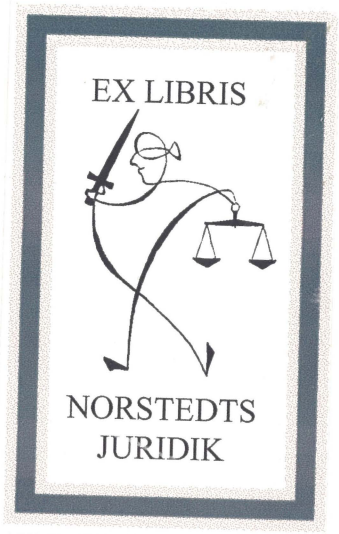
NORSTEDTS JURIDIK

Försvararens roll

Ideologier och gällande rätt

Lena Ebervall


EX LIBRIS
NORSTEDTS
JURIDIK

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4401

FÖRSVARARENS ROLL
Ideologier och gällande rätt

LENA EBERVALL

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET
10 0072193 3

Försvararens roll

Ideologier och gällande rätt

Doktorsavhandling i rättsvetenskap

NORSTEDTS JURIDIK AB

Adress till förlaget
Norstedts Juridik AB, 106 47 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar
www.njab.se eller e-post kundservice.njab@liber.se
Fax 08-690 91 91, telefon 08-690 91 90, växel 690 91 00
Norstedts Juridik AB, Kundservice, 106 47 Stockholm

FÖRSVARARENS ROLL. Ideologier och gällande rätt
Doktorsavhandling i rättsvetenskap
Lena Ebervall
Upplaga 1:1
ISBN 91-39-00842-8
© 2002 författaren och Norstedts Juridik AB

Sättning: Elanders Novum, Stockholm 2002
Tryck: Elanders Gotab, Stockholm 2002

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Every profession, looking at it
from the outside, is a conspiracy
against the layman.
– G. B. Shaw

Till Mamma, Jenny och Christian

Innehållsöversikt

Del I. Inledning 19

1. Introduktion 21
2. Allmän bakgrund till advokatseden 46
3. Två idealtyper 55

Del II. Acceptera eller avböja uppdrag 85

4. Djävulens advokat 87
5. Advokaternas förhållningssätt 96
6. De överstatliga normerna om försvarargarantin 110
7. Modeller för försvarargarantin 119
8. Cab rank-modellen 126
9. Marknadsmodellen 147
10. Analys och sammanfattning av del II 175

Del III. Klientinstruktionerna 187

***A. Försvararens dilemma* 189**

11. Introduktion 189

***B. Argumentationsanalys* 199**

12. Idealtypernas förhållningssätt 199
13. Idealtypernas handlande 206
14. Idealtypernas rättfärdigande 240

***C. Gällande rätt och samfundsnorm* 279**

15. Uppdragets art och uppdragsgivare 281
16. Bundenheten till försvararuppdraget 298
17. Klientlojaliteten ur normgivarens perspektiv 339
18. Analys och sammanfattning av del III 384

Del IV. Slutord 393

Summary in English 400

Bilaga 404

Källförteckning 415

Sakregister 431

Innehåll

Förord 15

Förkortningar 17

DEL I. INLEDNING 19

1 Introduktion 21
- 1.1 Problem 21
- 1.2 Huvudfrågor och grundsatser 24
- 1.3 Syfte och avgränsningar 26
- 1.4 Metod och material 28
  - 1.4.1 Svensk gällande rätt 28
  - 1.4.2 Idéer och argument 35
  - 1.4.3 Försvararideologier och idealtyper 39
- 1.5 Begrepp och uttryck 43
- 1.6 Disposition 44

2 Allmän bakgrund till advokatseden 46
- 2.1 Sverige 46
- 2.2 USA 48
  - 2.2.1 Allmänt om amerikansk advokatsed 48
  - 2.2.2 Tre regelverk 52
- 2.3 England 53

3 Två idealtyper 55
- 3.1 Inledning 55
- 3.2 Vapendragaren 55
  - 3.2.1 Den klientcentrerade idealtypen 55
  - 3.2.2 Match, krig eller drama – metaforer för vapendragaren 56
- 3.3 Idéerna bakom vapendragaridealet 60
  - 3.3.1 Antipaternalism: respekten för klientautonomin 60
  - 3.3.2 Moralisk neutralitet 64
  - 3.3.3 Spelregler och egennyttiga aktörer 67

3.4 Vägvisaren 70
3.4.1 Den auktoritära idealtypen 70
3.4.2 The Officer of the Court 71
3.5 Idéerna bakom vägvisaridealet 78
3.5.1 Klientens beskyddare 78
3.5.2 Moralisk auktoritet 80
3.5.3 Advokatens ansvarsfulla position i systemet 82

DEL II. ACCEPTERA ELLER AVBÖJA UPPDRAG 85

4 Djävulens advokat 87
4.1 Inledning 87
4.2 Sista försvararen i Charleroi 88
4.3 Problemställning 90
4.4 Disposition 93

5 Advokaternas förhållningssätt 96
5.1 Inledning 96
5.2 Två ideologier 97
5.2.1 Vapendragarens plikt att acceptera alla uppdrag 97
5.2.2 Rättfärdigande av vapendragaridealet 98
5.2.3 Vägvisarens rätt att välja uppdrag 103
5.2.4 Rättfärdigande av vägvisaridealet 103

6 De överstatliga normerna om försvarargarantin 110
6.1 *Fair trial* – inledning 110
6.1.1 FN-deklarationen och FN-konventionen 111
6.1.2 Europakonventionen 113
6.2 Rätt till försvarare som internationell princip – sammanfattande kommentar 116

7 Modeller för försvarargarantin 119
7.1 Tre lösningar 119
7.1.1 Försvararplikt – cab rank 120
7.1.2 Processprinciper och pluralism – marknadsmodellen 120
7.1.3 Inget hinder för försvarare – minimimodellen 122
7.2 Sammanfattning 124

8 Cab rank-modellen 126
8.1 Cab rank-idén 126
8.2 Exemplet England 130
8.2.1 Det engelska advokatyrket 130
8.2.2 Något om den engelska straffprocessen och dess rollfördelning 133

8.2.3 Barristern och cab rank; bakgrund och framväxt 135
8.2.4 Kodifiering av cab rank-principen 137
8.3 Kritisk diskussion 138
8.3.1 Cab rank-regeln i barristerns växthus 139
8.3.2 Cab rank-principen i teori och praktik 142
8.3.3 Cab rank-principens ideologiska betydelse 145

9 Marknadsmodellen 147
9.1 Marknadsidén 147
9.2 Den amerikanska modellen som jämförelseobjekt 148
9.2.1 Gällande amerikansk advokatsed 148
9.2.2 Tolkning av reglerna i amerikansk advokatsed 151
9.3 Den svenska marknadsmodellen. Gällande rätt och samfundsnorm 154
9.3.1 Statens lösning: lagstiftning, advokatsed och ideologisk pluralism 154
9.3.2 Svensk lag 155
9.3.2.1 Bakgrund och framväxt. Från brännvinsadvokater till offentliga försvarare 155
9.3.2.2 Gällande svensk rätt 158
9.3.3 Svensk advokatsed 162
9.3.4 Advokatreglerna och deras tolkning 163
9.3.5 Sammanfattning 166
9.4 Kritisk diskussion 167
9.4.1 Syftet bakom normerna 167
9.4.2 En jämförelse mellan marknadsmodellerna 171

10 Analys och sammanfattning av Del II 175
10.1 Modellerna och idealen 175
10.2 Striden mellan idealen 177
10.3 Ideologisk pluralism 181
10.4 Sammanfattning 184

DEL III. KLIENTINSTRUKTIONERNA 187

***A. Försvararens dilemma* 189**

11 Introduktion 189
11.1 Fallet med den oskyldige klienten 189
11.2 Fallet med den skyldige klienten 189
11.3 Handlingsalternativen: klientsamtalet och rättegången 190
11.4 Problemställning 191
11.5 Idealtypernas val 196
11.6 Disposition 197

***B. Argumentationsanalys* 199**

12 Idealtypernas förhållningssätt 199
12.1 Vapendragaren – det klientcentrerade idealet 199
12.2 Vägvisaren – det auktoritära idealet 202

13 Idealtypernas handlande 206
13.1 Problem på vägen 206
13.2 Tystnaden – försvararens plikt och klientens rätt 209
13.3 Hypotesen – försvararen vid klippbordet 212
13.3.1 Inledning 212
13.3.2 Skuldfrågan – relevant eller inte? 218
13.3.3 Bevisningen – materiell sanning eller bara trovärdighet? 221
13.4 Vapendragarens hantering av klientinstruktionerna 224
13.4.1 Inledning 224
13.4.2 Lake Pleasant-fallet: klienten framför allt 227
13.4.3 Vapendragarens val 230
13.5 Vägvisarens hantering av klientinstruktionerna 231
13.5.1 Inledning 231
13.5.2 Lake Pleasant-fallet: sanningen framför allt 234
13.6 Skilda handlingssätt – skilda synsätt 239

14 Idealtypernas rättfärdigande 240
14.1 Vapendragarens systemargument: innehåll 240
14.2 Vapendragarens systemargument: kritik 247
14.3 Vapendragarens rättighetsargument: innehåll 254
14.4 Vapendragarens rättighetsargument: kritik 258
14.5 Vägvisarens systemargument: innehåll 262
14.6 Vägvisarens systemargument: kritik 267
14.7 Vägvisarens förmyndarargument: innehåll 270
14.8 Vägvisarens förmyndarargument: kritik 274

***C. Gällande rätt och samfundsnorm* 279**

15 Uppdragets art och uppdragsgivare 281
15.1 Försvarsadvokaten – fågel, fisk eller mitt emellan? 282
15.1.1 Sysslomannen – fågeln 284
15.1.2 Partsföreträdarens ställning 286
15.1.2.1 Rättegångsfullmakt för försvarare 286
15.1.2.2 Analys av försvararens ställning i formellt hänseende 289
15.1.2.3 Uppdragsfullmakt för försvarare 291
15.1.3 Konkursförvaltaren – fisken 292
15.1.4 Försvararen – inte riktigt mitt emellan 294
15.2 Slutsats rörande uppdragets natur 295

16 Bundenheten till försvararuppdraget 298
16.1 Introduktion 298
16.2 Att frånträda försvararuppdraget 302
16.3 Frånträdandet och lagen 305
16.3.1 Försvararens olämplighet 306
16.3.2 Begäran om entledigande från försvararförordnandet 307
16.3.2.1 Motstridiga intressen 308
16.3.2.2 Meningsskiljaktigheter i fråga om uppdragets utförande 309
16.3.2.3 Bristande förtroende från klientens sida 311
16.3.2.4 Olämpligt uppträdande från klientens sida 314
16.3.3 Gällande rätt avseende frånträdande: slutsats 317
16.4 Frånträdandet och den goda advokatseden 321
16.4.1 Inledning 321
16.4.2 Frånträdandet och tystnadsplikten 324
16.4.3 Frånträdandet i SRGA 327
16.4.4 Frånträdandet i praktiken: exemplifiering och tolkning 330

17 Klientlojaliteten ur normgivarens perspektiv 339
17.1 Klientlojaliteten generellt 340
17.1.1 Den negativa sanningsplikten 342
17.1.2 Saklighet 343
17.2 Diskussionen i doktrinen 346
17.3 Diskussionen i "praktikerdoktrinen" 350
17.4 Klientlojaliteten specifikt; instruktionerna och praxis 354
17.4.1 När advokaten följer klientinstruktionerna 354
17.4.2 När advokaten går emot klientinstruktionerna 363
17.5 Klientlojaliteten i utländsk doktrin 369
17.5.1 Klientlojaliteten i amerikansk advokatsed 369
17.5.2 Klientlojaliteten i engelsk advokatsed 376

18 Analys och sammanfattning av Del III 384

DEL IV. SLUTORD 393

Summary in English 400

Bilaga 404

Källförteckning 415

Sakregister 431

Förord

Att skriva en doktorsavhandling i rättsvetenskap är, åtminstone delvis, att vandra en lång och tung väg. Det tar nästan alltid längre tid än man trott, och man lever i en arbetsmiljö helt präglad av kritik. Utan kritik blir det helt enkelt inte vetenskap av det man skriver. Den som lärt mig mer om kritik än någon annan är min handledare, professor Peter Westberg. Peters omdömen har ibland känts skoningslösa, men han har alltid, utan undantag, varit lika engagerad och intresserad av mitt arbete. Jag har med tiden förstått att det är ett privilegium att ha en handledare som är så hängiven. Peter har också visat en sällsynt förmåga att stimulera mig att skriva avhandlingen så som jag själv vill ha den och hans kritik har alltid utgått från min egen tankevärld och mina egna teorier. Från denna utgångspunkt har Peter tvingat mig att skärpa blicken och ställa höga krav på mig själv. Det är till stor del tack vare hans engagemang som jag nu lägger fram en avhandling som jag åtminstone själv är nöjd med.

I Juridicums glada kamratkrets har jag funnit det moraliska stöd, som också är nödvändigt. Den sammanhållning och trevliga sociala samvaro som vi i doktorandgänget har haft ända sedan jag påbörjade min forskning, har betytt oerhört mycket både för mitt arbetsliv och för mitt privatliv. Tack vare Annika, Christian, David, Gregor, Lotta, Ola, Sacharias, Sverker, Ulrika och alla de andra kommer jag alltid att minnas doktorandåren som några av de bästa i mitt liv. Jag vill särskilt tacka Lotta Wendel, som fungerat som idégivare och läst och lämnat synpunkter på delar av manus. Christian Dahlman läste en betydelsefull del av mitt manus på Kastrup, i väntan på det ständigt försenade Alitalia. Christian, som känner mig väl, levererade, på sitt förrädiskt enkla vis, en knivskarp analys av mina idéer, som visade sig vara ovärderliga för presentationen av mina argument. Jag vill därför framföra mitt varma tack till Christian och till Alitalia.

Professorerna vid Juridicum Gunnar Bergholtz, Carl Magnus Elwing, Kjell Åke Modéer och P.O. Träskman, har alla ställt tid till förfogande och läst och lämnat värdefulla synpunkter på mitt manus, för vilket jag är tacksam.

Jag vill också rikta ett varmt tack till övriga anställda på Juridicum, som hjälpt mig med allt som en doktorand kan tänkas behöva. Särskilt vill jag tacka vår kunnige och trevlige bibliotekarie, Olle Serin, för all hjälp med litteratur och för trevlig samvaro på John Bull.

Professor Bernard Ortwein vid Suffolk University Law School, Boston, USA, har varit en värdefull kunskapskälla om amerikansk advokatetik och har hjälpt mig hitta relevant litteratur. Barrister Marc Dight vid Lincoln's Inn i London har fungerat som samtalspartner om engelsk advokatetik, hjälpt mig hitta relevant material och även läst min sammanfattning på engelska. Thank you!

Jag vill också rikta ett särskilt tack till de många praktiserande advokater, som lämnat värdefulla synpunkter om advokatens verklighet. Det är från praktikerna jag fått mina idéer till de konkreta försvararproblem jag behandlar. I mina diskussioner med skickliga och erfarna försvarsadvokater har jag fått nödvändig bekräftelse på mina tankar. Advokaterna Per E Samuelson och Conny Vigede har också läst delar av manus och bistått med outsinlig uppmuntran och beröm.

Sveriges advokatsamfund har genom sina representanter i styrelsen visat stort intresse för mitt arbete. Såväl förre generalsekreteraren, Lars Bentelius, som nuvarande, Anne Ramberg, har öppnat samfundets dörrar för mig och bjudit in mig att delta i kurser och tala på möten och seminarier i samfundets regi. Samarbetet med advokatsamfundet har berikat min forskning och givit mig ett värdefullt kontaktnät i advokatvärlden.

Flera stiftelser och fonder har visat stor generositet med stipendier för att stödja arbetet med denna bok, för vilket jag är mycket tacksam. Tack till Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning, Tore Alméns minnesfond, Emmy Ekbergs stipendiefond, John Tjernelds advokatfond och flera andra. Hjärtligt tack även till redaktören Kerstin Thorsén, som bistått med ovärderlig hjälp med korrektur och layout.

Det är brukligt att tacka sina familjemedlemmar i sådana här förord. Ärligt talat tror jag inte mina barn, Jenny och Christian, och min mamma, Margareta, någonsin kommer att orka läsa den här boken – i synnerhet barnen skulle tycka att den var vansinnigt tråkig. Men jag vet att de är stolta över mig och jag är tacksam för deras tro på mig. Denna bok tillägnas dem.

Till sist, av hela mitt hjärta, ett alldeles speciellt tack till en alldeles speciell person: Per, som läst och förstått min bok kanske bättre än någon annan, och som givit mig mer stöd än någon annan.

Lund i januari 2002

Lena Ebervall

Förkortningar

ABA	American Bar Association
BrB	Brottsbalken
BRÅ	Brottförebyggande rådet
CCBE	Council of the Bars and Law Societies of the European Union
CCPR	U.N. Covenant on Civil and Political Rights
DR	Disciplinary Rules
EC	Ethical Considerations
EMRK	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FUK	Förundersökningskungörelsen
HD	Högsta domstolen (Sverige)
PLB	Processlagberedningen (SOU 1938:44)
QC	Queen's Counsel
RB	Rättegångsbalken
RH	Rättsfall från hovrätterna
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
SRGA	Svenska regler om god advokatsed
TSA	Tidskrift för Sveriges advokatsamfund

Del I

Inledning

1 Introduktion

1.1 Problem

Med vilka argument kan en försvarsadvokat rättfärdiga att hon – i strid mot sin egen privata moral – åtar sig att försvara en person som begått ett förfärligt brott? Utifrån vilka idéer är det möjligt för en advokat att helt separera sin privatmoral från sin yrkesmoral? Hur skulle, å andra sidan, en person som arbetar som försvarsadvokat rättfärdiga sin vägran att försvara vissa personer? Det förefaller ju inkonsekvent att hävda att alla har rätt till försvarare och att alla har rätt att presumeras vara oskyldiga till dess dom föreligger, samtidigt som man vägrar ta sig an försvaret av vissa personer.

Vidare: om man som advokat bestämmer sig för att direkt gå emot sin klients uttalade önskemål om att bli fälld respektive friad i brottmålet, vilken syn har man då på klientens rättigheter? Å andra sidan: om klienten faktiskt är oskyldig men ändå av någon anledning vill bli fälld, t.ex. för att skydda en skyldig anhörig, kan advokaten då utan vidare följa klientens instruktioner? Skulle inte det förefalla omoraliskt eller åtminstone olämpligt ur rättsordningssynpunkt? Skall försvarare skaffa sig en uppfattning om klientens skuld och sanningsenlighet, eller skall de alltid ta klientens ord för goda? Är det rättsligen försvarbart för en advokat att helt låta bli att skaffa sig en sådan uppfattning och inte alls låta den inverka på uppdragets utförande?

I massmedias bevakning av brottmålen och i den allmänna debatten kan man se att det tycks finnas advokater som handlar både på det ena och det andra sättet. Även i den litteratur och judikatur som behandlar advokatgärningen finns såväl beskrivningar av olika försvararageranden som rättfärdigande respektive kritik av de skilda handlingssätten.

Även bland advokaterna själva finns olika uppfattningar. Jag hörde för några år sedan en försvarsadvokat tala om allas rätt till försvarare som en självklarhet i en rättsstat. "Ingen står utanför lagen, inte ens den värsta skurk", yttrade advokaten, och gjorde gällande att vi alla, i en tillräckligt tillspetsad situation, är kapabla att begå grova brott. I enlighet med detta grundläggande humanitära synsätt fann inte advokaten att det var problematiskt att försvara exempelvis en mördare. Däremot kunde han inte tänka sig att försvara en narkotikabrottsling, eftersom han kände en djup personlig avsky för narkotikabrott. Sedan dess har jag talat med flera försvarare om saken. Det visade

sig ganska snart att vissa försvarare med emfas gjorde gällande att en advokat måste vara beredd att acceptera alla typer av mål, medan andra ansåg det berättigat att välja bort vissa brottstyper eller vissa klienter. Jag har mött kvinnliga advokater som i våldtäktsmål inte kan tänka sig att vara biträde åt någon annan än målsäganden. En vänsterorienterad advokat menade att han skulle ha svårt att försvara en direktör som begått ekonomiska brott. En advokat av judisk börd framhöll med stor skärpa att han aldrig skulle kunna försvara en rasist. Ytterligare en advokat (en trebarnsfar, som beskrev sig själv som "en riktig hönspappa"), som försvarade en seriemördare som begått fasansfulla dåd mot barn, menade att uppdraget inte var så svårt som man skulle kunna tro. "Även seriemördaren är en människa, en sjuk människa som behöver hjälp."

Jag fann det förvånande att dessa försvarare, som alla var erfarna medlemmar av den svenska advokatkåren, hade så diametralt olika inställningar till frågan om att acceptera alla typer av försvar.

Genast inställer sig frågor som: Är det förbjudet för en brottmålsadvokat att avböja erbjudande om ett försvararuppdrag, t.ex. av hänsyn till brottets art, den misstänktes person, ras, religion och kön? Och även om det är tillåtet, hur är det möjligt för en försvarare – som i princip menar att alla skall ha rätt till en försvarare – att rättfärdiga en vägran att ta sig an ett uppdrag av just sådana skäl?

En tid därefter fick jag tillfälle att lyssna på två erfarna försvarsadvokater som var djupt oeniga om huruvida man som försvarare borde följa eller gå emot en oskyldig klients instruktioner om att bli fälld i brottmålet. Denna fråga kan ställas mot en annan, mera klassisk fråga: om den misstänkte erkänner att han är skyldig till ett fasansfullt brott, följer då försvararen klientens instruktioner att tillse att han blir frikänd? Även rörande denna fråga visar det sig finnas olika uppfattningar bland advokaterna. Här kanske man kunde tycka att klienten såsom uppdragsgivare borde binda försvararen med sina direktiv. Det är trots allt så att försvarare tillsätts på grundval av den tilltalades behov och önskemål och det är dennes personliga frihet som står på spel.[1]

I samband med dessa två praktiska problem uppkommer en mängd frågor, som vid en första anblick tycks dra åt flera olika håll och skapa stor förvirring, eftersom inga givna svar verkar finnas. På ett mera övergripande och allmänt plan inställer sig principiella frågor som: hur kan det komma sig att försvarsadvokater, som är verksamma i samma rättssystem och lyder under samma regler, agerar på sinsemellan helt olika sätt? Vad är det som gör att de väljer olika lösningar på samma problem? Och vad säger egentligen reglerna i exempelvis rättegångsbalken och god advokatsed om att advokaterna agerar så olika? Vem gör rätt, och vem gör fel? Är det så att rättssystemet tillåter diametralt olika handlingssätt? Och vilka grundläggande idéer om försvararens roll i samhället och i förhållande till klienten respektive rättssystemet kan ligga

1. SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. II. Motiv, s. 274 f. (Cit. PLB.) Jämför RB 21:5 st. 2.

bakom de olika uppfattningarna om hur advokaten bör agera? Går det att spåra sådana föreställningar i exempelvis lagtext och regler om god advokatsed?

Som självständig yrkesgrupp intar just advokaterna en särställning. Advokaterna har den närmast unika positionen i varje stat, att de på samhällets uppdrag står mellan stat och individ. Brottmålsförsvararen betraktas i praktiskt taget alla rättssystem som en viktig garanti för mänskliga rättigheter. Samtidigt skall ju försvararen tillvarata intresset hos de medborgare som på ett eller annat sätt brutit mot samhällets lagar. Eftersom just försvarsadvokater står i klyftan mellan staten och de laglydiga medborgarna å ena sidan och brottslingarna å den andra, har de under olika perioder ofta stått i centrum för debatten kring professionell etik och ideal.

Ett yrke som är så nära förbundet med själva samhällsstrukturen påverkas naturligtvis starkt av utvecklingen i ekonomiskt, rättsligt och politiskt hänseende. Samhällets övergång från ett idealistiskt förhållningssätt till ett materialistiskt har inte gått advokatkåren förbi.

Debatten kring advokatidealen har, i synnerhet i den amerikanska doktrinen, intensifierats under 1900-talets sista decennier. Det amerikanska samhällets nyliberala, materialistiska påverkan på advokaternas roll har ifrågasatts såväl i massmedia som i den juridiska doktrinen. Flera inflytelserika kritiker har förespråkat en återgång mot ett mer idealiserat betraktelsesätt på såväl advokaternas yrkesgärning som, på ett mer generellt plan, advokaternas roll i samhället.[2] Kritikerna har fått mothugg av författare som menar att de gamla klassiska idealen är produkten av ett förlegat paternalistiskt synsätt och att de nya advokatidealen inte är omoraliska eller amoraliska utan ger uttryck för andra ideal än de gamla.[3]

Även i Sverige har advokaternas verksamhet satts under debatt de senaste decennierna, även om diskussionen här mest har hållits i massmedia och inte främst inom ramen för rättsvetenskapen. Advokatkåren tycks stå inför såväl identitets- som legitimationsproblem. I denna kontext kan man konstatera att de skrivna reglerna och den klassiska dogmatiken inte tycks räcka till för att fylla behovet av identitet och legitimering.

Det står klart att det i det praktiska rättslivet med jämna mellanrum uppkommer svåra etiska problem eller dilemman, som försvararna löser på olika sätt. Många av dessa problem är inte uttryckligen reglerade i lag. Lagen kan ge vägledning, liksom god advokatsed, praxis och doktrin, men det finns en gråzon där inga entydiga svar ges. Samtidigt kan man konstatera att försvararens roll i ett vidare perspektiv är satt under debatt, där olika försvararideal hyllas respektive kritiseras. Den slutsatsen ligger nära att det ur dessa ideal hämtas vägledning för hur ett svårt etiskt dilemma skall lösas.

2. Främst professorn vid Yale Law School, Anthony Kronman: The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession, Cambridge, Massachusetts, 1993.

3. Monroe Freedman m.fl.

1.2 Huvudfrågor och grundsatser

Min föresats är att bringa reda i debatten kring försvarandidealen och försöka förstå försvararrollen genom att välja ut typiska försvararproblem och granska dessa problem ur normativ synvinkel.

Min problembehandling går ut på att med hjälp av två konkreta frågor belysa försvararrollen från två skilda perspektiv.

De *två konkreta frågorna* har formulerats utifrån de problem av praktiskt och etiskt slag som inledningsvis berördes.

1. Är försvararen juridiskt sett skyldig att acceptera den misstänktes förfrågan eller domstolens anvisning om försvararuppdrag? Här finns två möjliga lösningar, nämligen att försvararen skall acceptera alla uppdrag respektive får välja bort vissa uppdrag.
2. Är försvararen juridiskt sett skyldig att följa klientens instruktioner om hur uppdraget skall utföras? Här finns fyra möjliga lösningar, nämligen att försvararen skall följa klientens instruktioner, får gå emot klientens instruktioner, får välja ett mellanting (s.k. passiv processföring) respektive får frånträda uppdraget därför att ingen av de andra lösningarna ter sig som möjlig.

De *två skilda perspektiv* jag anlägger på dessa konkreta frågor är följande.

- Vilka är de grundläggande idéer bakom försvararrollen som gör att advokater inom ett och samma rättssystem kan rättfärdiga att de löser ett och samma problem på sinsemellan helt olika sätt? Frågan besvaras genom att argumenten för och emot den ena respektive andra lösningen analyseras.
- Vilka lösningar av advokatens problem är tydligt godtagbara enligt gällande rätt eller kan åtminstone tolkas som en del av gällande rätt? Frågan besvaras genom en rättsdogmatisk studie av gällande normer.

Min problembehandling utgår från följande antaganden. För försvararen uppkommer nästan dagligen i hennes yrkesgärning ett antal viktiga men *svårlösta problem*, som i grunden rör hennes yrkesroll och etik. Problemen är typiskt sett sådana att de löses med *normativ metod*.

Det regelverk som utgörs av lag och god advokatsed (inklusive uttolkningar i litteratur, disciplinnämndspraxis och domstolspraxis), stakar ut en ram inom vilken advokaten *måste* agera för att inte drabbas av rättsliga sanktioner. Dessa normer ger alltså svar på frågan vad som juridiskt sett är tillåtet respektive förbjudet. Inom denna ram finns regler som *inte är fasta* till sitt innehåll. Det finns också regler som klart och tydligt tillåter *flera lösningar* på ett och samma problem. Det finns emellertid ett antal frågor som *inte alls* är reglerade. De problem jag granskar (om försvararen skall eller bör acceptera uppdraget respektive om försvararen skall eller bör följa klientens instruktioner om uppdragets utförande) är just sådana frågor som kan befinna sig inom ramen för vad lag och god advokatsed stipulerar, men som får vaga eller mångtydiga svar eller också inget svar alls.

Trots den ringa vägledning som gällande regler ger, löser försvararna i

praktiken problemen. De smiter inte undan dem. I alla de fall där normerna tillåter olika lösningar eller är öppna för tolkning eller helt enkelt tiger, är det tydligen så att det går att finna riktlinjer eller någon typ av oskriven regel, som kompletterar den skrivna lagen.

Förklaringen till att advokaterna på något sätt finner lösningar på sina svåra dilemman ligger enligt mitt antagande i att det existerar *olika försvarar-ideologier*. Ideologierna utgörs av en samling idéer som tillsammans bildar en *allmän, sammanhållen uppfattning om hur en god försvarare* bör förhålla sig. Ideologierna stöder sig alltså på idéer som kan ge en allmän eller en specifik lösning på det svåra problemet.

Ur dessa ideologier kan man härleda vissa *allmänna riktlinjer* som – likt rättsliga principer – tjänar som vägledning för vilket värde som skall sättas främst vid lösningen av ett konkret problem. Den ideologiska vägledningen utgör inte i dessa fall en klar och enkel norm som ger ett bestämt direktiv för hur frågan skall besvaras. Den fungerar i stället som ett slags kompass vid avvägningen mellan två eller flera värden.

Ur ideologin kan man emellertid också härleda idéer som direkt är formulerade som *normer* eller ur vilka man utan svårighet kan härleda en bestämd sådan norm, som stipulerar exakt vilken lösning som är den "rätta". Likt en juridisk pliktnorm pekar idén ut exakt den lösning på problemet som måste användas.

Ideologierna kan användas både för att förklara och försvara försvararens val av lösning. Det innebär att man med hjälp av försvararideologierna kan dels *identifiera* vissa grundläggande drag i försvararrollen, dels *legitimera* försvararens agerande.

Ideologin ger en *förklaring* på försvararens förhållningssätt genom att den ger svar på frågan: hur kan det komma sig att försvararna faktiskt löser dessa svåra problem och dessutom på olika sätt? Mitt antagande går ut på att valet av lösning inte är slumpmässigt utan följer ett bestämt mönster. Bakom försvararens agerande ligger en (medveten eller omedveten) uppfattning om hur en god försvarare bör lösa problemet. Genom att identifiera dessa uppfattningar kan vi förstå varför advokaten agerar på ett visst sätt. De bakomliggande idéerna och föreställningarna har jag renodlat och på så sätt skapat två försvararideal som jag kallar "vapendragarideologin" och "vägvisarideologin".

Ideologin kan också nyttjas som en källa till *legitimering* av ett visst handlande. Man kan rättfärdiga advokatens val av en viss lösning genom argument som stöder sig på de idéer som ligger bakom försvararideologin. Ett sådant rättfärdigande bör vara planmässigt, dvs. följa vissa typiska mönster i de uppfattningar som finns om vad som brukar anses rättvist, t.ex. att lika fall behandlas lika.

Sammanfattningsvis utgår jag alltså för det första från en idé om ett regelverk som bildar en ram kring försvararens verksamhet och för det andra från att de gråzoner som finns i regelverket kompletteras av försvararideologier. En viktig del av min analys går ut på att analysera avhandlingens huvudproblem med hjälp av begreppsparet vapendragaren och vägvisaren. Idealtyperna är ett

verktyg som hjälper mig att illustrera min idé om försvararideologierna. Via idealtyperna skall jag illustrera hur en försvarare agerar om hon stöder sig på vapendragarideologin eller vägvisarideologin, dvs. vilket val hon träffar när hon löser det konkreta problemet. Argumenten som rättfärdigar vapendragarens handlande stöder sig på idéer som finns i vapendragarideologin och på motsvarande sätt kan man relatera vägvisarens argument till de idéer som ligger bakom vägvisarideologin.

1.3 Syfte och avgränsningar

Ett huvudsakligt syfte med denna avhandling är att skapa en enkel normativ modell som med en juridisk infallsvinkel förklarar varför försvarsadvokater löser ett och samma problem på rakt motsatta sätt. Modellen prövas på och illustreras primärt med hjälp av svensk rätt och de svenska källor som finns om försvararuppdraget och försvararidealen.

Syftet med de delar som studerar gällande rätt är dels att visa inom vilka ramar en svensk försvarsadvokat bör hålla sig, dels att försöka tolka normgivarens och författarnas inställning till försvararens roll.

Ett annat syfte med avhandlingen är att närmare analysera innebörden av och pröva hållbarheten i de argument som försvararen använder för att rättfärdiga sin lösning på de två huvudproblem som avhandlingen fokuserar: Skall advokaten acceptera varje försvararuppdrag? Måste försvararen följa varje klientinstruktion om hur försvararuppdraget skall utföras? Med en sådan arbetsmetod blir det möjligt att skapa ett analytiskt redskap som mera planmässigt kan användas för att åstadkomma tydliga hållpunkter vid lösningen av dessa och liknande problem som försvararen ställs inför i sin yrkesgärning. Argumentationsanalysen är inte normativ i den meningen att jag påstår att det ena eller det andra förhållningssättet är det "riktiga". Beskrivningen av försvararnas förhållningssätt och argument har jag försökt göra så objektiv som möjligt. Jag har inte tagit på mig uppgiften att lämna några direktiv till advokaterna om rätt inställning eller rätt lösning. Under arbetets gång har jag dock inte kunnat undgå att skaffa mig en uppfattning om vilket förhållningssätt jag personligen anser mest rättfärdigt. Min egen inställning har inte färgat analyserna i de problembehandlande kapitlen, eftersom en sådan utgår från mina självtagna värderingar. I avhandlingens slutord redovisar jag min inställning som en rent personlig reflektion.

Genom att klargöra vilka föreställningar som finns om försvararrollen och undersöka relationerna mellan bakomliggande idéer, handling och argument vill jag försöka skapa en ideologisk profil, som kan bidra till att förklara hur aktörerna fattar rationella beslut, och som kan ge styrka till de argument som rättfärdigar beslutet.

