
Ds 1992:51	<i>De allmänna advokatbyråerna – principförslag om avveckling av det statliga engagemanget</i>
Ds 1992:38	<i>Domstolsväsendet – organisation och administration i framtiden</i>
Ds 1992:24	<i>Några brottsofferfrågor</i>
Ds 1989:12	<i>Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen</i>
DsJu 1986:10	<i>Ändrade regler om enskilt anspråk vid förundersökning och rättegång m. m.</i>
DsJu 1983:2	<i>Rätten till offentlig försvarare</i>
DsJu 1982:2	<i>Rättshjälpskostnaderna</i>
DsA 1981:6	<i>Anställningsskydd</i>
DsJu 1979:15	<i>Översyn av utredningsförfarandet i brottmål</i>
DsS 1978:8	<i>Vård utan samtycke inom socialvård och sjukvård</i>
DsJu 1975:17	<i>Faderskap och vårdnad</i>
DsS 1975:15	<i>Socialutredningen och remissorganens syn på framtidens socialvård</i>
DsJu 1972:6	<i>Rättegången i mindre tvistemål</i>
DsJu 1971:9	<i>Angående förenklat rättegångsförfarande i konsumenttvister</i>
DsJu 1970:14	<i>Med förslag till rättshjälpslag</i>
DsJu 1970:11	<i>Förfarandet i förvaltningsdomstol</i>

Kommitté- och utredningsdirektiv

Dir. 2013:107	<i>Granskning av rättsväsendet och vården med anledning av rättsprocesser som rör Sture Bergvall</i>
Dir. 2013:12	<i>Översyn av statens utgifter för vissa rättsliga biträden</i>
Dir. 2010:78	<i>Översyn av brottmålsprocessen</i>
Dir. 2005:129	<i>Reformerade förfaranderegler på beskattningsområdet</i>
Dir. 2005:19	<i>Översyn av lagen (1988:609) om målsägandebitråde</i>
Dir. 1999:62	<i>Processen i allmän domstol</i>
Dir. 1998:29	<i>Handläggningen av ungdomsmål</i>
Dir. 1996:15	<i>Barnkonventionen och svensk rätt</i>
Dir. 1993:120	<i>Handläggning av vårdnadstvister</i>
Dir. 1993:77	<i>Översyn av rättshjälpslagen</i>
Dir. 1992:51	<i>Översyn av vissa delar av utlänningslagstiftningen m.m.</i>
Dir. 1989:56	<i>Översyn av domstolarnas uppgifter, arbetssätt och organisation</i>
Dir. 1984:43	<i>Översyn av lagen (1988:609) om målsägandebitråde</i>
Dir. 1981:75	<i>Översyn av rättshjälpsystemet</i>
Dir. 1980:45	<i>Översyn av reglerna om vård oberoende av samtycke inom socialtjänst- och sjukvårdslagstiftningen m.m.</i>
Dir. 1977:102	<i>Översyn över anställningskyddslagstiftningen</i>
Dir. 1977:10	<i>Översyn av rättegångsbalken</i>
Dir. 1977:7	<i>Översyn av brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrott</i>

Regeringsbeslut

Beslut 1:16	<i>Regleringsbrev för budgetåret 2016 avseende Sveriges Domstolar.</i>
Beslut I:7	<i>Uppdrag till Statskontoret om en översyn av timkostnadsnormens beräkningsmodell, dnr Ju2011/2954/DOM</i>
Beslut 11	<i>Uppdrag att förbereda och genomföra en försöksverksamhet utan taxa för offentliga försvarare och målsägandebiträden i tingsrätt och hovrätt, dnr Ju2001/8642/DOM</i>

Utskottsbetänkanden/-utlåtanden/-yttranden

JuU 1995/96:7	<i>Tvåpartsprocess m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna</i>
JuU 1992/93:26	<i>Anslag till rättshjälp, m.m.</i>
JuU 1991/92:26	<i>Inkomstgräns för allmän rättshjälp, m.m.</i>
JuU 1990/91:21	<i>Anslag till brottsskadenämnden, m.m.</i>
JuU 1989/90:5	<i>Våldsbrott och brottsoffer</i>
JuU 1987/88:22	<i>Om anslaget till rättshjälpen m.m.</i>
JuU 1986/87:26	<i>Om anslaget till rättshjälpen, m.m.</i>
JuU 1985/86:21	<i>Om rättegångskostnader i förvaltningsprocessen</i>
JuU 1984/85:15	<i>Om vissa förvaltningsprocessuella frågor</i>
JuU 1983/84:25	<i>Om sexualbrotten</i>
JuU 1983/84:7	<i>Om rätten till offentlig försvarare</i>

JuU 1981/82:54	<i>Om allmän rättshjälp innan s.k. pilofall har avgjorts</i>
JuU 1981/82:19	<i>Om ändringar i rättshjälpslagen, m.m.</i>
JuU 1975/76:24	<i>Med anledning av proposition 1975:100 såvitt gäller anslag till rättshjälp m.m.</i>
JuU 1975/76:17	<i>Med anledning av proposition 1975/76:47 med förslag till lag om ändring i rättshjälpslagen, m.m.</i>
JuU 1974:18	<i>I anledning av proposition 1974:1 med förslag till lag om ändring i rättshjälpslagen</i>
JuU 1973:36	<i>I anledning av proposition 1973:87 med förslag till lag om rättegång i tvistemål om mindre värden</i>
JuU 1973:1	<i>I anledning av proposition 1972:132 med förslag till lag om ändring i rättshjälpslagen, m.m.</i>
KU 1993/94:24	<i>Inkopporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor</i>
LU 1948:12	<i>I anledning av väckt motion angående bestämmelser om ersättning för parts kostnader i mål och i ansökningsärenden, som handläggs av förvaltningsdomstol eller annan offentlig myndighet</i>
SoU 1980/81:15	<i>Om viss följdlagstiftning till socialtjänslagen, m.m.</i>
SoU 1979:80:44	<i>Med anledning av propositionen 1979/80:1 om socialtjänsten, m.m.</i>

Riksdagsskrivelser

Rskr. 1992/93:291
Rskr. 1990/91:217
Rskr. 1973:319
Rskr. 1948:67

Motioner

Mot. 2014/15:82
Mot. 2013/14:Sf220
Mot. 2008/09:Ju243
Mot. 1975:444
Mot. 1975:446
Mot. 1941 1:141
Mot. II:355

Övrigt offentligt material

Advokatsamfundet, *Regler för advokatverksamhet*, 2016.
Advokatsamfundet, *Remissyttrande över SOU 1995:81*, i TSA 1/1996 s. 12-17.
Advokatsamfundet, *Remissyttrande över SOU 1985:4*, i TSA 1985 s. 437-438.
Advokatsamfundet, *Remissyttrande över SOU 1984:66*, i TSA 1985 s. 84-91.
Advokatsamfundet *Vägledande regler om god advokatsed med kommentar*, reviderad 2016.
Advokatsamfundet, *Yttrande till Statskontoret* (2011-11-03), i SK-rapport (2012:5) bil. 4.
Advokatsamfundet, *Yttrande till Domstolsverket* (2006-02-03), i Dv-rapport (2006:1) bil. 1.
Barnombudsmannen, *Remissyttrande över SOU 2015:71*, S2015/04694/FST, dnr 3.9:0539/1.

- Barnombudsmannen, *Från insidan – barn och ungdomar om tillvaron i arrest och häkte*, rapport 2013.
- Brottsförebyggande rådet, *Målsägandebitråde*, rapport 2009:4.
- Domstolsverket, *Budgetunderlag 2017-2019*, dnr 1820-2015.
- Domstolsverket, *Försöksverksamhet utan taxa*, rapport 2012:15
- Domstolsverket, *Inkomstgränsen och avgifterna*, rapport 2004:5.
- Domstolsverket, *Målsägandebitråde – en utvärdering av lagen om målsägandebitråde*, rapport 1996:2.
- Domstolsverket, *Reglering av ersättning till målsägandebitråde i en särskild taxa*, rapport 2002:3.
- Domstolsverket, *Rättshjälp*, handbok 2017.
- Domstolsverket, *Rättshjälp och taxor*, broschyr 2017.
- Domstolsverket, *Rättshjälpsanslaget, kostnadsräkningarna och talerätten*, rapport 2003:1.
- Domstolsverket, *Uppföljning av metoden för beräkning av timkostnadsnormen*, rapport 2006:1.
- Domstolsverket, *Utgiftsutvecklingen för rättsliga biträden*, rapport 2009:5.
- Domstolsverket, *Utvärdering och förslag kring prövningstillstånd i kammarrätt*, rapport 2002:4.
- Domstolsverket, *Årsredovisning 2016*.
- Domstolsverket, *Översyn av rättshjälpslagen*, rapport 2009:2.
- Domstolsväsendets organisationsnämnd, *Brottmålstaxor*, promemorian XIV, dnr 4673.
- Försäkringskassan, *Underhållsbidrag till barn*, vägledning 2016:1 (ver. 2).
- Justitiekanslern, *Felaktigt dömda*, rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt, 2006.
- Konsumentverket, *Koll på pengarna*, 2017.
- Lantmäteriet, *Handbok FBL*, 2017.
- Migrationsverket, *Rättslig kommentar angående förordnande av offentligt biträde i asylärenden*, rättslig kommentar SR 37/2015.
- Nya lagberedningen, *Principbetänkande angående rättegångsväsendets ombildning*, 1884.
- Regeringen, *Regleringsbrev för budgetåret 2016 avseende Sveriges Domstolar*, regeringsbeslut 1:16.
- Regeringsrätten, *Remissyttrande över Dv-rapport 2002:4*.
- Riksdagens revisorer, *Kommittéväsendets roll och arbetsformer*, rapport (1997/98:RR3).
- Rikspolisstyrelsen, *Om ledningen av förundersökningen i brottmål*, FAP 403-4.
- Riksrevisionen, *Förändringar inom kommittéväsendet*, rapport 2004:2.
- Riksrevisionen, *Varför blev det dyrare? – kostnadsutvecklingen för offentlig försvarare, målsägandebitråde och offentligt biträde*, rapport 2001:30.
- Riksåklagaren, *Målsägande i brottmål*, RÅC 1:112.
- Skatteverket, *Skiktgränser, brytpunkter, prisbasbelopp*, 2017.
- Socialstyrelsens, *Barn och unga i familjehem och HVB*, handbok om socialnämndens ansvar och uppgifter 2012.
- Socialstyrelsen, *Lönar sig samarbetsamtal – en samhällsekonomisk studie*, rapport 1989:11.
- Statskontoret, *Rätt ersättning till rättsliga biträden – en översyn av beräkningsmodellen för timkostnadsnormen*, rapport 2012:5.
- Statskontoret, *På väg mot bättre myndighetspråk*, rapport 2001:18.
- Utrikesdepartementet, *Response of the Government of Sweden to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 2010.
- Åklagarmyndigheten, *Effektiva hantering av stora och komplicerade brottmål*, 2006.

Litteratur

- Abel, Laura K., *Right to Counsel in Civil Cases: Lessons from Gideon v. Wainwright*, Temple Political & Civil Rights Law Review, 15/2005-2006, s. 527-556.
- Abel, Richard, *Law without Politics: Legal Aid under Advanced Capitalism*, University of California, Los Angeles Law Review, 32/1984-85, s. 474-642.
- Abrahamsson, Maria, *Brottmålsprocessen i förändring – några kritiska synpunkter*, Svensk Juristtidning, 10/2013, s. 1039-1043.
- Abrahamsson, Olle, *Lagstiftningspolitiken och den nationella lagberedningen*, Svensk Juristtidning, 1/2003, s. 1-17.
- Abrams, David S. & Chen, Daniel L., *A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding*, University of Pennsylvania Journal of Business Law, 15/2012, s. 1075-1110.
- af Sandeberg, Catarina, *Grupprättegång – ny processform för småskador*, Ny Juridik, 2/2002, s. 33-51.
- af Sandeberg, Catarina, *Grupprättegång – hot eller löfte*, Juridisk Tidskrift, 2/2001-02, s. 474-489.
- Agell, Anders, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen – med en exkurs om rättsvetenskapen i Sverige*, Svensk Juristtidning, 3/2002, s. 243-260.
- Agell, Anders, *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*, i Frändberg, Åke, Göransson, Ulf & Håstad, Torgny (red.), *Festskrift till Stig Strömholm*, Iustus, Uppsala: 1997, s. 35-62.
- Albiston, Catherine R. & Sandefur, Rebecca L., *Expanding the Empirical Study of Access to Justice*, Wisconsin Law Review, 2013/2013, s. 101-120.
- Alexandersson, Stig, *Skattetilläggen strider mot oskuldspresumtionen*, Tidskriften Skattenytt, 7-8/2000, s. 449-451.
- Alexandersson, Stig, *Europakonventionens betydelse i mål gällande skattetillägg*, Juridisk Tidskrift, 1/1998-99, s. 251-263.
- Alfvén, Berenike, Cassemar, Lisbeth, Gattberg, Marianne, Hellrup, Anita, Kinch, Agneta, Leithoff, Siri, Malmros, Åsa & Wennersten, Kerstin, *Skillnader i rättsskydds- och rättshjälpsförmåner leder till oacceptabel olikhet inför lagen*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 4/2003, s. 23.
- Allen, Sara Livingston, *Faretta: Self-Representation, or Legal-Misrepresentation*, Iowa Law Review, 90/2004-05, s. 1553-1576.
- Almkvist, Gustaf & Elofsson, Niklas *Rättegångskostnader i förenklade tvistemål*, Svensk Juristtidning, 2/2013, s. 150-168.
- Alsbro, Thomas, *Advokatarvoden efter förtjänst*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 9/2008, s. 33.
- Andersson, Simon, *Skälig misstanke*, Wolters Kluwer, Stockholm: 2016.
- Andersson, Simon & Hopman, Suus, *Rätt till försvarare före polisförhöret: Nya domar från Europadomstolen kräver lagändringar i Sverige*, Juridisk Tidskrift, 4/2010-II, s. 795-820.
- Andersson, Torbjörn, *Rätten till domstolsprövning och svenska domstolars behörighet – nygamla problem i ljuset av ett HD-avgörande*, Svensk Juristtidning, 10/2001, s. 861-884.
- Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*, Iustus, Uppsala: 1999.
- Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*, Iustus, Uppsala: 1997.