En förhoppning jag hyser är att min undersökning skall bidra till att sätta den svenska advokatseden på den rättsvetenskapliga kartan. Min studie är långtifrån heltäckande. Den är emellertid en början till en kartläggning av ett

stort, komplicerat och fascinerande område, som hittills nästan inte behandlats i svensk rättsvetenskap.

Ett annat syfte är att på en allmän nivå öka kännedomen om försvarsadvokaternas yrkesroll och höja kvaliteten på den svenska debatten, som i media understundom tagit sig uttryck som skvallrar om en utbredd okunnighet om försvarsadvokatens funktion i rättsstaten och förhållande till klienten.

Det är slutligen min förhoppning att bidra till att öka intresset för professionsetiska frågor i juristutbildningen. Sverige har länge släpat efter jämfört med exempelvis USA när det gäller att på ett tidigt stadium i utbildningen göra studenterna medvetna om yrkesetiska problem.

Jag vill understryka att detta inte är en sociologisk eller empirisk avhandling. Ett empiriskt arbetssätt skulle resultera i en avhandling som gav svar på frågor såsom hur majoriteten av advokaterna handlar och vad den vanligaste orsaken till detta kan vara. En beteendevetenskapligt vinklad undersökning skulle ge svar på frågor som *"varför handlar* advokaten på det eller det viset, *hur känner* hon inför det eller det problemet". Detta är inte de frågor som jag med min undersökning söker svar på.

Syftet är inte att skriva en handbok för hur advokater skall lösa problem. Jag påstår inte heller att jag beskriver hur den praktiska verkligheten faktiskt ter sig för försvarsadvokaterna. Inte heller har jag föresatt mig att spåra advokatideologiernas ursprung och idéernas uppkomst, eller hur försvararidealen har förändrats under historiens gång och vad som har utgjort drivkrafterna i förändringsprocessen.[4] Detta är inte någon grundläggande studie i frågan om hur advokaternas professionella etik är konstruerad. En sådan studie har nyligen gjorts för skandinavisk del.[5]

Syftet med denna bok har inte varit att genomföra en fullständig utredning om försvararuppdraget och inte heller att göra en filosofisk eller historisk studie i yrkesetik.

Min användning av utländsk rätt och litteratur har som syfte att illustrera, problematisera och inspirera diskussionen i denna text. Jag har i de komparativa delarna begränsat studien till amerikansk och engelsk rätt. Jag har funnit att ett studium av ytterligare rättssystem skulle bli så omfattande att det grundläggande syftet med boken skulle gå förlorat. Amerikansk rätt och doktrin rörande advokatetik är vägledande och synnerligen idérik. Eftersom den amerikanska debatten kring försvararidealen stundom förts i polemik med den engelska, har jag valt att som en jämförelse även citera engelsk litteratur. De praktiska problem jag undersöker har lösts på delvis helt olika sätt i USA och England, vilket gör jämförelsen intressant. Jag gör alltså inte någon djuplodande analys i den amerikanska eller engelska rättskulturen eller diskursen.

Jag kommer endast att utreda brottmålsförsvararens yrkesroll. I civilmålen

4. I min studie och teoribyggnad har jag givetvis funnit intressant material om såväl advokaternas praktiska verklighet som advokatkulturer och idéernas födelse och utveckling. Jag har emellanåt i avhandlingen vidrört dessa fenomen, men bara översiktligt och bara i den mån jag funnit att detta tillfört just min problembehandling något av betydelse.

5. Helle Blomquist: Lawyers' Ethics, Köpenhamn, 2000.

uppstår i och för sig samma typ av etiska problem som i brottmålen. Försvarsadvokater och "civila" advokater har också att, med några få undantag, följa samma regler i lag och god advokatsed. Jag har emellertid valt ut just brottmålen för att illustrera advokaternas dilemman. Brottmålen har en relativt sett enkel struktur, de är indispositiva, partsställningen är klar och de problem försvararen ställs inför är lätta att förstå, även för lekmän. Det är också ganska enkelt att göra jämförelser mellan brottmålsprocessen i olika rättssystem; oavsett om rättegången utspelar sig i Sverige eller någon annanstans, består den alltid av samma aktörer – tilltalad, försvarare, åklagare och domare – och utspelas på ungefär samma sätt.

Jag har vidare, av skäl som kommer att framgå i texten, valt att för svensk del koncentrera studien till offentliga försvarare. Privata försvarare och försvarare som inte är advokater faller utanför denna undersökning.

1.4 Metod och material

Som ovan nämnts utförs undersökningen utifrån två perspektiv. Det rättsdogmatiska perspektivet rör sig främst inom ramen för processrätten och god advokatsed. Den dogmatiska delen består i en kartläggning av gällande rätt och gällande advokatnorm.[6] De frågor jag söker få svar på utgår från två konkreta problem, dvs. huruvida försvararen skall acceptera uppdraget eller har rätt att avböja det, samt huruvida försvararen skall följa klientens önskemål och instruktioner om uppdragets utförande. Frågorna har styrt mitt urval av regler, mina kortfattade historiska utblickar, min användning av komparativ rätt och mina litteraturstudier.

Det andra perspektivet är argumentationsanalytiskt och söker svar på frågorna rörande vilka skäl som ligger bakom förhållandet att advokater löser samma problem på olika sätt samt med vilka argument en försvarare kan rättfärdiga de skilda handlingssätt som föranleds av skälen.

1.4.1 *Svensk gällande rätt*

De rättsdogmatiska delarna av problembehandlingen är genomförda på gängse sätt. Följande klargöranden är dock viktiga för undersökningens uppläggning.

I ett första steg har jag studerat rättskällorna (inklusive god advokatsed), för att se om och i vad mån entydiga svar finns på mina inledningsvis ställda frågor. I den mån det inte gått att finna sådana svar i rättskällorna, har jag genom att studera litteratur och advokatpraxis försökt fastslå vilka normer som – förutom de skrivna – reglerar advokaternas handlande. Gällande rätt består av normer i lag, skriven god advokatsed och publicerad praxis och doktrin, som behandlar försvararuppdraget utifrån olika aspekter. Dessa normer är bindande för advokaterna i det att de sätter vissa yttre gränser för ett rättsligt godtagbart handlande.

Gällande rätt beskrivs i en utredning där jag klassificerar försvararuppdra-

6. Skrivna regler om god advokatsed och normgivande advokatsamfunds uttolkning av dessa.

get och inventerar regler ur vissa, noggrant utvalda, aspekter. De aspekter jag valt har alla det gemensamt att de kan säga något om hur den svenska normgivaren uppfattar försvararens roll i förhållande till de problem jag inledningsvis formulerade. Även rättsreglernas historiska bakgrund har studerats, där detta har kunnat bidra till att kasta ljus över vissa särdrag i svensk lagstiftning och, inte minst, frånvaron av normer i vissa fall.

Den processrättsliga doktrinen i Sverige har nyttjats dels till tolkning av regler och principer i lag, dels för att spåra föreställningar om försvararideal.

Vissa centrala överstatliga konventioner, t.ex. Europakonventionen, har använts för att illustrera dels vilken utbredd uppfattning som finns om försvararens betydelse i rättsstaten, dels vilka krav som dessa ställer på nationell lagstiftning om den misstänktes rätt till försvarare.

Justitiekanslern (JK) får begära åtgärd hos disciplinnämnden mot en advokat som åsidosätter sin plikt och hos advokatsamfundets styrelse mot den som inte längre är behörig att vara advokat.[7] Disciplinnämndens beslut i ett ärende skickas, förutom till berörda parter, till JK. I flera av de disciplinfall jag behandlar ingår referat av JK:s yttranden.

De lagregler som är av intresse för denna studie (eftersom de har något att säga om de problem jag behandlar) är emellertid ganska få. Dessutom har de ofta karaktär av s.k. standardregler, dvs. rättsregler som hänvisar till en måttstock eller standard som ligger utanför rättsordningen. Det heter i processlagberedningens förslag till rättegångsbalk (PLB): "Tydligt är, att stora svårigheter möta att med hänsyn till de olika uppgifter, som kunna anförtros advokat, närmare angiva advokats skyldigheter."[8] Det heter vidare: "Att i lagen uppställa några uttömmande regler rörande försvarares skyldigheter torde ej vara möjligt."[9] Det centrala stadgandet om advokatens skyldigheter i RB 8:4 hänvisar därför till god advokatsed. PLB fastslog i förslaget till rättegångsbalk att såväl organisationen av och tillsynen över advokatväsendet som utvecklingen av begreppet god advokatsed bör tillkomma advokatsamfundets styrelse.[10]

Rättsbildningen beträffande försvarares yrkesgärning återfinns i viss mån i domstolsavgöranden av olika slag. Rörande prövning av ersättning till offentlig försvarare kan HD tillkännage vilket slags arbete som är ersättningsgillt och därmed skall anses ingå i en försvarares plikter gentemot sin klient. I prejudikat som rör entledigande av offentlig försvarare kan man också spåra HD:s uppfattning om försvarares plikter. I några fall, som dock är mindre vanligt förekommande, har det blivit HD:s sak att bedöma vissa åtgärder eller visst förfarande från en advokats sida utan att fråga varit om jämkat arvode eller entledigande.[11]

7. RB 8:6 st. 3, 8:8. Förordning (1975:1345) med instruktion för Justitiekanslern.
8. PLB s. 131.
9. PLB s. 276.
10. PLB s. 129 f.
11. NJA 1992 s. 139. En advokat hade tillsammans med sina huvudmän lämnat pågående huvudförhandling i syfte att efter tredskodom kunna åberopa viss bevisning som avvisats vid förhandlingen.

Vidare har advokater en exklusiv rätt att föra talan mot advokatsamfundets beslut om uteslutning genom att överklaga direkt till HD.[12] Prövning av beslut om vägrat inträde görs också direkt till HD, varvid samfundets bedömning av lämplighetsfrågan ansetts böra frånträdas endast om särskilt förhållande föranleder detta.[13] Rent generellt har HD endast i undantagsfall frångått disciplinnämndens bedömning i uteslutningsfrågor.[14]

Av vad som ovan sagts framgår att Sveriges advokatsamfunds styrelse har fått mandat av lagstiftaren att bestämma innebörden av god advokatsed. Advokatsamfundets normgivningsmakt är fastslagen i rättegångsbalkens 8 kap. och landets högsta domstol behandlar samfundets yttranden rörande god advokatsed som en källa av betydelse, om än inte avgörande sådan.[15]

Vad god advokatsed kräver är inte närmare angivet vare sig i RB eller i stadgarna för Sveriges advokatsamfund. Normer därom har utbildats inom advokatkåren och kommer till uttryck i avgöranden av Sveriges advokatsamfunds styrelse och disciplinnämnd. God advokatsed består därför dels av advokatsamfundets skrivna regler, dels disciplinnämndspraxis.

En relevant fråga är naturligtvis huruvida den rättsbildning som sker på disciplinnämndsnivå har prejudikatsvärde.

Svenska regler om god advokatsed (SRGA) utfärdades för första gången år 1971. Reglerna utgör i allt väsentligt en kodifiering av de normer som dittills hade tillämpats och upprätthållits i styrelsens och disciplinnämndens praxis. Styrelsen framhåller i ingressen till SRGA att dessa har till syfte att vara vägledande och att det är "omöjligt att i skrift reglera alla de skiftande förhållanden och frågor som kan uppkomma i en advokats verksamhet".[16] Reglerna är inte på långt när uttömmande och får inte uppfattas så att allt som inte uttryckligen är förbjudet skulle vara tillåtet. Å andra sidan innebär reglerna inte heller att varje avsteg från dem nödvändigtvis måste föranleda disciplinär påföljd. Detta, heter det, är en fråga som får bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

De av disciplinnämndens avgöranden, som anses ha allmänt intresse, publiceras regelbundet i tidskriften Advokaten/TSA (här cit. TSA) under rubriken

12. RB 8:8. Uteslutningsfallen rör ofta frågan om advokaten grovt åsidosatt sina plikter, exempelvis genom att i sin verksamhet uppsåtligen främja orätt eller förfara oredligt, NJA 1949 s. 239 och NJA 1994 s. 688.

13. NJA 1991 s. 232. I skälen yttrar HD bl.a.: "Advokatsamfundet prövar genom sin styrelse varje år ett stort antal ärenden avseende inträde i samfundet. (...) samfundet uppställer förhållandevis stränga krav beträffande de sökandes allmänna lämplighet... Med hänsyn till samfundets ställning och erfarenheter bör samfundets egen bedömning i intagningsärenden, särskilt när den är enhällig, tillmätas stor betydelse vid överklagande. (...) Mot bakgrund härav bör samfundets beslut i lämplighetsfrågan frångås endast om utredningen i besvärsmålet utvisar att de anmärkningar som samfundets beslut grundats på inte har den omfattning eller styrka som samfundet har utgått från ... eller om något annat särskilt förhållande föranleder därtill."

14. Se t.ex. NJA 1991 s. 293. Fallet är ett av de få prejudikat som finns där HD gör en mera ingående tolkning av begreppet god advokatsed. Fallet rör uteslutning av en advokat som varit sin häktade klient behjälplig med diverse kommunikationer med omvärlden. HD gick i princip på disciplinnämndens linje.

15. Se Heuman: Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar, Stockholm 1987, s. 24–25.

16. Jämför PLB s. 131 och 276.

"Till tolkningen av begreppet god advokatsed". Avgörandena skall i princip ge uttryck för den advokatetik som kodifierats i SRGA. Avgörandena är till sin struktur uppbyggda på ett sätt som påminner om domstolsavgöranden och har i allt väsentligt samma genomslagskraft som en dom har i förhållande till den enskilde, alltså advokaten. Genomslagskraften för disciplinnämndens avgöranden måste sammanfattningsvis betraktas som god.[17] Avgörandena uppfyller därför åtminstone vissa grundläggande krav som av hävd ställts på rättsbildning.[18]

Advokatsamfundets disciplinverksamhet har kritiserats i olika sammanhang. I en motion 1995 begärdes att disciplinnämndens sammansättning skulle ändras på så sätt att majoriteten av ledamöterna skulle vara offentliga representanter samt att till ordförande skulle utses en högt kvalificerad domare.[19] Liknande motionsyrkanden har behandlats av JuU vid ett flertal tidigare tillfällen.[20]

Disciplinverksamheten har också varit föremål för översyn och vissa reformer från advokatsamfundets sida. 1994 års kommitté för översyn av advokatsamfundets disciplinförfarande (samfundets egen utredning) fann till exempel att muntlig förhandling inför nämnden borde utformas enligt en mera kontradiktorisk princip.[21]

Den utifrån kommande kritiken mot disciplinverksamheten riktas ofta mot två företeelser. Den ena företeelsen, advokaters eventuella medverkan i ekonomisk brottslighet, har varit föremål för offentliga utredningar och har lett till vissa ändringar i lag och SRGA.[22] Den andra företeelsen, som i synnerhet i media fått uppmärksamhet, är det faktum att majoriteten i disciplinnämnden består av advokater (varvid man antytt att bedömningen skulle vara kollegial och för mild).[23] I fråga om den senare företeelsen förtjänar påpekas att de utredningar som gång efter annan företagits konstaterat att det saknats anledning till kritik mot samfundets sätt att utöva den disciplinära verksamheten; tvärtom har man funnit att "samfundet inte tvekat att gå fram med stränghet mot missförhållanden som riktat sig mot det allmänna".[24]

17. Jag har inte genomfört någon statistisk undersökning av i vilken omfattning advokatkårens ledamöter fortlöpande tar del av de publicerade besluten. Enligt min uppfattning är det dock en mycket stor del av kåren som läser disciplinnämndens beslut i TSA.

18. Det vill säga beslutet fattas efter ett sammanträde, där man tagit del av parternas inställning i frågan. Om inte majoriteten är överens, skrivs de oenigas beslut ut i referatet. Slutligen publiceras beslutet i en källa, som når alla advokater. Advokaterna tar av allt att döma del av besluten och låter sig vägledas av dem.

19. Se JuU1995/96:15.

20. Den senaste före 1995 framfördes i JuU 1993/94:20.

21. SOU 1999:31 s. 45.

22. BRÅ PM 1979:8 och SOU 1984:15. Båda utredningarna berörs längre fram.

23. Se vidare SOU 1999:31, s. 44–47.

24. JuU 1981/82:34 s. 9. Se även SOU 1999:31. För egen del kan jag, efter att ha studerat ett mycket stort antal disciplinärenden, inte annat än hålla med. Det finns ingenting som tyder på att advokatsamfundets bedömning av kollegor skulle vara präglad av mildhet eller eftergivenhet. Tvärtom ligger det nog närmare till hands att utgå ifrån att det ligger i advokatsamfundets egenintresse att rensa ut misshagliga element ur kåren.

Ett betydande problem i detta sammanhang är bristen på offentlig insyn, vilket också påtalats i den allmänna debatten kring disciplinnämndens verksamhet.[25] Bristen på insyn hänger samman med att advokatsamfundet inte är att betrakta som en myndighet i sekretesslagens eller tryckfrihetsförordningens mening.[26]

Det är disciplinnämnden som avgör om ett beslut i ett disciplinärende helt eller delvis skall offentliggöras. De beslut som publiceras i TSA eller på advokatsamfundets hemsida[27] är i princip alltid avidentifierade. Endast via JK:s kansli finns offentlig insyn i disciplinärendena. JK erhåller samtliga beslut, men det är endast om någon oklarhet upptäcks vid föredragningen av JK:s byråchefer, som hela akten begärs in från advokatsamfundet. Själva handläggningen i styrelse och disciplinnämnd kan alltså visserligen vara muntlig, t.ex. vid hörande av ledamot, men den är inte offentlig. Samfundets organ har inte ansetts hänförliga till begreppet domstol i RF 2:11 2 st.[28]

Offentlig insyn direkt hos disciplinnämnden förekommer alltså inte. Kritiken mot detta förhållande går givetvis ut på att den rättssökande allmänheten knappast har någon insyn alls i handläggningen av disciplinärenden. Det är alltså svårt för en lekman som söker rättsligt biträde att få reda på om advokaten varit föremål för disciplinära åtgärder.[29] Även för den enskilda advokat som är föremål för sådana åtgärder kan bristen på offentlig insyn, åtminstone i vissa avseenden, betraktas som en nackdel ur rättssäkerhetssynpunkt.[30]

Advokatkommittén,[31] med vilken Edelstam synes instämma, förespråkar ökad offentlighet i disciplinnämndens handläggning.[32] Man föreslår också att möjligheterna till överklagande utvidgas på så sätt att den som drabbas av disciplinåtgärd (och alltså inte bara den som utesluts resp. vägras inträde) skall kunna överklaga beslutet. Därmed skulle man kunna bota bristen på offentlighet genom att talan mot samfundets och disciplinnämndens beslut skulle föras i Svea hovrätt.[33] Då f.n. ingen sådan överklaganderätt finns, borde den som är föremål för det disciplinära förfarandet enligt Edelstam kunna kräva att förhandlingen vid disciplinnämnden är offentlig.

Ett annat betydelsefullt problem är att kvaliteten på disciplinnämndens avgöranden inte alltid uppfyller de krav som, åtminstone ur rättsvetenskaplig synvinkel, måste vara uppfyllda för att en granskning skall vara meningsfull och för att en tolkning skall kunna kontrolleras och kritiseras. Det är inte i alla fall som motiveringen för avgörandena är särskilt utförlig; ibland är den intet-

25. SOU 1999:31 ibid.

26. Enligt HD är disciplinnämnden ej att anse som förvaltningsmyndighet, NJA 1993 s. 405.

27. "www.advokatsamfundet.se"

28. Se Edelstam: Offentlighet och sekretess i rättegång. Stockholm 2001, s. 394 f. (Nedan cit. Edelstam.)

29. Se Ebervall, SDS 960603, "Varudeklarera advokatkåren".

30. Edelstam gör gällande att man borde kunna hävda att Europakonventionen kräver att förhandlingar i disciplinärenden mot advokater borde vara offentliga, a.a. s. 400.

31. SOU 1999:31.

32. Edelstam a.a. s. 401.

33. SOU 1999:31 s. 21 och s. 172 ff. Hovrättens beslut skulle sedan kunna överklagas hos HD, dock efter prövningstillstånd.

sägande. Så till exempel ser man ofta lokutionen "genom att förfara på ovan angivna sätt har A åsidosatt sina plikter som advokat och tilldelas en erinran/varning". Dessutom har disciplinnämnden som princip att sällan eller aldrig ange vilket stadgande i SRGA som vederbörande överträtt.

Det sagda innebär att jag måste tillämpa en speciell metod vid utvärderingen av de vägledande avgöranden som finns att tillgå inom mitt rättsområde. Disciplinnämndens avgöranden uppvisar som sagt ofta brister i fråga om närmare motiveringar.[34] Dessutom regleras endast i undantagsfall just brottmålsförsvararens verksamhet i SRGA:s paragrafer. SRGA innehåller däremot en del regler som gäller för advokatverksamhet i allmänhet. Jag har därför i denna studie ofta tvingats tillämpa en tolkningsmetod där jag kombinerar (försiktiga) analogier med SRGA:s regler för civilrättsliga uppdrag med principer i lag och domstolspraxis. Jag har under arbetet med avhandlingen studerat en mycket stor mängd disciplinnämndsavgöranden. De beslut som refereras i denna text är i allmänhet sådana att ganska tydliga motiveringar kan utläsas.

När det gäller tolkningen av disciplinnämndens avgöranden måste man dock hålla i minnet att det i allmänhet uppfattas vara fråga om en strikt *in casu*-bedömning, något som f.ö. gäller generellt för advokatfrågor, alltså även i HD.

Hur vägledande är *in casu*-bedömningar egentligen för förståelsen av god advokatsed? Det är typiskt för all advokatsed, alltså även ur ett komparativt perspektiv, att den som studerar avgöranden i advokatfrågor blir varnad för att dra alltför långtgående slutsatser eftersom fallen har så unik prägel. Mot detta synsätt kan kritik resas. I en artikel från 1998 i Criminal Law Review framhålls vikten av att anlägga ett principiellt synsätt på advokatetiska problem i stället för att ständigt hänvisa till *in casu*-karaktären hos de praktiska fallen: "... for a decision to be ethical, it must be made on principle. Some practising lawyers, when discussing the problems ..., tend to argue that 'it is all dependable on the facts of the case'. This is a dangerous argument: the facts of cases do indeed vary, sometimes requiring particular judgments to be made, but that should not obscure the importance of common principles and starting points."[35]

Jag har i min tolkning tagit fasta på de principer som avgörandena ger uttryck för. För att kunna dra principiella slutsatser tvingas man överge idén om det konkreta fallet. Man får i stället sortera in fallen efter gemensamma nämnare och söka identifiera mönster, som kan vara tydliga trots de intetsägande

34. Bristerna härvidlag, brukar man hävda från advokatsamfundets sida, beror på disciplinnämndens arbetsbörda. Medan disciplinärendena ständigt ökar, kvarstår antalet ledamöter i nämnden på samma nivå sedan flera år tillbaka. Nämnden arbetar också under betydande tidspress, då man numera har ambitionen att kunna meddela och publicera besluten inom loppet av några månader. Som exempel kan anges att år 1980 slutbehandlades 54 disciplinärenden (sex ledamöter inkl. ordf.), vilket kan jämföras med 1996 års 149 ärenden som av styrelsen hänskjutits till disciplinnämnden, som nu består av elva ledamöter inkl. ordf. och två icke-advokater. (Källor: TSA 1980 samt SOU 1999:31 s. 94.)

35. Meredith Blake & Andrew Ashworth: Some Ethical Issues in Prosecuting and Defending Criminal Cases, Crim. L. R. (1998) 16. (Nedan cit. Blake & Ashworth.)

domskälen. Jag kommer i min forskning att dra slutsatser av just *in casu*-material. Skälen för dessa slutsatser kommer att redovisas i form av öppna resonemang, där jag följer principer som utstakats i de argumentationsanalyser som förekommer i denna bok.

I den rättsdogmatiska diskussionen har jag gjort jämförelser med utländsk rätt och utländsk doktrin där detta har varit värdefullt för förståelsen av behandlade problem. Jag har valt ut två rättssystem till jämförelse med det svenska: det amerikanska (USA) och det engelska. Genom att studera hur vissa konkreta problem har lösts i utländsk rätt kan man bättre belysa och därmed förstå de svenska lösningarna på problemen. Därvid har jag givetvis beaktat de viktiga skillnader som de olika rättssystemen har.

I Sverige har det på bred front genomförda systemet med offentliga försvarare fått stor genomslagskraft på den svenska försvararrollen och säkert bidragit till att i flera viktiga avseenden skilja den svenska försvararrollen från de utländska. I den mån rättsreglerna skiljer sig åt på ett sätt som fått stort inflytande på advokatens handlingsfrihet, har jag tagit hänsyn till detta. I amerikansk rätt har exempelvis regler om *plea bargain* och om den tilltalades hörande under ed mycket stor betydelse för försvararens agerande. Vissa grundläggande processuella principer, som skiljer sig åt mellan rättssystemen, har också betydelse för försvararrollen. Exempel på sådana principer är den i USA grundlagsskyddade rätten för tilltalade att tiga, med korresponderande tystnadsplikt för advokater. I England har regeln om plikt att acceptera alla försvararuppdrag (cab rank-regeln) central betydelse för det första av de konkreta problem jag behandlar.

Oaktat de rättskulturella, processuella och konstitutionella skillnaderna mellan de tre rättssystemen, har jag funnit ett mycket betydelsefullt stöd i den utländska doktrinen. I den amerikanska doktrinens debatt om försvararrollen finner man att det är vissa nyckelfrågor som ständigt återkommer. Till dessa nyckelfrågor hör just de problem jag utreder i denna studie. Bakom de på ytan helt olika rättegångsreglerna finner man ofta samma grundläggande problem. Nyckelfrågan om hur försvararen bör förhålla sig till klientens eventuella skuld och sanningsenlighet aktualiseras till exempel genom de amerikanska regler som tillåter att klienten hörs under ed. Frågan om försvararen då skall låta klienten vittna eller inte och problemet som den amerikanska försvararen har i och med faran för mened, är egentligen en fråga om klientens eventuella skuld och sanningsenlighet. I Sverige har inte försvararen något menedsproblem för den tilltalade att ta hänsyn till, men hon processar under sanningsplikt och måste på ett eller annat sätt förhålla sig till frågan om hon tror på klienten eller inte.

Den svenska lagstiftaren har många gånger inte beaktat försvararens problem på det sätt jag presenterar dem här. Det lämnas, av olika anledningar, mycket eller ganska mycket utrymme för skön för den enskilda advokaten. Vid sidan av de, om inte heltäckande, så i alla fall ganska tydliga regler, som finns i gällande rätt, finns alltså ett tämligen stort handlingsutrymme för försvararen.

Jag skall ge ett exempel. Lag och advokatsed stipulerar i de rättssystem jag undersökt, att försvararen har plikt till lojalitet mot sin klient. Lojalitetsplikten är en typisk ramregel. Den anger vissa gränser inom vilka försvararen skall hålla sig, men innehåller också ett stort utrymme för en rad olika handlingsalternativ. Många gånger – säkert i majoriteten av fallen – innebär inte valet av alternativ något svårt dilemma för advokaterna. Man väljer ett alternativ därför att det ter sig självklart. Detta bör innebära att i normalfallen väljer även advokater med helt olika ideologisk profil samma alternativ. Men när det gäller de svåra fallen, när det verkligen uppstått ett närmast olösligt moraliskt och etiskt dilemma, då väljer de olika advokaterna olika alternativ. Den ena försvararen väljer att acceptera ett kontroversiellt uppdrag, medan den andra avböjer. Den ena försvararen väljer att följa klientens instruktioner, medan den andra går emot instruktionerna och den tredje finner valet så svårt att hon frånträder försvararuppdraget. Och det är här, i det fria handlingsfältet innanför ramen, som man i advokaternas val av handlingssätt kan spåra olika ideologier.

I min problembehandling har jag, som tidigare sagts, i princip fått använda mig av två olika slags metoder. Den rättsdogmatiska metoden har beskrivits ovan. De avsnitt av avhandlingen som har till syfte att beskriva och analysera försvararideologierna har krävt en annan typ av metod än den klassiskt dogmatiska.

1.4.2 *Idéer och argument*

De delar som behandlar försvararideologierna har präglats av ett slags argumentationsanalys. Analysen kartlägger relationerna mellan de idéer som ligger bakom ett visst förhållningssätt (försvararideologin), det handlingssätt idéerna föranleder och slutligen de argument som kan anföras *pro et contra* ett visst agerande. Om det går att påvisa en logisk relation mellan idé, handling och argument, kan man tydliggöra en viss ideologisk profil.

I argumentationsanalysen utgår jag från *renodlade fall*. Varje fall representerar ett moraliskt dilemma, där försvararen tvingas välja mellan flera värden. Hur hon än gör, uppstår alltid problemet att hon måste välja ett värde framför ett annat. I en sådan analys kan man självklart låta sig inspireras av idéer i utländsk litteratur. Det renodlade problemet är universellt, liksom argumentationen.

I och med att idéerna bakom ett visst ideal pekar i en viss riktning, kommer aktören (försvararen) att handla i enlighet med idealet. När hon utför handlingen (t.ex. följer klientens instruktioner om att bli fälld eller friad) måste hon givetvis ta hänsyn till de regler som gäller i rättssystemet där hon verkar. Annars vore handlingen meningslös och skulle inte fylla sitt syfte. Det är emellertid inte de gällande reglerna som i första hand avgör hur hon skall bete sig (annat än i de fall där det tilltänkta alternativet är klart otillåtet). Är både handlingen p och handlingen q tillåtna inom systemet, väljer hon lösning på

grundval av sin egen uppfattning om hur en god försvarare bör förhålla sig. Hon väljer den lösning som bäst passar ihop med det försvararideal hon hyllar och bekänner sig till.

Jag har valt att arbeta med två ideologier, som jag kallar vapendragarideologin och vägvisarideologin. Dessa två ideologier representeras av två korresponderande idealtyper. Det finns säkert många varianter av dessa grundmodeller. I första början av mitt forskningsarbete laborerade jag med fyra eller fem olika försvarartyper. Så småningom upptäckte jag att den mest effektiva metoden var att renodla försvarartyperna och de bakomliggande idealen. Genom att skapa två diametralt motsatta typer kunde jag både tydliggöra min hypotes och skapa en lättfattlig plattform för debatt och diskussion. En klar och tydlig dikotomi mellan två extremer är en idealisk utgångspunkt för en allsidig belysning och analys. Argumenten *pro et contra* ett visst ideal kan då lätt ställas mot varandra.

Det är frågorna som har fått styra min metod. Arbetet med analyserna är av denna anledning i princip helt och hållet uppbyggd på litteraturstudier. Svensk doktrin i advokatfrågor är sparsam. Skälen bakom detta förhållande är förmodligen av rättskulturellt slag. Gällande rättegångsbalk med principer som muntlighet och omedelbarhet har på ett avgörande sätt bidragit till utvecklingen av de juridiska yrkesrollerna. RB har emellertid inte tillämpats i mer än i omkring 50 år, varför de specifika yrkesetiska problem som uppstår i den moderna processen inte har stöd i någon klassisk forskningstradition i Sverige. Den svenska juristutbildningen har endast i begränsad omfattning tagit upp problem av yrkesetiskt slag. Orsakerna till att svensk rättskultur ser ut som den gör är många och av skiftande slag. Uppsalaskolans hyllning av en rättsvetenskap, som noggrant skiljer mellan värderingar och fakta, har haft stort inflytande på svensk rättsvetenskap, men förmodligen inte på det sätt som de populära föreställningarna tycks göra gällande.[36]

Diskussionen i svensk doktrin ger i och för sig en bild av hur de svenska normgivarna och processualisterna uppfattar advokatens roll i förhållande till klienten och klientens önskemål. För vägledning i litteraturform är man hänvisad till artiklar och enstaka böcker, varav endast få är skrivna av rättsvetenskapsmän,[37] och framför allt till Holger Wiklunds klassiska bok om god advokatsed.

36. Hägerströms och Uppsalaskolans värdenihilism, som till exempel förnekar varje form av idealistisk metafysik, har länge – och förmodligen djupt orättvist – beskyllts för att ha reducerat svensk rättsvetenskap till ren positivism. I själva verket var Hägerström kritisk mot den klassiska rättspositivismen. Om man jämför svensk doktrin med exempelvis amerikansk, ser man dock utan tvekan att den svenska – i synnerhet den äldre – är försiktigare med att uttrycka värderingar. Sedan kan man naturligtvis diskutera vilka omdömen och ställningstaganden som verkligen är sant värderingsfria. Även svenska processualister uttrycker värderingar.

37. Någon mera övergripande svensk rättsvetenskaplig studie i advokatetik och advokatens professionsproblem har inte gjorts. I svensk rättsvetenskaplig doktrin har dock vissa specifika advokatetiska problem granskats. Heumans Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar är en studie av advokatens rättsutredningsansvar. Patricia Shaugnessys doktorsavhandling The Attorney-Client Privilege. A Comparative Study of American, Swedish and EU Law, från 2001, är en jämförelse av hur olika rättsystem behandlar advokatens tystnadsplikt.

Wiklunds bok – den mest heltäckande studien i svensk advokatsed – börjar emellertid delvis bli lite föråldrad.[38] Wiklund var advokat och boken är inte en rättsvetenskaplig analys, utan en studie av svensk praxis med kortfattade jämförelser med utländsk advokatsed. Wiklund har dessutom i ganska stor utsträckning koncentrerat sin framställning till de civila advokatuppdragen och den mångfald av praktiska problem, som disciplinnämnden bedömt. Försvararens problem, konstaterar Wiklund gång på gång, står i en klass för sig och det är tydligt att försvararetiken anses svår att penetrera och precisera.

Den bild av den svenska advokatrollen som framträder i Wiklunds bok ger ett idealiserat och strömlinjeformat intryck. Advokatens mångbottnade roll problematiseras knappast, utan man får närmast intryck av att det finns två sorters advokater: goda (som håller etikens fana högt) och dåliga (som drar på sig anmärkningar). Det är något som saknas i denna enkla bild. Ideologiska resonemang har helt enkelt inte förekommit i svensk rätt i särskilt stor omfattning. Som redan påpekats, är den svenska doktrinen rörande juridisk professionsetik i hög grad präglad av positivrättsliga analyser.