- Ardhe, Mats, *Minskad rätt till offentlig försvarare*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 1985, s. 94-99.
- Ardhe, Mats, *Allmänna rättshjälpen – gör den skäl för namnet?*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 1984, s. 337-340.
- Ashworth, Andrew, *Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism*, Cardozo Law Review, 30/2008, s. 751-774.
- Asp, Petter, Bitzilekis, Nikolas, Bogdan, Sergiu, Elholm, Thomas, Foffani, Luigi, Frände, Dan, Fuchs, Helmut, Helenius, Dan, Kaiafa-Gbandi, Maria, Leblouis-Happe, Jocelyn, Nieto-Martín, Adán, Satzger, Helmut, Suominen, Annika, Symeonidou-Kastandidou, Elisavet, Zerbes, Ingeborg & Zimmermann, Frank, *A Manifesto on European Criminal Procedure Law – European Criminal Policy Initiative*, Jure/Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Stockholm: 2014.
- Asp, Petter, *Om relationalistisk metod – eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap*, i Asp, Petter & Nuotio, Kimmo (red.), *Konsten att rättsvetenskap: Den tysta kunskapen i juridisk forskning*, Iustus, Uppsala: 2004, s. 47-67.
- Asp, Petter, *Skattetilläggsregleringens förenlighet med Europakonventionen*, Juridisk Tidskrift, 3/2000-01, s. 606-620.
- Asp, Petter, *Skattetilläggen och oskuldspresumtionen*, Tidskriften Skattenytt, 11/1999, s. 702-714.
- Assy, Rabbea, *Injustice In Person – The Right to Self-Representation*, Oxford University Press, Oxford: 2015.
- Assy, Rabbea, *Revisiting the Right to Self-representation*, Oxford Legal Research Paper, 2/2012, s. 1-25.
- Assy, Rabbea, *Revisiting the Right to Self-representation*, Civil Justice Quarterly, 30/2011, s. 267-282.
- Baron, Jonathan, *Thinking and deciding*, Cambridge University Press, New York: 2000.
- Bedner, Adriaan & Vel, Jacqueline, *An Analytical Framework for Empirical Research on Access to Justice*, Law, Social Justice & Global Development Journal, 15/2010, s. 1-29.
- Beijer, Annemarieke, *False Confessions during Police Interrogations and Measures to Prevent Them*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 18/2010, s. 311-348.
- Bellander, Henrik, *Rättegångskostnader – Om kostnadsbördan i dispositiva tvistemål*, Iustus, Uppsala: 2017.
- Bengtsson, Bertil, *SOU som rättskälla*, Svensk Juristtidning, 8/2011b, s. 777-787.
- Bengtsson, Bertil, *Skadestånd vid brott mot regeringsformen?*, Svensk Juristtidning, 7/2011a, s. 605-629.
- Bengtsson, Bertil, *Skadestånd vid felaktiga tillsättningsbeslut*, Juridisk Tidskrift, 3/2008-09, s. 643-646.
- Bengtsson, Bertil, *Skadestånd för oriktig myndighetsinformation*, i Marcusson, Lena (red.), *Festskrift till Fredrik Sterzel*, Iustus, Uppsala: 1999, s. 35-55.
- Bengtsson, Bertil, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, Norstedts juridik, Stockholm: 1996a.
- Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen: en kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2008.
- Bengtsson, Per-Anders, *Dags att damma av RB 18 kap. 8 a, den s.k. begränsningsregeln i småmål*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 2/1996b, s. 6.
- Bennet, Dale E., *Right to Counsel – A Due Process Requirement*, Louisiana Law Review, 23/1963, s. 662-672.
- Bentelius, Lars & Agneklev, Kristian, *God advokatsed*, Advokatförlaget, Stockholm: 1998.

- Bentley, David & Thomas, Richard, *Fair Trial*, i Colvin, Madeleine & Cooper, Jonathan (red.), *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime*, Oxford University Press, Oxford: 2009, s. 251-281.
- Berg, Mats, *Dags för riskavtal*, *Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund*, 7/2008, s. 32.
- Bergholtz, Gunnar, *Grupptalan - Huru Goliat kan fällas utan att man egentligen anstränger sig*, *Svensk Juristtidning*, 5-6/1992a, s. 335-385.
- Bergholtz, Gunnar, *Åtal och kontradiktion*, i Heuman, Lars (red.), *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm: 1992b, s. 1-18.
- Bernitz, Ulf, *Rättighetskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt*, *Juridisk Tidskrift*, 4/2010-II, s. 821-845.
- Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag i svensk rätt – var står vi idag?*, *Juridisk Tidskrift*, 3/2009-10, s. 477-501.
- Bernitz, Ulf, *Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyra*, *Juridisk Tidskrift*, 2/1994-95, s. 259-269.
- Bezdek, Barbara, *Silence in the Court: Participation and Subordination of Poor Tenants' Voices in Legal Process*, *Hofstra Law Review*, 20/1992, s. 533-608.
- Bindra, Simran & Ben-Cohen, Pedram, *Public Civil Defenders: A Right to Counsel for Indigent Civil Defendants*, *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, 10/2003, s. 1-36.
- Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory & Context*, Sweet & Maxwell, London: 2003.
- Bjerstedt, Daniel, *Tryggheten inför rätta: Om rätten till förtidspension enligt förvaltningsdomstolarna under tre decennier*, Sociologiska institutionen, Lunds universitet: 2009.
- Björkman, Jenny, *Vård för samhällets bästa – debatten om tvångsvård i svensk lagstiftning 1850-1970*, Carlssons bokförlag, Stockholm: 2001.
- Björling, Erik, *Rättstillämpningens tystnad. En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen*, Juridiska institutionens skriftserie, skrift nr 022, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet: 2017.
- Bladh, Karl-Axel, *Anm. av Renfors och Sverne, Rättshjälpslagen och annan lagstiftning om rättsligt bistånd*, *Svensk Juristtidning*, 10/1998, s. 936-940.
- Bladh, Karl-Axel, *Anm. av Fitger, Lagen om domstolsärenden*, *Svensk Juristtidning*, 1/1997, s. 83-85.
- Blomkvist, Curt, *Försvaren*, Sveriges Advokatsamfund, Stockholm: 2003.
- Boas, Gideon, *The Right to Self-Representation in International and Domestic Criminal Law – Limitations and Qualifications on that Right*, i Abtahi, Hiram & Boas, Gideon (red.), *The Dynamics of International Criminal Justice: Essays In Honour Of Sir Richard May*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2006, s. 39-94.
- Boccaccini, Marcus T., Boothby, Jennifer L. & Brodsky, Stanley L., *Development and Effects of Client Trust in Criminal Defense Attorneys: Preliminary Examination of the Congruence Model of Trust Development*, *Behavioral Sciences & the Law*, 22/2004, s. 197-214.
- Bogan, Paul, *Self-Incrimination, The Right to Silence and the Reverse Burden of Proof*, i Colvin, Madeleine & Cooper, Jonathan (red.), *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime*, Oxford University Press, Oxford: 2009, s. 347-365.
- Bohlin, Alf & Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2007.
- Bolding, Per Olof, *Två rättegångar: Hur går det till i svensk domstol?*, Norstedt, Stockholm: 1989.
- Boman, Robert, *Rättegången i arbetstvister*, Iustus, Uppsala: 1977.

- Boman, Robert, *Förenklat förfarande i mindre tvistemål – några reflektioner med anledning av den nya lagen*, Svensk Juristtidning, 1/1973, s. 479-487.
- Boman, Robert, *Om åberopande och åberopsbörida i dispositiva tvistemål*, Norstedt, Stockholm: 1964.
- Bomgren, Gunnar, *Det svenska advokatväsendet före bildandet av Sveriges advokatsamfund*, Norstedt, Stockholm: 1937.
- Borgeke, Martin, Månsson, Catharina, Sterzel, Georg, Kezovska, Gina, Palm, Mats, Månsson Catharina & Reimer, Stefan, *Studier rörande påföljdspraxis m.m.*, Jure, Stockholm: 2013.
- Borgström, Claes, *Advokaten i brottmålsprocessen*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2011.
- Boyer, Bruce A., *Justice, Access to the Courts, and the Right to Free Counsel for Indigent Parents: The Continuing Scourge of Lassiter v. Department of Social Services of Durham*, Temple Political & Civil Rights Law Review, 15/2005-2006, s. 635-650.
- Boyer, Bruce A., *Justice, Access to the Courts, and the Right to Free Counsel for Indigent Parents: The Continuing Scourge of Lassiter v. Department of Social Services of Durham*, Loyola University Chicago Law Journal, 36/2005, s. 363-382.
- Bradlow, Julie M., *Procedural Due Process Rights of Pro Se Civil Litigants*, University of Chicago Law Review, 55/1988, s. 659-683.
- Braeutigam, Ronald, Owen, Bruce & Panzar, John, *An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems*, Law and Contemporary Problems, 47/1984, s. 173-186.
- Breger, Marshall J., *Legal Aid for the Poor: A Conceptual Analysis*, North Carolina Law Review, 60/1981-82, s. 281-363.
- Brickman, Lester, *Lawyer Barons – What Their Contingency Fees Really Cost*, Cambridge University Press, Cambridge: 2011.
- Brickman, Lester, *Effective Hourly Rates of Contingency-Fee Lawyers: Competing Data and Non-Competitive Fees*, Washington University Law Quarterly, 81/2003, s. 653-736.
- Bring, Carina, *Målsägandens reaktionsmöjligheter*, i Diesen, Christian (red.), *Brottsoffrets rätt*, Fritzes Förlag, Stockholm: 1995, s. 145-281.
- Bring, Thomas & Diesen, Christian, *Förundersökning*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2009.
- Brunosson, Alexandra, *Tala är silver, tinga är guld – En analys av hur svenska domstolar bör hantera uppgifter som den misstänkte lämnat under förundersökningen utan närvaro av en försvarare*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet: 2015 (examensuppsats).
- Bruun, Niklas & Wilhelmsson, Thomas, *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet*, Svensk Juristtidning, 1/1983, s. 701-713.
- Buhai, Sande L., *Access to Justice for Unrepresented Litigants: A Comparative Perspective*, Loyola of Los Angeles Law Review, 42/2009, s. 979-1020.
- Bull, Thomas & Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, Studentlitteratur, Lund: 2015.
- Buxton, Tiffany *Foreign Solutions to the U.S. Pro Se Phenomenon*, Case Western Reserve Journal of International Law, 34/2002, s. 103-148.
- Bylander, Eric, *Regeringsformens krav på alla rättegångars genomförande rättvist och inom skälig tid*, Svensk Juristtidning, 5/2017, s. 370-398.
- Bylander, Eric, *Prövningstillstånd hovrätt–kammarrätt ToR: Bidrag till en inomnationell diffusionsstudie över den svenska regleringen av prövningstillstånd till mellaninstans*, i Erhag, Thomas, Mattsson, Titti & Bäckman, Therese (red.), *Festskrift till Lotta Vahlne Westerhäll, Santérus*, Stockholm: 2011, s. 17-41.

- Bylander, Eric, *Muntlighetsprincipen: En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt*, Iustus, Uppsala: 2006.
- Bylander, Eric, *Muntlighet vid domstol i Sverige*, i Bylander, Eric & Lindblom, Per Henrik (red.), *Muntlighet vid domstol i Norden: En rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presentationsformernas betydelse vid domstol i Norden*, Iustus, Uppsala: 2005, s. 131-180.
- Calissendorff, Axel, *Taxesytemet är inte bra men samfundet är ingen sackförening*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 5/2003, s. 28.
- Cameron, Iain, *Inför inkorporeringen av Europakonventionen om mänskliga rättigheter – Några praktiska råd om att finna rättskällor*, Svensk Juristtidning, 3/1995, s. 241-251.
- Cameron, Camille & Kelly, Elsa, *Litigants in Person in Civil Proceedings: Part 1*, Hong Kong Law Journal, 32/2002, s. 313-342.
- Cappelletti, Mauro, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, Modern Law Review, 56/1993, s. 282-296.
- Cappelletti, Mauro, *Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform*, South African Law Journal 109/1992, s. 22-39.
- Cappelletti, Mauro, *Legal Aid in Europe: A Turmoil*, American Bar Association Journal, 60/1974, s. 206-208.
- Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant, *Access to Justice and the Welfare State: An Introduction*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff, Firenze: 1981, s. 1-24.
- Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant, i Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant (red.), *Access to Justice III: Emerging Issues and Perspectives*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff & Noordhoff, 1979.
- Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report*, i Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant (red.), *Access to Justice I: A World Survey*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff & Noordhoff, Milan: 1978, s. 3-125.
- Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, Buffalo Law Review, 27/1977-78, s. 181-292.
- Cappelletti, Mauro, Garth, Bryant & Trocker, Nicolò, *Access to Justice: Variations and Continuity of a World-Wide Movement*, Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico, 54/1985, s. 221-263 (ursprungligen publicerad i *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 46/1982, s. 664-707).
- Cappelletti, Mauro & Gordley, James, *Legal Aid: Modern Themes and Variations*, Stanford Law Review, 28/1972, s. 347-421.
- Cars, Thorsten, *Anm. av Jacobsson, Parts kostnad i civil process*, Svensk Juristtidning, 1/1965, s. 183-194.
- Cerruti, Eugene, *Self-Representation in the International Arena: Striking a False Right of Spectacle*, Georgetown Journal of International Law, 40/2009, s. 919-984.
- Christie, Nils, *Konflikt som eiendom*, Tidskrift för Rettsvetenskap, 8/1977, s. 113-132.
- Cissé, Hassane, *Legal Empowerment of the Poor: Past, Present, Future*, i Cissé, Hassane, Muller, Sam, Thomas, Chantal & Wang, Chenguang (red.), *Legal Innovation and Empowerment for Development*, The World Bank Legal Review, Washington: 2013, s. 31-44.
- Clayton, Richard & Tomlison, Hugh, *Fair Trial Rights*, Oxford University Press, Oxford: 2001.
- Craaford, Clarence, *Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd*, Svensk Juristtidning, 10/2009, s. 1062-1068.

- Currie, Ab, *The Legal Problems of Everyday Life*, i Sandefur, Rebecca L. (red.), Access to Justice, Emerald Group Publishing, Bingley: 2009, s. 1-42.
- Dahlgren, Göran, *Tvåpartsprocess i allmän förvaltningsdomstol*, Juridisk Tidskrift, 2/1991-92, s. 237-251.
- Dahlgren, Göran, *Allmän förvaltningsdomstols officialprövning*, Svensk Juristtidning, 4/1994, s. 388-406.
- Daly, Yvonne Marie, *The Right to Silence: Inferences and Interference*, Australian & New Zealand Journal of Criminology, 47/2014, s. 59-80.
- Damaska, Mirjan R., *Assignment of Counsel and Perceptions of Fairness*, Journal of International Criminal Justice, 3/2005, s. 3-8.
- Damaska, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven: 1986.
- Dana Jr., Howard H., *ABA 2006 Resolution on Civil Right to Counsel*, Temple Political & Civil Rights Law Review, 15/2005-06, s. 501-525. Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2015.
- Danelius, Hans, *Europadomstolens domar – fjärde kvartalet 2011*, Svensk Juristtidning, 2/2012, s. 144-175.
- Danelius, Hans, *Europadomstolens domar – fjärde kvartalet 2010*, Svensk Juristtidning, 2/2011, s. 216-252.
- Danelius, Hans, *Europadomstolens domar – fjärde kvartalet 2008*, Svensk Juristtidning, 1/2009, s. 84-116.
- Danelius, Hans, *Europadomstolens domar – fjärde kvartalet 1999*, Svensk Juristtidning, 1/2000, s. 75-96.
- Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1997.
- Danelius, Hans, *Nyheter från Europadomstolen – andra kvartalet 1996*, Svensk Juristtidning, 7/1996, s. 579-588.
- Danelius, Hans, *Svenskt konventionsbrott*, Svensk Juristtidning, 1/1995, s. 63-66.
- Danelius, Hans, *Europadomstolens domar 1991-1993 – en rättsfallsöversikt*, Svensk Juristtidning, 4/1994, s. 337-387.
- Danelius, Hans, *Europadomstolens domar 1961-1990 – en rättsfallsöversikt*, Svensk Juristtidning, 4/1991, s. 257-340.
- Danielsson, Stig, *Förundersökning i brottmål – en handbok om rättegångsbalkens 23 kapitel och annan lagstiftning, särskilt förundersökningskungörelsen*, Bruun, Stockholm: 2015.
- Davis, Martha F., *In the Interests of Justice: Human Rights and the Right to Counsel in Civil Cases*, Touro Law Review, 25/2009, s. 147-185.
- de Morpurgo, Marco, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, 19/2011, s. 343-412.
- Decker, John F., *The Sixth Amendment Right to Shoot Oneself in the Foot: An Assessment of the Guarantee of Self-Representation Twenty Years after Faretta*, Seton Hall Constitutional Law Journal, 6/1995-96, s. 485-598.
- Devlin, Patrick, *The Judge*, Oxford University Press, Oxford: 1979.
- Dewar, John, Smith, Barry W. & Banks, Care, *Litigants in Person in the Family Court of Australia*, A report to the Family Court of Australia, Research Report No. 20: 2000.
- Deweese, Donald N., Prichard, Robert S. & Trebilcock, Michael J., *An Economic Analysis of Costs and Fee Rules for Class Action*, Journal of Legal Studies, 10/1981, s. 155-185.

- Diesen, Christian, *Brottsoffret och omvärlden*, i Diesen, Christian (red.), *Brottsoffrets rätt*, Fritzes Förlag, Stockholm: 1995, s. 27-90.
- Diesen, Christian, *Bevis 10: Bevisprövning i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2015.
- Diesen, Christian, *Terapeutisk juridik*, *Juridisk Tidskrift*, 1/2001-02, s. 15-33.
- Diesen, Christian & Lagerqvist Veloz Roca, Annika, *Bevis 7: Bevisprövning i förvaltningsmål*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2003.
- Donohue, John J. III, *Opting for the British Rule, Or If Posner and Shavell Can't Remember the Coase Theorem, Who Will*, *Harvard Law Review*, 104/1991, s. 1093-1119.
- Dotan, Yoav, *Resource Inequalities in Ideological Courts*, i Kritzer, Herbert M. & Silbey, Susan (red.), *In Litigation – Do the “Haves” still Come Out Ahead*, Stanford University Press, Stanford: 2003, s. 212-235.
- Double, David R. & Bernt, Jan Fridthjof, *Retten og vitenskapen – en introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi*, Alma Mater, Bergen: 1993.
- Durbach, Andrea *The Right to Legal Aid in Social Rights Litigation*, i Langford, Malcolm (red.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2008, s. 59-74.
- Dyer, Charles R., *The Queen of Chula Vista: Stories of Self-Represented Litigants and a Call for Using Cognitive Linguistics to Work with Them*, *Law Library Journal*, 99/2007, s. 717-756.
- Ebervall, Lena, *Advokatetik i brottmål*, Thomson, Stockholm: 2008.
- Ebervall, Lena, *Försvarens roll: Ideologier och gällande rätt*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2002.
- Edelstam, Gunilla, *Förvaltningsmyndigheters utredningskyldighet: En rättssäkerhetsstudie*, Norstedts Juridik, Stockholm 1995.
- Ehrenkrona, Carl Henrik, *Europakonventionens betydelse för den svenska rättegångsordningen*, *Svensk Juristtidning*, 4/1999, s. 486-495.
- Eisenstein, Martin, *The Swedish Public Complaints Board: Its Vital Role in a System of Consumer Protection*, i Cappelletti, Mauro & Weisner, John (red.), *Access to Justice: Promising Institutions*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff & Noordhoff, Milan: 1979, s. 491-593.
- Eka, Anders, *Svensk Juristtidning och statsrätten*, *Svensk Juristtidning*, *Festskrift/2016*, s. 353-384.
- Ekeberg, K-G, *Nya rättshjälpslagen*, *Ny Juridik*, 3/1997, s. 35-54.
- Ekelöf, Per Olof, *de lege: Valdra skrifter*, Iustus, Uppsala: 1991.
- Ekelöf, Per Olof, *Om rätt och moral*, i Lindblom, Per Henrik (red.), *Vänbok till Robert Boman*, Iustus, Uppsala: 1990, s. 71-84.
- Ekelöf, Per Olof, *Anm. av Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor*, *Svensk Juristtidning*, 1/1988, s. 23-39.
- Ekelöf, Per Olof, *Ett stycke vetenskapshistoria*, i Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel & Aarbakke, Magnus (red.), *Samfunn, rett, rettferdighet – Festskrift til Torstein Eckhoff, Tano, Oslo: 1986*, s. 261-280.
- Ekelöf, Per Olof, *Civilrätt och civilrättskipning*, i Bernitz, Ulf (red.), *Festskrift till Jan Hellner*, Norstedt, Stockholm: 1984, s. 229-252.
- Ekelöf, Per Olof, *Ett problem med avseende på hemlig avlyssning*, *Svensk Juristtidning*, 1/1982, s. 654-663.
- Ekelöf, Per Olof, *Anm. av Cappelletti, Access to Justice*, *Svensk Juristtidning*, 1/1981, s. 109-120.
- Ekelöf, Per Olof, *Fri rättegång och fri rättshjälp*, Uppsala: 1966.
- Ekelöf, Per Olof, *Anm. av Olivecrona, Rätt och dom*, *Svensk Juristtidning*, 1/1961, s. 359-371.
- Ekelöf, Per Olof, *Processkostnaderna och rättshjälpen*, *Svensk Juristtidning*, 1/1956a, s. 64-69.

- Ekelöf, Per Olof, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper: Några problem inom den allmänna processrättsläran*, Nordstedt, Stockholm: 1956b.
- Ekelöf, Per Olof, *Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening?*, Svensk Juristtidning, 1/1952, s. 546-559.
- Ekelöf, Per Olof, *Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken*, i Festskrift tillägnad Birger Ekeberg, Stockholm: 1950, s. 151-177.
- Ekelöf, Per Olof, *Juridisk slutledning och terminologi*, Tidskrift for Rettsvidenskap, 1/1945, s. 211-270.
- Ekelöf, Per Olof, *Straffet, skadeståndet och vitet – en studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt*, Lundequist, Uppsala: 1942.
- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång: Andra häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1996.
- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång: Fjärde häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1992.
- Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Boman, Robert, *Rättegång: Tredje häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1994.
- Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Edelstam, Henrik, *Rättegång: Tredje häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006.
- Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, *Rättegång: Första häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2002.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Boman, Robert, *Rättegång: Femte häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1998.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång: Fjärde häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2009.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars & Pauli, Mikael, *Rättegång: Första häftet*, Wolters Kluwer, Stockholm: 2016.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael, *Rättegång: Andra häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2015.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael, *Rättegång: Femte häftet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2011.
- Eklund, Hans, *Inhibition – Om verkställighetsförbud m.m. i judiciell process, inom förvaltningsrätten och i utsköningsförfarandet*, Iustus, Uppsala: 1998.
- Eklund, Hans & Johansson, Anders, *Europakonventionens tillämpning i mål om skattetillägg*, Tidskriften Skattenytt, 4/1999, s. 174-185.
- Eklund, Hans & Johansson, Anders, *Hög tid för omprövning av den svenska skattetilläggsregleringen!*, Tidskriften Skattenytt, 5/1998, s. 276-284.
- Eklund, Lars Johan, *Rättegångskostnad*, i Eklund, Lars Johan (red.), *Rättegången i arbetstvisiter: Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2005, s. 268-273.
- Emmerson, Ben, Ashworth, Andrew, Macdonald, Alison, Choo, Andrew & Summers, Mark, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London: 2012.
- Emons, Winand, *Conditional and Contingent Fees: A Survey of Some Recent Results*, i Eger, Thomas, Ott, Claus, Bigus, Jochen & von Wangenheim, Georg (red.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse – Festschrift für Hans-Bernd Schäfer, Gabler*, Wiesbaden: 2008, s. 327-335.
- Emons, Winand, *Conditional versus Contingent Fees*, Oxford Economic Papers, 59/2007, s. 89-101.

- Enarsson, Therese, *Brottsoffer i rättskedjan – En rättsvetenskaplig studie av förhållandet mellan brottsoffers rättigheter och rättsväsendets skyldigheter*, Iustus, Uppsala: 2013.
- Engler, Russel, *Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal About When Counsel Is Most Needed*, *Fordham Urban Law Journal*, 37/2010, s. 37-92.
- Engler, Russel, *Shaping a Context-Based Civil Gideon from the Dynamics of Social Change*, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 15/2005-2006, s. 697-718.
- Engler, Russel, *And Justice for All – Including the Unrepresented Poor: Revisiting the Roles of the Judges, Mediators, and Clerks*, *Fordham Law Review*, 67/1998-99, s. 1987-2070.
- Epp, Charles, *The Two Motifs of “Why the ‘Haves’ Come out Ahead” and Its Heirs*, *Law & Society Review*, 33/1999, s. 1089-1098.
- Eriksson, Lars D., *Anm. av Touri, Rättsdogmatikens alternativ*, *Retfærd*, 45/1989, s.
- Falkenstam, Curt, *Vart är rättshjälpen på väg?*, *Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund*, 1984, s. 428-434.
- Farole, Donald J. Jr., *Reexamining Litigant Success in State Supreme Courts – Do the Haves Still Come out Ahead?*, *Law & Society Review*, 33/1999, s. 1043-1058.
- Faure, Michael, Fernhout, Fokke & Philipsen, Niels, *No cure, no pay and contingency fees*, i Tuil, Mark & Visscher, Louis (red.), *Financing Civil Litigation in Europe – A Legal, Empirical and Economic Analysis*, Edvard Elgar, Northampton: 2010, s. 33-56.
- Fernhout, Fokke, *Outcome-Related Fee Agreements in Europe and Hong Kong*, i Uzelac, Alan & van Rhee, C.H. (red.), *Access to Justice and the Judiciary: Towards new European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland: 2009, s. 13-44.
- Fitger, Peter, *Lagen om domstolsärenden – en kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2004.
- Fitger, Peter, *Några tankar om antalet paragrafer i RB*, i Höglund, Olle, Bengtsson, Bertil, Heuman, Lars & Ragnemalm, Hans (red.), *Festskrift till Lars Welamson*, Norstedts Förlag, Stockholm: 1987, s. 153-172.
- Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar & Renfors, Cecilia, *Rättegångsbalken*, Wolters Kluwer, Zetee 2017.
- Fletcher, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford: 1998.
- Forsman, Maria, *Rättsliga ingripanden vid föräldrars våld och övergrepp mot barn*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2013.
- Francioni, Francesco, *The Rights of Access to Justice under Customary International Law*, i Francioni, Francesco (red.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 1-56.
- Francis, Allen, *The Supreme Court and State Criminal Justice*, *Wayne Law Review*, 4/1958, s. 191-204.
- Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen – en kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2015.
- Fredriksson, Max & Malm, Ulf, *Brottsoffrets rättigheter i brottmålsprocessen*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1995.
- Friedman, Lawrence, *Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff, Firenze: 1981, s. 242-272.
- Frigenti, Tiffany, *Flying Solo Without a License: The Right of Pro Se Defendants to Crash and Burn – People v. Smith*, *Touro Law Review*, 28/2013, s. 1019-1049.
- Frände, Dan, *Om den finska bevisreformen*, i Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift till Christian Diesen*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2014, s. 367-379.

- Frände, Dan, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, Juridiska föreningens i Finland publikationsserie, Ekenäs: 1989.
- Galanter, Marc, *Justice in Many Rooms*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff, Firenze: 1981, s. 147-182.
- Galanter, Marc, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, *Law & Society Review*, 9/1974-75b, s. 95-160.
- Galanter, Marc, *Explaining Litigation*, *Law & Society Review*, 9/1974-75a, s. 347-368.
- Garth, Bryant, *A Revival of Access to Justice Research?*, i Sandefur, Rebecca L. (red.), *Access to Justice*, Emerald Group Publishing, Bingley: 2009, s. 255-260.
- Gellner, Lars & Sydolf, Lars, *Tvistlösning i arbetsrätten – Förhandling och process*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2005.
- Genn, Hazel & Genn, Yvette, *The Effectiveness of Representation at Tribunals*, Lord Chancellor's Department, London: 1989.
- Giannouloupoulos, Dimitrios, *Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale of the Right to Custodial Legal Assistance in Five Countries*, *Human Rights Law Review*, 16/2016, s. 103-129.
- Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1999.
- Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, *Illusionen om rätten – Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, i Askeland, Bjarte & Bernt, Jan Fridthjof (red.), *Erkjennelse og engasjement: Minneseminar for David Roland Doublet (1954-2000)*, Fagbokforlaget, Bergen 2002, s. 109-151.
- Goldschmidt, Jona, *The Pro Se Litigant's Struggle For Access to Justice – Meeting the Challenge of Bench and Bar Resistance*, *Family Court Review*, 40/2005, s. 36-62.
- Golsong, Heribert, *Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston 1993, s. 147-162.
- Goss, Ryan, *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford: 2014.
- Gottfarb, Ragnar, *Några tankar om en utredning*, *Svensk Juristtidning*, 1/1970, s. 681-685.
- Granström, Görel, Landström, Lena & Mannelqvist, Ruth, *Professionalitet i yrkesrollen – bemötande av brottsoffer*, *Juridisk Tidskrift*, 2/2008-09, s. 296-310.
- Granström, Görel & Mannelqvist, Ruth, *Rättsvetenskap och viktimologi*, *Juridisk Tidskrift*, 1/2007-08, s. 28-43.
- Gravelle, Hugh S.E., *The Efficiency Implications of Cost-Shifting Rules*, *International Review of Law and Economics*, 13/1993, s. 3-18.
- Graver, Hans Petter, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover*, i Graver, Hans Petter (red.), *Rett, retorik og juridisk argumentasjon – Keiserens garderobe og andre essays*, Universitetsforlaget, Oslo: 2010, s. 48-88.
- Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge: 2006.
- Greiner, James D. & Wolos Pattanayak, Cassandra, *Randomized Evaluation in Legal Assistance: What Difference Does Representation (Offer and Actual Use) Make?*, *Yale Law Journal*, 121/2011-12, s. 2018-2214.
- Greiner, James D., Wolos Pattanayak, Casandra & Hennesy, Jonathan, *The Limits of Unbundled Legal Assistance: A Randomized Study in a Massachusetts District Court and Prospects for the Future*, *Harvard Law Review*, 126/2012-13, s. 901-989.

- Grossman, Joel B., Macaulay, Stewart & Kritzer, Herbert M., *Do the "Haves" Still Come Out Ahead?*, *Law & Society Review*, 33/1999, s. 803-810.
- Grönwall, Lars & Holgersson, Leif, *Psykiatrin, tvånget och lagen – en lagkommentar i historisk belysning*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2009.
- Gunn, Steven, *Eviction Defense for Poor Tenants: Costly Compassion or Justice Served?*, *Yale Law & Policy Review*, 13/1995, s. 385-428.
- Gustafson, Leif, *Rättshjälpen i gungning – rättsskyddet tar över*, *Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund*, 6/1995, s. 4-6.
- Gustafsson, Ewa, *Missbrukare i rättsstaten – en rättsvetenskaplig studie om lagstiftningen rörande tvångsvård av vuxna missbrukare*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2001.
- Gustafsson, Håkan, *Dissens: om det rättsliga vetandet*, Juridiska institutionen, Göteborgs universitet, Göteborg: 2011.
- Gustafsson, Håkan, *Taking Social Rights Seriously (I): Om sociala rättigheters status*, *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 4-5/2005, s. 439-490.
- Gärde, Natanael, Engströmmer, Thore, Strandberg, Tore & Söderlund, Erik, *Nya rättegångsbalken*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1994.
- Hagen, Jan L., *Justice for the Welfare Recipient: Another Look at Welfare Fair Hearings*, *Social Service Review*, 57/1983, s. 77-195.
- Haggins, Edward T., *Right to Counsel in Criminal Cases*, *Cleveland-Marshall Law Review*, 15/1966, s. 152-161.
- Halila, Leena, *Håller förvaltningsprocesssystemen i Finland och Sverige på att utvecklas i olika riktning?*, *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 1-3/2001, s. 49-70.
- Hammariskiöld, Peder, *Konsekvenserna av en lag om grupptalan i Sverige – några kritiska synpunkter*, *Juridisk Tidskrift*, 2/1995-96b, s. 547-560.
- Hammariskiöld, Peder, *Grupptalan – en replik*, *Juridisk Tidskrift*, 4/1995-96a, s. 1208-1224.
- Hammer, Ronald P. & Hartley, Joseph M., *Procedural Due Process and the Welfare Recipient*, *Wisconsin Law Review*, 1/1978, s. 145-252.
- Hane, John, *Europarattsintegrationen och fallet Stallknecht*, *Juridisk Tidskrift*, 3/1995-96, s. 934-946.
- Hannaford-Agor, Paula & Mott, Nicole, *Research on Self-Represented Litigation: Preliminary Results and Methodological Considerations*, *Justice System Journal*, 24/2003, s. 163-181.
- Hardin, Garrett, *The Tragedy of the Commons*, *Science*, 162/1968, s. 1243-1248.
- Harris, David J., O'Boyle, M. & Warbrick, C., *Law of the European convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford: 2009.
- Hassler, Åke, *Svensk civilprocessrätt: en lärobok*, Nord. bokh., Stockholm: 1963.
- Hassler, Åke, *Spörsmål om rättegångskostnad i tvistemål*, *Svensk Juristtidning*, 1/1961, s. 417-430.
- Hassler, Åke, *Föreläsningar över den svenska kriminalprocessen I - förberedande undersökning och tvångsmedel*, A.B. Nordiska Bokhandeln, Stockholm: 1930.
- Hassler, Åke, *Straffprocessens reform: några anmärkningar till processkommissionens betänkande*, *Svensk Juristtidning*, 1/1927, s. 321-339.
- Hassler, Åke, *Förfarandet i brottmål före domstolsförhandling – i positiv rätt och de lege ferenda*, C.W. Lindströms Bokhandel, Lund: 1923.
- Hatzis, Nicholas, *Fairness and Proportionality in Dafamtion Proceedings – Steel and Morris v. United Kingdom*, *Nottingham Law Journal*, 15/2006, s. 13-18.
- Heckscher, Sten, *Reflektioner kring utredningsväsendet*, *Svensk Juristtidning*, 8/2011, s. 844-847.
- Hedenstierna, Carl, *Urholkning av rättshjälpen närmast en understatement*, *Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund*, 1985, s. 92-93.

- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm: 2001.
- Hellner, Jan, *Rättsvetenskaplig metod*, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 6/1998, s. 480-496.
- Hellner, Jan, *Civilrättsforskningen och framtiden*, Tidskrift for Rettsvitenskap, 1975, s. 395-401.
- Hellner, Jan, *Värderingar inom skadeståndsrätten*, i Hessler, Henrik (red.), Festskrift till Per-Olof Ekelöf, P.A. Norstedt & Söner, Stockholm: 1972, s. 299-335.
- Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2010.
- Henderson, Wade, *The Evolution and Importance of Creating a Civil Right to Counsel*, *Touro Law Review*, 25/2009, s. 71-80.
- Henning, Kristin, *Loyalty, Paternalism, and Rights: Client Counseling Theory and the Role of Child's Counsel in Delinquency Cases*, *Notre Dame Law Review*, 81/2005, s. 245-324.
- Herlitz, Nils, *Administrativt rättsskydd – Återblickar och framtidsperspektiv*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 1/1958, s. 1-25.
- Herlitz, Nils, *Förvaltningsrättsliga framtidsperspektiv*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 2-3/1955, s. 81-95.
- Herlitz, Nils, *Förvaltningsrättsliga grunddrag – valda uppsatser*, Norstedt, Stockholm: 1943.
- Herlitz, Nils, *Rättegångsbalkens betydelse på stats- och förvaltningsrättens område*, i Westman, K. G., Ekeberg, B. , Forssner, T. , Schlyter , K. & Wedberg, B. (red.), *Minnesskrift tillägnad 1734 års lag*, 1934, s. 1023-1054.
- Heuman, Lars, *Specialprocess: utsökning och konkurs*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2014.
- Heuman, Lars, *God advokatsed – Rättsbildning och disciplinnämndens motiveringar*, Jure, Stockholm: 2013.
- Heuman, Lars, *Hjälpvetskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen*, *Juridisk Tidskrift*, 4/2005-06, s. 768-789.
- Heuman, Lars, *Domarens och åklagarens skyldighet att vara objektiva*, *Juridisk Tidskrift*, 1/2004-05, s. 42-60.
- Heuman, Lars, *Skäligt ombudsarvode i tvistemål där klienten inte beviljats rättshjälp*, *Juridisk Tidskrift*, 3/1997-98, s. 796-808.
- Heuman, Lars, *Rättegångskostnadsfällan för käranden då han inleder process i strid mot en skiljeklausul*, *Juridisk Tidskrift*, 2/1991-92, s. 327-339.
- Heuman, Lars, *Rättshjälp och pilotfall*, Studentlitteratur, Lund: 1982.
- Heuman, Lars, *Målsägande*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm: 1973.
- Hjertstedt, Mattias, *Tillgången till handlingar för brottsutredare: En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt editions- och exhibitionsplikt*, Iustus, Uppsala: 2011.
- Hodges, Christopher, Vogenauer, Stefan & Tulibacka, Magdalena, *The Oxford Study on Costs and Funding of Civil Litigation*, i Hodges, Christopher, Vogenauer, Stefan & Tulibacka, Magdalena (red.), *The Cost and Funding of Civil Litigation – A Comparative Perspective*, Bloomsbury Publishing, 2010, s. 1-184.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal*, 26/1917, s. 710-770.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal*, 23/1913, s. 16-59.
- Hollander, Anna, *Omhändertagande av barn – en studie av barnavårdsmål vid förvaltningsdomstolarna åren 1974, 1977 och 1982*, Aktuell juridik förlag, Stockholm: 1985.

- Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne & Regner, Göran, *Grundlagarna*, Wolters Kluwer, Zeteo 2016.
- Holstad, Sigvard, *Huvudlinjerna i den nya lagen och några synpunkter med anledning av Bomans kritik*, Svensk Juristtidning, 1/1973, s. 488-496
- Holstad, Sigvard, *Förslag till reform av samhällets rättshjälp*, Svensk Juristtidning, 1/1970, s. 678-680.
- Holstad, Sigvard & Larsson, Sven, *Allmänhetens rättsskydd*, Wahlström & Widstrand, Stockholm: 1974.
- Hornstein, Robert, *The Right to Counsel in Civil Cases Revisited: The Proper Influence of Poverty and the Case for Reversing Lassiter v. Department of Social Services*, Catholic University Law Review, 59/2010, s. 1057-1110.
- Hudson, Anthony, *Free Speech and Equality of Arms – The Decision in Steel and Morris v United Kingdom*, European Human Rights Law Review, 3/2005, s. 301-309.
- Hughes, James W. & Synder, Edward A., *Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence*, Journal of Law & Economics, 38/1995, s. 225-250.
- Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund: 2002.
- Hylton, Keith N., *Litigation Cost Allocation Rules and Compliance with the Negligence Standard*, Journal of Legal Studies, 22/1993, s. 457-476.
- Håstad, Torgny, *Vad har vi att vänta oss av kommittéväsendet?*, Svensk Juristtidning, 8/2011, s. 772-776.
- Inger, Göran, *Svensk rättshistoria*, Liber, Malmö: 2011.
- Isaksson, Lena, *Advokaten som offentligt biträde*, i Ramberg, Anne, Knutson, Tom & Andersson, Magnus (red.), *Sveriges Advokatsamfund 125 år, Sveriges Advokatsamfund*, Stockholm: 2012, s. 143-149.
- Jabbari, David, *From Criticism to Construction in Modern Critical Legal Theory*, Oxford Journal of Legal Studies, 12/1992, s. 507-542.
- Jackson, John D., *Responses to Salduz: Procedural Tradition, Change and the Need for Effective Defence*, Modern Law Review, 79/2016, s. 987-1018.
- Jackson, John D., *Re-conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard*, International and Comparative Law Quarterly, 58/2009, s. 835-861.
- Jacobsson, Maritha, *Defender, spokesperson, therapist – representing the true interest of the client in therapeutic law*, i *Terapeutens rätt – rättslig reglering och terapeutisk logik i domstolsförhandlingar*, Umeå universitet, Umeå: 2006a, s. 1-17 (delstudie II).
- Jacobsson, Maritha, *Konflikten som inte blev av – argumentation och kommunikation i LVM-förhandlingar*, i *Terapeutens rätt – rättslig reglering och terapeutisk logik i domstolsförhandlingar*, Umeå universitet, Umeå: 2006b, s. 61-125 (delstudie IV).
- Jacobsson, Ulla, *Lagbok i straffprocess*, Liber-Hermods, Malmö: 1996.
- Jacobsson, Ulla, *Rollspelet mellan åklagare och försvarare*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 2/1989, s. 56-60.
- Jacobsson, Ulla, *Parts kostnad i civilprocess: Idéhistorisk utredning och synpunkter på kostnadsreglernas funktion*, Norstedt, Stockholm: 1964.
- Jacoby, Sidney, *Legal Aid to the Poor*, Harvard Law Review, 53/1940, s. 940-976.
- Jacot-Guillarmod, Oliver, *Rights Related to Good Administration of Justice (Article 6)*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston 1993, s. 381-404.
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, Svensk Juristtidning, 1/2004, s. 1-10.
- Jareborg, Nils & Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, Wolters Kluwer, Stockholm: 2017.

- Johnson, Earl, *Thinking About Access: A Preliminary Typology of the Possible Strategies*, i Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant (red.), *Access to Justice III: Emerging Issues and Perspectives*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff & Noordhoff, Milan: 1979, s. 3-168.
- Johnson, Earl, *Promising Institutions: A synthesis essay*, i Cappelletti, Mauro & Weisner, John (red.), *Access to Justice II: Promising Institutions*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff & Noordhoff, Milan: 1978, s. 869-903.
- Johnsson, Malin, *Rättshjälp i förvaltningsprocessen – om behovsrekvisitet i 7 § rättshjälpslagen*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet: 2014 (examensuppsats).
- Jonsson, Ove, *Sjuka behöver advokat*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 9/2001, s. 21.
- Jonsson, Peter, Lindmark, Dan & Roos, Carl Martin, *Rättsskydds försäkringen synad i fogarna*, Norstedt, Stockholm 1982.
- Jägenstedt, Caroline, *Rätt till ersättning för rättegångskostnader i ärenden*, i Nilsson, Mattias & Bexelius, Mattias (red.), *Till minnet av Södra Roslags tingsrätt – en minnesskrift utgiven av Notarieföreningen vid Södra Roslags tingsrätt*, Jure, Stockholm: 2007, s. 450-460.
- Kalajdzic, Jasminka, Cashman, Peter & Longmoore, Alana, *Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding*, American Journal of Comparative Law, 1/2013, s. 93-148.
- Kaldal, Anna, *Parallella processer – en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, Jure, Stockholm: 2010.
- Kallenberg, Ernst, *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk – några anteckningar och reflexioner*, Svensk Juristtidning, 1/1940, s. 1-42.
- Kallenberg, Ernst, *Om grunderna för en processreform – reflexioner i anledning av Processkommissionens betänkande*, Svensk Juristtidning, 1/1927, s. 249-278.
- Kallenberg, Ernst, *Svensk civilprocessrätt*, Gleerup, Lund: 1917-1939.
- Karlgren, Hjalmar, *Skadeståndsrätt*, Norstedt, Stockholm: 1972.
- Karlsson, Anders, *Diskrimineringslagen – en kommentar*, Jure, Stockholm: 2009.
- Katz, Avery, *Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?*, Journal of Law, Economics & Organization, 3/1987, s. 143-176.
- Kennedy, Duncan, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology Contemporary Legal Theory*, Journal of Legal Education, 36/1986, s. 518-562.
- Kilkelly, Ursula, *The child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot: 1999.
- Kleineman, Jan, *Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling*, Juridisk Tidskrift, 3/2008-09, s. 546-563.
- Kleineman, Jan, *Vad en domare bör veta – ett rättsfall om statens ansvar vid felaktig rättstillämpning*, Juridisk Tidskrift, 1/1994-95b, s. 141-148.
- Kleineman, Jan, *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla*, Juridisk Tidskrift, 4/1994-95a, s. 621-646.
- Kleineman, Jan, *De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod*, Juridisk Tidskrift, 1/1991-92, s. 63-79.
- Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Juristförlaget, Stockholm: 1987.
- Kleist, David & Wejedal, Sebastian, *Tala är silver, tiga är guld – Om muntlig förhandling i förvaltningsmål, särskilt i skattemål*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 4/2013, s. 345-476.
- Krash, Abe, *The Right to a Lawyer: The Implications of Gideon v. Wainwright*, Notre Dame Lawyer, 39/1964, s. 150-160.

- Krinsky, Miriam Aroni & Rodriguez, Jennifer, *Giving a Voice to the Voiceless: Enhancing Youth Participation in Court Proceedings*, Nevada Law Journal, 6/2005, s. 1302-1314.
- Kritzer, Herbert M., *Risk, Reputations, and Rewards – Contingency Fee Legal Practice in the United States*, Stanford University Press, Stanford: 2004.
- Kritzer, Herbert M., *The Government Gorilla – Why Does Government Come Out Ahead in Appellate Courts?*, i Kritzer, Herbert M. & Silbey, Susan S. (red.), In *Litigation: Do the Haves Still Come Out Ahead?*, 2003, s. 342-371.
- Kritzer, Herbert M., *Seven Dogged Myths Concerning Contingency Fees*, Washington University Law Quarterly, 80/2002, s. 739-794.
- Kritzer, Herbert M., *The English Rule*, American Bar Association Journal, 78/1992, s. 54-58.
- Kuby, Ronald L. & Kunstler, William M., *So Crazy He Thinks He Is Sane: The Colin Ferguson Trial and the Competency Standard*, Cornell Journal of Law and Public Policy, 5/1995, s. 19-26.
- Lagerberg, Dagmar & Sundelin, Claes, *Risk och prognos i socialt arbete med barn – forskningsmetoder och resultat*, Gothia/Centrum för utvärdering av socialt arbete, Stockholm: 2000.
- Landsman, Stephan, *A Brief Survey of the Development of the Adversary System*, Ohio State Law Journal, 44/1983, s. 713-740.
- Landström, Lena, *Åklagaren som grindvakt – en rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid utredning och åtal om brott Iustus*, Uppsala: 2011.
- Langan, Anne-Marie, *Threatening the Balance of the Scales of Justice: Unrepresented Litigants in the Family Courts of Ontario*, Queen's Law Journal, 30/2005, s. 825-862.
- Larsson, Sven, *Rättshjälp i vanrykte*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 1983b, s. 79-81.
- Larsson, Sven, *Anm. av Heuman, Rättshjälp och pilotfall*, Svensk Juristtidning, 1/1983a, s. 223-225.
- Larsson, Sven, *Dispositionsprinciper och dispositiva regler*, Svensk Juristtidning, 1/1980, s. 577-605.
- Larsson, Sven, *De stigande rättegångskostnaderna*, i (red.), Svensk rätt i omvandling – Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt, P.A. Norstedt & Söner, Stockholm: 1976, s. 251-262.
- Larsson, Ylva & Mogrell, Nils-Bertil, *Skatteverket som borgenär*, Wolters Kluwer, Stockholm: 2016.
- Laurin, Lars, *Rättshjälpssystemet i upplösning*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 1983, s. 76-78.
- Lavin, Rune, *Förvaltningsprocessrätt*, Wolters Kluwer, Stockholm: 2016.
- Lavin, Rune, *Processrättsliga spörsmål hos Regeringsrätten*, i Regner, Göran, Eliason, Marianne & Vogel, Hans-Heinrich (red.), Festskrift till Hans Ragnemalm, 2005, s. 181-196.
- Lavin, Rune, *Förvaltningsprocessen år 2000*, Juridisk Tidskrift, 1/2000-01, s. 93-110.
- Lavin, Rune, *Domstols kompetens enligt artikel 6 i Europakonventionen*, Juridisk Tidskrift, 4/1994-95, s. 731-737.
- Lavin, Rune, *Tvåpartsmål i förvaltningsprocessen*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 1-3/1992b, s. 97-120.
- Lavin, Rune, *Förvaltningsprocessen inför 2000-talet: Anteckningar med anledning av domstolsutredningens betänkande SOU 1991:106*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 5/1992a, s. 450-464.
- Lavin, Rune, *Gäst hos Försäkringsöverdomstolen – en professor möter verkligheten*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1991.
- Lavin, Rune, *Om förvaltningsrättslig forskning – en replik*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 3/1990, s. 71-74.