Etiska dilemman, som uppstår när försvararen ställs mellan klienten och samhället, är i sin mest renodlade form universella. Denna uppfattning har jag med bred marginal fått bekräftelse på under mina studieresor till olika länder. Försvarare i Tjeckien, Nederländerna, Danmark, Frankrike, Skottland, England, och USA har alla ungefär samma problem med de frågor jag inledningsvis ställde. Det rättssystem de verkar i och de regler de har att följa kan skilja sig åt, men den grundläggande etiska problematiken är densamma. De etiska regelverken visar på ytterst små variationer från land till land och tycks utgå från samma grundsyn. Sir Thomas Lund, som skrev ett av de tidigaste verken om engelsk advokatsed, påpekade att advokaterna i många länder "throughout the world" för sig själva har uppställt "substantially the same standards of professional ethics".[39] Detta medför att ett dilemma som uppstår för den amerikanska försvarare, som måste fatta ett beslut huruvida hon skall följa en skyldig klients instruktioner om att bli friad, under vissa förutsättningar kan överföras till svenska förhållanden, både såvitt avser problemformulering som problemlösning.

För att kunna penetrera de advokatetiska problemen på ett fullödigt sätt, har jag alltså i stor utsträckning fått stödja mig på utländsk litteratur. Den svenska litteraturen om försvararfrågor ger helt enkelt inte tillräckligt underlag för att möjliggöra uppbyggandet av tydliga försvararideologier. Den litteratur om advokatetik, som framför allt finns i USA, ger idéer och perspektiv som på ett fruktbart sätt kan testas på vår inhemska advokatroll. I den amerikanska doktrinen har advokatidealen under de senaste tre decennierna belysts och kritiserats i en intensiv debatt. Denna debatt har satt många intressanta problem under belysning och i hög grad fungerat som idégivare för mitt arbete. Den engelska debatten studeras också, i den mån vissa aspekter i det unika

38. Boken utkom 1973 och behandlar sådant material som var tillgängligt fram till 1972.
39. Lund: "The Professional Conduct and Etiquette of Solicitors", s. 18. London 1960.

engelska systemet utgör ett intressant jämförelseobjekt. Detta gäller särskilt som man i engelsk debatt om god advokatsed ofta relaterar sina förhållningssätt till god advokatsed i USA.

Debatt om advokatetik, ofta på en hög nivå, har pågått sedan 1800-talet i USA. Amerikanska advokater hade skrivna regler om god advokatsed innan vi i Sverige ens hade ett lagligen reglerat advokatstånd.[40] Den amerikanska traditionen att uppmärksamma och diskutera yrkesetiska frågor grundläggs redan i juristutbildningen. *Legal ethics* står på schemat i alla delstaternas *law schools.*

Den amerikanska litteraturen om advokatetik är därför helt nödvändig för varje studium om advokatrollen. Jag har i denna bok till mycket stor del stött mig på de stora, ofta internationellt erkända, verken i *lawyers' ethics,* skrivna av författare som Charles Wolfram, William Simon, Anthony Kronman och Monroe Freedman. Att jag huvudsakligen valt standardverken beror på att jag velat koncentrera min egen framställning genom att utnyttja de principiella och vida formuleringar som ofta återkommer i denna litteratur. Dessa allmänt vedertagna formuleringar får anses utgöra en betydande del av de amerikanska idéerna om generella advokatideal. I vissa fall har jag också hämtat idéer från speciallitteratur och artiklar där intressanta eller kontroversiella synpunkter på försvararrollen framförts.

Det speciella för den amerikanska advokatetiska litteraturen är att den ofta är skriven av författare som är både rättsvetenskapsmän och praktiker. Det är vanligt att professorer i amerikanska *law schools* är ute och praktiserar i domstolarna, tar försvararuppdrag som de finner intressanta och har klienter. Den amerikanska litteraturen är därför inte bara riklig utan ofta mycket väl underbyggd i både teoretisk och praktisk bemärkelse.

Även engelska författare har i viss mån belyst de frågor jag intresserat mig för. Den unika engelska barristerrollen för med sig diskussioner om advokaten som en *officer of the court,* alltså en advokat med en utpräglad rättsordningslojalitet, men också principer som talar för en ytterst klientorienterad advokat, som exempelvis *cab rank*-regeln.

Engelsk doktrin avseende god advokatsed är inte på långt när lika uttömmande som amerikansk. Faktum är att engelsk advokatetisk litteratur, liksom sin svenska motsvarighet, till stor del endast bestått av skrivna regler för solicitors och barristers samt de båda "branschorganisationernas" publikationer i yrkesfrågor.[41] Signifikativt för sådana publikationer är att de är dogmatiskt hållna och knappast alls tar upp etiska och moraliska frågor – definitivt inte i närheten av den omfattning som de amerikanska motsvarigheterna gör. Juri-

40. Först i och med RB:s ikraftträdande den 1 januari 1948 blev det svenska advokatväsendet rättsligen reglerat. Detta kan jämföras med det första skrivna amerikanska regelverket om advokater, som kom ut år 1880 i form av the Alabama Code.

41. Law Society och Bar Council har numera blivit synnerligen livaktiga och öppna sammanslutningar som ordnar seminarier, workshops och vidareutbildningar och ger ut nyhetsbrev i stor omfattning. Man deltar också i lagstiftningsarbetet via kommittéer och utskott som avger remissyttranden etc.

disk etik har inte heller funnits på schemat i juristutbildningarna särskilt länge i England och Wales. Studiet av juridisk etik i allmänhet och advokatetik i synnerhet har därför inte någon tradition att tala om i det i övrigt så oerhört traditionstyngda engelska rättssystemet.[42]

Engelska advokatkårens förmåga till egenkontroll eller till och med självrannsakan är numera ifrågasatt och dess yrkesetik och oberoende ställning har utsatts för stundtals bitska attacker från såväl stat som allmänhet. Författarna till en av de första systematiska granskningarna av engelsk advokatetik, Andrew Boon och Jennifer Levin, apostroferar just detta förhållande. Det är värt att konstatera att deras bok utkom år 1999.[43] Mot bakgrund av vad som sagts är det föga förvånande att Boon och Levin i inledningen till kapitlet om advokater och klienter citerar just en amerikansk författare.[44]

Den utländska litteraturen har främst tjänat som inspiration. Det var vid studiet av författare som Monroe Freedman, som jag först fick idén till vapendragarideologin. Genom att studera vilka problem som återkommer i den utländska diskussionen och beakta olikheterna mellan de ideal som framskymtar, har jag kunnat skapa de försvararideologier och idealtyper jag arbetar med i denna avhandling. Utländsk doktrin tolkas alltså ganska fritt i denna bok. De idéer jag funnit där har fått bilda hållpunkter i mitt teoribygge kring försvararideologierna. Det är främst i den amerikanska litteraturen jag funnit bärkraftiga argument för och emot ett visst ideal.

Litteraturen har också givit god bakgrundskännedom om de allmänt utbredda uppfattningar om försvararrollen som finns i en demokrati av västerländsk typ. Den utländska litteraturen ger således inga entydiga svar på frågorna i förhållande till svensk rätt. De utländska rättsfall och författare jag citerar tjänar främst som illustration av mina idéer om försvararideologierna.

1.4.3 *Försvararideologier och idealtyper*

Som verktyg för min argumentationsanalys har jag använt mig av ideologier och idealtyper. Ideologierna får representera de bakomliggande uppfattningarna om en god försvarare och idealtyperna är en praktisk manifestation av dessa bakomliggande idéer.

Ideologi är ett uttryck som stammar från grekiskans *eidos*, idé, och *logos*, lära. Under tidigt 1800-tal sökte man med utgångspunkt i psykologin och antropologin genomföra empiriska undersökningar av idéers uppkomst och utveckling. Så småningom blev – i synnerhet genom Marx – begreppet starkt po-

42. Se t.ex. Andrew Boon & Jennifer Levin: The Ethics and Conduct of Lawyers in England and Wales. (Oxford 1999), förordet s. *v.* (Cit. Boon & Levin).

43. Såväl Boon (University of Westminster) som Levin (University of Wales Swansea) skriver i egenskap av vetenskapsmän och deras bok är en av de första i England som behandlar advokatetik som en akademisk disciplin.

44. De citerade författarna utgår från David Lubans resonemang Partisanship, Betrayal and Autonomy in the Lawyer/Client Relationship (1990) 90 Columbia Law Review 1004 och i Lawyers and Justice (Princeton 1988).

litiskt färgat. Marx' kritik om "ideologi" som en falsk teori om världen har haft och har fortfarande ett mycket stort inflytande på den moderna filosofiska debatten.[45]

När jag här använder uttrycket ideologi, skall det emellertid uppfattas i en filosofiskt neutral mening. Det betyder här varken mer eller mindre än en lära, en teori eller "skola" som är uppbyggd av ett antal föreställningar om hur en god försvarare bör förhålla sig.

Ideologi, säger Duncan Kennedy, är universalisering av gruppintressen.[46] Jag använder min teori om försvararideologierna som en förklaring till hur de olika försvarargrupperna kan tolka samma regler på olika sätt. Kännetecknande för att en konflikt mellan olika tolkningar skall kallas ideologisk, är bland annat att "there must be something recognizable as a 'body of thought', a discourse, a sequence of texts, that can be 'applied' or brought to bear over and over again to produce arguments in favor of rule definitions that will favor the interest."[47] En ideologi, fortsätter Kennedy, behöver inte vara en rigid doktrin; inte heller går det att exakt bestämma om det är ideologin som har skapat idéerna eller vice versa: "An ideology is a 'project'... (...) People's understanding of their interests comes about in the context of universalization into ideology, as well as vice versa, so ideology can shape interests, as well as vice versa. Ideology is not a superstructure responding to interests that are 'materially based' or otherwise just 'given', nor is it a 'pure' domain of ideas."[48] Jag använder i detta arbete ideologierna som en samlingsbeteckning på de ideal, idéer och föreställningar som ger upphov till en viss tolkning av de gemensamma begrepp, t.ex. etiska regler, som existerar i advokaternas yrkesvärld. Dessa föreställningar eller idéer bildar ett slags sammanhängande profil som jag kallar en "advokatideologi" eller "försvararideologi".

Begreppet försvararideologi ligger nära begreppet professionell etik. Den professionella etiken har främst studerats inom ramen för sociologin.

> Inom samhällsvetenskapen och sociologin i synnerhet uppstod redan hos 1700-talets tänkare fröet till det som sedermera skulle komma att bli teorier om den professionella etiken. Man frågade sig vad som händer med ett samhälle som övergår från ett stadium med mycket mindre komplexitet i arbetsdelningen till ett stadium med stor komplexitet och som därför är oöverskådligt för de enskilda individerna. Durkheim formulerade frågor som: Hur kan man binda samman ett samhälle, som tappat sin förankring i de lokala sedvänjorna? Vilken moral skulle till för att kitta samman det sociala fältet vars spridda handlingsområden riskerar att utvecklas på ett splittrat sätt? Vad händer med den nya tidens rotlösa individer? Durkheims svar återfinns i hans teori om den professionella etiken. Det var hans förhoppning att en ny och "systemisk" moral kunde utvecklas ur den nya tidens arbetsdelning. Den organiska solidariteten, det nya samhällets moral, är uppkommen ur insikten att de specialiserade yrkesgrupperna inser att de sinsemellan är beroende av varandras tjänster och gentjänster. Durkheims dröm om ett framtida samhälle av korporativistisk karaktär är sådant där en mångfald yrkesgrupper med självständighet kon-

45. T.ex. hos Popper och Habermas.
46. Duncan Kennedy: A Critique of Adjudication: fin de siècle. Cambridge, Mass., 1997, s. 40 f.
47. Kennedy 1997, s. 41.
48. Kennedy 1997, s. 42.

trollerar inte bara varandra utan även staten. Det sociologiska studiet av professionell etik fick på 1930-talet status av egen disciplin, men bestod redan då av flera skilda teorier, vilka numera utvecklats till en hel vetenskap.[49]

Denna bok är inte uppbyggd på någon sådan sociologisk teori. Vi kommer dock att kunna spåra en del av dessa tankegångar i problembehandlingen i de två stora delarna av avhandlingen, del II och del III. Även om avhandlingen är skriven utifrån ett rättsvetenskapligt perspektiv (och inte ett sociologiskt), har jag, för förståelsen av försvararrollen på det övergripande planet, tagit fasta på just yrkesgruppens systemiska moral och det sätt på vilket samspelet mellan advokater och stat utvecklat sig genom tidernas lopp.

Om ideologier som styrande kraft bakom olika förhållningssätt och handlingssätt kan mycket sägas. Min uppgift har emellertid inte varit att fördjupa tanken bakom ideologierna, utan att använda dem som ett hjälpmedel för att lättare kunna finna argument för de vitt skilda lösningar – inom ramen – som olika advokater väljer. Ideologierna hjälper mig att förklara och försvara den diversifierade försvararrollen.

Ett ideal kan härledas ur en idé eller en samling idéer. Ett ideal kan förstås som summan av positiva värden och som något som kan tjäna som mönster och förebild. Ett sådant positivt värde kan i en försvararideologi t.ex. vara värdet av klientens autonomi. En försvarartyp som hyllar premissen "klientautonomi är det högsta goda" kommer följaktligen att handla på ett sådant sätt att klientens autonomi främjas. Idealet representerar ett högsta ändamål som antingen kan och bör verkliggöras, eller som är eftersträvansvärt men som inte kan förverkligas.

Som ovan sagts utgår jag från att det finns ideal förborgade i försvararrollen som manifesterar sig i vissa handlingssätt. Försvararens förhållningssätt till och inplacering i rättssystemet på det övergripande planet speglas av hennes förhållningssätt på det individuella planet. Min uppfattning innebär i och för sig inte att jag inte kan se att ologiska, inkonsekventa och oförutsägbara fenomen kan uppstå i en viss struktur, där idealen så att säga biter sig själva i svansen.

Avhandlingen är uppbyggd på konkreta problem och är till mycket stor del koncentrerad till aktörens perspektiv, dvs. försvararens. Som ett verktyg för att tydliggöra och renodla de uppfattningar om den idealiska försvararen, som finns, har jag använt mig av idealtyper.

Idealtyperna som instrument utvecklades och förfinades av Max Weber. Idealtypen är en begreppskonstruktion med vars hjälp man kan bringa ordning i mångfalden av empiriska företeelser, men de är ingen avspegling av verkligheten. Den idealtypiska konstruktionen innehåller ett påstående om rationella beteenden hos individer; hur individer bör handla om vissa förutsätt-

49. Man talar om den Weberska makrosociologiska teorin, om den funktionalistiska teorin och om den marxistiska samhällsanalysen. Se t.ex. Friedson: Professionalism Reborn, Theory, Prophecy and Policy. Cambridge, 1994, Parsons: The Professions, International Encyclopaedia of the Social Sciences. New York, 1968.

ningar föreligger. Hos Weber fanns en utpräglad metodologisk individualism. Sociologiska begrepp som klass, stat och även byråkrati var för Weber enbart summan av de individuella beteendena. Idealtypen har egentligen inte fått någon klar och positiv formulering i samhällsvetenskapen. Weber själv gjorde sin tydligaste formulering av idealtypen i negativ form, dvs. genom att ange vad idealtypen *inte* är.[50] Efterföljare till Weber har sökt abstrahera de centrala dragen och en i modernare definition talar man om *idealtypen som en logiskt konsistent beskrivning utifrån en värdeaspekt (point of view) inriktad på ändamålsrationell handling.*[51]

Idealtypsdebatten är svåröverblickbar och jag har inte tagit på mig uppgiften att i detta arbete precisera vad begreppet står för. Jag har för min egen forskning tagit fasta på ett par centrala och användbara egenskaper som detta instrument kan ha. Idealtypen är, som jag använder den, inget klassificerande begrepp med klara gränser av det slag som kan användas i deduktiva teorier. Idealtypen är inte heller beskrivande i den meningen att någon absolut likhet mellan idealtypen och verkligheten eftersträvas. Den är i stället tänkt att fungera som en praktisk illustration av de bakomliggande idealen och har i detta – rent teoretiska – sammanhang en förmedlande karaktär.

I detta arbete har jag alltså helt självsvåldigt, så att säga i mitt laboratorium, skapat två idealtyper som får representera två extrema försvararideologier. Man kan säga att jag gör tankeexperiment där jag typifierar aktören genom att iaktta vilken lösning hon väljer när hon ställs inför ett dilemma. Idealtyperna vapendragaren och vägvisaren är de gripbara och fattbara manifestationerna av advokatideologierna.

Aktörernas handlingssätt kan rättfärdigas med hjälp av en viss typ av argumentation som är just ideologiskt färgad, t.ex. liberal eller paternalistisk. Om de bakomliggande idéerna utgör idealtypens skäl för att handla som hon gör, så kan hennes handlande också rättfärdigas genom en viss typ av argument som i sin tur hämtar näring hos och bekräftar de bakomliggande idéerna.

Med idealtypen som verktyg kan jag konkretisera de olika lösningar som advokater väljer. När jag exempelvis i kapitlen som rör idealtypernas handlande skriver "De två advokattyperna *kommer att agera* helt olika i skuldfrågan" eller "Alltså *handlar* vapendragaren i enlighet med klientens önskemål" gör jag inte gällande att dessa påståenden är underbyggda empiriskt. Konkretiseringen genom idealtyperna hjälper mig att på ett mycket enkelt sätt beskriva svårgripbara och komplicerande samband.

50. Se t.ex. Sven Eliaeson: Max Weber, Samhällsvetenskapens klassiker. Lund, 1988, s. 203 f.
51. Se exempelvis Arun Sahay, (ed.): Max Weber and Modern Sociology, *passim.* London, 1971.

1.5 Begrepp och uttryck

Jag gör i detta arbete inga som helst anspråk på att säga någonting om etiken ur filosofisk synpunkt.[52] När jag använder uttrycket advokatetik, gör jag detta på samma sätt som man gör i den amerikanska och engelska doktrinen, när man säger "lawyers' ethics".[53] Advokatetiken, såsom jag använder den, kan kanske närmast beskrivas som en normativ etik, i det att den, förutom att föreskriva ett visst handlingssätt, också ger stöd för och systematiserar moraliska värderingar. Argumenten och systematiseringen hänger ofta intimt samman.

Advokatetiken, som jag talar om den i denna bok, skall förstås som en samlingsbeteckning på de skrivna och oskrivna regler och den uttolkning i doktrinen som finns inom det område som vi i Sverige traditionellt kallar god advokatsed. Den goda advokatseden i Sverige består i princip av SRGA och disciplinnämndspraxis och Holger Wiklunds auktoritativa uttolkning därav i God advokatsed.[54] *Lawyers' ethics,* advokatetik, är emellertid i USA ett högt utvecklat forskningsområde inom rättsvetenskapen. Den kan sägas bestå i flera stora grundläggande regelverk jämte domstols- och disciplinpraxis som fått sin uttolkning i tusentals böcker och artiklar skrivna av allt från praktiker till professorer. Den i hög grad levande debatten om advokatetiska frågor har givit uttryck för både tolkning av befintliga normer och inspiration för skapandet av nya. *Lawyers' ethics* är också en akademisk disciplin som man undervisar i på de juridiska fakulteterna. Advokatetik är därför ett vidare begrepp än god advokatsed. När jag använder uttrycket "den *advokatetiska* doktrinen, litteraturen, diskussionen," etc., skall alltså detta något klumpiga svenska uttryck förstås som god advokatsed i dess allra vidaste bemärkelse.

Advokatideologi och *advokattyp* är uttryck som ständigt återkommer i boken. De bör ha fått sin förklaring ovan. Uttrycken varieras med försvarareideologi, försvarartyp, försvararideal, ideologisk skola, ideologiskt förhållningssätt, ideologisk inställning och liknande.

Jag har också myntat begreppet *praktikerdoktrinen.* Med detta skall förstås litteratur skriven av författare som närmast fått normskapande status men som inte är rättsvetenskapsmän utan advokater. Sådan litteratur förekommer i samtliga de rättssystem jag studerat. Den har stor betydelse för idébildningen kring försvararrollen. Det var praktiker som grundlade advokatsamfunden och det är främst praktiker som utvecklar god advokatsed. Praktikerna har också betydande inflytande på rättsbildningen i såväl Sverige som i England och USA.

52. Etiken (av grekiskans *ethos,* sedvana) är som moralfilosofiskt begrepp mycket komplicerat och innehåller flera skilda problemområden, såsom normativ etik, moralvetenskap och metaetik. Ibland används begreppet etik som en beteckning på hela den praktiska filosofin.

53. Jämför Charles W. Wolfram: Modern Legal Ethics. Practitioner's Edition, St. Paul., Minn., 1986 (nedan cit. Wolfram) s. vii.

54. Stockholm, 1973.

Jag använder också en hel del begrepp som jag hämtat från den amerikanska doktrinen. Dessa begrepp, t.ex. *partisan advocacy, professional detachment, role-differentiation* och *the lawyer as hired gun,* förklaras i den kontext där de förekommer.

När jag här talar om det *engelska rättssystemet* avses England och Wales samt de stater i brittiska samväldet och i de forna brittiska kolonierna som tillämpar engelsk rätt. Detta gäller, såvitt inte annat sägs, även om bara beteckningen "England" eller "engelsk" används.

I min text använder jag genomgående feminint pronomen för advokaterna. Endast där kontexten kräver det, görs undantag.[55] Det finns flera skäl till användningen av feminint pronomen. Ett är att jag låtit mig inspireras av den amerikanska doktrinen, i vilken, sedan ett par årtionden tillbaka, majoriteten av författarna skriver *the lawyer – she.* I amerikanska texter ger the *lawyer – he* ett ålderdomligt intryck och är ett ganska säkert sätt att datera texten till tiden före 1970-talet. Under 1970-talet började man generellt med att skriva *the lawyer – he or she,*[56] ett kanske oförargligt men klart omständligt sätt att komma ifrån mannen som språklig norm. Jag kommer därmed osökt in på ett annat skäl, vilket är framställningstekniskt. Feminint pronomen på advokaterna och maskulint på de tilltalade gör helt enkelt texten smidigare och mera lättläst. En text som i så hög grad som denna behandlar de rättsliga aktörerna, skulle bli mycket tungrodd om man i varje mening skulle precisera om man syftar på "honom eller henne, advokaten", eller "honom eller henne, den tilltalade".[57]

Valet av feminint pronomen på advokaterna ger enligt min uppfattning texten ett självklart tidsenligt uttryck.

Valet av maskulint pronomen på de tilltalade och feminint på advokaterna skall dock absolut inte uppfattas så att alla skurkar är män och alla advokater kvinnor.

1.6 Disposition

Avhandlingen kommer att läggas upp på följande sätt.

Lejonparten av avhandlingen består av två större problembehandlande delar, del II och III.

Del I, den föreliggande, fungerar som en inledning till de följande delarna. Efter ovan gjorda presentation av de styrande frågorna och det material i vilket jag skall försöka finna svaren, följer ett kort kapitel om advokatsed, som

55. Exempel på gammalmodigt språkbruk finns i svensk (modern) lagtext och svenska regler om god advokatsed, där normen fortfarande är man, vilket naturligtvis präglar citerad text. I diskussioner om advokatyrkets historiska bakgrund har också manligt pronomen fått användas, eftersom kvinnor för 100 år sedan och ännu längre tillbaka i princip var otänkbara som advokater i såväl Sverige som utomlands.

56. Se t.ex. Wasserstrom i a.a. från 1975.

57. Jämför Jareborg: Allmän kriminalrätt, Uppsala 2001, s. 7.

är tänkt att ge en bakgrund till det rättsområde, som till stora delar präglar avhandlingen. Del I avslutas med en generell presentation av de båda huvudrollsinnehavarna i boken: vapendragaren och vägvisaren. De två idealtyperna kommer i tur och ordning att beskrivas med hjälp av metaforer och nyckelord. Därpå skall jag visa vilka grundläggande idéer om försvararens roll, som ligger bakom de båda idealen.

Del II skall behandla det första av de båda konkreta problemen: måste försvararen acceptera varje uppdrag? Om inte, vilka argument kan anges för att rättfärdiga en accept respektive ett avböjande? Vad säger lagen och advokatnormen om problemet?

Del III utreder problemet med klientinstruktionerna. Skall försvararen följa dessa eller inte? Del III är uppbyggd av tre olika avsnitt. I del III A skall jag problematisera frågan och mot bakgrund av ett par praktiska fall, där försvararen ställs inför några olika handlingsalternativ, lägga grunden till de följande avsnitten. Eftersom problemet är komplicerat och dess lösning inte framgår direkt i lagstiftningen, måste det angripas från flera olika håll. I del III B görs en argumentationsanalys, där jag skall undersöka vilka olika uppfattningar som finns bland aktörerna själva. Dessa uppfattningar skall belysas av ett par konkreta fall som väl illustrerar frågeställningen. Därpå följer en inventering av argumenten för och emot, byggd på de två försvararideologierna. Slutligen skall i del III C en noggrann rättsutredning av gällande svensk rätt presenteras, delvis mot bakgrund av den historiska utvecklingen och med jämförelser med amerikansk och engelsk rätt i relevanta delar.

Avhandlingens frågeställningar skall summeras och utvärderas i ett avslutande avsnitt, del IV, Slutord.

2 Allmän bakgrund till advokatseden

2.1 Sverige

Advokatsed i egentlig bemärkelse har i Sverige ännu kortare historia än den svenska advokatkåren. Vid tiden för bildandet av Sveriges advokatsamfund 1887 fanns inga skrivna regler om god advokatsed. Det var i princip advokaterna själva (som vid den tiden var få), som utgjorde normen, genom sin praktik och de diskussioner som fördes vid advokatmöten.

Grundarna av advokatsamfundet hade att kämpa mot starka rättstraditioner. Framför allt gällde det den primitiva inhemska bondekulturen, vars princip om att var och en skulle föra sin egen talan utgjorde en barriär mot ett advokatväsende.[1] Det gällde emellertid också att bryta den svenska traditionen av ämbetsmannaadvokatyr. Ända fram till och med 1800-talet rådde i princip två parallella advokatsystem: en typ av sakförare var ämbetsman och den andra utgjordes av det vildvuxna fria ståndet av s.k. brännvinsadvokater.[2] En intressant sak är att det under 1800-talets diskussioner om ett ordnat advokatstånd och obligatoriskt försvar kom fram argument som åtminstone på ytan hade ideologisk grund. Det föregående upplysningstidevarvets naturrättsliga uppfattning var ett mäktigt vapen i händerna på dem, som önskade en obegränsad frihet – dvs. inget advokattvång, inget ordnat statskontrollerat advokatstånd. Ännu betydelsefullare var säkert att man nu med Adam Smiths nationalekonomiska vetenskap i bagaget kunde hävda att den fria konkurrensen bäst var i stånd att skapa en kår av dugliga yrkesutövare.[3] Det är kanske en paradox att de som krävde frihet och motsatte sig ett obligatoriskt försvar åberopade just de marknadsmekanismer, som i dag faktiskt åtminstone delvis präglar vårt svenska, statligt reglerade och kontrollerade advokatstånd.

1. Se t.ex. Modéer: Det fria advokatyrket – kampen för en modern juridisk yrkesroll. Festskrift till Sveriges advokatsamfund 1887–1987. – Stockholm 1987, s. 11–52.

2. Brännvinsadvokaterna var sällan rättsbildade och epitetet lär ha uppstått genom att de åtog sig juridiska uppdrag mot betalning i form av brännvin. Så sent som fram emot förra sekelskiftet beklagade sig advokatsamfundets ledande gestalter över eländet med brännvinsadvokaterna. Se Tjerneld: Förhandlingarna vid Sveriges advokatsamfunds årsmöte i Stockholm 17 juni 1899, s. 7 f.

3. Bomgren: Det svenska advokatväsendet före bildandet av Sveriges advokatsamfund, TSA 1937 s. 67. (s. 108 f., 136 f.)

Under senare delen av 1800-talet började man intressera sig mer för praktiska organisationssynpunkter och mindre för idémotsättningar. Man frågade sig inte längre om inrättandet av ett advokatstånd var förenligt med vissa allmänna rättsprinciper eller ej, utan om det var nödvändigt för att uppnå ett allt överskuggande, processuellt syfte: en snabb, säker och billig process. Till denna förändring bidrog en allt kraftigare opposition mot "ämbetsmannaväldet". Advokaterna ansågs liksom på kontinenten vara samhällets bästa kontrollorgan gentemot myndigheterna. Det är bland annat mot denna bakgrund advokaternas inställning till frågan om biträde i brottmålen skall förstås.[4]

Begreppet god advokatsed är inte uppfunnet av den svenska lagstiftaren utan har utbildats inom Sveriges advokatsamfund, medan denna organisation ännu var en privat sammanslutning (från 1887 fram till RB:s ikraftträdande 1948). Från början innehöll advokatsamfundets stadgar inga närmare bestämmelser om ledamöternas yrkesplikter. Man kan säga att det var först vid efterkrigstiden som någon mera enhetlig advokatsed började utbildas.

1935 utgavs första numret av Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund – sedermera Advokaten (båda versionerna här genomgående förkortade TSA). 1937 började advokatsamfundets styrelse att i begränsad omfattning publicera beslut i disciplinärenden. Redogörelserna var tänkta ett ge en kortfattad tolkning av begreppet god advokatsed. Först 1950 började redogörelserna bli mer omfattande och även innehålla upplysningar om de disciplinära åtgärder som styrelsen beslutat. Inte förrän 1967 påbörjades arbetet med att utarbeta skrivna regler om god advokatsed. Dessa antogs av advokatsamfundets styrelse 1971 under namnet "Vägledande regler om god advokatsed" (här kallade SRGA). Först med Holger Wiklunds utgivning av God advokatsed år 1973, blev begreppet väl etablerat och belyst. Numera finns en rikhaltig praxis från disciplinnämnden att tillgå, men fortfarande gäller att advokatetiska frågor i Sverige mest diskuteras bland advokater och inte bland rättsvetenskapsmän (jämför amerikanska förhållanden nedan).

Det typiska för den rättsliga betydelsen av god advokatsed är rent generellt den att advokatkåren erhåller ett mer eller mindre omfattande monopol på uppdragens utförande men å andra sidan underkastas disciplinär kontroll. Syftet med regleringen av advokatsed har genomgående varit att skydda allmänheten mot okvalificerad yrkesutövning, och inte i första hand för att ge advokaterna vägledning när de ställs inför ett svårt val i sin yrkesutövning. Detta syfte är viktigt att hålla i minnet inför genomgången av den svenska advokatnormen.

Bestämmelser om disciplinära åtgärder mot advokat finns i 8:7 RB. En advokat som i sin verksamhet uppsåtligen gör orätt eller som annars förfar oredligt skall *uteslutas* ur samfundet. Om omständigheterna är mildrande får advokaten i stället tilldelas *varning*. Vidare gäller att varning eller *erinran* får meddelas den som annars åsidosätter sina plikter som advokat. Om omstän-

4. Se vidare Modéer: Den offentlige försvararen. Rättshistoriska studier rörande frågan om rättegångsbiträde åt häktad. Rättshistoriska studier (Serien II) Band 5, s. 252 f. Lund 1977.

digheterna är synnerligen försvårande får advokaten även i ett sådant fall uteslutas. Om det finns särskilda skäl kan en advokat som tilldelas varning också åläggas att betala en *straffavgift* med lägst 1 000 kronor och högst 50 000 kronor. Sedan den 1 juli 1997 får disciplinnämnden i stället för erinran – om det bedöms vara tillräckligt – göra ett *uttalande* om att advokatens åtgärd är felaktig eller olämplig.

2.2 USA

2.2.1 *Allmänt om amerikansk advokatsed*

Vi kommer att se mycket av typiska amerikanska liberala ideal i de idéer som ligger bakom försvarartyperna. Hela tanken på den klientcentrerade advokatmodellen har utvecklats och förfinats – och också kritiserats – i den amerikanska advokatetiska litteraturen. Att se tillgången på fria och självständiga advokater som en konstitutionell rättighet är typiskt för USA. Hur skulle det ha gått under McCarthy-eran om inte rätten till obundna försvarare hade funnits?, frågar man sig retoriskt. Även Wolfram tar fasta på det typiskt amerikanska i det tuffa, starka advokatidealet: "The American principle of professional zeal is entwined with the American conception of legal rights. The concept is shared with some Western European legal systems, but is found in the United States in a form that, for vigor, has no rival anywhere. Basically the principle stems from concepts of individual autonomy."[5]

Det processuella systemet i USA beskrivs i all amerikansk doktrin som *adversary*, det vill säga processen är med en kontinentaleuropeisk term ackusatorisk och inte inkvisitorisk. Ett system som är *adversary* innebär alltså att man löser konflikter mellan två jämbördiga parter, som får lägga fram sin sak för en objektiv och relativt passiv domstol.[6] Typiskt för USA är att *the adversary system* inte bara betraktas som en metod att lösa konflikter, utan det betraktas som en del av själva konstitutionen: "... a core of basic rights that recognize and protect the dignity of the individual in a free society".[7] Den grundläggande funktionen för *the adversary system* anses alltså i USA vara att upprätthålla det fria samhället där individens fri- och rättigheter är centrala.[8] Tillvaratagandet av dessa rättigheter garanteras i synnerhet genom rätten till advokat, "the most pervasive of rights, because it affects the client's ability to assert all other rights".[9] I USA har därför rätten till försvarare givits ett kon-

5. Wolfram s. 581.

6. I USA är dualismen grundlagsfäst och därför orubblig, se Robberstad s. 19.

7. Se t.ex. Freedman: Understanding Lawyers' Ethics, s.13 (1990).

8. Denna uppfattning har dominerat doktrinen i USA praktiskt taget sedan självständigheten. Den dominerar fortfarande, men har utsatts för kritik, se vidare t.ex. Freedman 1990, s. 14.

9. Freedman, ibid. Se också Schaefer: Federalism and State Criminal Procedure, 70 Harv.L.Rev. 1,8 (1957) och ingressen till American Bar Association's *Model Code* of Professional Responsibility.

stitutionellt skydd. Det fastslås i amerikansk grundlag att varje amerikansk medborgare som misstänks för ett brott har rätt till försvarare.[10]

USA har fler advokater per capita än något annat land i västvärlden.[11] Det är emellertid inte bara kvantitativt som USA är ett särpräglat "advokatsamhälle". Advokater (jurister) har funnits med som maktfaktor i politiska sammanhang sedan praktiskt taget allra första början och det finns fortfarande inflytelserika advokater i snart sagt alla sammanhang.[12] Detta innebär att gynnsamma omständigheter rått ur en "modellbyggares" synpunkt.[13] Man har i USA haft den största mängden advokater – relativt sett – som har biträtt den största mängden klienter och advokattyperna har fått växa fram under fria och periodvis intensivt fruktbara former. Marknadskrafterna har helt enkelt varit tydligare och förmodligen starkare där än någon annanstans.

Det är inte bara de yttre, konkreta och praktiska omständigheterna som gör USA till ett "advokatetikens hemland". Amerikanska jurister på såväl praktiker- som forskarnivå har av tradition ägnat intresse åt etiska frågor och teorier om olika advokatideal. Innan det ens fanns ett advokatstånd i Sverige, hade man i USA livliga debatter om advokatens roll i samhället och diskuterade advokatens ideala moraliska hållning på en nivå som är förvånansvärt avancerad.[14] Bland annat på dessa grunder har USA så att säga hundra års försprång framför Sverige avseende advokatetisk debatt och advokatetiska regler. Man har helt enkelt haft längre tid på sig att utveckla sina advokatideal, och man har sedan länge diskuterat bland annat problemet rörande "allas rätt till försvarare" kontra "advokatens rätt att avböja uppdrag".[15]

Givetvis skiljer sig det amerikanska samhället från det svenska på flera betydelsefulla punkter. Bland dessa bör åter framhållas att den amerikanska "advokatmarknaden" relativt sett är mycket större än den svenska och att den svenska regleringen av advokatfrågor i mindre grad överlämnats åt privaträttsliga subjekt jämfört med den amerikanska.[16] Sverige har ju också en helt

10. The Constitution of the United States, Amendment VI (1791): "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State ... and to have the Assistance of Counsel for his defence."

11. Mot slutet av 1970-talet hade USA en advokat per 500 invånare – vilket var tre gånger så många som i England och fyra gånger så många som i dåvarande Västtyskland. Se Allan Gerson, (ed.): Lawyers' Ethics. Contemporary Dilemmas, USA 1980, (nedan cit. Gerson), s.18. I Sverige – som i dag har fler advokater proportionellt sett än någonsin i historien – får cirka 2000 invånare dela på en advokat.

12. För historisk bakgrund se t.ex. Alexis de Toqueville: The United States: A Unique Government of Lawyers, ur hans berömda monografi Democracy in America från 1835.

13. Se del II, marknadsmodellen.

14. David Hoffman skrev redan på 1830-talet om advokatetik, t.ex. A Course of Legal Study, 1836. Se även George Sharswood: An Essay on Professional Ethics, 1854. Båda cit. i Wolfram s. 571. Båda författarna utmejslade höga moraliska ideal för advokaterna, ideal som grundade sig på 1800-talets anglosaxiska "gentleman-lawyer". Hoffmans och Sharswoods essäer och artiklar kom att utgöra utgångspunkt för – och bitvis ordagrant ingå i – de tidigaste amerikanska reglerna om god advokatsed.

15. Se t.ex. Wolfram, a.a. s. 571 f. med litteraturhänvisningar.

16. Jämför nedan vad som sägs om ABA, en fullständigt privaträttslig organisation med oerhört inflytande över det amerikanska advokatståndet, juristutbildningen, advokatregleringen etc.

annan politisk och lagstiftningsmässig struktur än USA, vilket allt sammantaget naturligtvis har betydelse för hur "advokatmarknaden" fungerar.[17]

Av mycket stor vikt för advokatrollens utveckling är det amerikanska lagföringssystemet i allmänhet och dess utveckling under de senaste decennierna i synnerhet. Lagföring tillgår i princip[18] på sådant sätt i dag att en försvinnande liten del av brottmålen blir föremål för domstolsprövning. Siffrorna fluktuerar något men det är numera knappast fråga om mer än 5 procent av brottmålen, som går till domstol. Resten blir föremål för *plea bargaining*, dvs. den tilltalade förhandlar till sig en viss påföljd mot erkännanden, angivanden eller annan form av samarbete med åklagaren. Detta innebär att systemet i USA egentligen inte är *adversary* längre, åtminstone inte i den ursprungliga betydelsen.

Även med dessa skillnader i åtanke är en jämförelse mellan amerikanska och svenska advokatförhållanden givande. I många viktiga professionsfrågor har Sverige följt amerikansk utveckling, varför tydligen tillräckligt många likheter finns i de båda samhällena för att paralleller skall kunna dras.[19] Flera grundläggande principer och idéer bakom det processuella systemet påminner också om varandra i de båda staterna.[20] Som vi skall se längre fram, har såväl i USA som i Sverige lösningen av de problem som jag här presenterar uppstått genom ideologisk pluralism – även om regleringarna skiljer sig åt.

Just när det gäller regler om god advokatsed är USA ett mycket fruktbart jämförelseobjekt, bland annat därför att sådana regler har en så lång historia i USA. Medan svensk god advokatsed kodifierades först 1971, hade praktiskt taget varenda delstat[21] i USA utfärdat skrivna regler om god advokatsed redan före förra sekelskiftet, av vilka Alabama inledde med The Alabama Code 1880. År 1905 påbörjades arbetet med American Bar Associations (ABA) första regler.

ABA är det mest betydelsefulla av de stora, landsomfattande advokatsamfunden i USA. Det är emellertid en helt privat organisation i vilken ingen som helst offentlig insyn finns. En av ABA:s uppgifter är att upprätthålla en hög social och ekonomisk status bland sina ledamöter. ABA hävdar av tradition att det talar för hela den amerikanska advokatkåren. För detta finns goda skäl:

17. I svensk rätt råder exempelvis vare sig s.k. advokatmonopol (endast ledamot av ett advokatsamfund får uppträda som rättsligt ombud) eller advokattvång (part måste låta sig företrädas av rättsligt ombud i rättegång).

18. Det finns två regelsystem, ett federalt och ett delstatligt, med individuella skillnader från delstat till delstat. I allmänhet tillgår lagföringen så att åtal väcks för de grövre brotten, *felonies*, varvid åklagaren vänder sig till en åtalsjury, *grand jury*, som vid ett slutet och hemligt förfarande beslutar om det finns tillräckligt med bevisning för att väcka åtal. Först efter denna process kan brottmålet tas upp i en öppen domstolsförhandling. Under hela tiden, alltså fram till huvudförhandlingen, pågår också *plea bargain*-förhandlingar.

19. Några exempel på företeelser som upprunnit i USA och några decennier senare gått att finna i Sverige är utvecklingen mot allt större advokatbyråer; den ökade specialiseringen bland advokaterna; den liberalare inställningen till reklam för advokatverksamhet; en allt livligare debatt om advokaters moral bland lekmän och politiker etc. Allt detta är givetvis naturliga utvecklingar i ett allt mer komplicerat samhälle och hade uppstått förr eller senare i varje stat. Det är likväl ett välkänt faktum att det svenska samhällslivet i många avseenden följer USA.

20. Se Shaughnessy s. 33 f.

21. I USA finns ett statligt advokatsamfund för varje delstat och dessutom ofta ett eller flera andra advokatsamfund, se not nedan.

det är den enda nationella advokatorganisation som har ledamöter som verkar inom alla former av juristpraktik; det utarbetar betydelsefulla policyuttalanden genom sina kommittéer; det har inflytande över lagstiftning; stödjer forskning i rättsvetenskap och juridiska professionsfrågor; har enormt inflytande över juristutbildningen och intar offentliga ståndpunkter i såväl juridiska som politiska spörsmål. ABA publicerar uttalanden och avgöranden i advokatfrågor i form av *Opinions,* vilka publiceras regelbundet. *ABA Opinions* och *Ethics Opinions* är inte bindande men tjänar till vägledning i disciplinära frågor. Medlemskap i ABA är inte obligatoriskt, men de flesta delstatssamfunden – av vilka flertalet kräver obligatoriskt medlemskap av sina advokater – är knutna på ett eller annat sätt till ABA. Vid sidan av ABA finns flera andra landsomfattande advokatsamfund i USA.[22] Dessa kan dock inte ens sammantagna konkurrera med ABA, varken vad avser antal medlemmar eller makt och inflytande.

De amerikanska domstolarna har genom bestämmelser i lag både makt och initiativrätt beträffande advokaternas yrkesutövning. Domstolarna och ABA har ett slags gemensamt inflytande över advokatseden i varje stat. Givet individuella skillnader mellan delstaterna, går utarbetandet av de etiska reglerna i allmänhet till på så sätt att högsta domstolen i varje stat beslutar i vilken mån och omfattning etiska regelsystem (t.ex. *Model Rules*) skall tillämpas. Enkelt uttryckt är det ABA som utarbetar reglerna, men det är delstatsdomstolarna som promulgerar dem som etiska regler i delstaten. Regelverken utgör vanligen en blandning av ABA:s och de statsegna reglerna. I och med att statens högsta domstol promulgerat reglerna som *Rules of Court,* är advokaterna skyldiga att följa dem. Om reglerna överträds kan en advokat förlora sin *license to practise,* vilket *de facto* innebär ett yrkesförbud, eftersom advokatmonopol råder i amerikanskt rättsliv. Det är också högsta domstolen i varje stat som beslutar om inträde, uteslutning och återinträde[23] i och ur advokatsamfunden. Emellertid har domstolarnas förhållningssätt till advokatyrket och dess problem ofta framstått som sidoordnat advokatsamfundens.[24] Sammanfattningsvis har de amerikanska advokatorganisationerna ett oerhört stort inflytande i USA, inte bara över advokatkåren utan över viktiga delar av samhällslivet.

22. T.ex. Federal Bar Association, som har sina ledamöter bland federalt anställda jurister; Association of Trial Lawyers vilkas ledamöter är processande skadeståndsspecialister; American College of Trial Lawyers som har affärs- och försäkringsbolagsjurister; The National Bar Association vilkas ledamöter är av afro-amerikanskt ursprung och The National Lawyers Guild. National Lawyers Guild (NLG) är ett progressivt liberalt samfund som inspirerats av vänsterpolitik och intagit kraftfulla ståndpunkter för mänskliga rättigheter och arbetar- och fackföreningsrättigheter och mot rasism, imperialism och politisk förföljelse. NLG har haft stort politiskt inflytande, bl.a. över FN:s verksamhet och Nürnbergrättegångarna. (Se vidare Ginger & Tobin: The National Lawyers Guild, Temple University Press, Philadelphia, 1988.)

23. Återinträde i advokatsamfundet, dvs. att någon får tillbaka sin *license to practice* efter att ha förlorat den, är mycket ovanligt.

24. Se t. ex. Wolfram a.a. s. 31 f. samt 33–34: "In fact, courts serve as the largely passive sounding boards and official approvers or disapprovers of initiatives that are taken by lawyers operating through bar associations. Bar associations set and execute the agenda of business of the organized bar. Their power can be much the same regardless of the particular form or official status of the bar associations."

2.2.2 *Tre regelverk*

Det finns i USA tre stora landsomfattande regelverk för advokater; ett från tiden före första världskriget, ett från sent 1960-tal och ett från 1980-talet. Alla tre har betydelse för tolkningen av begreppet god advokatsed, även om det tidigaste börjar bli föråldrat.

ABA:s *Canons of Professional Ethics* promulgerades år 1908 (nedan kallade *Canons)*.

Canons var snarare vägledande moraliska principer än sanktionerade handlingsnormer. Som regelverk fungerade de inte tillfredsställande. De blev under årens lopp utsatta för mycken kritik[25] och blev så småningom föremål för en grundläggande reform från ABA:s sida, som resulterade i 1969 års *Model Code of Professional Responsibility* (nedan kallad *Model Code)*.

Med *Model Code* tog ABA:s regler steget från att vara eftersträvansvärda målsättningar till att bli obligatoriska minimiregler som skulle kunna genomtvinga efterlevnad. *Model Code* gavs en struktur som innehöll grundregler av koncist och elementärt slag (även dessa kallade *Canons)*. Varje grundregel följs av dels en *Disciplinary Rule* (nedan kallade DR), som utgör en sanktionerad handlingsnorm och en *Ethical Consideration* (nedan kallade EC) som är tänkt att ge ett slags högre moralisk vägledning för advokaten men som inte utgör en sanktionerad norm. Det berättas från en *law school* att föreläsaren lärde studenterna skilja mellan DR och EC på följande sätt. "...if a lawyer did not heed the Disciplinary Rules (DR's), she would create a "*D*arned *R*uckus", but that she should only consider the Ethical Considerations (EC's) if she wanted to be "*E*xtra *C*areful".[26]

Model Code infördes snabbt och tillämpades på 1970-talet i praktiskt taget samtliga delstater. Den gäller fortfarande i flera delstater och används i de övriga som jämförelse vid tolkningen av ännu senare införda regler. *Model Code* blev emellertid även den utsatt för ingående kritik.[27] ABA tvingades tillsätta en kommission som utarbetade ett nytt regelverk, *Model Rules of Professional Conduct* (nedan kallat *Model Rules)* år 1983.

En majoritet av de amerikanska delstaterna tillämpar numera *Model Rules*.[28] De återstående tillämpar fortfarande *Model Code* från 1969, med undantag för några enstaka stora och betydelsefulla delstater, som enbart tillämpar sina egna delstatsregelverk.[29] 1983 års *Model Rules* är uppbyggt av en se-

25. "A consensus grew among the bar, however, that the Canons were incomplete, unorganized, and failed to recognize the distinction between the inspirational and the proscriptive." Young & Hill: Professionalism: The Necessity for Internal Control, 61 Temp. L. Rev. 205, 208 (1988).

26. Moliterno: Lawyer Creeds and Moral Seismography, 32 Wake Forest L.Rev. 794 (1997).

27. Se t.ex. Freedman, 1990 s. 4 f. "(...) characterized the *Model Code* as incoherent, inconsistent and unconstitutional."

28. Se www.abanet.org/cpr/mrpc (innehåller även *Model Code* comparison).

29. Den viktigaste av dessa delstater är Kalifornien, som alltså valt att inte anta något av ABA:s regelverk. California Rules of Professional Conduct (1988) och California State Bar Act anses så betydelsefulla att de ofta ingår som jämförelseobjekt med *Model Rules* och *Model Code* i amerikanska regelsamlingar i advokatetik. Se t.ex. Zitrin & Langford: Legal Ethics in the Practise of Law. Rules, Statutes and Comparisons (1998).

rie grundregler, *rules*. De är avsedda att vara rena handlingsregler som skall vara entydiga och kunna sanktioneras vid överträdelse. Huruvida denna målsättning verkligen uppnåtts är tveksamt och har diskuterats ganska livligt.[30] Varje regel följs av en kommentar och en jämförelse med *Model Code*.

2.3 England

Engelsk rätt är ett system utan grundlag, ett system som betraktar politikerskapad rätt med misstro och ett rättssystem där skriven reglering av advokatyrket länge ansetts vara såväl obehövligt som otänkbart.

Orsakerna till att engelsk advokatetisk doktrin så länge tigit där den amerikanska ropat högt hänger troligen samman med advokatyrkets status i England. Det kan inte rimligtvis bero på att den amerikanska juridiska yrkestraditionen skulle vara äldre. Advokatyrket i England är ju minst 300 år äldre än i de flesta andra rättssystem, inklusive det amerikanska och det svenska.

I del II skisseras en bakgrund till barristeryrket, där jag visar hur barristern utvecklades i en starkt avgränsad, konservativ och exklusiv miljö och hur man inom yrket länge tycktes betrakta sig som en utvald elit som utövade en ädel konst och visade sin professionella motståndare gentlemannamässig beundran snarare än brottades med moraliska problem med sin klient.[31]

Det är därför sannolikt så, att den engelska advokatkåren länge ansett att hög etisk standard varit dess adelsmärke och egenreglering en självklarhet. Detta har säkert inte heller ifrågasatts av omgivningen. Advokatkåren var ett slutet skrå och ingen utomstående släpptes in, varken för att studera eller kritisera. I den mån advokatyrkets etik studerats, har det varit advokaterna själva som – inte sällan i lätt kåserande ton – behandlat sådana problem.[32] Efterhand som demokratisering och modernisering förändrat engelskt samhällsliv och i någon mån rivit klassgränser, har många av samhällets "stöttepelare" blivit föremål för en kritisk granskning som skulle ha varit otänkbar för bara 60 år sedan. Detta gäller kungahuset lika väl som advokatkåren.

Det som sagts om den engelska advokatkåren skulle i och för sig kunna gälla för många akademiska professioner i många länder. Den svenska advokatkåren vaknade till exempel inte upp ur sin Törnrosasömn förrän bra många år efter andra världskriget.[33] Emellertid *är* de engelska förhållandena verkligen

30. Se t.ex. Freedman 1990, s. 4 f. och Moliterno a.a. s. 783, 809.

31. Se t.ex. Nicholson & Webb: Professional Legal Ethics (Oxford 1999), (cit. Nicholson & Webb)

32. Se t.ex. Du Cann: The Art of the Advocate (första uppl. 1964) och Pannick: Advocates (1992). Detta är just anledningen till att den som önskar studera barristerrollen främst är hänvisad till dessa böcker av advokater om advokater. Pannick och Du Cann är därför lika flitigt citerade i denna avhandling som i flera av de amerikanska advokatetiska diskussionerna.

33. Wiklunds God advokatsed, pionjärverket, skrevs inte förrän i slutet av 1960-talet. Artiklarna i TSA var inte heller särskilt kontroversiella förrän fram emot 1970-talet, med vissa undantag som Bo Westmans inlägg. Någon kritisk självgranskning i ordets rätta bemärkelse kan man nästan inte tala om, i alla fall inte om man sätter upp amerikanerna som standard.

unika, och det ur många olika synvinklar. Det engelska advokatyrket är den äldsta – och troligen den bäst bevarade – advokatroll vi känner till i västerlandet. Samtidigt har den inte utsatts för någon granskning utifrån eller utvärdering att tala om förrän fram emot det 20:e århundradets slut.

Av barristers och solicitors krävdes att de skulle respektera och följa en mångfald regler som inte fanns i några särskilda bestämmelser, men som ändå skulle upprätthållas, därför att ett handlande i strid mot dessa regler skulle anses vara "contrary to etiquette for a barrister", "conduct unbefitting a solicitor of the Supreme Court" eller "unprofessional conduct". En av de allra tidigaste uttolkarna av dessa regler var Sir Thomas Lund som år 1960 gav ut "A Guide to the Professional Conduct and Etiquette of Solicitors".[34]

Så småningom kom Lunds regler att ingå i ett regelverk utfärdat av The Council of the Law Society. Så sent som år 1990 publicerades dessa under namnet The Guide to the Professional Conduct of Solicitors (cit. LSG, Law Society Guide). De nu gällande reglerna gavs ut i en sjunde upplaga år 1996.

Om det gick trögt att utfärda officiella regler för solicitors, var detta fallet i ännu högre grad när det gällde barristers. Efter långdragna diskussioner antog till slut, den 26 september 1998, The General Council of the Bar of England and Wales (Bar Council) ett sådant regelverk. Code of Conduct of the Bar of England and Wales (cit. *Bar Code*) gäller för alla barristers där det engelska rättssystemet tillämpas.

1990 års Courts and Legal Services Act är en lagstiftningsprodukt som fått stor betydelse för advokatyrkets utformning i England och Wales. Inte minst har Courts and Legal Services Act gjort sitt till för att slutligen lagfästa bestämmelser om advokatsamfunden och dessas regler om god advokatsed.

34. London 1960.

3 Två idealtyper

3.1 Inledning

Precis som en gång Webers idealtyper, har mina egentligen inte något syfte att spegla verkligheten. De är det verktyg som hjälper oss att identifiera och tolka de olika uppfattningar, som faktiskt existerar om hur en god försvarare skall vara och verka. Genom att "ställa frågor" till idealtyperna kan vi få svar, som inte de traditionella rättskällorna ger.

I detta arbete laborerar jag med två försvarartyper. Jag har valt två typer som står så långt ifrån varandra på den "ideologiska skalan" som det är möjligt, utan att de framstår som orimliga eller orealistiska.

Det som kännetecknar ett riktigt svårt dilemma för en försvarare är ofta att hon måste väga klientens intresse mot ett annat, till exempel rättsordningens. I en sådan avvägning kommer den ena typen, som jag kallar vägvisaren, att lägga sig närmast rättsordningen på skalan, medan den andra, vapendragaren, intar positionen närmast klienten.

Varje ideologisk skola menar att dess förhållningssätt representerar en god försvararroll. Argumenten för såväl vapendragarinställningen som vägvisarinställningen rör sig kring samma centrala frågor. Den ideologiska position advokaten intar har följaktligen betydelse för hur hon förhåller sig till generella frågor som försvararens roll i rättssystemet. Den har också betydelse för inställningen till specifika advokatproblem som advokatens oavhängighet från klienten och betydelsen av advokatens privatmoral.

3.2 Vapendragaren

This Gun for Hire.[1]

3.2.1 *Den klientcentrerade idealtypen*

Nyckelordet för vapendragaridealet är instrumentalism. Vapendragaren är en typ av advokat som betraktar sig som ett instrument i klientens hand. Namnet vapendragare är min tolkning av det välkända begreppet *hired gun,* vilket, som

1. Titel på klassisk film noir 1942 med Alan Ladd i huvudrollen. Flitigt använd vid beskrivningar av vapendragaradvokaten.

så många andra advokatideologiska begrepp, fötts i den amerikanska doktrinen. Uttrycket tar sin utgångspunkt i den amerikanska vilda västern-myten om den ensamme revolvermannen som inte hör hemma i något läger utan är beredd att arbeta för vem som helst som anlitar hans tjänster. Det framhålls att metaforen skall förstås som att det är revolvern, inte personen, som är till salu.[2]

Idén om advokaten som ett instrument innebär att advokaten som privatperson hålls åtskild från advokaten som yrkesperson. Det är alltså inte advokaten man hyr, utan hennes "verktyg", kunskapen. Precis som en skicklig hantverkare lever advokaten på att bistå sina klienter, utföra sitt uppdrag och sedan dra vidare. Det centrala i liknelsen om den lejda revolvern är uppdragstagarens neutralitet i förhållande till uppdragsgivaren. Advokaten är alltså klientneutral – hennes uppdrag bygger på absolut likabehandling av alla klienter, goda eller onda. Hon ger inte uttryck för sina personliga åsikter eller känslor inför en klient eller ett fall. Med andra ord måste hon anamma *professional detachment* eller rolldifferentiering.

I diskussionen kring *professional detachment* hör man ofta advokaten jämföras med en läkare. En läkare, säger man, gör ingen skillnad mellan sina patienter. Läkaren opererar den patient som ligger på operationsbordet, utan att fråga sig om det är en god eller ond människa.[3]

I det synsätt som företrädarna för rolldifferentiering anlägger på advokatens uppdrag ligger således att advokaten inte skall skaffa sig – eller åtminstone inte ge uttryck för – en personlig uppfattning om uppdraget eller klienten.

Vapendragarens övergripande syn på rättssystemet och sin roll i detta går ut på idén om systemet som en spelplan och aktörerna som spelare. Det gäller att utnyttja spelreglerna rätt och det gäller att maximera den egna nyttan (dvs. klientens).

3.2.2 *Match, krig eller drama – metaforer för vapendragaren*

Konceptet med spelregler och egennyttiga aktörer utgår från ett betraktelsesätt där man ser processen som ett slags tvekamp eller drabbning av det slag som förekommer i krig eller i idrott, som t.ex. en boxningsmatch.[4] De två boxarna slår varandra (egentligen ett omoraliskt handlande), eftersom de i förväg kommit överens om att strida på detta sätt och lovat att följa spelreglerna. Om den

2. Se t.ex. Allegretti: Have Briefcase Will Travel: an Essay on the Lawyer as Hired Gun, Creighton Law Review, 24:3 (1991).

3. Ett sådant argument är naturligtvis en grov förenkling av de svåra dilemman som medicinsk etik sysselsätter sig med, som t.ex. det klassiska problemet med de två patienterna, en småbarnsmamma och en yrkesbrottsling, på akutmottagningen, som båda har livshotande skador och läkaren som måste välja vilken av dem hon vill operera först och därmed rädda till livet (jämför problemet i del II), eller problemet med den svårt skadade person som behöver blodtransfusion men vars tro förbjuder honom att ta emot blod (jämför problemet i del III).

4. För en ingående analys i frågan om processen som ett spel hänvisas till Robberstads avhandling Mellom tvekamp og inkvisition. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling, Oslo, 1999.

ena boxaren plötsligt skulle få dåligt samvete för att han misshandlar sin motståndare, skulle matchen bli meningslös.

Tanken på processen som en fotbollsmatch är en ganska välkänd metafor och har använts med viss förtjusning i det fotbollsälskande England. Det blir för engelsk räkning en fråga om *fair play:*

> "The analogy here is with competitive sport, which is perhaps reinforced by the adversarial nature of our criminal justice system. Two sides are in opposition, and 'playing' in accordance to a set of rules."[5]

John Henry Wigmore lär ha tänkt sig att eftersom common law uppstod i ett system präglat av sport och spel, blev rätten genomsyrad av "the instinct of sportsmanship", vilket ledde till a "theory of legalized gambling".[6]

Man ser snabbt att metaforen om fotbollsmatchen har vissa poänger. Processen skall övervakas av en neutral och oväldig domare. Parterna har att hålla sig till vissa givna regler och kan komma att drabbas av sanktion eller straff om reglerna överträds. Det är också meningen att parterna i princip skall ha samma möjligheter att vinna[7] – *equality of arms.*[8]

En liknande metafor är idén om processen som en drabbning. Den krigiskt färgade retorik som ofta används för att beskriva processen tillämpar gärna uttryck som *battlefield, weapons* och *ammunition.*[9] Redan de gamla grekerna hämtade metaforer från krigets värld när de skulle beskriva vad som krävdes av en talare inför domstol. Därmed uppkom begreppet polemik, som kommer av det grekiska ordet för krig eller slag, *polemos.* Från denna tradition stammar uttryck som "bestrida" och "ostridigt", som används i rättsliga sammanhang.[10] Det ligger nära till hands att jämföra den moderna processen med äldre tiders dueller, i synnerhet de envig som utkämpades mellan två kombattanter och gick ut på att bevisa någons skuld respektive oskuld. Parallellen är talande när man betänker att enviget inte utkämpades mellan parterna själva,

5. Stone: Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practises and Principles (1995) 3 Web. Se f.ö. Ulf Lundkvists kritik av Stone, Lundkvist: Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång, 1998, s. 155 f.

6. Se Robberstad s. 31 med noter till Jerome Franks Courts on Trial från 1950.

7. Å andra sidan kan man också se att metaforen kanske haltar något. Principer som *in dubio pro reo* och *favor defensionis* finns knappast i sportens värld. Det är helt enkelt så att parterna i brottmålsprocessen *inte är* lika starka, utan den som skriver reglerna måste – redan innan "spelet" börjar – kompensera och utfylla med hänsyn till ojämställdheten mellan åklagare och tilltalad. Dessutom kan man invända att i en civilprocess må det vara så att två jämbördiga parter "spelar" om 100 procent, men parterna i brottmålsprocessen kan inte på motsvarande sätt "vinna" respektive "förlora" med exempelvis 40 – 60. Antingen blir den tilltalade fälld eller friad. Mot denna kritik kan man invända att även i en brottmålsprocess kan parterna mötas på halva vägen, i form av *plea bargains* och förhandlingar. Frånsett invändningarna kan man emellertid göra liknelser mellan spelarnas roll i matchen och ombudens roll i straffprocessen.

8. I den svenska litteraturen oftast benämnt *Waffengleichkeit*, så t.ex. hos Ekelöf.

9. Se t.ex. Narayan: Barrister for the Defence, (1985), s. 205: "(...) potential leading Barristers for the Defence (adopt the approach that they are) the Frontline Fighters and will receive Frontline attention from hostile sections – but, if your Powder is Dry and your Hands Steady – then: 'Pass the Ammunition, Brother, I am going over that Hill'."

10. Se Johannesson: Retorik eller konsten att övertyga, s. 38–39.

utan mellan två krigare som tagit på sig uppgiften att med vapen i hand bevisa sin huvudmans rätt.[11]

Slutligen kan man också se processen som ett drama. Även här är metaforen belysande: En muntlig process är som ett skådespel, där ombuden kan jämföras med aktörer, som spelar upp sina roller inför publik i enlighet med strikta dramaturgiska och regimässiga principer. Ombuden uttrycker inte sina egna känslor och åsikter, utan uttalar – precis som skådespelare – ord som lagts i deras mun. Retoriken – vältaligheten – kan vara den faktor som avgör om ombudet vinner eller förlorar målet.[12] Det är ingen slump att drama- och litteraturhistorien är fylld med scener som utspelas i en rättegångssal.[13]

Idén om rättegången som en match eller ett spel är känd som *the sporting theory of justice*.[14] Den har kritiserats som främmande för svenska förhållanden.[15] Enligt min mening är idén emellertid intresseväckande och metaforerna om brottmålsprocessen som en match, en drabbning eller ett drama har ett klart förklaringsvärde.[16] Som jag skall försöka visa nedan ger *the sporting theory of justice* nämligen näring åt vapendragaridealet och hjälper oss därmed att identifiera en av de grundläggande advokatideologierna.

Om man tillåter sig att göra en koppling mellan metaforerna och advokattyperna, kan man göra följande iakttagelser. Processen är som en match där spelarna har att följa en uppsättning överenskomna regler. Om man tänker sig att ingen av spelarna (advokaterna) överträder någon regel, men att man innanför regelns ram har ett visst spelrum, så ser man genast likheterna. Man kan exempelvis tänka sig att man antingen utnyttjar eller avstår från att utnyttja en fördel för det egna "laget" beroende på omständigheterna. Monroe Freedman citerar på flera ställen i sina böcker tennisspelaren Manuel Orantes. Orantes gjorde sig känd för en gentlemannamässig spelstil i det att han t.ex. kunde avstå från poäng när han tyckte att linjedomaren gjort ett misstag till hans fördel och till motståndarens nackdel. "'I like to win', he said in an interview, 'but I don't feel that I have won a match if the calls were wrong'."[17] En mindre gentlemannamässig och mera aggressiv spelare skulle ha tillgodoräknat sig poängen. På motsvarande sätt kan man föreställa sig att en försvarsadvokat under ett vittnesförhör upptäcker att vittnet missminner sig och inser att misstaget talar i huvudmannens favör. En vägvisarorienterad advokat skulle kanske ha påpekat misstaget, medan vapendragaren skulle ha låtit det bero om

11. Jämför Sir Walter Scott: Ivanhoe (1819); C. S. Lewis: Prince Caspian (1951).

12. Jämför vad som sägs i del II beträffande det engelska barristeryrkets framväxt ur en retorisk tradition. Se även Persson: Retorik för jurister (1997) *passim*.

13. En praktiskt taget rät linje kan dras från de antika grekiska dramerna via Shakespeare (t.ex. Köpmannen i Venedig och Julius Ceasar) och Dickens (t.ex. Två städer och Bleak House) fram till våra dagars filmer och romaner om rättegångar, vilka kan räknas i tusental. Jämför Weisberg: Poethics and Other Strategies of Law & Literature, USA 1992.

14. Se t.ex. Robberstad, s. 31 med noter.

15. Lundkvist a.a. s. 155.

16. Jämför Lindblom: Progressiv process. Uppsala 2000 (s. 189–236).

17. Freedman: The Lawyer as a Hired Gun, Gerson, s. 66. Freedman använder Orantes uttalande som utgångspunkt för en diskussion rörande *role-diffentiated behaviour*. Det intressanta för här aktuell fråga är att Freedman jämför advokater med tennisspelare.

hennes huvudman skulle vinna på detta och ingen upptäcktsrisk förelåg. Man talar ofta i amerikansk doktrin om en advokatkultur där det gäller att spela "hard-ball", dvs. hänsynslöst och offensivt.

I en krigisk drabbning finns liknande möjligheter att slåss "ädelt" respektive aggressivt. Eftersom möjligheterna ges inom ramen för de yttre reglerna, finns utrymme för olika sätt att strida.

Under rubriken "Advocacy as Theatre" skriver Keith Evans: "You wouldn't want to be an advocate if there wasn't an actor inside you. (...) By aiming for the courtroom you have chosen to go on the professional stage, just as surely as if you'd tried to make it in the West End or on television."[18]

När det gäller de dramatiska aspekterna på processen, har en del författare påpekat att det ofta är en viss typ av advokater som använder sig av teatraliska effekter. Pläderingar som rör åhörarna till tårar är ett exempel, ett annat är förhör där man tar till retoriska knep som inte syftar till att utröna sanningen utan till att förlöjliga eller skrämma vittnet.[19] En advokat kan spela på rättens känslor genom att visa upp sin huvudman som ett offer med gråtande och förtvivlade familjemedlemmar bland åhörarna.[20] Det berättas om den legendariske amerikanske advokaten William F. Howe att han gärna placerade den tilltalades hustru och barn på första raden och uppmanade dem att se tillgivet på den misstänkte. Om det nu var så att "a particular defendant did not have a pretty wife, fond children, or a snowy-haired mother, he was not for that reason deprived of the sympathy they might create on his behalf. Howe would supply them from the firm's large stable of professional spectators. Repulsive and apelike killers often turned up in court with lamblike children and wives of fragile beauty."[21] Sådana trick är inte något modernt påfund, utan tycks ha utnyttjats av advokater i alla tider.[22]

Den engelske barristern, tillika pjäsförfattaren, John Mortimer, gör följande reflektion: "An English criminal trial is a very theatrical occasion – the barristers and judges wear wigs and gowns, some of the judges are is scarlet and ermine and, on state occasion, carry bunches of flowers (once necessary to protect their noses from prison stench). I often left court to go to a rehearsal of a play I had written and felt that I had left the world of fantasy and make-believe at the Old Bailey for the harsh reality of the world of art."[23]

Rättssalen är en teaterscen: "The barrister is like a stage manager or director... He decides which things to highlight, the level of lighting on the actors

18. Evans: The Golden Rules of Advocacy, Blackstone 1993. Evans har verkat som advokat i både England och USA och Golden Rules betraktas som ett ledande standardverk i *advocacy* (ung. konsten att uppträda inför rätta).

19. Se t.ex. Pannick, a.a. s. 25 f.

20. Se Bergh (översättning): Romersk retorik. Till Herennius (1994) s. 66.

21. Rovere: Howe and Hummel (1947) s. 57.

22. "Hence the custom of bringing accused persons into court wearing squalid and unkempt attire, and of introducing their children and parents..." skrev Quintilianus redan första århundradet e.Kr. s. 401.