- Lavin, Rune, *Civilprocessen och förvaltningsprocessen – en jämförelse*, Juridisk Tidskrift, 1/1989-90, s. 70-88.
- Lavin, Rune, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdomatisk*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 3/1989, s. 115-129.
- Lavin, Rune, *Domstol och administrativ myndighet*, Norstedt, Stockholm: 1972.
- Le Sueur, Andrew, *Access to Justice Rights in the United Kingdom*, European Human Rights Law Review, 5/2000, s. 457-475.
- Lederman, Leandra & Hrun, Warren B., *Do Attorneys Do Their Clients Justice – An Empirical Study of Lawyers' Effects on Tax Court Litigation Outcomes*, Wake Forest Law Review, 41/2006, s. 1235-1296.
- Leidhammar, Börje, *Processuella frågor m.m.*, Tidskriften Skattenytt, 3/2002, s. 293-315.
- Leigh, Leonard H., *The Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights*, i Weissbrodt, David & Wolfrum, Rüdiger (red.), *The Right to a Fair Trial*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York: 1998, s. 645-668.
- Lempert, Richard, *A Classic at 25: Reflections on Galanter's "Haves" Article and Work It Has Inspired*, Law & Society Review, 33/1999, s. 1099-1112.
- Leverick, Fiona, *The Right to Legal Assistance during Detention*, Edingburgh Law Review, 15/2011, s. 325-380.
- Lewis, Paul, *Litigants in Person and Their Difficulties in Adducing Evidence: a Study of Small Claims in an English County Court*, International Journal of Evidence & Proof, 11/2007, s. 24-48.
- Lidgard, Hans Henrik, *Konkurrensrättsligt skadestånd*, Svensk Juristtidning, 1/2009, s. 32-47.
- Lidman, Raven, *Civil Gideon as a Human Right*, Temple Political & Civil Rights Law Review, 15/2005-06, s. 769-800.
- Lind, Allan, A. & Tyler, Tom R., *The Social Psychology of Procedural Justice*, Springer, New York: 1988.
- Lindberg, Gunnel, *Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas?*, Karnov Group, Stockholm: 2012.
- Lindberg, Gunnel, *Om åklagareetik*, Svensk Juristtidning, 3/1997, s. 197-221.
- Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan i Sverige: Bakgrund och kommentarer till lagen om grupp-rättegång*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2008a.
- Lindblom, Per Henrik, *Utvärdering av lagen om grupprättegång*, Svensk Juristtidning, 10/2008b, s. 833-847.
- Lindblom, Per Henrik, *Access to Justice och domstolarnas roll i framtiden*, i Lindblom, Per Henrik, Sena uppsatser, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006a, s. 107-118 (ursprungligen publicerad i Lakimies, 4/2002, s. 625-633).
- Lindblom, Per Henrik, *Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?*, i Lindblom, Per Henrik, Sena uppsatser, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006b, s. 275-318 (ursprungligen publicerad i Svensk Juristtidning, 3/2004, s. 229-262).
- Lindblom, Per Henrik, *Lagen om grupprättegång – bakgrund och framtid*, i Lindblom, Per Henrik, Sena uppsatser, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006c, s. 334-414 (ursprungligen publicerad i Svensk Juristtidning, 2/2005, s. 129-191).
- Lindblom, Per Henrik, *Processens arkitektur. Jakten på det försvunna bevisemat i ett funkishus med flera våningar*, i Lindblom, Per Henrik, Sena uppsatser, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006d, s. 165-256 (ursprungligen publicerad i Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), Vänbok till Torleif Bylund, Iustus, Uppsala: 2003, s. 171-260).

- Lindblom, Per Henrik, *Rättegångssalens väggar – om domstolsprocess i tid och rum*, i Lindblom, Per Henrik, Sena uppsatser, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006e, s. 133-148 (ursprungligen publicerad i Svensk Juristtidning, 1/2002, s. 1-11).
- Lindblom, Per Henrik, *Straffprocessens samhällsfunktioner*, i Lindblom, Per Henrik, Sena uppsatser, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006f, s. 319-333 (ursprungligen publicerad i Fliflet, Arne et al. (red.), Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen, Jurist-og Økonomforbundet, Köpenhamn: 2004, s. 411-421).
- Lindblom, Per Henrik, *Är RB social eller liberal?*, i Lindblom, Per Henrik, Sena uppsatser, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006g, s. 149-164 (ursprungligen publicerad i Svensk Juristtidning, 5-6/2002 s. 531-542).
- Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess: om domstolarnas roll, forum, kumulation, intresseavvägning, officialprövning, taleformer, talerätt, åberopsrätt, bevisning, förenklad skadeståndsberäkning och rättskraft vid civilprocessuell domstolstalan i miljömål*, Iustus, Uppsala: 2001.
- Lindblom, Per Henrik, *Access to Justice*, i Lindblom, Per Henrik, Progressiv process, Iustus, Uppsala: 2000a, s. 305-321.
- Lindblom, Per Henrik, *Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda. Synpunkter i anslutning till det aktuella civilprocessuella reformerna i England, Danmark, Finland, Norge och Sverige*, i Lindblom, Per Henrik, Progressiv process, Iustus, Uppsala: 2000b, s. 237-302 (ursprungligen publicerad i Svensk Juristtidning, 2/2000c, s. 105-155).
- Lindblom, Per Henrik, *Finprocesser, barfotaprocesser och grupptalan*, i Lindblom, Per Henrik, Progressiv process, Iustus, Uppsala: 2000d, s. 19-40 (ursprungligen publicerad i Allmänna reklamationsnämndens årsbok, 1992/1993, s. 17-32).
- Lindblom, Per Henrik, *Processens funktioner – en resa i gränslandet*, i Lindblom, Per Henrik, Progressiv process, Norstedts Juridik, Stockholm: 2000e, s. 41-86 (ursprungligen publicerad i Frändberg, Åke, Göransson, Ulf & Håstad, Torgny (red.), Festskrift till Stig Strömholm, Iustus, Uppsala: 1997, s. 593-632).
- Lindblom, Per Henrik, *Tvekam eller inkvision? Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktion och grundstruktur*, i Lindblom, Per Henrik, Progressiv process, Iustus, Uppsala: 2000f, s. 189-236 (ursprungligen publicerad i Svensk Juristtidning, 5-6/1999, s. 617-655).
- Lindblom, Per Henrik, *Gruppträck mot grupptalan*, Svensk Juristtidning, 2/1996, s. 85-107.
- Lindblom, Per Henrik, *Kontinuitet och anakronismer. En studie i anslutning till miljöskyddslagens förarbeten*, i Lindblom, Per Henrik, Studier i processrätt, Norstedts Juridik, Stockholm: 1993a, s. 137-186 (ursprungligen publicerad i Modéer, Kjell Å. (red.), Rätthistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg, Nerenius & Santérus: Stockholm: 1977, s. 197-238).
- Lindblom, Per Henrik, *Processen – bara en formsak?*, i Lindblom, Per Henrik, Studier i processrätt, Norstedts Juridik, Stockholm: 1993b, s. 17-42 (ursprungligen publicerad i Annales. Kungl. Vetenskapssamhällets i Uppsala Årsbok, 1980, s. 75-95).
- Lindblom, Per Henrik, *Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten*, i Lindblom, Per Henrik, Studier i processrätt, Norstedts Juridik, Stockholm: 1993c, s. 43-62 (ursprungligen publicerad i Svensk Juristtidning, 1/1984, s. 785-800).
- Lindblom, Per Henrik, *Tomt prat? Reflexioner om straffprocessens funktion och de allmänna värderingarna bakom straffprocessuella tvångsmedel*, i Lindblom, Per Henrik, Studier i processrätt, Norstedts Juridik, Stockholm: 1993d, s. 343-364 (ursprungligen publicerad i Wallén, Per-Edwin (red.), Festskrift till Hans Thornstedt (1983) s. 467-490).
- Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan: Det anglo-amerikanska class action institutet ur svenskt perspektiv*, Norstedt, Stockholm: 1988.

- Lindell, Bengt, *Helhetsbedömningar och intresseavvägningar – en introduktion till användningen av multikriterieanalys och oskarp logik i en juridisk kontext*, Iustus, Uppsala: 2015.
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling*, Iustus, Uppsala: 2012.
- Lindell, Bengt, *Notorietet och kontradiktion*, Iustus, Uppsala: 2007.
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, Iustus, Uppsala: 2003.
- Lindell, Bengt, *Partsautonomins gränser*, Iustus, Uppsala: 1988.
- Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt* Iustus, Uppsala: 1987.
- Lindell, Bengt, Eklund, Hans, Asp, Petter & Andersson, Torbjörn, *Straffprocessen*, Iustus, Uppsala: 2005.
- Lindkvist, Gustaf, *Rätten till en rättvis skatteprocess – några kommentarer angående betydelsen av jämlika parter*, Svensk Skattetidning, 6-7/2011b, s. 538-550.
- Lindkvist, Gustaf, *Rätt till ombud vid förhör och utredning hos Skatteverket?*, Tidskriften Skattenytt, 11/2011a, s. 893-897.
- Lindkvist, Gustaf & Lyhagen, Carsten, *Skatte- och brottmål i kontantbranschen – Prövning och bevisprövning i mål om oredovisade löner och intäkter*, Wolters Kluwer, Stockholm: 2014.
- Lindman, Arnold, *Den fria rättegången*, Svensk Juristtidning, 1/1920, s. 149-156.
- Lindskog, Stefan, *Om fattig mans rätt till rättegång*, i Kleineman, Jan, Westberg, Peter & Carlsson, Stephan (red.), *Festskrift till Lars Heuman, Jure*, Stockholm: 2008, s. 327-343.
- Lippman, Mathew, *Miranda v. Arizona: Twenty Years Later*, Criminal Justice Journal, 9/1986, s. 241-290.
- Loucaides, Loukis G., *The European Convention on Human Rights – Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2007.
- Lundblad, Claes, *Rättsalens aktörer – förändrade roller och uppgifter*, Svensk Juristtidning, 4/1999, s. 459-466.
- Lundborg, Åke, *Länsrättsreformen*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 5/1979, s. 221-236.
- Lundgren, Lars, Sunesson, Per-Anders & Thunved, Anders, *Nya sociallagarna – med kommentarer*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2014.
- Lundin, Anna-Karin, *Rättegångskostnader i förvaltningsprocessen – ett orättvist regelsystem*, i Lundin, Anna-Karin (red.), *Regeringsrätten 100 år*, Iustus, Uppsala: 2009, s. 291-296.
- Lundin, Linda, *Fördelningen av kostnader i kommersiella tvister*, Juridisk Tidskrift, 1/2013-14, s. 218-223.
- Lundin, Olle, *Officialprincipen*, i Marcusson, Lena (red.), *Offentlighetsprinciper*, Uppsala, Iustus: 2012, s. 197-224.
- Lundqvist, Ulf, *Laga domstol och rättvis rättegång – Om bevisförbud i rättspraxis*, Bokbyrån, Stockholm: 2015.
- Lundqvist, Ulf, *Frivillig samverkan i straffprocessen*, Svensk Juristtidning, 3/2009, s. 353-376.
- Lundstedt, Vilhelm, *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget*, Uppsala: 1942.
- Lundstedt, Vilhelm, *Obligationsbegreppet: Första delen*, Norblad, Uppsala: 1929.
- Luttman, Sven, *Den nya rättegångsordningen och processkostnaderna*, Svensk Juristtidning, 7-8/1950, s. 695-702.
- Lyckander, Rickard, *Tala är silver, tiga är guld? En intervjustudie av förvaltningsprocessaktörer samt rättspolitisk diskussion angående om kraven på en snabb och för rättsökanden enkel förvaltningsprocess talar för en huvudsakligen skriftlig beredning*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet: 2013 (examensuppsats).

- Lyon, Jason, *Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation*, University of California, Los Angeles Law Review, 58/2010-II, s. 571-609.
- Mahoney, Paul, *Right to a Fair Trial in Criminal Matters under Article 6 ECHR*, Judicial Studies Institute Journal, 4/2004, s. 107-129.
- Malmberg, Jonas, *Begreppet arbetstvist*, i Eklund, Lars Johan (red.), *Rättegången i arbetstvister: Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2005, s. 47-55.
- Marcus, Paul, *The Faretta Principle: Self-Representation versus the Right to Counsel*, American Journal of Comparative Law, 30/1982, s. 551-574.
- Marcusson, Lena, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, Iustus, Uppsala: 1989.
- Marlone, Patrick, "You Have The Right to Remain Silent" – *Miranda after Twenty Years*, American Scholar, 55/1986, s. 367-380.
- Martinsson, Claes, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar – En förmögenhetsrättslig studie*, Iustus, Uppsala: 2002.
- Marvy, Paul & Gardner, Debra, *A Civil Right to Counsel for the Poor*, Human Rights Law Review, 32/2005, s. 8-9.
- Maslow, A. H., *A Theory of Human Motivation*, Psychological Review, 50/1943, s. 370-396.
- Matscher, Franz, *Methods of Interpretation of the Convention*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston 1993, s. 63-82.
- Mattsson, Titti, *Barnet och rättsprocessen - rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård av barn*, Juristförlaget i Lund, Lund: 2002.
- Mattsson, Titti, *Barnet som subjekt och aktör – en rättslig studie om barn i familjehem* Iustus, Uppsala: 2006.
- Matz, S., *Ändringar i lagen om fri rättegång*, Svensk Juristtidning, 1/1929, s. 451-454.
- Mause, Philip J., *Winner Takes All: A Re-Examination of the Indemnity System*, Iowa Law Review, 55/1969 s. 26-55.
- May, Richard & Powles, Steven, *Criminal Evidence*, Sweet & Maxwell, London: 2004.
- McBride, Jeremy, *Human Rights and Criminal Procedure*, Council of Europe Publishing, Strasbourg: 2009.
- McBride, Jeremy, *Access to Justice and Human Rights Treaties*, Civil Justice Quarterly, 17/1998, s. 235-271.
- McCormick, Peter, *Party Capability Theory and Appellate Success in the Supreme Court of Canada, 1949-1992*, Canadian Journal of Political Science, 26/1993, s. 523-540.
- Mellqvist, Mikael, *Hur tar vi hand om brottsoffren? – en rapsodi i moll*, Ny Juridik, 1/2013, s. 73-81.
- Meyerson, Annkatrin, *Rätten till försvarare vid polisförhör*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet: 2008 (examensuppsats).
- Mielnicki, Philip *Europakonventionen och skadeståndsrätten – till vägs ände?*, Juridisk Tidskrift, 2/2008-09, s. 357-366.
- Millemann, Michael, *State Due Process Justification for a Right to Counsel in Some Civil Cases*, Temple Political & Civil Rights Law Review, 15/2005-2006, s. 733-768.
- Modéer, Kjell-Åke, *Se människan – inte gärningen utan gärningsmannen*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 9/2006, s. 24-26.
- Modéer, Kjell-Åke, *Det fria advokatycket – kampen för en modern juridisk yrkesroll*, i Müllern, Mats, Lindskog, Stefan & Unger, Sven (red.), *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund*, Norstedts, Stockholm: 1987, s. 11-52.