23. Mortimer: The best of Rumpole, s. I (1993).

and witnesses, which actors to spotlight, which aspects to play down, almost what words to put into their mouths... you are directing the performance."[24]

Retoriska och teatraliska effekter kan befaras påverka rättens bedömning och främja subjektivism, kanske i synnerhet hos lekmannadomare, varför en vägvisare kanske skulle finna sådan taktik olämplig med hänsyn till rättsordningens intresse av materiellt riktiga domslut.[25]

De begrepp som förekommer i dessa metaforer – spelregler, match, kamp, skådespel – används i synnerhet för att beskriva vapendragaradvokaten. Tanken på försvarsadvokaten som *hired gun* är väl etablerad i den amerikanska debatten och ligger till grund för vapendragarkonceptet.[26] Idén om processen som en tvekamp eller ett drama har använts av såväl vapendragaridealets tillskyndare som dess kritiker.

Idén som metaforerna för vapendragaridealet fått illustrera innebär sammanfattningsvis att en norm som vapendragaren följer i privatlivet (t.ex. att inte ljuga) åsidosätts av en överenskommen spelregel, ibland på bekostnad av icke obetydliga personliga olägenheter. Den som sig i leken ger, han får leken tåla. Som vi skall se längre fram tycks även normgivarna åtminstone till vissa delar vara av uppfattningen att advokater – i synnerhet försvarare – får finna sig i spelets regler, när de väl har givit sig in i spelet (dvs. blivit förordnade).[27]

3.3 Idéerna bakom vapendragaridealet

Om vapendragaren som idealtyp kan beskrivas med hjälp av metaforerna ovan, så kan idéerna bakom vapendragaridealet beskrivas med hjälp av nyckelbegrepp som *antipaternalism, moralisk neutralitet* samt *spelregler och egennyttiga aktörer.* Idéer, handlingsmönster och argument hänger intimt samman med varandra. Jag har här översiktligt försökt renodla just idéerna eller föreställningen om vilka värden en god försvarare bör prioritera. Som vi kommer att se i avsnittet längre fram om vägvisaren, skiljer sig uppfattningarna mellan idealen ganska radikalt från varandra.

3.3.1 *Antipaternalism: respekten för klientautonomin*

> Essential to each individual's dignity is the free exercise of his autonomy.
> – Monroe Freedman 1990, s. 57

Vapendragaridealet utgår från en ideologi som betonar värdet av den enskilda människans frihet, där det är statens fundamentala uppgift att skydda de enskilda människorna mot övergrepp, alltså den negativa friheten.[28]

24. Morison & Leith: The Barrister's World (1992), s. 142. (Nedan cit. Morison & Leith.)
25. Se särskilt del III B.
26. Se t.ex. Allegretti, a.a., Freedman i Gerson s. 63.
27. Se del III, kap. 16 och 17.
28. Se Berlin: Two concepts of liberty, i samlingsvolymen Four Essays on Liberty (1969), s. 122 f.

Som kommer att framgå i denna avhandling, är detta synsätt mycket centralt i advokatetiken. Särskilt tydligt är det i amerikanskt och engelskt tänkesätt. En typiskt liberal inställning är att se försvararens roll i processen inte som den som bidrar till sanningens utletande, utan som den stridskämpe som är till för att hindra maktmissbruk och orättvis behandling av den enskilde tilltalade:

> "To say that a criminal trial is a search for the truth, and that getting the truth is the most important function of the trial is surely incorrect. Our system of law has developed procedural safeguards which could be characterized as impeding the disclosure of truth... To interpret the Constitution in this light is simply improper. For the Supreme Court has stated: 'The Constitution of the United States is not intended as a facility for crime, it is intended to prevent oppression'."[29]

Grunden för vapendragarideologin är att advokaten företräder sin klients intressen och endast dessa. Det är en *Pure-Client Model.*[30] Enligt denna ideologi tar sig advokaten an klientens sak som om det vore hennes egen[31] och hennes främsta plikt är att främja denna sak inom lagens ramar. En viktig fråga som ställs i denna avhandling är huruvida advokaten skall följa klientens instruktioner. De antipaternalistiska skälen för att advokaten skall följa dessa instruktioner tar sin utgångspunkt hos klienten och dennes rättigheter – eller kanske möjligheter. Det handlar därför också om individens positiva frihet.

Enligt det klientcentrerade synsättet kan man nämligen betrakta lagen som en rad möjligheter för klienten. Tankegången går ut på att det redan existerar en "frizon" i lagen. Frizonen innehåller hela den rad med valmöjligheter som klienten har. Klienten har rätt att utnyttja denna men klarar inte att använda den rätt eftersom han inte har den kunskap som krävs. Advokaten behövs för att ge klienten denna kunskap, dvs. makten att utnyttja frizonen, tillgång till sina rättigheter. Jämförelser kan göras med den i amerikansk advokatetik centrala principen om *access to justice. Access to justice* betyder för vapendragaren självklart också att hon är beredd att försvara vem som helst. För att klienten skall kunna utnyttja sina rättigheter, måste advokaten ha som sin enda målsättning att främja klientens intressen *ur klientens synpunkt.*[32] Med "klientens intressen" skall enligt vapendragarideologin alltid förstås klientens subjektiva intressen – i motsats till vad som eventuellt kan betraktas som klientens objektiva intressen (jämför nedan).

29. Callahan & Pitkow, Gerson s. 159–160.

30. (Note) Ethical Abuse of Technicalities: A Comparison of Prospective and Retrospective Legal Ethics. 112 Harv.L.Rev. 1086 (1999).

31. "Som om det *vore* hennes egen" skall förstås bokstavligen – det innebär alltså inte, vilket är en viktig definition, att advokaten sammanblandar sin egen moraluppfattning eller sina personliga åsikter med klientens. Mer härom nedan.

32. Jämför RB 21:7 1 st.: "Försvarare skall med nit och omsorg tillvarata den misstänktes rätt och *i detta syfte* verka för sakens rätta belysning." Lagrummet har varit föremål för skilda tolkningar, men den härskande uppfattningen i svensk rätt torde vara att försvararen skall verka för sakens rätta belysning *ur klientens synpunkt.* Se vidare del III, kap. 17.

Begreppet "klientens intresse" återkommer ständigt i advokatetiken. Det förekommer såväl i de svenska och de engelska reglerna som i reglerna för advokater i europeiska gemenskapen:

> "Advokats främsta plikt är att, inom ramen för vad lag och god advokatsed bjuder, efter bästa förmåga tillvarata *klientens intressen.*"[33] "A practising barrister must promote and protect fearlessly and by all proper and lawful means his lay *client's best interests...*"[34] "Subject to due observance of all rules of law and professional conduct, a lawyer must always act in the *best interests of his client* and must put those interests before his own interests or those of his fellow members of the legal profession."[35]

Ett annat begrepp som hänger samman med klientintresset är klientens "sak". Vad "saken" är för något kan man ju tycka är klart ur processteknisk synvinkel. För statens del utgörs saken, så som den läggs fram av åklagaren, av frågan om den tilltalade förövat den brottsliga gärningen och även om gärningens brottslighet och vilken påföljd den förskyller.[36] För försvararen gäller det emellertid att belysa denna sak ur den tilltalades synvinkel.[37] Försvararen skall lägga fram saken på ett sådant sätt att klientens intresse tillgodoses och klientens rätt tillvaratas. Därmed ställs åter begreppet "klientintresset" i fokus. Hur försvararen belyser saken beror på hur hon tolkar innebörden av begrepp som "klientens intresse" och "klientens bästa". Försvararens belysning av saken beror också på hennes uppfattning om fakta i målet. Ofta lägger klienten fram fakta på ett helt annat sätt än åklagaren. Därmed måste försvararen besluta sig för om hon skall se saken så som klienten ser den eller inte. I denna situation uppstår därför frågan om försvararen skall skaffa sig en uppfattning om klientens sanningsenlighet och eventuella skuld.[38]

"Klientens intresse" är alltså ett begrepp som är centralt. Det är emellertid öppet för tolkning. Hur begreppet tolkas enligt gällande rätt skall vi undersöka i del III. Vad som är av intresse ur aktörsperspektivet är givetvis hur advokaterna tolkar begreppet.

Begreppet rör försvararens *förhållande till klienten* och dess tolkning blir därmed klart influerat av advokatideologierna. Jag skall försöka precisera innebörden av detta förhållande. Uppfattningen om vad klientens intresse egentligen är hänger samman med dels hur försvararen betraktar klienten som person, dels hur försvararen betraktar sin egen roll i förhållande till denna person. I praktiken handlar frågan om hur självständig klienten skall tillåtas vara i förhållande till sin försvarare; hur stor vikt som skall fästas vid klientens egen vilja och egna önskemål i förhållande till den professionella kunskap och erfarenhet som försvararen har. Det handlar också om försvararen skall utgå ifrån

33. SRGA 1 § första mom.
34. *Bar Code* 203 (a), första mom.
35. Paragraf 2.7, Code of Conduct for Lawyers in the European Community (1997), antagna av de nationella advokatsamfunden i samtliga medlemsstater. (Nedan cit. CCBE.)
36. Ekelöf I, s. 36.
37. RB 21:7 1 st.
38. Dessa frågor behandlas i del III B.

klientens version av fakta, klientens syn på saken, eller inte. Försvararens tolkning av begreppet "klientens intresse" blir därför en fråga om hennes uppfattning om klientautonomin.

Ordet "autonomi" har sitt ursprung i grekiskans *autos,* själv, och *nomos,* lag, och brukar ges innebörden självbestämmande, självtillåtande eller självstyre. Autonomi som filosofiskt begrepp är präglat av Kant, som använde det som bestämning av (den moraliska) friheten.[39] Autonomi som begrepp har därför en koppling till de individuella frihetsideal som vapendragarskolan hyllar. Därmed är det inte svårt att redan här dra slutsatsen att vapendragarförsvararen förespråkar en hög grad av klientautonomi, med allt vad det kan innebära.

Fullständig autonomi är egentligen en omöjlighet i den mänskliga samvaron. Genom att vi lever ihop i ett samhälle är vi beroende av varandra. Än svårare är att uppnå total autonomi för en klient i en försvarare–tilltalad-konstellation. Klienten i ett brottmål är mer beroende och mindre självständig än de flesta människor. Hur mycket advokaten än eftersträvar klientautonomi, är klienten beroende av hennes råd och hjälp i många viktiga avseenden. Vad klientautonomi betyder för vapendragarideologin är emellertid att klienten skall ha betydande – ja, till och med avgörande – kontroll över sitt öde. Klienten skall ges utrymme och respekt som individ att fatta moraliskt laddade beslut (som t.ex. frågan om han skall erkänna eller inte; ljuga eller tala sanning) helt på egen hand, med minsta möjliga påverkan, manipulation eller inflytande utifrån, vilket inkluderar hans advokat.

På sätt och vis kan man säga att vapendragarideologin är en ganska rigid ideologi. Det är en hel del av "allt eller intet" som vilar över de idéer som ligger bakom exempelvis inställningen till klientautonomin. Enligt den klientcentrerade försvararmodellen finns det egentligen bara två möjliga alternativ: antingen *det individuella valet* eller total auktoritet, *paternalism,* dvs. att antingen låta klienten bestämma över viktiga frågor i sitt eget liv eller utöva sin auktoritet över klienten och bestämma åt honom.

Lika självklart som det är att vägvisarideologin står för (ett visst mått av) paternalism, lika klart är det att en av de bärande idéerna bakom vapendragarideologin är det okränkbara i det individuella valet. En god försvarare uppfyller detta ideal genom att inventera handlingsalternativen, presentera alla valmöjligheter för sin klient och sedan låta denne välja, samtidigt som advokaten avstår från att ange vilket alternativ som skall eller bör väljas.

Den centrala idén är därför att det högsta goda är att faktisk klientautonomi får råda:

> "One of the essential values of a just society is respect for the dignity of each member of that society. Essential to each individual's dignity is the free exercise of his autonomy. Toward that end, each person is entitled to know his rights with respect

39. Autonomi skulle betyda människans bestämning av sig själv som förnuftsväsen: hon ger sig själv den allmänna lag som hon skall handla efter (jämför kategoriska imperativet).

> to society and other individuals, and to decide whether to seek fulfillment of those rights through the due process of law."[40]

Frågan om vem som skall "bestämma", advokaten eller klienten, kan enligt detta synsätt betraktas som en fråga om makt. En auktoritär advokattyp tar makten från klienten, medan en klientcentrerad advokattyp *ger* klienten makt, *empower the client.*[41] Genom att advokaten avstår från att påverka sin klient, ger hon makt till honom att bestämma sitt eget öde. Advokaten är expert på lagen, men inte mer. Klienten är den främsta experten på sitt eget liv och sin egen vilja.

3.3.2 *Moralisk neutralitet*

> Counsel has no opinion.[42]

En viktig aspekt i vapendragarens syn på rättssystemet är att försvararen betraktar sig som en neutral och konsekvent handlande kugge i det processuella maskineriet. Ett konsekvent agerande gynnar förutsägbarheten. Neutralitetsprincipen är central för vapendragarideologin och innebär bland annat (jämför del II) att advokaten måste vara beredd att försvara vem som helst oavsett omständigheterna. Neutraliteten medför också att advokaten måste frigöra sin egen moraluppfattning från klientens.

Den amerikanske författaren William Simon har utvecklat två centrala principer i advokatetiken som han kallar

1. "the principle of partisanship" (the requirement of pursuing the client's ends energetically) och
2. "the principle of neutrality" (the requirement of divorcing one's own morality from that of the client).[43]

Simons principer om neutralitet och *partisanship*[44] kombineras ofta med termen *adversary advocacy,* vilket ytterligare stöder uppfattningen om det ackusatoriska systemet som en förutsättning för den klientcentrerade och samtidigt klientneutrala advokaten. Det är i denna betydelse som jag här använder begreppet klientneutralitet.

40. Freedman, 1990, s. 57.

41. Cochran: Crime, Confession, and the Counselor-at-law: Lessons From Dostoyevsky, Houston L.Rev.35 (1998), s. 384–385 (nedan cit. Cochran).

42. Klassisk devis i engelsk advokatetik.

43. Simon: The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics, 1978 Wisc.L.Rev. 29.

44. Det är svårt att finna någon pregnant svensk motsvarighet till uttrycket *partisanship*, som ordagrant betyder "vapendragarskap" och ständigt återkommer i den amerikanska advokatetiska litteraturen. De svenska advokatreglerna använder i motsvarande sammanhang omskrivningar med uttrycken nit och omsorg, men dessa framstår som tamare än det amerikanska begreppet, som närmast används för att beskriva vapendragaradvokatens offensiva och hängivna klientcentrerade lojalitet.

Advokaten som *hired gun* är en väl etablerad metafor i amerikansk juridisk debatt. Jag målar i denna avhandling upp en bild av vapendragaren som en vass och hängiven försvarare. I USA har visserligen vapendragaren i diskussionen fått inta försvararens roll, men också i mycket hög grad – troligen till och med högre – har vapendragaren antagit den aggressiva *affärsadvokatens* gestalt. Det är inte sällan i samband med civilmål som man i den advokatetiska debatten – i synnerhet från författare som är kritiska mot vapendragartypen – hör talas om "client control". *Client control* innebär att det skall vara advokaten, inte klienten, som dikterar och styr viktiga beslut, "the lawyer holds the whip hand... is the master".[45] Vi får anledning att tränga längre in i sådana tankegångar under avsnittet om vägvisaren.

Med frågan om vem som "håller i piskan" – det vill säga en central fråga i denna avhandling – sammanhänger centrala yrkesetiska spörsmål som klientens inflytande över processföringen, advokatens tolkning av begreppet klientintresset och advokatens inställning till klientens person och sak.

Hired gun-metaforen innebär, som ofta påpekas i denna avhandling, att advokaten antar skepnaden av neutralt instrument i klientens hand. Ett instrument har inga åsikter eller känslor och kan inte vara gott eller ont i sig. "A gun is a tool, Marion, no better or no worse than any other tool, an axe, a shovel or anything. A gun is as good or as bad as the man using it. Remember that", yttrar huvudpersonen i den legendariska westernfilmen "Mannen från vidderna".[46]

I den advokatetiska debatten[47] uppkommer apropå klientneutraliteten ständigt frågan om rolldifferentiering och *professional detachment*. Den som är kritisk mot vapendragaradvokaten vänder sig också mot rolldifferentiering, eftersom en vapendragare för att kunna vara klientneutral måste separera sin egen privata roll från sin yrkesroll.

I frågan om rolldifferentiering ligger moraliskt sprängstoff. Den som försvarar vapendragaridealet och därmed hävdar att rolldifferentiering är det enda rätta sättet att förhålla sig till klienten, menar således att advokaten inte skall och inte kan anlägga egna moraliska synpunkter på klientens sak eller önskemål. Ett differentierat moraliskt förhållningssätt förstås ibland – i synnerhet från kritikerna – så, att advokaten har en egen privatmoral som privatperson men ingen moralisk uppfattning alls som yrkesperson.[48]

För vapendragaridealets del betyder rolldifferentieringen att försvararen intar en *amoralisk ställning i förhållande till saken och klientens person*. Hon tillägnar sig inte klientens moral, inte sin egen moral och inte heller systemets moral. Hon främjar klientens intresse utan hänsyn till moral. Detta förhåll-

45. Haynsworth: Professionalism in Lawyering, 27 S.C.L.Q. s. 627 f. (1976).

46. Shane, 1953, i regi av George Stevens med Alan Ladd i huvudrollen som den resignerade f.d. revolvermannen Shane.

47. T.ex. Freedman, 1990, s. 46–47, Wasserstrom (se nedanst. not), Fried (se nedanst. not) m.fl.

48. Se framför allt Wasserstrom: Lawyers as Professionals: Some Moral Issues, 5 ABA Human Rights 1 (1975). (Nedan cit. Wasserstrom.) Wasserstrom var starkt kritisk till vapendragaridealet och rolldifferentiering. Mer härom nedan.

ningssätt är amoraliskt för försvararens del, men eftersom hon kan *rättfärdiga det med moraliska argument* (som är rättssystemets), är det inte en omoralisk ideologi. Det moraliska rättfärdigandet går enkelt uttryckt ut på att eftersom systemet är moraliskt, behöver inte advokaten vara det.[49]

Debatten kring rolldifferentiering rasade i USA på 1970-talet. Professor Charles Fried skrev 1976 en artikel i Yale Law Journal som väckte viss uppståndelse: *The Lawyer as Friend: The Moral Foundation of the Lawyer-Client Relation.*[50] Fried liknade advokaten vid en vän, "a special-purpose" eller "limited-purpose friend". Frieds artikel blev – och är fortfarande – mycket omskriven och förmodligen också feltolkad av många kritiker.[51] Metaforen "advokaten som vän" skall inte förstås bokstavligen utan bör ses som ett inlägg i debatten om rolldifferentiering. Tvärtom mot vad man kanske kan tro, är konceptet "advokaten som vän" ett försök att förklara och legitimera det klientneutrala vapendragarskapet, *neutral partisanship*.

Fried menar att advokaten är som klientens vän inom den ram som lagen ger. Advokaten är den som (i motsats till abstrakta subjekt som rättvisan eller rättsväsendet) har en personlig relation med klienten. Det betyder att advokaten som vän agerar "in your interests, not his own; or rather he adopts your interests as his own", hävdar Fried och fortsätter: "I would call that the classic definition of friendship...".

Fried, som räknas som en viktig förespråkare för klientneutralitet,[52] gör emellertid i sin artikel en poäng av det *moraliskt goda* i advokat-klientförhållandet: "The relation itself ... is the creature of moral right..." Hur kan detta resonemang gå ihop med de sedvanliga moraliskt neutrala argumenten för vapendragarideologin? Fried tycks inse att det finns vissa problem med att koppla samman klientneutraliteten och det moraliskt rätta. Han gör en jämförelse med läkarens moraliska ståndpunkt och medger att advokatens ståndpunkt inte är lika enkel att definiera: "This is true in medicine because the human need creates a relation of dependence which it would be a betrayal to compromise. In the lawyer-client relation, the argument is more complex but supports the same conclusion."

För att kunna stå för båda de till synes oförenliga förhållningssätten "moralisk neutralitet" *och* "det moraliskt goda i advokat-klientförhållandet", måste Fried göra en koppling till ett annat klassiskt vapendragarargument, det antipaternalistiska argumentet: "The relation must exist in order to realize the client's rights against society, to preserve that measure of autonomy... Once the relation has been taken up, it is the client's needs which holds the reins, legally and morally".[53]

49. Att en amoralisk inställning på en lägre nivå kan rättfärdigas moraliskt på en högre, kan låta motsägelsefullt. Jag kommer under rubriken idealtypernas rättfärdigande i del III B att utveckla detta resonemang.

50. Fried, 85 Yale L.J. 1060–1062, 1070–1088, (1976).

51. Se t. ex. Boon & Levin, a.a. s. 196.

52. Jämför Rhode: Professional Responsibility. Ethics by the Pervasive Method, 2nd ed., USA 1998, s. 140.

53. Fried ibid.

Fried står för ett synsätt där advokaten, oavsett vem hon biträder, gör det som är moraliskt gott och rätt. I detta avseende är hon precis som en läkare. Vi kommer att få se mer av denna tankegång i del II om accept av försvararuppdrag. Argumentet ligger emellertid på ett ganska abstrakt plan. Fried talar om ett kontroversiellt fenomen som rolldifferentiering, men undviker kritiken som siktar in sig på amoral eller omoral genom att framhålla advokatens konstitutionella funktion i en rättsstat.

Som konstateras i del II har vapendragartypen i frågan om accept av försvararuppdrag en fördel framför vägvisartypen ur systemets synvinkel, eftersom hon utgör en konkret garant för principen om allas rätt till försvar. I frågan om rolldifferentiering kan man inte utan vidare dra växlar på denna vapendragarfunktion. Skulle en sådan argumentation godkännas, skulle man alltid kunna anföra att vapendragaren fyller en viktig funktion i samhället och därmed förklara bort varje etiskt problem. Fried har också fått utstå mycket kritik för sin ståndpunkt. Att kritiken kommer från motsatta ideologiska läger förvånar knappast, men även författare som förespråkar rolldifferentiering har funnit luckor i Frieds resonemang.[54]

Vi kommer att få anledning att återvända till diskussionen om rolldifferentiering. I den kritiska argumentationsanalys som skall avsluta del III B kommer Frieds och andra författares resonemang att granskas ur ytterligare aspekter. Vi kommer längre fram också att få se att även vapendragarens motpol, vägvisaren, kan begagna sig av vänskapsidealet för att legitimera sin paternalistiska ståndpunkt beträffande klientinstruktionerna.

3.3.3 *Spelregler och egennyttiga aktörer*

> I use the rules to frustrate the law. But I didn't set up the ground rules.
> – F. Lee Bailey[55]

Vapendragarideologin är starkt förbunden med processystemet som sådant (vilket kommer att framgå av de följande kapitlen). Inställningen är att systemet fungerar tillfredsställande. Att vapendragaren förlitar sig på systemet och dess funktion behöver inte innebära att hon hyser något slags blind tilltro till dess inneboende godhet eller att hon har en idealistisk syn på processen i något annat avseende. Hon är realist snarare än idealist. Enligt moralfilosofen David Luban är vapendragaradvokaten också pragmatiker.

> "The justification is this: first, the adversary system, despite its imperfections, irrationalities, loopholes, and perversities, seems to do as good a job as any at finding truth and protecting legal rights. None of its existing rivals ... are demonstratively better, and some... are demonstratively worse. Indeed, even if one of the other systems were slightly better, the human costs... would outweigh reasons for replacing the existing system. Second, some adjudicatory system is necessary. Third, it's the

54. T.ex. Boon & Levin ibid.
55. Cit. i Harv. Law Rev. [112] 1082 (1999).

> way we have always done things. These propositions constitute a pragmatic argument: if a social institution does a reasonable enough job of its sort... and we need the sort of job done, we should stay with what we have."[56]

Utvecklingen av ett ackusatoriskt system har – vilket kommer att framgå av denna avhandling – troligen den allra största betydelse för hur den svenska advokatrollen utvecklats. I USA, advokatetikens hemland, inleds snart sagt varenda skrift rörande advokatrollen med en utläggning om *the adversary system* och dess betydelse. Den ackusatoriska processen präglad av muntlighet, omedelbarhet och kontradiktion betraktas inte bara som den ram inom vilken advokaten verkar utan också som en nödvändig förutsättning för advokatrollen över huvud taget, sådan den gestaltar sig i USA.[57] Även om det finns skillnader mellan *the adversary system* och den svenska ackusatoriska processformen är det tveklöst så att de gemensamma dragen i processformerna (just muntlighet, omedelbarhet och kontradiktion) har bidragit till att prägla advokatrollerna i båda systemen.

Under 1900-talets sista decennier har emellertid *the adversary system* blivit ifrågasatt och angripet i den amerikanska rättspolitiska debatten. Det är givetvis ingen slump att själva processformen numera satts under kritisk analys, eftersom den så länge har ansetts hänga samman med ett advokatideal som är starkt klientorienterat och som beskyllts för att vara amoraliskt och aggressivt. Vissa kritiker har som en direkt följd av detta samband förespråkat en reform av den processform som kanske mer än något annat givit näring åt den advokatskola jag kallar vapendragarskolan.[58]

Det är också värt att notera att *the adversary system* i dagens amerikanska rättsliv nästan blivit en chimär. En alldeles överväldigande del av brottmålen avgörs via *plea bargaining*, dvs. den misstänktes sak blir överhuvud taget aldrig föremål för någon prövning i en rättegång utan påföljden förhandlas fram mellan åklagare och försvarare på villkor att den misstänkte erkänner brott eller på annat sätt samarbetar med åklagaren.[59]

I engelsk rätt praktiseras inte *plea bargaining*, men i realiteten förekommer ofta underhandsförhandlingar mellan försvarare och åklagare. Dessa förhandlingar är uppbyggda kring *the guilty plea*, dvs. huruvida den tilltalade erkänt och i så fall vilka åtalspunkter och vilka brottsrubriceringar han har gått med på. Ett erkännande har stor betydelse för påföljden i de engelska brottmålsrättegångarna, så stor betydelse att den överväldigande delen av de åtalade

56. Luban: Lawyers and Justice, (USA 1988) s. 92. (Nedan cit. Luban 1988.) Observera att Luban är kritisk till vapendragaridealet, vilket förklarar den lätt ironiska tonen i citatet. Att vapendragarens legitimation skulle vara pragmatisk kan diskuteras, vilket jag gör längre fram.

57. Se t.ex. Freedman: Lawyers' Ethics in an Adversary System (1975) och Nagel & Neef: The Adversary Nature of the American Legal System: A Historical Perspective. Exemplen kan mångfaldigas.

58. Se t.ex. Hazard: Ethics in the Practice of Law (1978) och Frankel: Partisan Justice (1980). Marvin Frankel, som är domare, räknas till den mer konservativa falang i USA som starkt kritiserat vapendragaridealet. Se vidare nedan.

59. Statistiken varierar något men det lär vara fråga om mer än 90 procent av brottmålen som numera avgörs på detta sätt. Se t.ex. Rhode 1998, s. 136.

brotten i de engelska domstolarna är erkända.[60] En siffra på 95 procent nämns av en barrister, som konstaterar att försvarsadvokatens roll givetvis påverkas av detta faktum: "Damage limitation is your role then".[61] Om den tilltalade erkänt går man i huvudförhandlingen direkt över till påföljdsfrågan och ingen prövning av ansvarsfrågan görs. Engelska försvarare har därför också – liksom sina amerikanska kollegor – en viktig uppgift i sin rådgörande funktion med klienten avseende inställningen till åtalet.

Lindblom talar i detta sammanhang om en dialektisk utveckling i de svenska förfarandeprinciperna. Från tes och antites har man, säger Lindblom, nu försökt finna syntesen genom att upphöja principlöshet i form av flexibilitet till en egen metaprincip. "Snabbhet och billighet skall nu inte uppnås genom en *ökning* utan genom en *minskning* av muntligheten och koncentrationen."[62]

Oaktat dessa praktiska förhållanden och den dynamik som präglar utvecklingen, har den ackusatoriska processformen som idé oerhört stor betydelse för förståelsen av försvararrollerna, i synnerhet då vapendragarrollen.

Att systemet givit näring åt vapendragarrollen är inte svårt att se: vapendragaren som idealtyp är en tydlig, dramatisk, aggressiv aktör som slåss för sin huvudmans rätt, här och nu, muntligt och omedelbart.

Vapendragaridealet handlar till mycket stor del om spelregler. Aktörens uppgift att inte att ändra spelreglerna eller spelet eller byta position, utan tvärtom att inta sin extrema position i ena hörnet av spelet och stanna där och sträva efter att behärska och utnyttja spelreglerna till det yttersta för att främja ett enda intresse: klientens.

Det främsta systemargumentet går ut på idén att om varje aktör i det ackusatoriska *(adversary)* systemet strävar efter att maximera sina egna (dvs. den egna huvudmannens) intressen, så kommer systemet att fungera acceptabelt. Aktörerna har på förhand kommit överens om en rad spelregler som alla måste följa. Spelreglerna kan, tagna ur sitt sammanhang, ibland ge resultat som förefaller extrema eller absurda, men så länge alla spelare är överens om att spela spelet med utgångspunkt från sin egen position, så blir det sammanlagda resultatet det bästa för kollektivet som helhet.

En förutsättning för att systemet verkligen skall fungera tillfredsställande är emellertid – vilket vi kommer att se i del II apropå cab rank-regeln kontra frivillig accept – att aktörerna verkligen är konsekventa och tydliga i sina positioner och funktioner. Tack vare vapendragarens konsekventa accepterande av alla försvararuppdrag, fungerar det system som garanterar försvarare åt alla misstänkta. Varje tvekan från en försvarare att acceptera ett obehagligt uppdrag innebär att försvararrollen blir suddig och glider över i en domarroll. På samma sätt förutsätter själva processen, för att fungera tillfredsställande,

60. Enligt engelsk lag ges påföljdsrabatt om den tilltalade erkänner (Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 48), så mycket som upp till en tredjedel av straffet. Se kritisk diskussion i Ashworth: Sentencing and Criminal Justice (2nd ed. 1995), s. 136–140.

61. Morison & Leith, a.a., s. 86, 114 f. och 132 f.

62. Lindblom: Rättegångssalens väggar – om domstolsprocessen i tid och rum. Söderbergska priset i rättsvetenskap 2001, s. 7.

att försvararen är tydlig i sin försvararroll. Försvararen måste vara försvarare och ingenting annat; inte domare och inte åklagare eller polis. Det handlar om konceptet *lawyer qua lawyer*, advokat som, i sin egenskap av, advokat. "It is good, so the argument goes, that the lawyer's behavior and concomitant point of view are role-differentiated because the lawyer qua lawyer participates in a complex institution which functions well only if the individuals adhere to their institutional roles."[63]

Rolltydligheten är en mycket central idé i hela vapendragarideologin. Det är principen om rolltydlighet som bland annat ger ammunition åt ståndpunkten att försvararen inte skall skaffa sig en uppfattning i skuldfrågan och inte har till uppgift att utleta den materiella sanningen i målet. Inställningen må vara vapendragarens, men den ingår också i en utbredd uppfattning om hur en försvarsadvokat skall vara. Utah Supreme Court i det amerikanska fallet State v. Holland fördömde försvarsadvokatens agerande då denne uppmanat sin klient att erkänna, eftersom detta "makes defense counsel an agent for the prosecution rather than an advocate for his clients", och yttrade vidare att "it is not the role of defense counsel to persuade a defendant to plead guilty because *counsel* concludes that the defendant has committed a crime".[64] Ett sådant agerande hör helt enkelt inte till försvararens roll. Försvararen skall försvara, åklagaren skall bevisa skuld och domaren skall döma.

3.4 Vägvisaren

> By becoming a member of the bar, a lawyer does not terminate his membership in the human race.[65]

3.4.1 *Den auktoritära idealtypen*

Vägvisaren är den idealtyp som tar och bibehåller kontrollen över klienten. Vägvisaren tar hänsyn till även andra intressen än klientens och balanserar dessa intressen i sin yrkesgärning. Där vapendragaren strider med blanka vapen för sin klient utan att någon avgörande hänsyn tas till vad moralen föreskriver eller vad som är sanning och lögn, intar vägvisaren en position som är betydligt mera moderat men också besvärligare att finna fram till.

Kan en försvarsadvokat verkligen visa lojalitet med intressen som kan vara raka motsatsen till hennes egen klients intressen? Detta är, som skall framgå av det följande, just den fråga som vägvisarskolan besvarar jakande.

Vägvisaren väger in sin egen moraliska känsla för rätt och fel när hon skall ta ställning till svåra dilemman. Hon eftersträvar den materiella sanningen i

63. Wasserstrom, a.a.

64. State v. Holland, 876 P.2d 357, 362. (Utah 1994).

65. Domarens uttalande i Sandstrom v. State of Florida 309 So 2d 17, 21 (1975) (District Court of Appeal of Florida).

målet och tar sitt ansvar för hela rättskedjan,[66] inte bara för sin lilla "pusselbit". Hon betraktar sig inte som ett viljelöst instrument i klientens hand, utan intar en auktoritär ställning.

Som vi kommer att se, framträder vägvisartypen tydligast vid en jämförelse med det mycket klart utmejslade vapendragaridealet.

3.4.2 *The Officer of the Court*

Som *officer of the court* tar vägvisaren hänsyn till andra intressen än klientens. Vi skall strax nedan definiera några viktiga sådana intressen. Gemensamt för dem alla är som sagt att de ligger *utanför klientens omedelbara intressesfär*. Vi ser redan här en tydlig skillnad mot vapendragaridealet: vapendragaren visar i princip ingen lojalitet med intressen som ligger utanför klientens sfär, hur värdefulla och viktiga de än må vara.[67] Signifikativt för de intressen som ligger utanför klientens sfär är att de inte bara är av en *annan* karaktär än klientens; de är ofta *motsatta* klientens intressen.

Rättsordningen är ett viktigt sådant intresse. Andra sådana intressen som vägvisaren tar med i sin avvägning är det allmännas intresse (t.ex. alla medborgares intresse av att skyddas från brottslingar). Hit får även räknas tredje mans intresse, t.ex. offret och offrets anhöriga (t.ex. aktualiserat av frågan om vad som händer om en försvarare medverkar till att en oskyldig fälls och framför allt om försvararen medverkar till att en skyldig går fri).

Först skall vi se på rättsordningsintresset, eftersom det är centralt för en *officer of the court*. Man skulle kunna göra det lätt för sig och säga att alla intressen (i föreliggande sammanhang) är rättsordningsintressen, dvs. även klientens intressen. Och de är de ju på sätt och vis. På ett mera jordnära plan kan det emellertid knappast råda någon tvekan om att brottmålsklientens egenintresse i allmänhet skiljer sig från de flesta andra aktörers intressen i brottmålet och även från omvärldens intressen i ett vidare perspektiv. Essensen i vägvisarideologins inställning till rättsordningen är att lagen inte skall utnyttjas för dunkla och orätta ändamål.

"There is a general consensus amongst the vast majority of advocates that they have two primary duties: a duty to represent the client and a duty to the court", skriver Pannick.[68] Rättsordningen har i amerikansk och engelsk litteratur definierats som *the law, the courts* eller *the legal system*.[69] *A duty to the law* bör därvid förstås som inte bara hänsyn till lagens bokstav, utan också till dess anda.[70] *A duty to the courts* bör inte heller förstås endast bokstavligen

66. Uttrycket "rättskedjan", så som jag här använder det, skall ses som en sammanfattande beteckning på hela det förfarande som börjar med att åtal väcks och slutar med en lagakraftägande dom. Beteckningen skall inte förstås som en bokstavlig beskrivning, där domstolen på något sätt skulle vara länkad till exempelvis åklagaren. Aktörerna försvarare, åklagare och domare är fristående från varandra.

67. Se Lake Pleasant-fallet i del III.

68. Pannick: Advocates, Oxford University Press, 1992, s. 89. (Nedan cit. Pannick.)

69. Se t.ex. *Model Code* EC 7-1.

70. Se t.ex. 112 Harv.L.Rev. (1999) 1082 (s. 1095).

utan också som en lojalitetsplikt mot de intressen som domstolarna är tänkta att upprätthålla. I praktiskt taget alla regelsystem som rör advokatsed ser man någon form av uttryck för denna plikt.

I svensk advokatsed talar man i konkreta ordalag om advokatens förhållande till domstol och andra myndigheter.[71] Typiskt för de svenska reglerna är att man ger uttryck för advokatens skyldighet att "iaktta vad rättegångsbalken och andra författningar rörande processen föreskriver" och vikten av att förelägganden skall efterkommas.[72] Det är som synes de konkreta regelverken som skall efterlevas. Emellertid infördes i samband med en lagändring 1982[73] ett par nya regler. Ändringen resulterade i försvararjävsregeln[74] och en generalklausul i SRGA av innehåll att en advokat inte får främja orätt.[75] Generalklausulen får anses sammanfatta det som sägs i denna avhandling om advokatens lojalitet mot rättsordningen och lagens anda. Den har i SRGA försetts med en kommentar i vilken anges att det måste fordras av en advokat att han handlar på ett sätt som främjar hederlighet och redbarhet inom rättslivet, inte på ett sätt som verkar i motsatt riktning. I kommentaren konstateras också att klausulen medför begränsningar i advokatens handlingsfrihet vid tillvaratagandet av klientens intresse. Generalklausulen och dess kommentar är som synes mycket öppet utformade. Begrepp som "orätt" och "hederlighet" kan ges mer eller mindre långtgående tolkningar. En god försvarare skall enligt vägvisaridealet ge begreppen en vid tolkning.

Det heter i ingressen till de amerikanska *Model Rules*: "lawyers should use the law's procedures only for legitimate purposes"... "should demonstrate respect for the legal system".[76]

En engelsk barrister åläggs "an overriding duty to the court to ensure in the public interest that the proper and efficient administration of justice is achieved: he must assist the court in the administrations of justice and must not deceive or knowingly or recklessly mislead the court."[77]

I ingressen till CCBE:s Code of Conduct heter det: "A lawyer must serve the interests of justice as well as those whose rights and liberties he is trusted to assert and defend...".[78]

Det råder alltså ingen tvekan om att det för advokater existerar en lojalitetsplikt gentemot rättsordningen. Här finns emellertid två problem. Ett problem ligger – här som i så många andra fall – i definitionen av begreppet. Ett annat problem ligger i att precisera vilka följder lojaliteten kan föra med sig, dvs. vilket utslag lojaliteten ger i ett konkret fall. Det senare kommer vi att undersöka del III, som bl.a. behandlar idealtypernas handlande.

71. SRGA 44–47 §§.
72. SRGA 44 §.
73. Prop. 1981/82:57, föranledd av BRÅ PM 1979:8.
74. RB 21:3 3 st., kommenteras även på annan plats i denna avhandling.
75. SRGA 1 § 2 st.
76. *Model Rules*, preamble, paragraph 4.
77. *Bar Code* 202 (1990).
78. CCBE 1.1.

Att man med rättsordningen skall förstå lag och andra normer och domstolarnas och andra myndigheters bud är självklart. Med rättsordningen tycks emellertid också menas den *ratio* som ligger bakom en regel eller en princip och troligen också ett slags kod för hur man uppträder i domstol och mot parter och kolleger.[79] Ett exempel kan vara att advokaten, utan att direkt överträda lagen, på ett flagrant sätt utnyttjar en lucka i ett lagrum som beror på ett uppenbart förbiseende av lagstiftaren, och därmed handlar i strid med bestämmelsens *ratio*. Ett annat exempel är att advokaten i sin klients intresse utnyttjar processprinciper i helt "fel" syfte, t.ex. ger in ett uppenbart utsiktslöst överklagande för att klienten skall få en tidsfrist innan det blir dags att börja avtjäna straffet.[80] Detta exempel berör problem nummer två med "lojaliteten mot rättsordningen": vad betyder den i det konkreta fallet? Betyder den att lojaliteten mot klienten får ge vika? I exemplet skulle advokaten i så fall inte ha överklagat (trots att klienten ville det och det inte var olagligt) på grund av att hon visste med sig att ett sådant överklagande skulle stå i strid med rättsordningen.

Man skulle kanske kunna tänka sig att vägvisaren tolkar begreppet "lojalitet mot rättsordningen" vidare och vapendragaren snävare. Man ser till exempel ibland att det finns en föreställning om att vapendragaren endast följer lagens bokstav, medan vägvisaren följer även *dess anda*.[81] Mer intressant är emellertid i mitt tycke att se till *konsekvensen* av advokaternas uppfattning om lojaliteten mot rättsordningen. Exemplet ovan med överklagandet är mycket talande. I en situation där klienten begär något som i och för sig inte är olagligt men som strider mot lagens anda, kommer vapendragaren att göra som klienten begär, inte därför att hon definierar rättsordningen på ett annorlunda sätt och inte heller för att hon struntar i rättsordningen, utan helt enkelt för att hon måste prioritera klientens intresse över ett annat – i och för sig legitimt – intresse.

Man kan konstatera att alla advokater är skyldiga att visa lojalitet mot rättsordningen, men att vägvisaridealet hyllar en betydligt mer långtgående lojalitetsplikt mot rättsordningen än något annat advokatideal.

Andra intressen, konstaterades ovan, som kan ligga utanför eller stå i rak motsats till klientens intresse är det allmännas intresse[82] och tredje mans intresse. Om "det allmänna" är medborgarna i allmänhet, ett slags amorf massa, kan "tredje man" sägas vara en specifik medborgare med ett intresse som har anknytning till målet mot den tilltalade.[83]

79. Jämför SRGA §§ 2, 37–44, 47–51.

80. Se TSA 1975 s. 366, som kommenteras i del III. I fallet anmärkte disciplinnämnden att det gagnlösa överklagandet stod "i strid med vad god rättskipning kräver".

81. Vapendragarförespråkare skulle då kunna kontra med att hävda att det ligger i lagens anda att advokaten skall maximera sin klients intressen och endast dessa.

82. Diskussionen om framför allt offentliga försvarares eventuella lojalitet gentemot det allmänna kommer att tas upp i del III C nedan.

83. Frågan om försvararens hänsyn till tredje mans intressen kommer att belysas och exemplifieras i del III B nedan.

I regler om god advokatsed kan man se att advokaten i vissa fall åläggs en plikt att ta hänsyn till tredje mans intressen. I vissa fall kan denna plikt medföra att advokaten måste åsidosätta sin plikt gentemot klientens intressen.

I exempelvis de amerikanska *Model Rules* kan en advokat få bryta sin tystnadsplikt för att hindra att klienten begår en brottslig handling, om advokaten bedömer att handlingen kan komma att medföra allvarlig kroppsskada eller dödsfall.[84] För svensk advokatseds räkning finns ingen uttalad reglering på denna punkt. Advokater i Sverige torde dock vid äventyr av straffansvar vara skyldiga att avslöja planerade grova brott enligt BrB 23:6.[85] Wiklund menar att advokaten enligt god advokatsed kan ha *ännu mera långtgående* plikt att bryta sin tystnadsplikt för att förebygga brott, alltså även mindre grova brott.[86] Wiklunds uttalande visar att det finns utrymme för olika tolkningar. Enligt vägvisarideologin skulle advokaten tillerkännas frihet att bryta mot sin tystnadsplikt i ett sådant fall. Sådana här regler har tydligen till syfte att skydda tredje mans intressen och visar att prioritering av andra intressen än klientens inte är en främmande tanke i advokatetiken.[87]

Vägvisaren skall, har vi konstaterat, inte uteslutande koncentrera sig på att inta klientens position i rättssystemet, utan den "rätta" positionen. Hur skall, rent konkret, vägvisaren finna denna rätta position? Ett sätt som framhålls i vägvisarvänlig (amerikansk) doktrin är att använda sig av förebilder.

Förebilderna utmålas gärna som "the great and the good" och hämtas ofta från det förflutna. Vad som slår en när man tar del av vägvisaridéer i den amerikanska litteraturen är att de ofta är framsagda med viss bitterhet. Det är som om vägvisarförespråkarna med en djup suck konstaterar att advokatyrket förflackats, idealen förfuskats och "det var bättre förr". Ett exempel så gott som något är Sol M. Linowitz bok med den talande titeln: "The Betrayed Profession. Lawyering at the End of the Twentieth Century".[88] Linowitz, själv gammal erfaren advokat, är orolig över advokatyrkets förfall och förespråkar "a re-

84. *Model Rules* 1.6(b)(I) (1991).

85. Frågan om i vilken mån tystnadsplikten kan åberopas gentemot BrB 23:6 av advokaten har inte fått något alldeles kristallklart svar för svensk del. Tystnadsplikten tillhör de etiska regler som delvis är öppna för tolkning. Att straffstadgandet BrB 23:6 även gäller för advokater tycks doktrinen i och för sig vara ense om. Se Wiklund 1973, s. 313 f. Det finns emellertid en rad aspekter, inte minst straffrättsliga, som kan anläggas på problemet. Problematiken är intressant, men detta är inte rätta platsen att göra någon närmare utredning.

86. Wiklund, s. 315.

87. Jämför det yttersta syftet bakom regler om god advokatsed, nämligen att skydda den rättssökande allmänheten från inkompetent juridiskt biträde.

88. USA 1994. (Nedan cit. Linowitz.) Linowitz kanske kan uppfattas som en moralpredikant i vissa stycken, men han är ingen blåögd nostalgiker. Det var inte allt som var bättre förr, medger Linowitz och tar sin egen advokatkarriär som exempel. Trots att han var den främsta studenten i sin avgångsklass på Cornell Law School 1938, så visste han att han aldrig skulle få anställning på någon av de stora prestigefyllda advokatbyråerna i New York, eftersom han var jude. En svart kollega till Linowitz som sedermera gjorde en lysande juristkarriär hade om möjligt ännu sämre utgångspunkt. ABA:s stadgar innehöll ända fram till 1943 ett uttryckligt förbud mot medlemskap för afro-amerikaner och det dröjde ända till 1954 innan den första svarta ledamoten fick inträde i advokatsamfundet. Nästan lika illa var det för jurister av italiensk härkomst, för att inte tala om kvinnor. Harvard Law School antog överhuvudtaget inte kvinnliga studenter förrän 1950 och flera andra Law Schools dröjde ända till 1970-talet innan de antog kvinnor.

newed professionalism", för att advokatyrket skall aktas som det en gång gjorde, då "(t)he leaders of the law in America have been men who could say no, who preserved their autonomy, who served their clients with their hearts, their skills, their advice, their advocacy, and their friendship – but not with their souls or their citizenship."[89]

Som jag ser det amerikanska advokatyrket, tycks detta omgivet av ett delvis förklarat skimmer under förra hälften av 1900-talet, medan professionen så att säga förlorade sin oskuld någon gång under 1970-talet, med Watergateskandalen som en betydelsefull brytpunkt. Det är därför föga förvånande att Linowitz citerar en förebild från tiden kring andra världskriget. Citatet härrör från Henry Stimsons memoarer, "a great figure of the New York bar, who served both Theodore Roosevelt and Franklin Roosevelt...", och jag skall återge det i sin helhet, eftersom det uttrycker essensen av min teori om vägvisarens förhållningssätt till "the adversary system":

> "I came to learn and understand the noble history of the profession of law. I came to realize that without a bar trained in the conditions of courage and loyalty our constitutional theories of individual liberty would cease to be a living reality. I learned of the experience of those many countries possessing constitutions and bills of rights similar to our own whose citizens nevertheless lost their liberties because they did not possess a bar with sufficient courage and independence to establish those rights by a brave assertion or the writs of habeas corpus and certiorari."

Så långt ser vi att vägvisarens syn på rättssystemet i USA till stor del sammanfaller med vapendragarens synsätt. Emellertid fortsätter Henry Stimson:

> "So I came to feel that the American lawyer should regard himself as a potential officer of his government and a defender of its laws and Constitution. I felt that if the time should ever come when this tradition had faded out and the members of the bar become merely the servants of business, the future of our liberties would be gloomy indeed."[90]

Stimson uttryckte i sitt citat att en god advokat bör betrakta sig som en "officer of his government". Detta är ord som vapendragaradvokaten inte skulle ta i sin mun. Vapendragarskolan poängterar ju att advokaten har ett enda intresse, som går före alla andras, och det är klientens. I dagens USA skulle vi knappast finna ens en vägvisare som uttrycker sådan lojalitet med "the government". Det betyder inte att idén inte existerar längre som ideal. Vi måste se citatet i dess historiska sammanhang. I krigstider hyllas givetvis lojalitet med sittande regering av alla goda patrioter, och i det politiskt paranoida 50-tal som lurade bakom hörnet skulle knappast någon heller öppet ifrågasätta ett sådant ideal. Det USA som växte fram efter Kennedymorden, Vietnam och Watergate var ett helt annat. Fallenhet för konspirationsteorier har nästan blivit ett nationellt särdrag och misstron mot "the government" är utbredd i de flesta politiska läger. I dag skulle samma lojalitet, som Stimson en gång ut-

89. Linowitz a.a. s. 227.
90. Linowitz a.a. s. 1. Citatet hämtat ur förordet till Stimsons memoarer från 1948.

tryckte, i försiktiga och förment neutrala ordalag kallas för lojalitet mot det allmänna och rättsväsendet. Uttrycket "officer of the court" innehåller betydligt mindre sprängstoff än "officer of the government". Skillnaden är kanske inte så mycket ideologisk som semantisk.

Även Stimsons varningsord mot att bli en "servant" är signifikant. Hela vägvisarideologin genomsyras just av åsikten att en god advokat inte är klientens handgångna tjänare.

"Henry Stimson would have been shocked and saddened by the state of the bar today", konstaterar Linowitz. Amerikansk vägvisarvänlig doktrin är nämligen just av den uppfattningen att många USA-advokater i dag inte är stort mer än legosoldater, som säljer sig till första bästa.[91] Att advokaten skall främja sin klients intressen skall innebära att hon hjälper sin klient och ställer sin kunskap och erfarenhet till klientens förfogande, men det skall inte innebära att hon inleder ett krig där ändamålet helgar medlen: "In my generation, we thought of the law as a helping profession, not a continuation of war by other means", säger Linowitz. Som vi såg i avsnittet om vapendragaren, har just krigiskt färgad retorik använts som metafor för vapendragaridealet. Att en vägvisarförespråkare som Linowitz använder metaforen om krigföring som ett argument med starkt negativ klang är därför naturligt. Linowitz fortsätter: "Moreover, it was understood that a good lawyer helped his clients not to evade the law but to obey it."

Advokaten skall hjälpa sin klient att följa lagen. Detta låter nästan som om advokaten var ett slags regimens marionett. Är inte detta vad osjälvständig advokat skulle göra i en totalitär regim?[92] Att anpassa sin talan för klienten till de ideal som för tillfället hyllas av de politiska makthavarna? En sådan advokat är inte värd namnet försvarare, vilket är precis den sortens kritik som vapendragarskolan skulle framföra mot de vägvisarideal som Linowitz uttrycker. För att vi skall kunna förstå vägvisarens uppfattning måste vi helt enkelt försöka få fram en mer nyanserad bild av det förhållningssätt som "officer of the court" är ett uttryck för. Vad innebär det egentligen att betrakta sig som en "officer of the court"?

Begreppet är intimt sammanknippat med de intressen som i denna text är vägvisarens nyckelord: hänsyn till rättsordningen, till det allmänna och tredje man; moralisk auktoritet; ansvar för hela rättskedjan. En annan nestor i amerikanskt rättsliv, domaren och sedermera advokaten Simon Rifkind, sammanfattar förhållningssättet väl:

91. Ett steg värre än att vara en legosoldat är att vara en "ambulance chaser". En legosoldat har inte själv initierat kriget, han bara deltar och slåss för den sida som betalar honom. En "ambulance chaser" är däremot en advokat som befinner sig längst ner i den juridiska "näringskedjan", en asätare som jagar klienter och uppmanar dem att stämma för skadestånd varhelst det kan tänkas finnas pengar att tjäna. Jämför med den målande och verklighetstrogna beskrivningen i John Grishams "The Rainmaker", där en advokat ägnar dagarna åt att gå runt på sjukhusens akutavdelningar och övertala trafikskadade och andra olycksoffer att underteckna stämningsfullmakter.

92. Se del II och del III.

> "The advocate has more than a private fiduciary relationship with a client; he also has a private trust... In his counseling and planning functions, the attorney not only expedites his client's wishes and lightens the work load of the courts; he enforces the law as well... (T)here are simply not enough governmental officials charged with the responsibility of enforcing our laws to relegate the assessment of legality to adjudicatory forums. The smooth functioning of our society requires the private attorney to pass his client's proposal through the filters of every relevant area of the law, so that the client can proceed confidently on a legal course of action, and so that the chaos of multiplicity of improperly planned, ultimately illegal, courses of action can be avoided."[93]

Rifkind målar upp en bild av en advokat som är en rättsstatens och domstolarnas medhjälpare snarare än klientens tjänare. Advokaten är inte underordnad domstolarna, men sidoordnad, jämte de andra aktörerna på arenan: domaren och åklagaren. Advokaten skall idealiskt fungera som ett filter, som rensar bort allt som inte bör prövas i en domstol, allt som inte hör dit eller som har ett ohederligt syfte.

Detta kan innebära att advokaten måste justera klientens ursprungsposition. Vi kommer i del III att undersöka hur detta kan gå till och vilka argument som kan anföras för och emot en sådan inställning.

En samtida advokatkollega till Henry Stimson uttryckte saken mycket enkelt: "About half the practise of a decent lawyer, consists in telling would-be clients that they are damned fools and should stop."[94] I dag, menar Linowitz, finns knappast någon advokat som skulle betrakta som sin plikt att säga något sådant till klienten. Många advokater har sålt sig och därmed medverkat till att affärslivet ser ut som det gör idag, fullt av ohederlighet med marknadsföring som stöder sig på falska forskningsrapporter och så vidare. Den lagstiftning som tillkommit för att förhindra ohederlighet i bland annat affärslivet, kringgås i stället för att följas. "We made such deceptions illegal for reason, and we counted on the nation's lawyers to tell their clients the law. Too many times, lawyers have been willing to look the other way, or even plan out the defense in advance, while their clients violated the law."[95]

I England har begreppet *officer of the court,* precis som man kunde vänta sig, en ännu äldre historia än i USA. I den engelska advokatetiken sticker man alls icke under stol med att advokaten tjänar rättsordningen lika mycket som hon tjänar klienten – om inte mer.[96]

93. Simon H. Rifkind: One Man's Word (New York, privat tryckning 1986) s. 502–503, cit. i Linowitz a.a. s. 3–4.

94. Advokaten hette Elihu Root och tillhörde den elit under det tidiga 1900-talet som kom att bli förebilder för vägvisaridealet. Han var en lawyer-statesman i ordets rätta bemärkelse; han tjänstgjorde som minister och blev sedermera senator. Linowitz a.a. s. 4.

95. Linowitz ibid.

96. Paradoxerna som tycks finnas inbyggda i den engelska försvararrollen diskuteras på flera ställen i avhandlingen. Det är en roll som (åtminstone i vissa avseenden) är extremt klientcentrerad, samtidigt som man med självklarhet betraktar sig som ett slags domstolens tjänare.

3.5 Idéerna bakom vägvisaridealet

Alla försvarare måste på något sätt förhålla sig till rättsordningens intressen, vilket vi sett prov på strax ovan. Vi skall nu se att vägvisarens förhållningssätt till rättsordningen också påverkar hennes inställning till klienten och till sin egen roll i ett större perspektiv.

3.5.1 *Klientens beskyddare*

> Treating all clients as the homo œconomicus of classic liberal theory may lead ... lawyers (to) make unfounded assumptions about their clients' needs, desires, and interests ...[97]

Advokatens moraliska neutralitet – en av grundstenarna i vapendragartankegångar – är enligt vägvisaridén en chimär, liksom för övrigt all moralisk neutralitet är en chimär. Moralisk neutralitet är helt enkelt praktiskt taget omöjligt att uppnå. Bakom denna kritik ligger en tanke om att ingen mänsklig varelse kan förhålla sig helt neutral.

Det klientcentrerade idealet – som framhålls som neutralt – är t.ex. baserat på uppfattningen att individens frihet och autonomi (här: klientens) är det högsta goda, eller med andra ord: egoism och egennytta. Värden som altruism eller erkännandets själsrenande funktion bortser man då ifrån. Man bortser också ifrån att andra intressen än klientens kan komma att lida skada. Total klientautonomi kan få vilka följder som helst – de mest omoraliska och orättfärdiga konsekvenser kan följa. Eftersom fullständig moralisk neutralitet inte existerar, blir kaos följden om inte advokaten tar över och med sin moraliska auktoritet vägleder klienten.

Som konstaterades ovan i avsnittet om vapendragaren och klientautonomin, är begreppet "klientens intresse" av central betydelse i advokatetiken. Alla advokater har som rättesnöre att handla i klientens intresse. Frågan är hur vägvisaren tolkar begreppet.

Vägvisarens inställning i det renodlade advokat-klientförhållandet är präglat av hennes inställning till försvararens roll i det vidare perspektiv, som ovan diskuterats: hänsynen till även andra intressen än klientens och idén om att i ett dilemma träffa ett val som är gott. Därmed står det från början klart att vägvisaren lägger in andra värden i begreppet "klientintresset" än vapendragaren. För vägvisaren är saken inte så enkel att hon alltid låter klientautonomin vara absolut och alltid tar klientens uppgifter för goda. Hon måste göra en avvägning mellan klientens intresse och andra intressen som är relevanta. Hon gör dessutom, i det konkreta fallet (vilket skall visas i del III) på advokat-klientplanet, en alldeles egen tolkning av vad som utgör klientens intresse.

97. Nicholson & Webb s. 279.

Jag skall renodla vägvisarens tolkning av begreppet. Om vi för ett ögonblick skalar bort de hänsyn vägvisaren måste ta till andra relevanta intressen än klientens, så återstår bara dessa två nyckelgestalter: försvararen och hennes klient. Vilket är nu klientens intresse? "Klientens intresse" är i vapendragarens klientautonoma värld detsamma som den önskan klienten uttrycker. För vägvisaren är emellertid klientens intresse det som är bäst för klienten. För en skyldig tilltalad kan intresset enligt detta synsätt till exempel vara att långsiktigt nå samvetsfrid, att nå försoning med brottsoffret, att förstå värdet av att i fortsättningen avhålla sig från brott och att förstå straffets berättigande och funktion. För en oskyldig tilltalad är intresset att bli frikänd.

Den mest grundläggande skillnaden mellan de båda synsätten är att enligt vägvisarskolan kan klientens bästa vara en lösning som klienten själv inte inser är den bästa. Vägvisaren är som en god förälder: hon förstår vad som är bäst för klienten och handlar därefter. Idén om en god förälder, bilden av en förälder som gör något för sitt eget barns bästa oavsett barnets protester, är en idé eller metafor som vi alla kan relatera till. Föräldern som vill sitt barns bästa kan handla mot barnets egna önskemål, därför att hon vet bättre, därför att hon har erfarenhet och kunskap att förstå vad som är barnets bästa och makt att genomföra vad som krävs. På samma sätt har en advokat erfarenhet, kunskap och makt att handla för sin klient i sin klients intresse.

En annan metafor för vägvisaridealet – som med varierande framgång använts för vapendragaridealet – är metaforen om advokaten som vän. I vägvisarideologin är inte advokaten den sortens vän som stillatigande sitter och ser på hur vännen (klienten) går mot sin egen undergång. Riktiga vänner, säger vägvisaridealet, hjälper varann att göra "det rätta". Metaforen om advokaten som vän målar inte upp en lika auktoritär bild som metaforen om advokaten som förälder. Advokaten som vän använder inte maktspråk utan eftersträvar klientens godhet genom att erbjuda honom ett gott val. Målet för ett advokat-klientförhållande med advokaten som vän blir "klientens godhet".[98]

Vägvisaren kan därför betrakta sig själv som en klientens beskyddare i stället för slagskämpe. Hon skyddar – likt en god förälder – klienten från alla frestelser och felaktiga val som finns ute i den förvirrande och obegripliga värld, vars faror hon, men inte klienten, känner så väl.

Fullständig klientautonomi skulle enligt vägvisartänkandet kunna medföra att advokaten förlorar kontrollen över både klienten och målet – ytterst över hela sitt yrkesliv. Advokaten skall verka för materiell rättvisa och inte medverka till eller uppmuntra klientens eventuella tendenser till lögnaktighet och strävan efter mer eller mindre dunkla mål.

Vägvisaridealet fokuserar därför inte på *rättigheterna* som systemet kan erbjuda klienten, utan på det *ansvar* som både klienten och advokaten – men främst advokaten – har för att ett gott och rättrådigt beslut fattas.

98. Cochran s. 378–382. Detta mål uppnås enligt Cochran genom att advokaten inleder en moralisk diskurs med klienten. Hur detta kan gå till skall vi se i del III, kap.14.

3.5.2 *Moralisk auktoritet*

Att tänka fritt är stort, att tänka rätt är större.[99]
– Thomas Thorild

Problemet med strävan att maximera klientens nytta, säger vägvisarskolan, är att man då gärna glömmer bort att stanna upp och fråga sig om det man gör är gott eller inte.[100] Alla advokatetiska regler och principer som talar om nit och omsorg och *partisanship* uppmanar advokaterna att prioritera klientens intressen och att på alla (lagliga) sätt söka öka klientens chanser att vinna. Även inom lagens och etikreglernas ramar finns gott om utrymme för beteenden som kan förefalla orätta och "ojusta". En advokat får t.ex. inte muta domaren eller juryn, men hon kan ta till sådan taktik som beskrevs under avsnittet ovan om vapendragaren: "She can dazzle the juror with meretricious argument, a weeping client, and some good, old-fashioned righteous indignation – and, according to the principle of partisanship, she not only can but *must,* if doing so will 'maximize the likelihood that the client will prevail'. The obvious problem with this principle is that it sets aside the question of whether the client *should* prevail."[101]

Det neutrala vapendragarskapet, *neutral partisanship*, har alltså kritiserats för att det kan leda till vad man med en klumpig försvenskning kan kalla för "nit- och omsorgsexcess", dvs. *excessive zeal,* en excess som medför skada för en rad andra intressen.[102] Enkelt uttryckt kan man säga att vägvisaren gör gällande att vapendragarens främjande av klientintresset till 100 procent är för extremt.

När det gäller moraliska hänsyn rör sig vägvisaren inom ett område som vapendragaren inte gärna beträder. Särskiljandet av advokatens moraluppfattning från hennes professionella liv är en av de tydligaste vattendelarna mellan de båda advokatideologierna.

Idén om advokaten som en skådespelare har använts som en förklaringsmodell till hur en advokat kan företräda exempelvis en bestialisk mördare med nit och omsorg utan att behöva engagera sig personligen och därmed lida emotionell skada. Vapendragarskolan förespråkar skådespelarmodellen, därför att den tillåter advokaten att sätta på sig en mask, gå in på en scen, spela rollen och sedan träda ut ur den och bli en privatperson igen. I engelsk rätt blir symboliken oerhört tydlig i och med de yttre betecknande attributen, peruk och kappa. Barristern är den som iklär sig "scenkostym" och detta är nog ingen slump: barristern håller, både bildligt och bokstavligt talat, ett större avstånd

99. Motto till Thorilds "Rätt, eller Alla samhällens eviga lag".

100. Se t.ex. Rawls, som talar om att "det rätta är primärt i förhållande till det goda" och om begreppet "fairness".

101. Luban 1988, s. 12. (Kursiveringar i original.)

102. Andra uttryck är *hyperzeal, overzealous representation, over representation, hardball lawyering* och *Rambo mentality.* Se t.ex. D. A. Ipp: Lawyers' Duties to the Courts, 114 Law Quarterly Rev. 63 (83) (1998).

till klienten än solicitorn gör.[103] Den som vill kritisera en sådan rollmoral gör gällande att det är omöjligt för en människa att frigöra sin personliga moral från de arbetsuppgifter man sysslar med till vardags, utan att samtidigt offra sin personliga integritet.

Den grundläggande idén bakom vägvisarideologins förhållningssätt till rolldifferentiering illustreras till viss del av rubriken till detta avsnitt. Det må vara *tillåtet* för en advokat att frigöra sig från moraliska skrupler i sitt arbete – men är det *rätt?*

Rolldifferentiering innebär att när man ställs inför ett yrkesetiskt problem så måste man "tänka bort" alla invändningar som man kan ha mot en viss lösning, så länge dessa är baserade på ens eget samvete eller ens egen moral. Just därför att man är advokat, befinner man sig i en situation där man gör saker och säger saker som man kanske aldrig skulle ha gjort eller sagt i sitt privatliv. Det som är relevant för en advokat som människa blir irrelevant för en advokat som advokat. Rolldifferentiering är till exempel ett försvar för och en förklaring till att en advokat frivilligt åtar sig att försvara en bestialisk mördare. På samma sätt är rolldifferentiering ett försvar för och en förklaring till att en advokat biträder sin klient med varje tänkbart mål och medel (inom lagens gräns), utan att ta hänsyn till (eller ens skaffa sig en uppfattning om) huruvida klienten eller målen eller medlen är goda eller onda.

Vägvisarskolans förespråkare hävdar att en god advokat inte till vilket pris som helst bör biträda sin klient. För ett sådant tänkande finns flera argument. Ett är att man inte kan lita på rättssystemets ofelbarhet. Ett annat är att rolldifferentiering odlar egenskaper som i sig själva är allt annat än goda och önskvärda i den mänskliga interaktionen: aggressivitet, hänsynslöshet, cynism. Ett tredje är att rolldifferentiering för advokatens personliga liv medför nackdelar: om hon *tror* på allt hon säger och gör för klientens räkning är det också rätt och riktigt att identifiera henne med den bestialiske mördaren. Om hon *inte tror* på allt hon säger och gör för klientens räkning är det rätt och riktigt att kalla henne en lögnare och hycklare. Slutligen och sammanfattningsvis medför rolldifferentiering att advokaten förr eller senare kommer att lida allvarlig personlig moralisk skada. Hennes yrkesbeteende är en så viktig del av hennes liv att hon till slut *blir* den hon agerar som i sin yrkesroll: "(t)his is at minimum a heavy price to pay for the professions as we know them in our culture, and especially so for lawyers".[104]

Kontentan i vägvisarmoralen ligger alltså i idén om att (även) en advokat bör eftersträva det goda – t.ex. materiell sanning och rättvisa. "...I am inclined to think that we might all be better served if lawyers were to see themselves less as a subject to role-differentiated behavior and more as subject to demands of *the moral point of view.*"[105]

103. Jämför Boon & Levin s. 208. Barristern sitter inte ens tillsammans med sin klient i rättssalen som i svenska och amerikanska rättegångar; alla barristers sitter vanligen tillsammans för sig, medan den tilltalade står ensam i de anklagades bås.

104. Wasserstrom, a.a.

105. Wasserstrom, ibid. (Min kurs.)

Den moraliska ståndpunkten, den goda ståndpunkten i stället för klientens ståndpunkt, är ett ideal som är värt att sträva efter. När Oliver Wendell Holmes i sin legendariska essä "The Path of the Law"[106] skrev att en advokat i princip bör anlägga "the bad man's point of view", var alltså detta en tanke som går stick i stäv med vägvisaridealet. I stället bör man anlägga "the good man's point of view". Idén om *partisanship* betyder, enligt Holmes, att vi badar vår uppfattning om lagen i cynisk syra. "The major objection to this view of law", skriver Luban hundra år senare, "is that bathing our understanding of law in 'cynical acid', as Holmes recommends, may dissolve our responses to power save cynicism."[107]

En idé om att lagen går att tillämpa på ett gott sätt – även i klientens intresse – är alltså den tanke som genomsyrar vägvisarideologin (även om det finns flera läger, där vissa bittert konstaterar att en sådan idé knappast är mer än en from förhoppning i dagens rättsliv,[108] medan andra hävdar att ett sådant slags god instrumentalism visst är möjlig).[109]

Vägvisaridealet hyllar idén om att en advokat bör följa även moraliska normer och därför har rätt att tolka gällande rätt på ett sätt som ger ett moraliskt acceptabelt resultat. Konflikten mellan lag och moral bör enligt vägvisarideologin lösas på följande sätt: om gällande rätt är oklar och därmed öppen för tolkning eller om gällande rätt ger ett absurt och orättfärdigt resultat, som t.ex. att en skyldig massmördare går fri eller att en oskyldig blir fälld, så skall advokaten eftersträva ett resultat eller en tolkning som är moraliskt acceptabel. Det innebär att vägvisaren gör gällande att lojaliteten mot klienten inte får kosta hur mycket som helst. Det *kan* faktiskt vara bättre att en oskyldig blir fälld än att tio skyldiga går fria. Vi kommer i del III B att se hur vägvisaren moraliskt kan rättfärdiga denna ståndpunkt.