- Modéer, Kjell-Åke, *Den offentliga försvararen: Rättshistoriska studier rörande frågan om rättegångsbiträde åt häktad*, i Modéer, Kjell Å. (red.), *Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg*, Institutet för rättshistorisk forskning, Lund: 1977, s. 253-338.
- Mole, Nuala & Harby, Catharina, *The right to a fair trial - A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg: 2006.
- Moorhead, Richard, *Access or Aggravation? Litigants in Person, McKenzie Friends and Lay Representation*, *Civil Justice Quarterly*, 22/2003, s. 133-155.
- Moorhead, Richard & Sefton, Mark, *Litigants in Person – Unrepresented Litigants in First Instance Proceedings*, Cardiff University DCA Research Series 2/05, Cardiff: 2005.
- Moritz, Stacey Joan, *Faretta v. California – Recent Developments*, *Hofstra Law Review*, 4/1975-76, s. 449-472.
- Mosier, Marilyn Miller & Soble, Richard A., *Modern Legislation, Metropolitan Court, Miniscule Results: A Study of Detroit's Landlord-Tenant Court*, *University of Michigan Journal of Law Reform*, 7/1973, s. 8-70.
- Mowbray, Alastair, *Cases, Materials and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford: 2012.
- Munch Danzon, Patricia *Contingent Fees for Personal Injury Litigation*, *Bell Journal of Economics*, 14/1983, s. 213-224.
- Munktel, Henrik, *Rättegångskostnader i administrativ process*, Lundenquistskal bokhandeln, Uppsala: 1937.
- Murphy, Jane C., *Engaging with the State: The Growing Reliance on Lawyers and Judges to Protect Battered Women*, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 11/2003, s. 499-521.
- Mårsäter, Olle, *Folkkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning*, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet: 2005.
- Mörk, Martin & Hermansson, Magnus, *Enskildas rättsskydd vid lagstiftarens försummelse*, *Svensk Juristtidning*, 3/2008, s. 229-261.
- Nagel, Stuart S., *Effects of Alternative Types of Counsel on Criminal Procedure Treatment*, *Indiana Law Journal*, 48/1972-73, s. 404-426.
- Nergelius, Joakim, *Lassagård-målet: Viktigt avgörande om domstolars rätt att överpröva administrativa beslut*, *Juridisk Tidskrift*, 4/1997-98, s. 1162-1168.
- Nickerson, Raymond S., *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*, *Review of General Psychology*, 2/1998, s. 175-220.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, *Tomt prat, igen? Om straffprocessens modeller och funktioner*, i Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), *Festskrift till Per Henrik Lindblom*, Iustus, Uppsala: 2004, s. 523-538.
- Nilsson, Tomas, *Advokaten som försvarare*, i Ramberg, Anne, Knutson, Tom & Andersson, Magnus (red.), *Sveriges Advokatsamfund 125 år, Sveriges Advokatsamfund*, Stockholm: 2012, s. 225-230.
- Nordensson, Ulf, Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, *Skadestånd: kommentar till den nya skadeståndslagen, huvuddragen av skadeståndsrätten, skadeståndet i framtiden*, Allmänna förlaget, Stockholm: 1972.
- Nordh, Robert, *Grupprättegång – en replik på en replik*, *Juridisk Tidskrift*, 1/1996-97, s. 229-234.

- Nordlöf, Kerstin, *Unga lagöverträdare i social-, straff- och processrätt*, Studentlitteratur, Lund: 2012.
- Nordström, Knut, *Skadeståndslagen*, LT/LTK, Stockholm: 1972.
- Nowak, Karol, *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2003.
- Nowak, Manfred, *U.N. Convent on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl: 2005.
- Nowicki, M.A., *Strasbourg and the Position of the Defence Counsel*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 4/1996, s. 335-347.
- Olivecrona, Karl, *Rättsordningen*, Lund: 1984.
- Olivecrona, Karl, *Domstolar och tvistemål*, Liber, Lund: 1978.
- Olivecrona, Karl, *Law as fact*, Stevens, London: 1971.
- Olivecrona, Karl, *Rättegången i brottmål enligt RB*, Norstedt, Stockholm: 1968.
- Olivecrona, Karl, *Rätt och dom*, Norstedts, Stockholm: 1960.
- Olivecrona, Karl, *Domen i tvistemål*, Gleerup, Lund: 1943.
- Olivecrona, Karl, *Om lagen och staten*, Gleerup, Lund: 1940.
- Olivecrona, Karl, *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, A&W, Uppsala: 1930.
- Olsén, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, Svensk Juristtidning, 2/2004, s. 105-145.
- Ottensten, Fredrik, *En ros är en ros är en ros. Rättssäkerhetsbegreppet, den akusatoriska processen och brottmålstaxan*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet: 2015 (examensuppsats).
- Otter Johansen, Tormod & Wejedal, Sebastian, *Mot ett funktionellt domstolsbegrepp – Ett bidrag med anledning av den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (del I av II)*, Svensk Juristtidning, 2/2016a, s. 100-141.
- Otter Johansen, Tormod & Wejedal, Sebastian, *Mot ett funktionellt domstolsbegrepp. Ett bidrag med anledning av den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (del II av II)*, Svensk Juristtidning, 3/2016b, s. 191-232.
- Palm, Elisabeth, *Access to court – Strasbourg and Stockholm*, i O'Reilly, James (red.), Human Rights and Constitutional Law – Essays in Honour of Brian Walsh, Round Hall Press, Dublin: 1992, s. 61-70.
- Palm, Elisabeth & Ericsson, Margaretha, *Att klaga till Europadomstolen*, Jure, Stockholm: 2005.
- Paoletti, Sara, *Deriving Support from International Law for the Right to Counsel in Civil Cases*, Temple Political & Civil Rights Law Review, 15/2005-06, s. 651-662.
- Pastore, Clare, *A Civil Right to Counsel: Closer to Reality?*, Loyola of Los Angeles Law Review, 42/2008-09, s. 1065-1086.
- Pastore, Clare, *Life after Lassiter: An Overview of State-Court Right-to-Counsel Decisions*, Clearinghouse Review 40/2006, s. 186-195.
- Pattenden, Rosemary, *Right to Counsel at the Police Station –United Kingdom and Canada*, International Journal of Evidence & Proof, 15/2011, s. 70-74.
- Peczenik, Alexander, *Rätt, rationalitet och ideologikritik*, Retfeard, 19/1996, s. 79-84.
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, Stockholm: 1995.
- Peczenik, Aleksander *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 1990, s. 41-52.
- Pellonpää, Matti, *Economic, Social and Cultural Rights*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston 1993, s. 854-874.

- Perklev, Anders, *RÅ och advokaterna – några reflektioner kring åklagarens och försvarsadvokatens olika roller*, i Ramberg, Anne, Knutson, Tom & Andersson, Magnus (red.), Sveriges Advokatsamfund 125 år, Sveriges Advokatsamfund, Stockholm: 2012, s. 243-249.
- Petrén, Gustaf, *Om förvaltningsdomstols utredningsplikt*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 2-4/1977, s. 154-166.
- Petrén, Gustaf, *Nya rättegångsbalken och förvaltningsförfarandet*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 6/1950, s. 361-376.
- Peyron, Claes, *Advokatetik*, Sveriges Advokatsamfund, Stockholm: 2010.
- Posner, Richard A., *Economic analysis of law*, Wolter Kluwer, New York: 2014.
- Pye, Kenneth A., *Interogation of Criminal Defendants – Some Views on Miranda v. Arizona*, Fordham Law Review, 35/1966, s. 199-220.
- Påhlsson, Robert, *Kritiska rättsfallsstudier – exemplet väsentlig anknytning*, i Lundin, Anna-Karin, Fernlund, Carl Gustav, Ståhl, Kristina, Runsten, Annica & Weding, Christina (red.), Regeringsrätten 100 år, Iustus, Uppsala: 2009, s. 415-427.
- Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, Jure, Stockholm: 2014.
- Ragnemalm, Hans, *Prövningstillstånd i kammarrätt*, i Gäverth, Leif & Lindgren, Per Anders (red.), Vänbok till Per Anclow, Iustus, Uppsala: 2004, s. 265-276.
- Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth & Ovey, Clare, *Jacobs, White & Ovey – The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford: 2014.
- Ramberg, Anne, *Allas likhet inför lagen*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 5/2017, s. 6-7.
- Ramberg, Anne, *Recension av Heuman, God advokatsed*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 1/2014, s. 52-54.
- Ramberg, Anne, *Advokatsamfundet – en vital 125-åring*, i Ramberg, Anne, Knutson, Tom & Andersson, Magnus (red.), Sveriges Advokatsamfund 125 år, Sveriges Advokatsamfund, Stockholm: 2012, s. 379-392.
- Ramberg, Anne, *Till en hundraåring i demokratins och rättvisans tjänst*, i Lundin, Anna-Karin, Fernlund, Carl Gustav, Ståhl, Kristina, Runsten, Annica & Weding, Christina (red.), Regeringsrätten 100 år, Iustus, Uppsala: 2009, s. 427-435.
- Ramberg, Anne, *Rättssäkerhet i brottmål*, i Jacobsson, Jörn (red.), Rättssäkerheten i brottmål – ifrågasatt av Justitiekanslern, Lunds domar akademi, Lund: 2007, s. 147-162.
- Ranch, Christer, *Vi kommer att få se hur människor lider rättsförlust på löpande band*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 1/1996, s. 8-9.
- Reed, Stacey L., *A Look Back at Gideon v. Wainwright after Forty Years: An Examination of the Illusory Sixth Amendment Right to Assistance of Counsel*, Drake Law Review, 52/2003-2004, s. 47-70.
- Reinganum, Jennifer F. & Wilde, Louis L., *Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs*, Rand Journal of Economics, 17/1986, s. 557-566.
- Remstam, Maj-Britt, *Ersättningslagen – Vad är det som skall ersättas?*, Tidskriften Skattenytt, 12/2001, s. 710-711.
- Remstam, Maj-Britt, *Ersättningslagen*, Tidskriften Skattenytt, 4/2000, s. 187-199.
- Renfors, Cecilia, Sverne Arvill, Ebba & Sverne, Erica, *Rättshjälpslagen och annan lagstiftning om rättsligt bistånd – en kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2012.
- Rhode, Deborah L., *Whatever Happened to Access to Justice?*, Loyola of Los Angeles Law Review, 42/2009, s. 869-912.
- Rhode, Deborah L., *Access to Justice*, Oxford University Press, Oxford: 2004.
- Rhode, Deborah L., *Access to Justice*, Fordham Law Review, 69/2000-01, s. 1786-1820.

- Ritchey, Joan Grace, *Limits on Justice: The United States Failure to Recognize a Right to Counsel in Civil Litigation*, Washington University Law Quarterly, 79/2001, s. 317-342.
- Robberstad, Anne, *Bistandsadvokaten*, Universitetsforlaget, Oslo: 2014.
- Robberstad, Anne, *Anm. av Borgström, Advokaten i brottmålsprocessen*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 01-02/2013, s. 236-240.
- Robberstad, Anne, *Anm. av Landström, Åklagaren som grindvakt*, Juridisk Tidskrift, 1/2011-12, s. 219-223.
- Robberstad, Anne, *Anm. av Ebervall, Försvararens roll*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1/2003, s. 129-133.
- Robberstad, Anne, *Mellom tvekamp og inkvisisjon: Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, Universitetsforlaget, Oslo: 1999.
- Robbins, Ira P. & Herman, Susan N., *Pro Se Litigation – Litigating without Counsel: Fareta or for Worse*, Brooklyn Law Review, 42/1975-76, s. 629-684.
- Roos, John Magnus, *Quality of personal assistance: Shaped by governments, markets and corporations*, Psykologiska institutionen, Göteborgs universitet: 2009.
- Ross, Alf, *Ejendomsret og Ejendomsovergang: med særligt Henblik paa dansk Retspraksis*, Levin & Munksgaard, København: 1935.
- Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi* Nyt nordisk forlag, København: 1971.
- Rowe Jr., Thomas D., *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview*, Duke Law Journal, 1982/1982, s. 651-680.
- Ryrstedt, Eva, *Barns rätt att komma till tals i frågor om vårdnad, boende eller umgänge*, Juridisk Tidskrift, 2/2005-06, s. 303-348.
- Saarensola, Satu, *The Risk of Legal Costs and Its Effects on Access to Court*, i Ervo, Laura & Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation – Access to Courts and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries*, Springer, Heidelberg: 2014, s. 231-248.
- Sabeli, Martin & Leyton, Stacy, *Train Wrecks and Freeway Crashes – An Argument for Fairness and Against Self Representation in the Criminal Justice System*, Journal of Criminal Law and Criminology, 91/2000, s. 161-236.
- Sackville, Ronald *Some Thoughts on Access to Justice*, New Zealand Journal of Public and International Law, 2/2004, s. 85-112.
- Safferling, Christoffer, *Equality of Arms*, i Cassese, Antonio (red.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford: 2009, s. 311-312.
- Saldeen, Åke, *Barn- och föräldrarätt*, Iustus, Uppsala: 2013.
- Sales, Bruce D., Beck, Connie J & Haan, Richard K., *Is Self-representation a Reasonable Alternative to Attorney Representation in Divorce Cases?*, Saint Louis University Law Journal, 37/1993, s. 553-606.
- Samadi, Milad, *Ombud och muntlig förhandling i förvaltningsprocessen*, Tidsskrift för Sveriges Advokatsamfund, 6/2017, s. 44-45.
- Samadi, Milad, *Muntlig förhandling i förvaltningsprocessen*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet: 2016 (examensuppsats).
- Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllnad: Undersökningar av ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, Iustus förlag, Uppsala: 2008.
- Sandefur, Rebecca L., *Elements of Expertise: Lawyers' Impact on Civil Trial and Hearing Outcomes*, Stanford University, Stanford: 2012.
- Sandefur, Rebecca L., *The Impact of Counsel: An Analysis of Empirical Evidence*, Seattle Journal for Social Justice, 9/2010-II, s. 51-95.

- Sandefur, Rebecca L., *Access to Justice: Classical Approaches and New Directions*, i Sandefur, Rebecca L. (red.), *Access to Justice*, The Emerald Group Publishing, Bingley: 2009, s. ix-xvii.
- Sandefur, Rebecca L., *Lawyer, Non-Lawyer and Pro Se Representation and Trial and Hearing Outcomes*, Stanford University, Stanford: 2006.
- Sandefur, Rebecca L., *Effects of Representation on Trial and Hearing Outcomes in Two Common Law Countries*, Stanford University, Stanford: 2005.
- Sanders, Richard (1999), 'Access to Justice: A noble principle in beggar's rags', *Access to Justice Conference* (Washington State).
- Sandgren, Claes, *Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap*, Tidskrift for Rettsvitenskap, 3/2007a, s. 388-407.
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2007b.
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap och samhällsnytta*, i Norée, Annika, Sitte-Durling, Zila, Josef & Wennberg, Suzanne (red.), *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2007c, s. 259-280.
- Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, i Magnusson Sjöberg, Cecilia & Wahlgren, Peter (red.), *Festskrift till Peter Seipel*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2006, s. 527-552.
- Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap (del I)*, Juridisk Tidskrift, 3/1995-96a, s. 726-748.
- Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap (del II)*, Juridisk Tidskrift, 4/1995-96b, s. 1035-1059.
- Sandin, Erik, *Åberopsbörd i mål om offentlig upphandling – två steg framåt, ett steg bakåt*, Juridisk Tidskrift, 4/2009-10, s. 917-928.
- Sayers, Debbie, *Protecting Fair Trial Rights in Criminal Cases in the European Union: Where does the Roadmap take Us?*, *Human Rights Law Review*, 14/2014, s. 733-760.
- Scharf, Michael P., *Self-Representation versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals*, *Journal of International Criminal Justice*, 4/2006, s. 31-46.
- Schelin, Lena, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2007.
- Scherer, Andrew, *Why People Who Face Losing Their Homes in Legal Proceedings Must Have a Right to Counsel*, *Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal* 3/2006, s. 699-732.
- Schiratzki, Johanna, *Mamma och pappa inför rätta*, Iustus, Uppsala: 2008.
- Schiratzki, Johanna, *Rättvist underhållsbidrag till barn*, Iustus, Uppsala: 2005.
- Schiratzki, Johanna, *HD om rättshjälp i mål om underhållsbidrag till barn*, Juridisk Tidskrift, 2/2004-05, s. 433-439.
- Schiratzki, Johanna, *Ny lagstiftning om vårdnad*, Juridisk Tidskrift, 4/1997-98, s. 1101-1118.
- Schiratzki, Johanna, *Vårdnad och vårdnadstvister*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1997.
- Schlyter, Karl, *Processreformen*, *Svensk Juristtidning*, 1/1927, s. 1-32.
- Schultz, Dennis B., *Faretta v. California: A Dissenter's Point of View*, *Detriot College of Law*, 1976/1976, s. 337-358.
- Schultz, Märten, *Skadeståndsrätt och skatterätt*, Juridisk Tidskrift, 3/2003-04, s. 653-659.
- Schwartz, David L., *The Rise of Contingent Fee Representation in Patent Litigation*, *Alabama Law Review*, 64/2012, s. 335-388.
- Schwartz, M.L. & Mitchell, D.J.B., *An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal-Injury Litigation*, *Stanford Law Review*, 22/1970, s. 1125-1162.

- Seron, Carroll, Frankel, Martin, van Ryzin, Gregg & Kovath, Jean, *The Impact of Legal Counsel on Outcomes for Poor Tenants in New York City's Housing Court: Results of a Randomized Experiment*, *Law & Society Review*, 35/2001, s. 419-434.
- Sharp, Robert J., *Book Review: Assy, Injustice in Person*, *Cambridge Law Journal*, 75/2016, s. 435-437.
- Shavell, Steven, *Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, *Journal of Legal Studies*, 11/1982, s. 55-82.
- Sheehan, Reginald S., Mishler, William & Songer, Donald R., *Ideology, Status, and the Differential Success of Direct Parties Before the Supreme Court*, *American Political Science Review*, 86/1992, s. 464-471.
- Shepherd, Joanna M., *Ideal Versus Reality in Third-Party Litigation Financing* *Journal of Law, Economics & Policy*, 8/2011-12, s. 593-611.
- Shipman, Shirley, *Steel & Morris v United Kingdom: Legal aid in the European Court of Human Rights*, *Civil Justice Quarterly*, 25/2006, s. 5-19.
- Shipman, Shirley, *Defamation and legal aid in the European Court of Human Rights*, *Civil Justice Quarterly*, 24/2005, s. 23-30.
- Singer, Anna, *Barnets bästa – om barnets rättsliga ställning i familj och samhälle*, *Norstedts Juridik*, Visby: 2012.
- Sjölin, Claes, *Domstolarna inför 200-talet – rättegångskostnaderna styvmoderligt behandlade*, *Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund*, 5/1992, s. 239-241.
- Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge, samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, *Norstedts Juridik*, Stockholm: 2014.
- Sjövall, Fredrik, *Något om kostnad och ersättning i förenklade tvistemål*, i Nilsson, Mattias & Bexelius, Mattias (red.), *Till minnet av Södra Roslags tingsrätt – en minnesskrift utgiven av Notarieföreningen vid Södra Roslags tingsrätt*, *Jure*, Stockholm: 2007, s. 218-231.
- Skolnick, Jerome H., *Social Control in the Adversary System*, *Journal of Conflict Resolution*, 11/1967, s. 52-70.
- Slobogin, Christopher, *Mental Illness and Self-Representation: Faretta, Godinez and Edwards*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 7/2009/10, s. 391-412.
- Smith, Reginald Herbert, *Justice and the Poor – A Study of the Present Denial of Justice to the Poor and of the Agencies Making More Equal Their Position Before the Law with Particular Reference to Legal Aid Work in the United States*, *The Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*, New York: 1924.
- Smith, Rhona K. M., *Textbook on International Human Rights*, *Oxford University Press*, Oxford: 2005.
- Snukals, Beverly W. & Sturtvant, Glen H., *Pro Se Litigation: Best Practices from a Judge's Perspective*, *University of Richmond Law Review*, 42/2007-08, s. 93-105.
- Sogabe, Kenneth R., *Exercising the Right to Self-Representation in United States v. Farhad: Issues in Waiving a Criminal Defendant's Sixth Amendment Right to Counsel*, *Golden Gate University Law Review*, 30/2000, s. 129-166.
- Solan, Lawrence M., *The Language of Judges*, *The University of Chicago Press*, Chicago: 1993.
- Songer, Donald R. & Sheehan, Reginald S., *Who Wins on Appeal? Upperdogs and Underdogs in the United States Courts of Appeals*, *American Journal of Political Science*, 35/1992, s. 235-258.
- Songer, Donald R., Sheehan, Reginald S. & Brodie Haire, Susan, *Do the "Haves" Come out Ahead over Time? Applying Galanter's Framework to Decisions of the U.S. Courts of Appeals, 1925-1988*, *Law & Society Review*, 33/1999, s. 811-832.

- Stavros, Stephanos, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of The European Convention on Human Rights – An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrech: 1993.
- Steinitz, Maya, *Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*, Minnesota Law Review, 95/2010-II, s. 1268-1338.
- Stendahl, Sara, *Arbetsförmåga i rättstillämpningen*, Juridiska institutionens skriftserie, Göteborg: 2/2008.
- Sternlight, Jean R., *Lawyerless Dispute Resolution: Rethinking a Paradigm*, Fordham Urban Law Journal, 37/2010, s. 381-418.
- Sterzel, Fredrik, *Gustaf Petrén in memoriam*, Svensk Juristtidning, 9/1990, s. 665-667.
- Sterzel, Fredrik, *Lagstiftning om förvaltningsförfarandet*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 4-6/1984, s. 321-338.
- Stone, Geoffrey, *The Miranda Doctrine in the Burger Court*, The Supreme Court Review, 1977/1977, s. 99-169.
- Strömberg, Håkan, *Några reflektioner om allmän förvaltningsdomstols kompetens*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 6/1998, s. 289-293.
- Strömberg, Håkan, *Delade meningar om allmän förvaltningsdomstols kompetens*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 5-6/1995, s. 211-215.
- Strömberg, Håkan, *Ett rättsfall om prövning av ett regeringsbesluts lagenlighet*, Juridisk Tidskrift, 3/1993-94, s. 364-368.
- Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, *Handlingsoffentlighet och sekretess*, Studentlitteratur, Lund: 2009.
- Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, *Speciell förvaltningsrätt*, Liber, Malmö: 2006.
- Strömberg, Stefan, Henning, Cecilia & Silfverberg, Jonas, *Brottmålsprocessen*, Svensk Juristtidning, 5-6/2013, s. 521-531.
- Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: En lärobok i allmän rättslära*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1996.
- Strömholm, Stig, *Advokatrollen genom tiderna*, Svensk Juristtidning, 1/1987, s. 305-317 (även publicerad i Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 1987, s. 504-514).
- Strömholm, Stig, *Allmän rättslära: Särtryck ur 20 års samhällsforskning*, Iustus, Uppsala: 1978.
- Sundby, Nils Christian, *Om normer*, Universitetsforlaget, Oslo: 1978.
- Sunnqvist, Martin, *Kronofogdekostnader i nytt förenklat tvistemål*, Svensk Juristtidning, 1/2016, s. 62-67.
- Swank, Drew A., *The Pro Se Phenomenon*, Brigham Young University Journal of Public Law, 19/2005, s. 373-386.
- Swank, Drew A., *In Defense of Rules and Roles: The Need to Curb Extreme forms of Pro Se Assistance and Accomodation in Litigation*, American University Law Review, 54/2004-05, s. 1537-1594.
- Sylwan, Bertil, *Kring det svenska advokatväsendets historia*, i Gullnäs, Ingvar (red.), *Om advokater, andra jurister och den rättshistoriska utvecklingen*, Falun: 2002, s. 49-73.
- Teetor, John S., *Faretta v. California: The Constitutional Right to Defend Pro Se*, Capital University Law Review, 5/1976, s. 277-292.
- Thibaut, John W. & Walker, Laurens, *Procedural justice: A Psychological Analysis*, L. Erlbaum Associates, Hillsdale, N.J.: 1975.
- Thomasson, Erik, *Ett och annat om försvararens skyldigheter i den nya rättegångsordningen*, Svensk Juristtidning, 7-8/1950, s. 774-783.

- Thornberry, Patrick, *Poverty, Litigation and Fundamental Rights – A European Perspective*, International and Comparative Law Quarterly, 29/1980, s. 250-258.
- Thorslund, Gunilla & Tärnqvist, Lars *Ersättning i mål och ärenden om skatt*, Tidskriften Skattenytt, 9/2004, s. 545-556.
- Tiersma, Peter M., *The Origins of Legal Language*, Loyola of Los Angeles Law School Legal Studies Papers, 45/2010, s. 1-25.
- Tiersma, Peter M., *Legal Language*, The University of Chicago Press, Chicago: 1999.
- Tollefson, Chris, *Costs in Public Interest Litigation Revisited*, The Advocates' Quarterly, 39/2011, s. 197-221.
- Tollefson, Chris, *When the Public Interest Loses: The Liability of Public Interest Litigants for Adverse Costs Awards*, University of British Columbia Law Review, 29/1995, s. 303-340.
- Tomkovicz, James J., *The Right to The Assistance of Counsel – A Reference Guide to the United States Constitution*, 2002.
- Toone, Robert E., *The Incoherence of Defendant Autonomy*, North Carolina Law Review, 83/2005, s. 621-666.
- Trechsel, Stefan, *Rights in Criminal Proceedings under the ECHR and ICTY Statute – A precarious Comparison*, i Swart, Bert, Zahar, Alexander & Sluiter, Göran (red.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford: 2011, s. 149-190.
- Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford: 2005.
- Träskman, Per Ole, *Målsäganden som informationskälla vid bevisning i brottmål*, i Heuman, Lars (red.), *Festskrift till Per Olof Bolding*, Norstedts Juridik, Stockholm: 1992, s. 391-410.
- Träskman, Per Ole, *Vem är kriminalpolitikens nyckelperson: brottslingen, brottsoffret eller ”jag” själv?*, Juridisk Tidskrift, 3/2008-09, s. 497-515.
- Tunc, André, *The Quest for Justice*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff, Firenze: 1981, s. 315-360.
- Unger, Sven & Bentelius, Lars, *Sveriges advokatsamfunds remissyttrande över Rättshjälpsutredningens betänkande*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 1/1996, s. 12-17.
- Urgell Svensson, Poly, *Försvarets roll i brottmålsprocessen – en rätts säkerhetsfråga?*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet: 2008 (examensuppsats).
- Uzelac, Alan & van Rhee, C.H., *Access to Justice and the Judiciary: Introduction*, i Uzelac, Alan & van Rhee, C.H. (red.), *Access to Justice and the Judiciary: Towards New European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland: 2009, s. 1-12.
- Vahlne Westerhäll, Lotta, *Legitimitetsfrågor inom den offentliga försäkringen*, i Vahlne Westerhäll, Lotta (red.), *Legitimitetsfrågor inom socialrätten*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2007, s. 187-229.
- Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2002.
- van de Laar, Tom & de Graaff, Regien, *Salduz and Miranda: Is the US Supreme Court Pointing the Way?*, European Human Rights Law Review, 3/2011, s. 304-317.
- van Dijk, Pieter, *Access to Court*, i Macdonald, R. St. J., Matscher, F. & Petzold, H. (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston 1993, s. 345-379.

- van Dijk, Pieter, van Hoof, Fried, van Rijn, Arjen & Zwaak, Leo, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen: 2006.
- van Dijk, Pieter & van Hoof, Godefridus J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, The Hague: 1998.
- van Kessel, Gordon, *European Perspectives on the Accused as a Source of Testimonial Evidence*, West Virginia Law Review, 100/1997-98, s. 799-846.
- van Puyenbroeck, Laurens & Vermeulen, Gert, *Towards Minimum Procedural Guarantees for the Defence in Criminal Proceedings in the EU*, International and Comparative Law Quarterly, 60/2011, s. 1017-1038.
- Vargo, John F., *The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice*, American University Law Review, 42/1992, s. 1567-1636.
- Veljanovski, Cento, *Third Party Litigation Funding in Europe*, Journal of Law, Economics & Policy, 8/2012, s. 405-450.
- von Essen, Ulrik, *Processnamn i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor*, Wolters Kluwer, Stockholm: 2016.
- von Essen, Ulrik, *Processnamn i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor*, Wolter Kluwer, Totem: 2014.
- von Essen, Ulrik, *Omröstningsreglerna i förvaltningsprocessen*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 1/2007, s. 51-61.
- von Essen, Ulrik, *Saken i förvaltningsprocessen*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 4/2003, s. 503-521.
- von Oberhammer, Paul, *Das schweizerische Zivilprozessrecht und seine Kodifikation*, Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 4/2003, s. 751-776.
- Wacks, Raymond, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford: 2009.
- Wahlgren, Gustaf, *Taxsystemet – medveten underbetalning?*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 4/2003a, s. 26.
- Wahlgren, Peter, *Juridisk riskanalys – mot en säkrare juridisk metod*, Jure, Stockholm: 2003b.
- Walén, Gösta & Vängby, Staffan, *Föräldrabalken – en kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2010.
- Wall, Gustaf, *Rättskraft och korrektiv*, Uppsala universitet, Uppsala 2014.
- Wallace, Donald, *Recent Legal Developments – Redress of Human Rights Abuses in Criminal Justice in International Human Rights Jurisprudence for 2008*, International Criminal Justice Review, 19/2009, s. 507-523.
- Wallerman, Anna, *Om fakultativa regler – En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor*, Iustus, Uppsala: 2015.
- Warden, Karl P., *Miranda – Some History, Some Observations and Some Questions*, Vanderbilt Law Review, 20/1966, s. 39-61.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsmedel: Om- och överprövning av förvaltningsbeslut*, Jure, Stockholm: 2015.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Hur tillämpas europarättsliga principer i våra myndigheter?*, Juridisk Tidskrift, 2/2010-II, s. 476-483.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Sanktionsavgifter – särskilt i näringsverksamhet*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2010b.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsbeslut – Överklagande, rättsprövning och annan domstolsprövning*, Studentlitteratur, Lund: 2010a.

- Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsprövning hos regeringsrätten utan krav på överklagan till regeringen? Några reflektioner kring RÅ 2008 ref. 36*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 1/2009, s. 81-94.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning*, Jure, Stockholm: 2008.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Överklagande av förvaltningsbeslut*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 3/2007, s. 253-270.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Hur skall en "europeisk älg" domstolsprövas? – En konflikt mellan FL 22 a § och lagen om rättsprövning*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 2/2003, s. 373-392.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsprövning & rätten till domstolsprövning*, Jure, Stockholm: 2002.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsprövning: ett möte mellan civilrätt och offentlig rätt samt tillika ett uttryck för rättsväsendets "europeisering"*, Juridisk Tidskrift, 3/1997-98, s. 904-916.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Skall rättsprövningslagen skrotas?*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 1/1996, s. 1-14.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Behövs sanktionsavgifter under 1990-talet?*, Juridisk Tidskrift, 4/1993-94, s. 945-962.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Sanktionsavgifter – särskilt vid olovligt byggande*, Juristförlaget, Stockholm: 1987.
- Weinberger, Kenneth J., *A Constitutional Right to Self-Representation – Faretta v. California*, DePaul Law Review, 25/1976, s. 774-782.
- Weissbrodt, David, *The Right to a Fair Trial. Articles 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights.*, Kluwer Law International, Cornwall: 2001.
- Weisselberg, Charles D., *Exporting and Importing Miranda*, Boston University Law Review, 97/2017, s. 1235-1292.
- Wejedal, Sebastian & Östlund, Allison, *Advokatens roll – Om ändamålsenlig rollfördelning i mål om tvångsvård av barn*, Santéus Academic Press, Stockholm: 2016.
- Welamson, Lars, *Svensk rättspraxis – civil- och straffprocessrätt 1973-1979*, Svensk Juristtidning, 1/1982, s. 81-192.
- Welamson, Lars, *Varför gynna kändanden? Principer om rättegångskostnader under debatt*, i Lejman, Fritjof, Strömberg, Håkan, Wallén, Per-Edwin & Norbeck, Robert (red.), Festskrift tillägnad Karl Olivecrona, P.A. Norstedt & Söner, Stockholm: 1964, s. 684-709.
- Welder, Erik, *Språk och språkvård*, Svenska bokförlaget/Norstedts, Stockholm: 1964.
- Wennergren, Bertil, *En generell och obligatorisk tvåpartsprocess i våra förvaltningsdomstolar*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 3/2009, s. 429-437.
- Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen – en kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2005.
- Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocessen – en fullbordad tvåpartsprocess*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 3/1996, s. 73-84.
- Wennergren, Bertil, *En förvaltningsdomstols rättskipningsuppgift*, Svensk Juristtidning, 1/1995, s. 66-74.
- Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocess*, Nämnden för utgivande av förvaltningsrättsliga publikationer, Stockholm: 1971.
- Wennergren, Bertil, *Förvaltningsförfarandet – vadan och varthän?*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 4/1969, s. 169-191.
- Westberg, Peter, *Domstols officialprövning: En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p. 1*, Juristförlaget, Lund: 1988.

- Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2013.
- Westberg, Peter, *Anskaffning av bevis i dispositiva tvistemål*, Norstedts Juridik, Stockholm: 2010.
- Westberg, Peter, *Fair trial – inget för staten?*, Juridisk Tidskrift, 3/2003-04, s. 660-665.
- Westberg, Peter, *Befogat intresse och behov av rättshjälp*, Juridisk Tidskrift, 2/1995-96, s. 602-609.
- Westberg, Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats: En idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, i Heuman, Lars (red.), Festskrift till Per Olof Bolding, Juristförlaget, Stockholm: 1992, s. 421-446.
- Westerberg, Olle, *Förvaltningsbesvär II*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 4/1967, s. 161-178.
- Westerlund, Gösta, *Straffprocessuella tvångsmedel – en studie av rättegångsbalkens 24 till 28 kapitel och annan lagstiftning*, Bruun, Stockholm: 2010.
- Westman, K. G., *Utredning om fri rättegång*, Svensk Juristtidning, 1/1942, s. 59-63.
- White, Robin C.A., Ovey, Clare & Jacobs, Francis Geoffrey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford: 2010.
- Wieslander, Bengt, *Tolkningen av regler om administrativa frihetsberövanden*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, 5/1977, s. 233-239.
- Wieslander, Bengt *Advokaternas roll i förvaltningsprocessen*, Svensk Juristtidning, 1/1987, s. 325-330.
- Wiklund, Holger, *God advokatsed*, Norstedt, Stockholm: 1973.
- Wiklund, Holger, *Sveriges Advokatsamfund 75 år*, i Ahrnborg, Bertil, Westman, Bo & Wiklund, Holger (red.), Festskrift med anledning av Sveriges Advokatsamfunds 75-årsjubileum, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, Stockholm: 1962, s. 67-122.
- Wiklund, Holger, *Advokatsamfundet efter processreformen*, Svensk Juristtidning, 7-8/1950, s. 812-828.
- Wiklund, Ola, *The Reception Process in Sweden and Norway*, i Keller, Helen & Stone Sweet, Alec (red.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford: 2008, s. 165-228.
- Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, Wolter Kluwer, Zeteo 2016.
- Wildte, Sigurd, *Om kostnader i civil rättegång och deras gäldande*, Stockholms högskola: 1931.
- Williams, Kim, *Litigants in person: A Literature Review*, Ministry of Justice, Research Summary 2: 2011.
- Williams, Marie Higgins, *Pro Se Criminal Defendant, Standby Counsel, and the Judge: A Proposal for Better-Defined Roles*, University of Colorado Law Review, 71/2000, s. 789-818.
- Wilson, Matthew J., *Failed Attempt to Undermine the Third Wave: Attorney Fee Shifting Movement in Japan*, Emory International Law Review, 19/2005, s. 1457-1488.
- Lord Woolf, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England & Wales*, 1995.
- Wu, Wei, *Interrogational Fairness under the European Convention on Human Rights*, International Journal of Law, Crime and Justice, 39/2011b, s. 37-59.
- Wu, Wei, *European Perspectives and Standards on Interrogational Fairness*, i Cools, Marc, De Ruyver, Brice, Easton, Marleen, Pauwels, Lieven, Ponsaers, Paul, Vander Beken, Tom, Vander Laenen, Freya, Vande Walle, Gudrun, Verhagen, Antoinette, Vermeulen, Gert & Vynckier, Gerwinde (red.), *EU Criminal Justice, Financial & Economic Crime*, Maklu, Antwerpen: 2011a, s. 85-110.

- Wu, Wei & Vander Beken, Tom, *Relativism and Universalism in Interrogation Fairness: A Comparative Analysis Between Europe and China*, European Journal on Criminal Policy and Research, 19/2013, s. 183-213.
- Yarrow, Stella, *Conditional fees*, i Main, Brian G. M. (red.), *The Settlement of Legal Disputes – An Assessment of Recent Reform Measures*, Edinburgh University Press, Edinburgh: 2001, s. 1-10.
- Yengich, Richard, *Protecting the Right to Counsel: Inadmissibility under Massiah*, Criminal Defence, 5/1978, s. 14-17.
- Yngvesson, Barbara & Hennessey, Patricia, *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature*, Law & Society Review, 9/1975, s. 219-274.
- Zander, Michael, *The First Wave*, i Cappelletti, Mauro (red.), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn/Sijthoff, Firenze: 1981, s. 27-48.
- Zavoli, Ilaria, *The Right to Self-Representation in International Criminal Justice. Between Legal Fairness and Judicial Effectiveness*, Diritto Penale Contemporaneo, July 17/2014, s. 1-17.
- Zila, Josef, *I stället för straff – sanktionsavgifter som kriminalpolitiskt medel mot bagatellbrottsligheten*, Juristförlaget, Stockholm: 1992.
- Zimmerman, Nourit & Tyler, Tom R., *Between Access to Counsel and Access to Justice: A Psychological Perspective*, Fordham Urban Law Journal, 37/2010, s. 473-507.
- Zorza, Richard, *Access to Justice: The Emerging Consensus and some Questions and Implications*, Judicature, 94/2010-11, s. 156-167.
- Zorza, Richard, *An Overview of Self-Represented Litigation Innovation, Its Impact, and an Approach for the Future: An Invitation to Dialogue*, Family Law Quarterly, 43/2009-10, s. 519-544.
- Zorza, Richard, *The Disconnect between the Requirements of Judicial Neutrality and Those of the Appearance of Neutrality When Parties Appear Pro Se: Causes, Solutions, Recommendations, and Implications*, Georgetown Journal of Legal Ethics, 17/2003-04, s. 423-454.
- Zuckerman, Adrian, *No Justice Without Lawyers – The Myth of Inquisitorial Solution*, Civil Justice Quarterly, 33/2014, s. 355-374.
- Zuckerman, Adrian, *Civil Procedure: Principles of Practice*, Sweet & Maxwell, London: 2013.
- Zuckerman, Adrian, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, i Zuckerman, Adrian, Chiarloni, Sergio & Gottwald, Peter (red.), *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford: 1999, s. 3-52.
- Åhman, Karin, *Europadomstolens principer*, i Marcusson, Lena (red.), *Offentlighetsprinciper*, Iustus, Uppsala: 2012, s. 17-44.
- Öberg Ahlbäck, Shirin, *Kunskap och politik – mellan nonchalans och teknokrati*, Svensk Juristtidning, 8/2011, s. 765-771.

Övrigt material

- Advokatsamfundet, *Festskrift med anledning av Sveriges advokatsamfund 75-årsjubileum*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 2-3/1962, s. 67-328.
- Ahlstrand, Thomas, *En åklagare har alltid rätt: Skepsis, självständighet, rättskänsla, objektivitet – och empati*, Dagens Juridik den 13 oktober 2017 (tillgänglig här: <http://www.dagensjuridik.se/2017/10/en-aklagare-har-alltid-ratt-skepsis-sjalvstandighet-rattskansla-objektivitet-och-empati>).

- American Bar Association, *Toolkit for a Right to Counsel in Civil Proceedings, ABA Model Access Act & Basic Principles for a Right to Counsel in Civil Proceedings*, 2010.
- American Bar Association, *Recommendation 112A*, 2006.
- Branberg, Ulrika & Knutson, Tom, *Svårt att fälla ekobrottslingar*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 2/2011, s. 23-25.
- Brandberg, Ulrika, Johansson, Per & Knutson, Tom, *Förvaltningsrätten i förvandling*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 8/2009, s. 20-26.
- Brandberg, Ulrika & Knutson, Mats, *Offentlig försvarare 100 år*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 9/2006, s. 16-19.
- Brief Amicus Curiae of Retired Washington Judges in Support of Appellant, *King v. King*, 174 P.2d 659 (No. 799784) (Wash. 2007).
- Cantwell, Oisín, *Förhör utan advokat – ett hot mot rättsstatens principer*, Aftonbladet den 7 januari 2015 (tillgänglig här: <http://www.aftonbladet.se/nyheter/kolumnister/oisincantwell/article20121567.ab>).
- Crafoord, Clarence, *HD ger enskilda nya möjligheter att anlita advokat för att försvara sin egendom mot staten*, Dagens Juridik den 11 december 2015 (tillgänglig här: <http://www.dagensjuridik.se/2015/12/expertkommentar-clarence-crafoord-hd-pleniavgorande>).
- Dagens Juridik den 18 september 2017, *Pekades ut som skyldig till mord utan rättegång – tolvåring förhördes 18 gånger utan biträde* (tillgänglig här: <http://www.dagensjuridik.se/2017/09/pekades-ut-som-skyldig-till-mord-utan-rattegang-tolvaring-forhordes-18-ganger-utan-bitrade>).
- Dagens Nyheter den 19 september 2017, *Det var inte jag. Varför skulle jag döda min bästa vän?* (tillgänglig här: <http://www.dn.se/nyheter/sverigel/det-var-inte-jag-varfor-skulle-jag-doda-min-basta-van/>).
- Dagens Nyheter den 17 september 2017, *Stora brister när 12-åring pekades ut som mördare* (tillgänglig här: <http://www.dn.se/nyheter/sverigel/stora-brister-nar-12-aring-pekades-ut-som-mordare/>).
- Ehrenberg-Sundin, Barbro, *En läsbarhetsanalys av domar – Vad är det som gör domar svåra att läsa?*, i SOU 2008:106 del B bil. 10 s. 157 ff.
- Ekman Öst, *Svåra ord i domar – Förstår vanliga människor innebörden av juridiska domar?, rapport till Förtroendeutredningen*, i SOU 2008:106 del B bil. 8 s. 67 ff.
- Fleming, Don, *Legal Aid and Human Rights*, The International Legal Aid Group Conference, Antwerp (2007) s. 3 (tillgänglig här: https://www.researchgate.net/profile/Don_Fleming2/publication/228928153_Legal_aid_and_human_rights/links/0046351c7cf885e3c4000000.pdf).
- Forsnes, Chris, *Asylmålen – en guldgruva för advokater*, ledarsidorna.se den 30 september 2016 (tillgänglig här: <https://ledarsidorna.se/2016/09/asylmalen-en-guldgruva-for-advokater/>).
- Hellberg, Hans, *Alla som behöver får inte hjälp*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 8/2001, s. 8-II.
- Hellberg, Hans, *Professorn som vill se fler advokater kunniga i offentlig rätt*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 6/2002a, s. 20-21.
- Hellberg, Hans, *Sjuka och arbetsoförmögna förlorar miljonbelopp – advokat efterlyser rättshjälp i socialförsäkringsmål*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, 6/2002b, s. 22.
- Josefsson, Dan, *Fallet Kevin*, Sveriges Television/Dokument inifrån (tillgänglig här: <https://www.svtplay.se/dokument-inifran-fallet-kevin>).
- Lindgren, Magnus & Qvarnström, Jennifer, *Brottsoffren i rättsprocessen – en undersökning genomförd på uppdrag av Rikspolisstyrelsen, Riksåklagaren, Domstolsverket*, 2003.

- Lindhagen, PM rörande vissa med anledning av nya rättegångsbalkens tillkomst erforderliga ändringar i lagen den 22 juni 1928 om arbetsdomstol jämte andra i samband därmed stående frågor, 1946.
- Lunds domarakademi, *Rättssäkerheten i brottmål – ifrågasatt av Justitiekanslern*, 2007.
- Magnusson, Chris, *Minderåriga förhörs utan advokat*, Hallands Nyheter den 23 november 2010 (tillgänglig här: <http://www.hn.se/nyheter/halland/minder%C3%A5riga-f%C3%B6rh%C3%B6rs-utan-advokat-1.3330683>).
- Mannheimer Swartling, PM till Utrikesdepartementet angående möjligheten för enskilda att inför svensk domstol föra talan mot svenska företag till följd av kränkningar av mänskliga rättigheter begångna utomlands, 2015.
- Open Society, Justice Initiative, *Legal Aid in Europe – Minimum requirements under international law*, 2015.
- Rättsfonden, *Domstolarna och rättssäkerheten*, Rättsfondens skriftserie, Stockholm: 1982.
- Rättsfonden, *Domstolarnas roll i sambället*, Rättsfondens skriftserie, Stockholm: 1972.
- Röda korset, *Vägen till familjeåterförening – Nulägesrapport från arbetet med att återförena splittrade flyktingfamiljer*, 2012.
- Sahlin, Inger, *Besöksförbud och målsägandebiträde: brottsoffrets rättigheter*, i SOU 1998:40 bil. 8 s. 431 ff.
- Schultz, Mårten, *HD slår fast rätt till dyr advokat*, SVD den 12 mars 2015 (tillgänglig här: <https://www.svd.se/hd-slar-fast-ratt-till-dyr-advokat>).
- Sörlin, Marie, *Förståelsen av domar – En intervjuundersökning av advokaters syn på klienternas förståelse av domtexter*, i SOU 2008:106 del B bilaga 9 s. 121 ff.
- The Civil Justice Council, Working group on Access to Justice for Litigants in person, *Access to Justice for Litigants in Person (or self-represented litigants) – A Report and Series of Recommendations to the Lord Chancellor and to the Lord Chief Justice*, 2011.
- The Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 – Right to Fair Trial (criminal limb)*, 2014.
- The Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 – Right to Fair Trial (civil limb)*, 2013.
- The Council of Europe's Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment/Inf (2016) 1, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 28 May 2015*, Strasbourg: 2016.
- The Council of Europe's Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment/Inf (2009) 34, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 9 to 18 June 2009*, Strasbourg: 2009.
- The Council of Europe's Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment/Inf (2004) 32, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 January to 5 February 2003*, Strasbourg: 2004.
- The Council of Europe's Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment/Inf (1999) 4, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 15 to 25 February 1998*, Strasbourg: 1999.

- The Council of Bars and Law Societies of Europe, *The Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers*, 2008.
- The European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe, *Handbook on European law relating to access to justice*, 2016.
- Velasco, Daniel, *Ungdomar förhörs utan advokat*, Sveriges Radio Ekot den 24 september 2008 (tillgänglig här: <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=3437&artikel=2880997>)
- Welander, Åsa, Helander, Valeria, Schatzl, Sabina, *Unga förhörs utan försvarare*, Sveriges Radio P1, Kaliber den 5 november 2011 (tillgänglig här: <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=1316&artikel=4823030>).