3.5.3 *Advokatens ansvarsfulla position i systemet*

> The lawyer is a professional representative who must control the trial of a case just as the surgeon, not the patient, must control an operation.[110]

Vägvisaren som advokatideal har grott i samma jord som yrkessystern vapendragaren. Detta vet vi eftersom vi kan se hur vägvisaridealen framhålls och hyllas sida vid sida med vapendragaridealen, inte sällan i bitter polemik, men dock i samma källor: den amerikanska advokatetiska litteraturen och judikaturen. Båda idealen kan utan svårighet spåras i de etiska reglerna.[111] Detta är inte så konstigt som man kanske kan tycka vid första påseendet. Båda idealen

106. Holmes: The Path of the Law. 8 Harv.L.Rev., 1897.
107. Luban 1988, s. 20.
108. T.ex. Linowitz, se ovan.
109. T.ex. Luban och Cochran.
110. Burger: American Criminal Law Quarterly, vol. 5, s. 11.
111. För amerikansk del, jämför t.ex. Freedman, 1990, s. 1–10. För svensk del se min diskussion, del III nedan.

utgår ju från rättssystemet. Emellertid har de båda typerna olika uppfattningar om hur systemet bör fungera. Om basen eller utgångspunkten – scengolvet, om man så vill – är samma för båda advokattyperna, så är deras handlande helt olika inbördes.[112] Detta kommer vi att se tydligt i del III, kap. 13, som behandlar advokaternas agerande.

Det sagda innebär att vägvisaren, precis som vapendragaren, skall fungera i ett ackusatoriskt system och att idealets tillskyndare – med en annan sorts retorik än vapendragarens – kan hävda att det hyllar principer som rättssäkerhet och klientlojalitet. Medan vapendragarideologin går ut på att systemet fungerar bäst om försvararen är extremt klientcentrerad, säger oss vägvisarideologin att systemet inte kan fungera om advokaten bara är en viljelös bricka i ett spel. Systemet, hävdar vägvisarideologin, fungerar bäst om advokaterna är ansvarsfulla och samvetsgranna, goda förebilder som tar hänsyn till samtliga aktörer på den rättsliga arenan. I förhållande till klienten bör advokaten vara som en god förälder och inte som ett instrument. Instrumenttänkandet kan skada den känsliga balansen i rättssystemet. Systemet kräver expertis som med kunnande och ansvar nyttjar och tillämpar det på ett sätt som gynnar samhället i stort.

Vapendragarideologin innebär som bekant en hyllning av idén att om alla bara spelar sin roll, fungerar systemet tillfredsställande (trots vissa imperfektioner, så blir utfallet ändå gott: systemet i sig innehåller ett slags "hidden hand"). Vägvisarideologin innebär tvärtom att eftersom systemet är fullt med imperfektioner, krävs kloka och ansvarstagande aktörer som kan justera sina positioner för att man skall uppnå det gemensamma målet: rättvisa och materiellt riktiga domslut.

Idén om systemet som helhet, om rättskedjan i hela dess längd, är central i vägvisarens världsbild. Advokaten bär ett ansvar för hela rättskedjan, dvs. för konsekvenserna av alla sina handlingar. Det är av avgörande betydelse att se till konsekvenserna i deras helhet, inte bara till klientens egennytta.

Jag konstaterar i denna avhandling att vapendragaridealet betraktar en idealisk advokat som en så oupplöslig del av rättssystemet att själva idén om vapendragartypen tar stöd i detta system: (det ackusatoriska, kontradiktoriska) systemet förutsätter en vapendragaradvokat och en vapendragaradvokat förutsätter systemet.

Innebär detta att vägvisaren – som vapendragarens motpol – helt förkastar de argument som åberopar sig på rättssystemet? Alls icke. Det innebär däremot att vägvisarens förhållningssätt till rättssystemet på åtminstone en avgörande punkt skiljer sig från vapendragarens. I vägvisarens roll ligger att hon skall främja materiellt riktiga domar, dvs. rättvisa resultat. Det är därför också så att vägvisaren betraktar detta system (i synnerhet dess yttersta syftemål) med andra ögon än vapendragaren.

112. Vi utgår hela tiden från typernas handlande inför ett "hard case", dvs. sådana dilemman som här presenteras. I advokaternas arbete till vardags är skillnaderna mellan advokattyperna knappt märkbara.

När det gäller vägvisarens förhållningssätt till rättssystemet framträder detta på ett tydligt sätt i den amerikanska diskussionen om "the adversary system", denna ikon i amerikanskt rättsmedvetande. Också vägvisaren betraktar "the adversary system" som det idealiska rättssystemet, den fria världens svar på totalitära rättegångar. Systemet är inte bara ett knippe processrättsliga regler, utan ett skydd för individens medborgerliga rättigheter i sann liberal anda. Vi känner igen värderingarna från vapendragarens synsätt.

Vilken är då advokatens roll i detta system enligt vägvisarens synsätt? Vägvisarideologin präglas av nyckelorden ansvar, hänsyn och moralisk auktoritet. Advokaten ses inte bara som en neutral bricka i ett processuellt spel och absolut inte som ett instrument i klientens hand. Medan vapendragaren intar sin extremt klientcentrerade position i rättssystemet (och stannar där), gäller det för vägvisaren att inta den *rätta* positionen (i förhållande till rättsordningen, det allmänna, tredje man och andra relevanta faktorer).

Del II

Acceptera eller avböja uppdrag

4 Djävulens advokat

4.1 Inledning

Uttrycket "djävulens advokat" kommer från början från katolska kyrkan. Närhelst det blev aktuellt att kanonisera en person, så skickades ett sändebud från Vatikanen som hade i uppdrag att undersöka det föreslagna helgonets vandel under dess livstid, och kontrollera de mirakler som helgonet påstods ha utfört, närmast som ett slags detektiv.

Eftersom sändebudet inte fick dra sig för att rapportera även negativa synpunkter eller avslöja falska mirakler, kallades det djävulens advokat – alltså ett ombud för den sida som inte förespråkade kanonisering. Under lång tid har uttrycket därför använts om någon som ikläder sig motståndarens roll i en argumentation för att på så sätt kunna avslöja exempelvis svaga punkter i ett resonemang eller en tes. Först nu i modern tid har uttrycket "djävulens advokat" börjat användas i sammanhang där det skall förstås bokstavligen, det vill säga *en advokat som försvarar det onda.*

Hur man än tolkar uttrycket blir innebörden att en "djävulens advokat" är en person som av någon anledning – på befallning eller frivilligt – tagit på sig att uppträda som ombud för "den andra sidan"; fienden; det okända eller det onda.

Djävulens advokat är, som representant för "det onda" eller "det andra", någon som naturligen står i motsatsställning mot majoritetens eller samhällets uppfattning om vad som är rätt eller vad som är gott. Samtidigt har djävulens advokat fått sitt uppdrag från just samhället, alltså den rätta eller goda sidan.

Djävulens advokat har två huvudsakliga funktioner i ett samfund. För det första skall djävulens advokat testa hållbarheten i majoritetens eller samfundets[1] uppfattning i den viss fråga, t.ex. att en person skall upphöjas till helgon eller att en person skall dömas för ett brott. Samfundet har att ta ställning till alla argument mot den generella uppfattningen, argument som djävulens advokat har i uppdrag att framlägga. Först därefter kan samfundet fatta ett beslut som har hög rättssäkerhet, eftersom frågan då blivit väl utredd. Att belysa saken väl ur "den motsatta" synpunkten är således den ena viktiga funktionen

1. "Samfundet" skall i detta sammanhang förstås som det mänskliga samfundet, den samhälleliga och medborgerliga gemenskapen.

hos djävulens advokat. Den andra viktiga funktionen är att ge legitimitet åt samfundets maktutövning. Beslutet är inte bara väl underbyggt och därmed rättssäkert för den som berörs av det; dess allsidiga belysning med hjälp av djävulens advokat visar upp samfundet för omvärlden som rättvist och pålitligt. Samfundets medlemmar känner förtroende för systemet och kommer att medverka till att det upprätthålls.

Djävulens advokat behövs alltså i ett samhälle, såväl för rättssäkerhetens skull som för att legitimera de beslut som fattas. Trots detta kan samhället ha problem att finna någon som åtar sig att företräda "fel sida", att ta på sig rollen av djävulens advokat. Detta beror på att den som åtar sig att företräda djävulen också lätt kan komma att identifieras med det onda.

4.2 Sista försvararen i Charleroi

I den belgiska staden Charleroi gjorde sig på 1990-talet pedofilen Marc Dutroux skyldig till brottslighet så fruktansvärd att den gav genklang över hela världen. I en fastighet ägd av Dutroux, "skräckens hus" på Rue Philippeville, byggde han en cell där åttaåringarna Julie och Mélisse spärrades in och svalt ihjäl. Här hittades två andra flickor, Sabine och Laetitia, ännu levande men märkta för livet, när Dutroux och hans liga greps i augusti 1997. Det går knappast att tänka sig något fasansfullare än småflickor som kidnappas, drogas, blir inlåsta och undangömda i en mörk källare, som månad efter månad plågas, skändas och sedan lämnas att dö av törst och hunger.

Dutroux's brott resulterade i en väldig våg av sorg och vrede hos belgiska folket. Brotten ledde också till att flera s.k. rättsskandaler blossade upp och allt detta fick hittills aldrig skådade konsekvenser för den belgiska staten. Hösten 1997 började pedofilskandalen i Belgien nystas upp. En parlamentarisk kommission tillsattes för att utreda huruvida pedofilligans ledare Dutroux kunde ha åtnjutit rättsväsendets skydd. Undersökningsdomaren Connerotte tvingades avgå från pedofilutredningen. Gendarmeriet erhöll stark kritik: vid två tillfällen hade polisen gjort husrannsakan i "skräckens hus" utan att upptäcka något. I oktober 1997 manifesterades folkets avsky för barnaskändaren och för den belgiska rättsstaten i "den vita marschen", där 300 000 människor gick ut på Bryssels gator i en demonstration mot rättsröta och korruption och för solidaritet med offren och deras anhöriga. De bortrövade barnens föräldrar var i TV och tidningarna så gott som varje dag och det sades att en av papporna, Paul Marchal – en lärare – skulle ha kunnat bli premiärminister om han hade bestämt sig för att bli politiker.

Fallet Dutroux har inte många motsvarigheter i modern tid. Det gäller såväl den utbredda vreden mot Dutroux som person och mot den avskyvärda form av brottslighet han ägnade sig åt, som missnöjet med belgiska statens inkompetens och eventuella korruption i samband med lagföringen. Under dylika förhållanden är det inte svårt att föreställa sig att en advokat, som tillfrågades om hon ville ha uppdraget att försvara Dutroux, skulle känna stor tveksamhet

att acceptera detta. Så blev det också. Ingen advokat i Charleroi ville försvara Dutroux.

Enligt belgisk rätt har en advokat i normalfallet ingen plikt i lag eller god advokatsed att acceptera ett uppdrag. "Normalfallet" innefattar sådana fall där den tilltalade själv utser och betalar sin försvarsadvokat, dvs. privat försvarare. Visserligen sägs det i belgiska regler om god advokatsed (BRGA) att advokatens främsta plikt är att biträda den som vill anlita honom, och att advokat inte bör avböja uppdrag, varken på grund av klientens personlighet eller vad saken rör:

> "L'acceptation ou le refus des causes. 1) Les auteurs enseignaient traditionellement que l'avocat ne peut refuser une cause, ni en raison de la matière ou de l'importance de la cause, ni en raison de la personnalité du client, ni en raison de ses convenances personnelles; dans cette conception, la règle la plus imperieuse qui lierait l'avocat au client qui l'a librement choisi, serai l'obligation de lui prêter son concours..."[2]

Emellertid är det som sägs i regeln är en rekommendation. Någon *skyldighet* för belgiska advokater att acceptera uppdrag finns inte. Om Dutroux hade gjort förfrågningar hos advokat om någon önskade försvara honom, hade advokaterna alltså varit i sin fulla rätt att avböja. I detta läge skulle således den situationen kunna inträffa att en person misstänkt för allvarlig brottslighet som kunde ge lagens strängaste straff, kom att stå utan försvarare.

Dutroux, som hade ekonomiska möjligheter att skaffa sig privat försvarare, utsåg emellertid inte någon advokat. Inför förhandlingen i underrätten, *Cours d'assises* – en första förberedande förhandling – hade alltså Dutroux ingen försvarare. Det belgiska rättsväsendet var nu tvingat att ta ställning i advokatfrågan. En tilltalad kan inte uppträda i *Cours d'assises* utan advokat, eftersom Belgien har s.k. advokattvång.[3] Man fick då i stället ordna med en statligt betald försvarsadvokat – en s.k. *avocat commis d'office.* Enligt BRGA har inte *avocat commis d'office* samma frihet att avböja erbjudet uppdrag som en privat försvarare: "Seul, en principe, l'avocat commis d'office, ne peut refuser une cause."[4] Det vill säga: statligt betald försvarare – och endast sådan – får i princip inte avböja uppdrag.

Sådan offentlig försvarare utses i Belgien inte av domstol utan av en lokal avdelning av advokatsamfundet. I detta fall var det föreståndaren för *Barreau de Neuchatel* som fick uppdraget att utse en försvarare för Dutroux. Försvars-

2. Belgiska regler om god advokatsed, under rubriken "Les devoirs généraux de l'avocat, première section, L'obligation de défense", punkt A 1) (försvarsadvokatens skyldigheter), s. 377, ur Pierre Lambert: Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles, 3ème édition, Bruylant, Bruxelles, 1994. Lamberts bok är standardverket för god advokatsed i den franskta-lande delen av Belgien.

3. Jämför Sverige, som i motsats till många andra länder i västvärlden varken har advokatmonopol eller advokattvång.

4. BRGA, ibid, punkt A 2).

advokat utses inom en viss krets advokater som är knutna till domstolen som försvarare.[5]

Och nu händer det: Neuchatel är en liten domsaga – inte mer än cirka 25 advokater hör dit. Föreståndaren för *Barreau de Neuchatel* frågar advokat efter advokat – alla vägrar ta Dutroux-fallet. Marc Dutroux's brott var för fasansfullt, hans person var alltför hatad och fallet var för kontroversiellt för att någon av de lokala advokaterna skulle acceptera att försvara honom.

Detta hände alltså trots att det var fråga om *avocats commis d'office,* vilka i princip inte får avböja uppdrag. "I princip" betyder att undantagsfall finns. Om advokaten har godtagbara skäl kan hon avböja uppdraget. Praktiskt går det till så att advokaten ber att få tala med föreståndaren som givit henne uppdraget och inför denne anger sina skäl för avböjandet, exempelvis moraliska skäl. I normala fall försöker föreståndaren övertala advokaten att acceptera uppdraget ändå. Uppenbarligen var detta omöjligt i Dutroux-fallet.

Man fick därför hämta en advokat från en annan stad, Liège, som hade en mycket större krets av advokater. Närmare än så här kan man inte komma problemet som i amerikansk litteratur kallats *last lawyer in town*[6] – det vill säga fallet med medborgaren som anklagas för brott men som ingen advokat i staden vill försvara.

4.3 Problemställning

Historien om "djävulens advokat" påminner oss om den svåra paradox som ligger i att samhällets goda regler, som rätten att få försvarare, också måste gälla för de mest ondskefulla brottslingar. Man kan inte undanta vissa medborgare från medborgerliga rättigheter: alla har rätt till försvarare, även djävulen själv. Men vem skall försvara djävulen? En försvarsadvokat, naturligtvis. Försvarsadvokaten har som yrke att försvara misstänkta brottslingar. Finns det verkligen någon intressant problematik i frågan om huruvida advokaten skall acceptera eller avböja ett visst uppdrag? Jag har funnit att det finns sådant utrymme för autonomi från advokaternas sida att frågan blir intressant. Det finns nämligen ingen generell plikt för advokater att acceptera försvararuppdrag i alla rättssystem, utan bara i vissa.

Problemet "djävulens advokat" har ovan illustrerats med hjälp av det extrema och närmast unika Dutroux-fallet. Med tanke på omständigheterna kring fallet är det förståeligt och naturligt att ingen lokal advokat ville acceptera uppdraget att försvara Dutroux. Det är också lätt att föreställa sig att om en advokat i Charleroi hade accepterat att försvara Dutroux, hade hon med största säkerhet blivit utsatt för massiv kritik från allmänheten och i den lokala pressen.

5. Jämför det system med fasta försvarare knutna till viss domstol, som finns i Danmark (Retsplejeloven §§ 125, 128 stk 1). Norge har ett liknande system.

6. Se Wolfram s. 575.

Dutrouxfallet må vara extremt, men problemet som fallet tydliggör är inte så unikt som man skulle kunna tro. Ett välkänt exempel ur modern nordisk historia är den förföljelse, närmast av lynchningskaraktär, som drabbade høyesterettsakføraren Henrik Bergh, som var försvarare för Vidkun Quisling i Norge efter andra världskrigets slut. Människor hade svårt att acceptera att det fanns en ansedd advokat som faktiskt var beredd att försvara en landsförrädare.

En nutida parallell till Quisling-rättegången utspelades för några år sedan i Frankrike då Gestapochefen Klaus Barbie, "slaktaren från Lyon", skulle ställas inför rätta för otaliga och ovanligt grymma brott mot mänskligheten. Barbie, som var direkt eller indirekt ansvarig för tusentals människors död, visade ingen ånger utan var fortfarande stolt över att vara nazist. Journalister från hela världen visade emellertid nästan livligare intresse för Barbies försvarare, Jaques Vergès, än för Barbie själv. Vergès fick av den samlade världspressen samma fråga gång på gång: hur kan ni försvara en så totalt samvetslös och ond person som nazistförbrytaren Barbie? Vergès, som har gjort till sin livsuppgift att försvara de till synes oförsvarbara, vände sig emot att åklagarna, liksom massmedia, framställde Barbie som en helt igenom omänsklig person, en diabolisk figur. Vergès, som dessutom är av delvis asiatiskt ursprung och alltså icke-arier, menar att även den mest kriminelle är en människa, och att han som advokat måste vara beredd att försvara vem som helst. Försvararen erhöll av massmedia epitetet "djävulens advokat".[7]

Rättegångar mot förbrytare av sådant slag är givetvis ovanliga. Det finns dock flera exempel från nutida rättsliv, även i Sverige, där frågan om accept av ett kontroversiellt uppdrag kan bli ett dilemma för advokaten. Från senare tid kan erinras om den organiserade brottligheten i Sverige i form av s.k. mcligor, vilkas medlemmar med jämna mellanrum står under åtal. Advokater som uppträtt som försvarare i dessa rättegångar har såväl i pressen som bland allmänheten utsatts för kritik och har angripits för att det betraktas som oetiskt att försvara den organiserade brottsligheten.[8] På liknande sätt har kvinnliga advokater kritiserats för att de uppträtt som försvarare i våldtäktsmål.

Gemensamt för alla sådana fall är att advokaten ställs inför frågan om hon skall acceptera det kontroversiella uppdraget eller inte. I första hand har hon att ta hänsyn till skrivna regler i lag och god advokatsed, dvs. det objektivt fastställda utrymme som normerna ger, exempelvis för advokatens möjlighet att avböja ett uppdrag. Om inga sådana regler finns eller reglerna är öppna för tolkning, får hon fatta sitt beslut på grundval av sin egen uppfattning om vad

7. Jaques Vergès har förutom Klaus Barbie försvarat företrädare för palestinska dödskommandon, muslimska terrorister och världens mest eftersökte terrorist "Carlos". Se vidare om Vergès t.ex. Rolf Larsson, "Djävulens advokat" i Moderna Tider nr 4 1995.

8. I en intervju i SDS 14/11 1998 uttrycker en chefsåklagare bestörtning över att en person som tidigare arbetat som åklagare och som vid den aktuella tiden arbetade på en advokatbyrå, valt att uppträda som biträdande försvarare i en rättegång mot en Hells Angels-medlem. Chefsåklagaren gjorde gällande att det skulle vara oetiskt att företräda "den organiserade kriminaliteten". Se min kritik av uttalandet i Aktuella frågor, SDS 17/11 1998.

som är det rätta. Då finns det med andra ord utrymme för advokatens subjektiva förhållningssätt till problemet.

Advokaten kan komma att kritiseras antingen hon väljer att acceptera uppdraget eller inte. Om hon väljer att försvara en person som är allmänt avskydd, kan hon kritiseras för att ta parti för kriminalitet, "hjälpa en mördare att gå fri". Om hon å andra sidan normalt arbetar som försvarsadvokat men avböjer ett uppdrag därför att det är kontroversiellt, kan hon kritiseras för att hon inte tar ansvar för sin uppgift i rättssamhället, nämligen att försvara misstänkta.

Ur försvararens perspektiv handlar frågan framför allt om försvararnas ideologiska grundsyn. I princip kan försvararna ha två skilda inställningar. Enligt det ena förhållningssättet skall advokaten vara beredd att acceptera försvararuppdrag för vem som helst och skall därmed inte ha rätt att avböja uppdrag på grund av att hon ogillar fallet. Det andra synsättet innebär att advokaten skall ha rätt att välja klienter och därmed också avböja uppdrag av vilket skäl som helst – exempelvis att advokaten finner den misstänkte frånstötande.

I de två motsatta förhållningssätten inryms olika grundinställningar till försvararens roll i allmänhet, liksom olika inställningar till centrala försvararetiska frågor. Ett exempel på en sådan fråga är försvararens oavhängighet från klientens person, åsikter och värderingar. En annan central fråga är huruvida det är rätt eller fel av försvararen att frigöra sig från sin egen, privata moraluppfattning i förhållande till försvararuppdraget. I detta fall aktualiseras också försvararens förhållningssätt till oskyldighetspresumtionen.

Med andra ord handlar problemet om dels hur försvararen generellt sett uppfattar sin roll i rättsstaten, dels om försvararens subjektiva inställning i förhållande till klienten och uppdraget.

Ur den misstänktes perspektiv handlar frågan om rätten till försvarare: varje brottsmisstänkt person har rätt att få försvarsadvokat.[9] Axiomet "allas rätt till försvarare" ger anledning till följande tankegång: varje stat måste garantera sina medborgare denna rätt. Varje stats lösning är påkallad av internationella och överstatliga normer men vilar på inhemsk grund. Regleringen av rätten till försvarare kan därför på grund av nationell rättskultur, historisk bakgrund, offentlig ekonomi och andra skäl genomföras på olika sätt. Staten kan till exempel införa en pliktregel som ålägger advokat att acceptera försvararuppdrag. Å andra sidan är det kanske inte nödvändigt med plikt utan det kan finnas någon annan lösning som ändå tillgodoser medborgarnas rätt till försvarare.

Även om lösningarna skiljer sig åt från land till land, går det att identifiera vissa grunddrag i de olika sätten att lösa problemet. Ett sådant grunddrag är frånvaron av plikt för advokater att acceptera uppdrag. Svensk rätt delar detta grunddrag med amerikansk rätt. Ett annat grunddrag är att staten tvärtom tillämpar en pliktregel för advokaterna att acceptera alla försvar. Så är fallet i

9. Givet vissa processuella – och i vissa stater ekonomiska – förutsättningar. Mer härom nedan.

det engelska rättssystemet. Därmed skulle man kunna presentera ett par typiska modeller som var och en löser problemet med allas rätt till försvarare. Om det är så att problemet går att lösa utan en pliktregel är det intressant att utröna vilken mekanism som gör att ett sådant system fungerar.

Problemet kommer att belysas ur huvudsakligen två perspektiv. Det ena perspektivet är rent rättsdogmatiskt, det vill säga skrivna normer om rätten till försvarare och eventuell plikt för försvarare att acceptera respektive rätt att avböja uppdrag. Det andra anlägger ideologiska synpunkter ur aktörsperspektivet, det vill säga de uppfattningar som finns om hur en god försvarare bör lösa problemet.

Utgångspunkten för denna del av avhandlingen är att det existerar en rätt till försvarare för alla tilltalade, men inte en generell plikt för försvararna att acceptera brottmålsuppdrag i alla rättssystem. I flera rättssystem finns också imperfektioner som i och för sig kan leda till att en tilltalad står utan försvarare. Frågan är om normgivarna över huvud taget har reflekterat över statens respektive advokaternas ansvar för att lösa problemet. Min undersökning tyder på att normgivarna snarare överlämnat dilemmat till advokaterna själva.

De teser som framförs och som jag skall söka leda i bevis är som följer:

- *Försvarargarantin för tilltalade kan tillgodoses på olika sätt som är likvärdiga.*
- *Varje advokatideologi anlägger sin syn på frågan om en god försvarare skall acceptera alla uppdrag eller inte.*
- *Det finns en koppling mellan det sätt på vilket försvarargarantin lösts och det utrymme för en viss advokatideologi som lösningen ger.*

De slutsatser som följer av min framställning blir att:

- *Tillgodoseendet av allas rätt till försvarare har snarare lösts av advokater än av normgivare.*
- *Ideologisk pluralism i advokatkårerna är av godo – i flera av rättssystemen innebär den att alla tilltalade, trots imperfektioner i systemet, får en försvarsadvokat.*

4.4 Disposition

Texten kommer att disponeras på följande sätt. Jag börjar i kapitel 5 med att konstatera att advokaterna har skilda förhållningssätt till frågan om advokatens accept av försvararuppdrag. Jag utgår således från att ideologisk pluralism råder i advokatkåren och ger exempel på inställningen till denna fråga i två olika ideologier, vägvisarskolan respektive vapendragarskolan. Jag redovisar ett representativt urval från debatt och doktrin i olika rättssystem, vilket är avsett att illustrera advokaternas förhållningssätt. Rättfärdigande argument för respektive ideologi skall därvid anges.

I kapitel 6 går jag in på de yttersta ramarna för det objektivt fastställda utrymme som normerna ger. Jag konstaterar därvid att på överstatlig nivå finns reglering som skall garantera rättssäkerheten för alla medborgare som anklagas för brott. Begreppet *fair trial* används ofta som en sammanfattning av denna rättssäkerhet. Jag gör en översiktlig redovisning av vad *fair trial* innebär i förhållande till den tilltalade. Som en viktig del i rättssäkerhetsgarantin finns kravet på att försvarsadvokat skall erbjudas den misstänkte.

Jag visar därefter i kapitel 7 att en stat kan uppfylla garantin på olika sätt. Tre huvudlinjer går att urskilja särskilt tydligt. Jag kallar dessa olika lösningar marknadsmodellen, cab rank-modellen och minimimodellen. Modellerna är uppbyggda av lagar och andra normer och innehåller inslag av de advokatideologier, som presenterats inledningsvis. Statens reglering ger utrymme för advokaternas autonoma tolkning. Därmed sammanfaller de två "huvudspåren": normgivarens respektive advokaternas inställning till problemet med allas rätt till försvarare kontra försvararens plikt att acceptera eller rätt att avböja uppdrag.

I nästa steg presenteras två av huvudmodellerna i varsitt eget kapitel. Varje avsnitt inleds med en positiv beskrivning av idén som ligger till grund för modellen. Därefter följer ett exempel på ett rättssystem där modellen tillämpas. De relevanta aspekterna av dessa rättssystems regler och ideologiska inställningar kommer att beskrivas, liksom deras framväxt och deras möjliga tolkningar. Varje avsnitt avslutas med en kritisk analys av den modell som presenterats.

Cab rank-regeln som råder i det engelska rättssystemet har lånat sitt namn från taxikö-systemet. Den taxi som står på tur kör åt den som vill åka, och på motsvarande sätt skall en engelsk barrister acceptera att arbeta för den som vill anlita henne. Kapitel 8 om cab rank-modellen kommer att inledningsvis diskutera idén bakom cab rank-systemet och redovisa dess för- och nackdelar genom den debatt som förts i doktrinen. Därefter följer en presentation av de engelska normerna och principerna. Kapitlet innehåller ingen detaljerad rättsutredning, utan är tänkt att fungera som utgångspunkt för en diskussion om cab rank-principen och en jämförelse mellan cab rank- och marknads-modellerna.

Kapitel 9 handlar om marknadsmodellen och är det mest omfattande. Det finns flera skäl till detta. För det första är den lösning jag kallat marknadsmodellen den mest utbredda och går att identifiera i större delen av västvärldens demokratier. För det andra räknar jag det svenska systemet till denna modell och de svenska normerna och principerna kommer att belysas ingående. Svensk gällande rätt i frågan penetreras på gängse dogmatiskt sätt men målas upp mot en historisk bakgrund av det skälet att läsaren, för att till fullo förstå gällande advokatreglering, behöver känna till reglernas historia. För det tredje använder jag det amerikanska systemet som hjälp för att illustrera hur en marknadsmodell fungerar, varför en kort introduktion till de principer och etiska regler som gäller i USA har tagits med. Även amerikansk doktrin kom-

mer att nyttjas till belysning av vissa problem som är typiska för en marknadsmodell.

Minimimodellen kommer, av skäl som anges nedan, inte att presenteras i ett eget avsnitt utan finns enbart med i den inledande diskussionen om modellerna.

Del II avslutas i kapitel 10 med en sammanfattande diskussion.

5 Advokaternas förhållningssätt

5.1 Inledning

Gällande rätt ger, som vi kommer att se längre fram, ett objektivt fastställt utrymme för advokaten, inom vilket hon bör agera för att inte överträda lag och god advokatsed. I det objektiva utrymmet finns normer som är hierarkiskt ordnade.

Det finns också utrymme för ett subjektivt förhållningssätt. Om man anser att en god försvarare skall acceptera alla uppdrag, är detta uttryck för ett visst försvararideal. Om man tvärtom anser att en god försvarare väljer bort vissa uppdrag, är detta uttryck för ett annat försvararideal. Idealen har sin grund i vissa föreställningar och går att rättfärdiga med olika typer av argument. Det finns såväl moraliska argument som rena nyttomaximeringsargument.

När Kant talar om att tillämpa en maxim i en given handlingssituation, säger han att den riktiga grundprincipen skall vara att handla utifrån en maxim, om vilken man samtidigt kan vilja att den skall bli en allmän lag. Konsekvensen i här aktuell valsituation kan då bli denna: alla riskerar någon gång att misstänkas för brott och att därmed bli i behov av försvarsadvokat. I en sådan situation vill man inte riskera att bli utan försvarare. Därför bör advokater ha en plikt – oavsett hur obehagliga omständigheterna i det enskilda fallet må vara – att acceptera varje försvararuppdrag och göra sitt bästa som försvarare. Enligt detta synsätt är klientens ställning – i detta fall i synnerhet vad avser oskyldighetspresumtionen – stark.

Enligt det andra förhållningssättet skall man inte i första hand ställa frågan om vilket som är rätt handlande generellt sett, utan i stället fråga sig vilken slags människa man vill vara. Därvid kan man komma till den slutsatsen att man inte vill vara delaktig i att en mördare går fri. Alltså tar man inte den sorts uppdrag där risk för en sådan följd kan finnas. Enligt denna ideologi blir klientens ställning (oskyldighetspresumtionen) svagare än den privatmoral som gör att advokaten inte vill hjälpa en ond människa.

Om vi applicerar dessa förhållningssätt på idealtyperna så blir resultatet att den ena typen – vapendragaren – accepterar alla brottmålsförsvar, medan den andra – vägvisaren – inte gör det. Rent schematiskt passar cab rank-modellen

bäst för vapendragarideologin, medan marknadsmodellen kan inrymma båda ideologierna.

Varje ideologisk skola menar att dess förhållningssätt representerar en god försvararroll. Argumenten för såväl vapendragarinställningen som vägvisarinställningen rör sig kring samma centrala frågor. Båda skolorna kan anföra argument till stöd för att just deras ideologiska inriktning är den som ger svaret på frågan: hur löser en god försvarare problemet med accept av kontroversiella uppdrag?

5.2 Två ideologier

5.2.1 *Vapendragarens plikt att acceptera alla uppdrag*

> "Since the law, however, is a profession and not a trade, I conceive it to be the duty of the lawyer, just as it is the duty of the priest or surgeon, to serve those who call on him..."[1]

Uttalandet i citatet ovan är hämtat ur ett brev skrivet av ännu en av dessa legendariska amerikanska advokater, John W. Davis, och har blivit klassiskt i litteratur om advokatetik. Bakgrunden till uttalandet var att advokaten Davis, som år 1923 var på tal som demokraternas kandidat till presidentposten, företrädde flera klienter vars saker i våra dagar skulle ha stämplats som politiskt inkorrekta. I synnerhet låg Davis' uppdrag för den kontroversiella och hänsynslösa Wall Street-finansfirman J.P. Morgan & Co. honom i fatet. Flera inflytelserika Davis-supporters uppmanade honom enträget att ge upp sina klienter, särskilt då Morgan. "You can damn Wall Street or you can deplore Wall Street, but you can't do business with Wall Street & be elected President of the United States",[2] yttrade den ansedde journalisten Theodore Huntley i Washington-pressen. Efter ytterligare vädjanden om att Davis skulle avsäga sig all kontakt med Morgan, skrev Davis ett brev till Huntley där han i passionerade ordalag försvarade sin roll som advokat för vem det vara månde: "The only limitation upon a right-thinking lawyer's independence is the duty which he owes to his clients..., to serve them without the slightest thought of... his personal popularity or his political fortunes."[3] Brevet publicerades i varenda dagstidning i USA och rönte enorm uppmärksamhet. Davis' uttalanden apostroferas än i dag i USA, särskilt i debatt kring affärsadvokater och deras etik.[4]

Vapendragaren är en advokat som bjuder ut sin yrkesskicklighet till var och en, utan reservationer. I enlighet med vapendragarideologin skall en advokat aldrig välja och vraka bland klienterna utan måste vara beredd att acceptera varje uppdrag som erbjuds henne.

1. Harbaugh: Lawyers' Lawyer. The life of John W. Davis, (1973) s. 199.
2. Harbaugh, ibid.
3. Harbaugh, ibid.
4. Se Harbaugh, ibid. med noter.

Nyckelordet för vapendragaridealet är instrumentalism. Metaforen om försvararen som en *hired gun* har presenterats i kapitel 3 ovan. En sådan metafor kan analyseras ur flera aspekter. I detta sammanhang är det främst en aspekt som har betydelse: instrumenttanken och vad den innebär applicerad på problemet med accept av uppdrag.

Instrumentet (advokaten) har idealiskt sett inga särskilda åsikter om den som nyttjar det på avsett sätt. Advokaten "hyrs" av en klient – vem som helst, god eller ond, skyldig eller oskyldig. Hon utför sitt arbete på bästa sätt inom lagens och advokatsedens ramar och är därefter "till salu" för nästa klient.

En vapendragare måste vara beredd att acceptera ett försvararuppdrag helt enkelt därför att det är ett försvararuppdrag. Vem klienten är eller för vilket brott vederbörande är misstänkt skall inte ha någon betydelse.

En god advokat betraktar det som en plikt att acceptera alla slags uppdrag, för eller emot en "god sak" i civila saker och för den mest avskyvärda brottsling:

> "It is the advocate's duty to appear for the Yorkshire Ripper or any other defendant against whom there may be a hostile climate of public opinion..."In civil cases, it is also his duty to appear not only for a particular interest group with which he might prefer to identify but for every interest group; for plaintiffs or insurers in personal injury cases; for employers or trade unions in labor law cases; for the citizen or the State in judicial review cases."[5]

5.2.2 *Rättfärdigande av vapendragaridealet*

Vapendragaren kan rättfärdiga sin inställning till frågan om accept av uppdrag med hjälp av systemrelaterade argument och rättighetsrelaterade argument.

De systemrelaterade argumenten utgår från försvararens roll generellt sett i det straffprocessuella systemet. De gör gällande att systemet kräver vapendragarförsvarare, därför att:

- *utan vapendragare skulle impopulära misstänkta riskera att stå utan försvarare. Vapendragare garanterar att systemet fungerar och idealet kan därför upphöjas till allmän lag, och*
- *försvarsadvokatens yrkesroll består i att försvara misstänkta. Att en försvarare konsekvent utför den roll hon ålagts är en förutsättning för den oavhängighet hos advokaterna som systemet förespråkar.*

De rättighetsrelaterade argumenten utgår från den tilltalades rättigheter och förhållandet mellan försvarare och klient, och gör gällande att:

- *en grundläggande mänsklig rättighet är att få bli betraktad som oskyldig till dess ens skuld blivit fastställd i rättegång där man har biträtts av försvarare. Vapendragarens inställning sammanfaller till fullo med idealen i de mänskliga rättigheterna och har därför konstitutionella kvaliteter, och*

5. Lord Irvine, 516 HL 194. (Debate on the Courts and Legal Services Bill, 1990.) Lord Irvine är barrister och för närvarande Lord Chancellor.

- *vapendragarens inställning bygger på rättssäkerhetsideal såsom lika behandling och förutsägbarhet. Subjektiva och nyckfulla bedömningar av det goda i klientens sak undviks därmed, samt*
- *vapendragarens inställning är human därför att vapendragaren försvarar människan, inte brottet.*

Nyckelord för vapendragaren är systemtrohet, rolltydlighet, konstitutionalism, rättssäkerhet och humanitet. Jag skall närmare utveckla argumenten som rättfärdigar vapendragarens inställning.

Ett av de starkaste argumenten som rättfärdigar vapendragaridealet är det systemargument som säger att idealet är nödvändigt i ett rättssystem som garanterar försvarare åt alla, även de skyldiga och de onda. Vapendragarideologin är neutral på så sätt att dess företrädare inte *dömer* en klient eller en sak, utan endast *företräder* en klient eller en sak. Ur denna synpunkt är vapendragaradvokaten en idealisk aktör på en advokatmarknad därför att det är en aktör som garanterat tar sig an alla uppdrag, även sådana som andra advokater inte vill ta. Vapendragaren blir därför det smörjmedel som hjälper rättssystemets hjul att gå runt: trots förekomsten av samvetsvägrare som vägvisaren, kommer inte "last lawyer in town"-problemet att uppstå i ett system där vapendragartypen också förekommer. Vapendragaridealet kan i detta avseende upphöjas till allmän lag. Det motsatta idealet – att försvarare skall ha rätt att välja bort vissa uppdrag – kan inte upphöjas till allmän lag, eftersom vissa brottsmisstänkta medborgare då skulle komma att stå utan försvarare.

Som ett systemargument får man också betrakta den äldre tiders idealiserade hållning som vissa svenska författare ger uttryck för. Frågan diskuterades i viss mån bland svenska advokater vid tiden före nya RB:s införande.

Georg Stjernstedt ägnade 1928 problemet viss – om än flyktig – uppmärksamhet i sin skrift "Brottmålsadvokaten". "Men hur kan advokat X, som förefaller att vara en hygglig karl, åta sig att försvara en sådan ärkebov som Y!", inleder Stjernstedt, och genmäler att denna vanliga föreställning bland "folk" är felaktig. Varje för brott tilltalad person, brottet må vara aldrig så otäckt och personen en aldrig så ful fisk, bör ha en försvarsadvokat, fortsätter Stjernstedt och menar att han därmed ger uttryck för en uppfattning som "numera även hos oss" trängt igenom. Med detta syftar författaren säkert på de nya lagar från 1919 om fri rättegång och rättegångsbiträde åt häktad, som vid tiden för hans uttalande hade tillämpats i knappt ett decennium. Stjernstedt talar om humanitet och samhällsintresset av att ingen skall dömas oskyldig och menar att om man håller på dylika principer har man heller ingen rätt att klandra den som åtar sig att hjälpa en misstänkt person.

> Enligt Stjernstedts uppfattning ligger inget problem i *att* en advokat åtar att vara försvarsadvokat i ett brottmål utan *hur* han utför sitt uppdrag. Stjernstedt menade därmed att han kommit in på den social-etiska sidan av saken. Författaren synes ha uppfattningen att eftersom var och en som är tilltalad har en ovillkorlig rätt att ha försvarsadvokat, så bör också advokaterna ta sig an brottmålsförsvar. Stjernstedt hör till de debattörer som med emfas hävdar att brottmålsadvokatens verksamhet

är att se som ett *led i rättsordningen* och *upprätthållande av samhällsintresset*.[6] Även om det inte sägs rent ut kan man anta att författaren menar att denna inställning bör färga just sättet att genomföra försvaret. Det vill säga: visserligen skall advokaten inte neka att ta ett försvar men försvararens plikt gentemot samhällsordningen skall prägla hans mellanhavanden med klienten, när han väl tagit sig an försvaret. Om hur en sådan inställning kan prägla advokatens arbete talas i del III av avhandlingen.

Karl Axel Vinge, som utkom 1944 med en liten skrift om god advokatsed, tycks omfatta samma inställning som Stjernstedt. Han hävdar att det måste anses tillhöra advokatens förpliktelser mot det allmänna att "såsom arbetare i rättens tjänst" ägna intresse åt försvaret av tilltalade i brottmål.[7]

Som synes är Stjernstedts och Vinges argument färgade av tanken på att rättssystemet för att fungera kräver att advokater ställer upp och försvarar misstänkta och också att det ligger i yrkesrollen att genomföra försvar. Som alla ideologiska argument är de dock starkt präglade av sin tids anda och uttrycks i ordalag som ger ett gammalmodigt intryck. Ingen renodlad problematisering görs och argumenten hänvisar i svävande termer om förpliktelser mot det allmänna och samhällsintresset av att justitiemord förebyggs.

Det systemargument som fokuserar på yrkesrollen och vikten av att försvararen konsekvent utför de uppgifter rollen lägger på henne sägs, enligt vapendragaridealet, vara en förutsättning för advokaternas oavhängighet.

Om det goda i advokatens oavhängighet gentemot klienten råder ingen oenighet. Oavsett vilken skola man tillhör, oavsett vilket slags regelverk man väljer och oavsett vilken författare man studerar i ämnet advokatetik, lär man finna en förklaring om att advokaten inte bör identifieras med sin klients person och kanske i synnerhet inte med sin klients sak. Särskilt gäller enighet på denna punkt vad avser brottmålen. Det är givetvis så att en advokat som försvarar en mördare inte förespråkar mord. Detta förefaller fullständigt självklart. Icke desto mindre har vissa normgivare funnit att oavhängighetsprincipen behöver kodifieras. I exempelvis de amerikanska reglerna om god advokatsed heter det: "A lawyer's representation of a client, including representation by appointment, does not constitute an endorsement of the client's political, economic, social or moral views or activities".[8]

Den centrala princip, som säger att advokaten talar i klientens sak och inte i sin egen, är enligt vapendragaridealet intimt sammanknippad med principen att advokaten måste vara beredd att tala för vem som helst, oavsett om advokaten personligen håller med klienten eller sympatiserar med klientens handlingar. Man kommer osökt att tänka på citatet "Jag är emot din åsikt, men jag är beredd att dö för din rätt att uttrycka den".[9]

6. Brottmålsadvokaten, Stockholm 1928.

7. Vinge: Om god advokatsed, Lund 1944 s. 43. Vinge åberopar – till synes instämmande – uttalanden gjorda av Hemming-Sjöberg vid samfundets årsmöte 1928 samt Georg Stjernstedt i Brottmålsadvokaten från samma år.

8. *Model Rule* 1.2 (b). Se nedan 9.2.

9. Tillskrivet Voltaire (1694–1778).

Det är i motsatta fallet – alltså då advokaten väljer bort vissa uppdrag – som hon kan identifieras med klienten: den advokat som väljer uppdrag utifrån sin personliga uppfattning om det goda i klientens sak, kan sägas därmed ha givit ett personligt godkännande av saken. "To the extent that the advocate picks and chooses between potential clients on the basis of whether their conduct and opinions are acceptable to him, he is, implicitly, associating himself with his clients and their causes and giving a personal endorsement to the submissions he makes on his behalf."[10]

Ett annat starkt argument för vapendragarens inställning i denna fråga är att den står väl i samklang med principen om allas rätt till försvarare. Den ger uttryck för oskyldighetspresumtionen, eftersom vapendragaren åtar sig att försvara alla utan att först ta ställning till om vederbörandes skuld. Alla som tror på rättsstaten är överens om att alla misstänkta skall ha rätt till försvarare. Vapendragaren handlar i enlighet med denna uppfattning. Vapendragarskolan vinner därför åtminstone på en punkt ett visst försteg framför vägvisarskolan: det finns ingen diskrepans mellan vapendragarens inställning i principfrågan och agerande i det praktiska yrkeslivet.

Av debatten i överhuset som år 1990 föregick cab rank-regelns kodifiering i England framgår att flera talare betraktade cab rank-regeln inte bara som en advokatens handlingsregel vid ett besvärligt etiskt dilemma, utan som en central rättssäkerhetsprincip i det engelska samhället: cab rank-principen var "the very basis of advocacy in this country"; att kodifiera principen i lag var "a point of great constitutional importance".[11]

Den konstitutionella betydelse, som en pliktregel för advokater har, ger också uttryck för den humanitära aspekten av saken. Den engelska lagstiftaren har med entusiasm tagit till sig cab rank-principens otvivelaktigt stora betydelse för *fair trial*-garantin. Så snart advokaten av vägvisartyp gör bedömningen att det misstänkta brottet är alltför fasansfullt för att hon skall vilja ta försvararuppdraget, har hon implicit gjort en förhandsbedömning i skuldfrågan. Ett rättssystem som hyllar en plikt för advokaterna att acceptera alla uppdrag är därför ett rättssystem som hyllar oskyldighetspresumtionen. Som grundläggande konstitutionell princip ger regeln därmed också legitimitet åt exempelvis det engelska rättssystemet.

Cab rank-regeln har, som vi kommer att se längre fram, kritiserats för att den skulle vara en alltför lättköpt ursäkt för advokaterna att gömma sig bakom för att slippa ta ställning i ett svårt etiskt dilemma. Det är emellertid just det, som är poängen med regeln. Om man upphöjer vapendragaridealet till allmän lag, betyder det att advokaten inte behöver – och inte skall – ta ställning till det goda eller onda i klientens sak. Det är därför regeln är uttryck för absolut rättvisa och likhet inför lagen. Alla – goda eller onda, skyldiga eller oskyldiga – är garanterade rätt till försvarsadvokat.

10. Pannick s. 135.

11. Lord Hutchinson, QC, respektive Lord Ackner, 516 HL 207 (20 Feb. 1990) (Debate on the Courts and Legal Services Bill).

Skulle advokaten tvingas gå in i varje enskilt fall och utifrån sin privata uppfattning döma över det goda i klientens sak, skulle subjektiva och därmed nyckfulla och orättvisa bedömningar ligga till grund för ett beslut som kan påverka en grundläggande mänsklig rättighet. Om man tillåter att en advokat gör sådana bedömningar, har man också tillåtit att enskilda yrkesutövare lägger in veto mot en rättssäkerhetsprincip som alla stater säger sig hylla. Personliga moraliska bedömningar av gott och ont, skuld och oskuld, leder alltför lätt utför den "slippery slope" som man av rättssäkerhetsskäl bör sträva efter att undvika.

Advokaten försvarar människan, inte brottet. Gestapochefen Barbies försvarare uttryckte sin humanitära syn på denna princip i de lyriska ordalag, som tycks vara typiskt för fransmän: "Det finns i hjärtat hos den mest kriminelle en hemlig trädgård, ett slags skimrande paradis. Och i hjärtat hos den hederligaste medborgaren döljs rum fulla av krälande reptiler. Om man inte vill förstå att den mänskliga naturen ser sådan ut lär man aldrig förstå något om människan eller historien."[12]

Slutsatsen av det humanitära argumentet blir att eftersom advokaten (jämför läkarens plikter) har till yrkesuppgift att hjälpa en människa som befinner sig i en svår situation, är det omoraliskt av henne att exkludera vissa människor från denna möjlighet till hjälp. Bo Westman[13] tryckte i ett anförande 1953 på den moraliska sidan av saken. Han menade att en advokat "icke utan vägande skäl" bör kunna undandra sig att försvara "den som i sin nöd" vänder sig till honom. Westman angav visserligen skrivna regler som skäl för att advokat inte hade en "ovillkorlig rätt att avböja uppdrag". Med detta uttalande åsyftade dock Westman inte i första hand stadgandet, utan vad han kallade "den yrkesetiska sidan av saken". Han menade således att en advokat inte, då han erbjuds ett obehagligt uppdrag, får tro sig ha några avlägsna lojalitetsförpliktelser gentemot andra intressen än klientens.[14]

12. Rolf Larsson, Moderna Tider nr 4, 1995, intervju med Jaques Vergès.

13. Westman var advokat, aktiv i yrkesetiska frågor, publicerade sig ofta och gick inte sällan i viss polemik med kollegornas uppfattning. Vid tiden för denna artikel var han redaktör för TSA, vid sidan av bl. a. Holger Wiklund.

14. TSA 1953 s. 295: "Om försvararens rättigheter och plikter." Inledningsanförande vid de nordiska advokatsamfundens delegerademöte i Oslo hösten 1953. Westmans artikel gav upphov till viss polemik. Flera advokater gjorde inlägg i TSA apropå Westmans uttalanden (dock huvudsakligen i andra frågor än denna). Advokaten Åke B Holmberg hörde till en av få som kommenterade just här aktuell fråga. Han tolkade därvid formuleringen av den dåvarande RB 8:5 på så sätt att det inte syntes ge rum för några funderingar om uppdraget är obehagligt eller av någon annan anledning mindre önskvärt. "Advokaten måste ändock åtaga sig försvaret". Om innehållet i dåvarande lagstiftning och dess tolkning, se 9.3 nedan.

5.2.3 Vägvisarens rätt att välja uppdrag

> "If you have the client simply because you were next on the cab rank, you can be truly convinced of the justice of his cause... only by autohypnosis, which is not the mark of professionalism."[15]

En vägvisare är en advokat som har som mål att göra det moraliskt rätta i varje situation. Enligt vägvisarideologin har en advokat alltid rätt – och enligt vissa uppfattningar också en plikt – att avböja uppdrag. En advokat kan aldrig enligt denna ideologi åläggas en plikt att acceptera ett uppdrag, som för henne av någon anledning ter sig motbjudande.

Vägvisarskolan passar uppenbarligen bäst in i ett normsystem som exempelvis det svenska eller det amerikanska – dvs. med en avsaknad av plikt i skrivna regler. De objektivt fastställda normerna måste ge advokaten utrymme för att själva välja om hon vill acceptera eller avböja uppdraget.

Inställningen till de skrivna reglerna speglas givetvis i inställningen till de oskrivna. Vägvisarskolan kan därför inte hålla med om att något slags oskriven moralisk skyldighet skulle föreligga för advokater att acceptera försvararuppdrag.

Vägvisarskolan vänder sig mot det fenomen som kallas professionell distans eller rolldifferentiering och hävdar att en advokat inte kan frigöra sin yrkesroll från sin egen personlighet. Rolldifferentiering har diskuterats ingående bland amerikanska jurister och moralfilosofer. Signifikativt för debatten är att sådan rolldifferentiering i vissa läger utsatts för intensiv kritik. Man har anklagat den advokatideologi som förespråkar rolldifferentiering för att skapa en moralisk värld åt sig själv som är starkt förenklad, ofta amoralisk; och inte sällan öppet omoralisk.[16] Rolldifferentiering innebär som bekant att en människa – när hon uppträder i en viss roll – åsidosätter vissa överväganden, i synnerhet moraliska, som i normala fall skulle ha varit relevanta eller till och med avgörande för ett visst beslut.

5.2.4 Rättfärdigande av vägvisaridealet

Även vägvisaren rättfärdigar sin inställning med hjälp av systemargument och rättighetsargument. Eftersom vägvisarens inställning till frågan är motsatsen till vapendragarens, är det uppenbarligen så att de olika skolorna betraktar rättssystemet och försvararens roll däri med andra ögon än vapendragaren. Även förhållningssättet till klienten skiljer sig åt.

15. Linowitz a.a. s. 25.

16. Se Wasserstrom a.a. *passim* och även Luban och Linowitz a.a. *passim*, båda cit. under flera avsnitt.

Vägvisarens systemargument gör gällande att ett gott rättssystem bör överlåta beslutet om accept av uppdrag till advokaterna själva, därför att:

- *ett system där alla advokater måste acceptera alla försvararuppdrag är en alltför enkel lösning på ett svårt moraliskt problem och är därför orealistiskt och främjar omoral, och*
- *ett gott rättssystem bör förutsätta att advokaterna har kontroll över sitt arbete och står oberoende från både stat och klient, när de träffar sitt val, och*
- *ett gott rättssystem främjar rättvisa, materiellt riktiga domar som är till allas gemensamma bästa, varför advokaterna bör ha en moralisk rätt att välja att företräda en god sak, samt*
- *eftersom alla människor har en privatmoral, även advokater, är det ohederligt att hävda att advokater inte låter sig påverkas av mänskliga hänsyn och personlig moralisk uppfattning.*

Argumenten som rättfärdigar vägvisarens inställning i förhållande till klientens rättigheter hävdar att:

- *de tilltalade har en odiskutabel rätt att få en försvarare som till fullo företräder deras intressen. En advokat som tvingas ta ett fall som hon ogillar kan inte tillvarata klientens intresse på bästa sätt, samt*
- *genom att vägvisaren inte tar sig an saker som var och en inser att hon egentligen finner avskyvärda, upprätthåller vägvisaren advokatkårens anseende och skyddar därigenom de rättssökandes intressen.*

Nyckelord för vägvisaren är: ansvarstagande, självständighet, kontroll, moraliskt mod, hederlighet och rättsordningslojalitet.

Vägvisarskolan kan inte bortse från den grundläggande rättigheten för de tilltalade att få en försvarare som tillvaratar deras intressen. Vad vägvisaren hävdar är emellertid att alla – såväl rättssystemet generellt sett som de enskilda klienterna – är bäst betjänta av att advokaterna själva tillåts välja vem de vill företräda.

Vägvisaren tillåter sig att hysa en personlig uppfattning i yrkesfrågor. Detta innebär att varje advokat som kan hänföras till denna ideologi har en uppfattning om sitt personliga ansvar för varje åtgärd som vidtas å yrkets vägnar. En sådan åtgärd av avgörande vikt är beslutet att ta emot eller avböja ett erbjudet uppdrag. Vägvisaren kan således inte göra det så enkelt för sig att hon inrättar sig i ett system som säger att varje advokat bör ta sig an varje uppdrag. Vägvisaren måste själv fatta sitt beslut – och motivera beslutet – om huruvida hon skall acceptera just detta uppdrag eller inte.

Vägvisarskolan framhåller också vikten av att det är advokaten som kontrollerar och styr arbetet. Ett tvång för advokater att acceptera alla uppdrag innebär enligt vägvisarskolan detsamma som förlorad kontroll för advokaten. För att advokaten skall ha möjlighet att ha kontroll över och ta fullt ansvar för sitt arbete, är det för vägvisaren en självklarhet att advokaten också måste ha frihet att välja bort vissa klienter och vissa fall.

Vapendragare är utan tvekan uttryck för ett extremt klientorienterat advokatideal. Detta medför att vapendragartypen och rättssystem som har vapendragarfärgade regler ofta angrips som alltför klientbundna. En advokat, säger ett av systemargumenten för vägvisaridealet, har en viktig position i rättsordningen och skall ta sitt ansvar för att rättvisan fungerar så som lagstiftaren avsett. Det är ur denna synvinkel som vägvisare tolkar begreppet "advokatens oavhängighet". Oavhängighet är inte att acceptera varje uppdrag. Oavhängighet är att advokaten har kontroll över sina uppdrag och tar ansvar för de val hon träffar i sitt yrke.

Om engelsk doktrin enhälligt är för cab rank-principen, kan den amerikanska sägas delvis inta motsatt ståndpunkt. En betydande falang i den amerikanska doktrinen ger uttryck för ett annat advokatideal, en annan typ av plikt. Det handlar inte om objektivitet, utan om god moral. Advokaten kan enligt en sådan inställning mycket väl ta sig an ett kontroversiellt uppdrag. Men det viktiga är att hon *väljer* att ta detta uppdrag, därför att hon tar fasta på det goda i saken. I dessa typer av resonemang är det inte ovanligt att man framhåller flydda tiders hjältar, som med en stor portion civilkurage tog på sig djupt impopulära mål.[17]

1950 publicerade Sveriges advokatsamfund *in extenso* en föreläsning av den norske høyesterettsakføraren Leif Rode. Föreläsningen blev mycket uppmärksammad och publicerades även av det danska Sagførersamfundet. Rodes föreläsning var betitlad "Forsvararen i praksis" och den togs in i TSA just för att "stimulera svenska advokater till intresse för brottmålen". Rode framhöll:

> "Det er like meget i samfunnets som i tiltaltes intresse at lovens krav om en forsvarer her blir opfylt. Noe annet er det, at en forbrytelse kan være så gemen, eller tiltaltes person så frastøtende, at sakføreren av den grunn ikke vil bort i det. Man liker jo engang ikke å rote for meget i skitten. Og ingen bør bebreide ham at han sier nei. Men han skal heller ikke bebreides om han påtar seg arbeidet. Kanskje tvertimot, især hvis det virkelig betyr en selvovervinnelse for ham å gjøre det. Og husk på det, at helt onde mennesker er det sikkert ikke mange av. Og de som finnes, er vel syke på sinnet. Men de som lever i og for det onde, de møter også bare ont i livet også inne i seg selv og må selv ha det ganske forferdelig. Husk Strindbergs replik i Pelikanen: "Du er så ond at det er synd på deg!" Det eneste menneske på lenge som ikke vender ryggen til ham, men endog tar ham i hånden, er kanskje forsvararen. Ære være de forsvarare som er broadminded nok til å gjøre det. Selv om det kanskje oftest skjer mer av psykologisk intresse enn av menneskekjærlighet.[18]

Man känner i Rodes resonemang igen vissa tankegångar som funnits länge i framför allt USA. Det tycks vara en typisk inställning i vägvisarideologin att i och för sig framhålla det goda eller till och med hjältemodiga i att en advokat tar sig an ett impopulärt fall. Emellertid skiljer sig denna inställning på en vik-

17. Det ironiska i sammanhanget är att när dessa uppmärksammade rättegångar hölls, fanns ofta en överväldigande opinion mot advokaterna som företrädde de impopulära, och de kritiska rösterna kom inte bara ur allmänhetens led utan även från juristhåll. Se vidare Wolfram, a.a. s. 576 f. med extensiva litteraturhänvisningar.

18. TSA 1950 s. 79.

tig punkt från vapendragarinställningen: för vägvisare måste det vara fråga om ett val, grundat på frivillighet och noggrann reflektion.

Argumentet som hävdar att advokaterna bör tillerkännas en moralisk rätt att välja att företräda en god sak, gör gällande att detta skulle främja ett gott rättsystem med rättvisa och materiellt riktiga domar. Det finns t.o.m. uttalanden i litteraturen som tyder på att man ser det, inte som en rättighet, utan som en skyldighet att välja noga vilken klient och vilket intresse man vill företräda som advokat. Vägvisarskolan kan därför hävda att en god advokat endast bör företräda en god sak. Sådana tankegångar har funnits sedan lång tid tillbaka och finns fortfarande. Från svenskt 1600-tal fanns ett lagförslag där det framhölls att "ser (advokaten) saken ögonskenligen vara elak, må den ingen antaga" och 300 år senare skrev en amerikansk professor att en advokat bör i första hand anlägga den (rätta) moraliska synpunkten på saken snarare än sin klients synpunkt.[19] Argumentet tycks göra gällande att om alla advokater företräder goda saker, så blir följden ett bättre rättsliv (med bättre domar, dvs. materiellt riktiga och rättvisa).

Monroe Freedman, generellt sett att betrakta som förespråkare för vapendragarskolan och därmed kritisk mot vägvisarskolan, har också på sitt nyanserade sätt yttrat att det är viktigt – oavsett vad man må ha för inställning i frågan om advokaten skall acceptera ett uppdrag eller inte – att erkänna att valet advokaten träffar är ett *moraliskt* val och ingenting annat: "... the lawyer's decision to accept or to reject a particular client is a moral decision."[20]

Företrädarna för principen att advokat skall ha rätt att välja klient använder inte sällan en typ av argument som siktar in sig på "etiskt mod". Det finns moderna historiska orsaker bakom denna inställning. I samband med att Watergateaffären nystades upp framkom att en mycket stor del av de inblandade i skandalen var advokater.[21] Debattörer som tidigare varit kritiska mot advokaters professionalism vädrade nu morgonluft och advokatskråret blev en tacksam måltavla. Flera debattörer yttrade elakt att det var föga ägnat att förvåna att så många av Watergate-intrigörerna var advokater – det var tvärtom förvånande att inte *alla* var advokater. En våg av självrannsakan svepte över den amerikanska juridiska världen. En mängd inflytelserika författare inom juridisk doktrin förespråkade "a new lawyers' ethic" som innebar att en advokat, då hon accepterade ett uppdrag, skulle tänka på "det allmänna bästa" och vägra företräda "interests against the public welfare".[22] Till och med den då-

19. 1688 års förslag till Svea hovrätt, nedan under den svenska marknadsmodellen respektive professor Wasserstrom i a.a.

20. Freedman: The Morality of Lawyering, Legal Times, September 20 1993. (Slutord i debatten med Michal Tigar som Freedman inledde med den provokativa artikeln "Must You Be the Devil's Advocate?", se även 10.2 nedan.)

21. I detta sammanhang använder jag det svenska ordet "advokater" som en synonym för det amerikanska "lawyers". Alla "lawyers" som var inblandade i Watergate-skandalen arbetade inte som advokater i den svenska bemärkelsen, men de var jurister.

22. Se fr.a. J. Auerbach: The Legal Profession after Watergate, 22 Wayne L.Rev. 1287, 1282 (1976), och även M. Green: The Other Government: The Unseen Power of Washington Lawyers 287 (1975).

varande presidenten, Jimmy Carter, höll ett tal om advokatyrket som inte kunde uppfattas som annat än en attack mot advokaterna.[23] En extrem position intogs av den välkände advokaten William Kunstler: "I'm not a lawyer for hire. I only defend those I love".[24]

Ett viktigt argument för vägvisarens inställning, som ständigt återkommer i diskussionerna, tar sin utgångspunkt i hederlighet. Det betraktas som ohederligt, "a professional humbug", "autohypnosis" eller självbedrägeri att inbilla sig att en pliktregel skulle kunna lösa det svåra dilemmat om huruvida advokaten skall acceptera ett kontroversiellt uppdrag. I verkligheten, menar vägvisarskolan, måste advokaten alltid lita till sin egen, privata uppfattning om vad som är rätt eller fel att göra. Den som reservationslöst tar alla uppdrag kommer förr eller senare till den punkt där hon tvingas försvara någon, som faktiskt är skyldig till ett förfärligt brott. Professionell distans fungerar inte i realiteten – advokaten är inte mer än människa och kommer rimligtvis att bära med sig tanken på vad hon gjort i rättssalen, genom tillvaron. Hon måste kunna sova om nätterna. Hur skall en människa kunna bära tanken på att hon medverkat till att en mördare går fri? Ett grundskott mot rolldifferentiering är alltså att den inte fungerar i verkligheten och att det är ohederligt att låtsas som om så är fallet.

Som jag tolkar Wolfram och många amerikanska författare med honom är det en utbredd uppfattning i USA att frivillighet för advokaterna är det enda hederliga och rimliga systemet. Inställningen att en advokat alltid skall vara beredd att försvara alla betraktas i USA med misstänksamhet: "... a professional humbug... suspect when spoken by some lawyers because, confused by self-interest, they may simply be arguing that they were driven by professional duty in acquiring a personal fortune representing rich but odious clients."[25]

Det är – för att anknyta till inledningen av detta kapitel – naturligt för varje normal människa att på alla sätt ta avstånd från någon som är misstänkt för så fasansfulla brott, som Marc Dutroux var. Resonemanget anknyter till allmängiltiga mänskliga värderingar och därför är vägvisarens ståndpunkt lätt att ta till sig för var och en. Medan vapendragaren i dessa sammanhang koncentrerar sig på plikten att följa principen om allas rätt till försvar, måste hon helt enkelt "tänka bort" alla sådana allmänmänskliga värderingar. Vägvisarideologin gör här en poäng av att även en advokat är en människa. En god människa medverkar inte till att understödja onda handlingar. Om advokaten alltså finner den tilltalades person frånstötande eller det misstänkta brottet starkt motbjudande, bör hon avböja försvararuppdraget, eftersom hon inte kan – och inte heller bör – frigöra sig från sin personliga uppfattning.

Den svenska doktrinen, här företrädd av Wiklund, tycks instämma i att advokaterna inte bör underkastas någon moralisk plikt att acceptera uppdrag. Stundom, säger Wiklund, har gjorts gällande att advokaterna skulle ha en so-

23. Jimmy Carter: Attack on Lawyers and the Legal Profession. Tal inför ABA, senare publicerat bl.a. i Gerson s. 17.

24. J. Auerbach: Unequal Justice 290 (1976).

25. Wolfram s. 571.

cial-etisk skyldighet att åta sig uppdrag och att särskilda skäl därför bör föreligga för att en advokat skall vara moraliskt berättigad att avböja uppdrag. Så långt vill inte Wiklund föra saken. Han menar att det visserligen är önskvärt att en advokat inte avböjer uppdrag på grund av feghet eller rädsla för obehag, men att det skulle föra för långt att tala om en skyldighet att åta sig uppdrag, *särskilt* att åta sig försvar i brottmål.[26]

Enligt Wiklund är det orealistiskt att tro att alla advokater skulle nå upp till det ideal där man lika energiskt och helhjärtat åtar sig alla uppdrag. Snarare bör advokaten "av hänsyn till klienten" avböja uppdrag som han känner motvilja inför, eftersom han då inte skulle kunna bistå klienten på ett effektivt sätt. "Den sämsta lösningen är att advokaten åtar sig uppdraget och sedan sköter det slött och ointresserat."[27] Denna typ av rättfärdigande argument handlar snarare om att maximera klientens intresse än om att främja moral och rättvisa.

Med vägvisarens behov av att vara i kontroll sammanhänger en paternalistisk syn på klienten. Advokaterna skall verka för klienternas bästa, men klienterna vet sällan själva vad som är bäst för dem. I detta fall vore det inte i den presumtiva klientens intresse att vägvisaren reservationslöst tog sig an fallet. Den misstänkte har rätt till en stark och självständig försvarsadvokat som på bästa sätt tillgodoser hans intressen. En advokat, som känner personlig avsky för klienten eller fallet, kan inte på bästa sätt tillvarata dessa intressen. Det ligger därför i klienternas eget intresse att advokaterna är fria att välja de klienter som advokaterna vill företräda.

Slutligen kan vägvisaridealet rättfärdigas med ett argument som går ut på att det i förlängningen gynnar alla brottsmisstänkta medborgare, om advokater uppträder på ett sätt som vinner allmänhetens förtroende. Eftersom advokater – och i synnerhet försvarare – fyller en så odiskutabelt viktig rättssäkerhetsfunktion, är det av stor vikt för hela samhället att advokatkårens anseende är högt. Det kan inte råda någon tvekan om att en advokat som tar som uppgift att försvara de till synes oförsvarbara (t.ex. Vergès, Gestapochefen Barbies försvarare) väcker stor harm och misstro hos allmänheten.[28] De bidrar helt enkelt till att ge advokaterna dåligt rykte. Detta kan inte rimligtvis gynna de misstänkta. En advokat som har det moraliska modet att avstå från ett uppdrag som hon personligen finner avskyvärt, har enligt vägvisarskolans företrädare uppträtt på ett rakryggat, hederligt och etiskt sätt som enbart är av godo för advokatkåren som helhet. Om det allmänna har förtroende för advokaterna och deras moraliska integritet, kommer lagstiftaren också att ge advokaterna stort utrymme för ett självständigt utövande av sitt yrke, till de brottsmisstänktas fördel.[29]

26. A.a. s. 162–163.

27. A.a. s. 164.

28. Vergès och hans stab av medarbetare lever under ständigt mordhot och hans kontorsfönster är igenmurade med betongblock som skydd mot en uppretad allmänhet. Se 4.3.

29. Jämför resonemangen om tystnadsplikt och sekretessgenombrott samt om enrumsprivilegiet för frihetsberövade klienter i del III, Klientinstruktionerna.

Därmed har vi tagit del av vägvisarideologins argument för att en advokat skall ha rätt att avböja ett uppdrag på grund av att hon ogillar saken eller klienten. I förra delen av föreliggande kapitel fick vi följa de argument som vapendragarskolan kan anföra för att försvara sin position, som är rakt motsatt mot vägvisarens.

Är det verkligen så att de flesta stater garanterar försvarare åt de brottsmisstänkta? Den fråga som naturligt nog uppstår är hur en kontroversiell misstänkt skall få försvarare, om advokaterna inte har någon plikt (eller inte anser sig ha någon plikt) att acceptera uppdrag. Hur har i så fall normgivarna tänkt sig att lösa en sådan ekvation?

6 De överstatliga normerna om försvarargarantin

6.1 *Fair trial* – inledning

Konceptet *fair trial* väcker associationer hos de flesta människor om rättvisa, renhårig behandling, förutsägbarhet och stabilitet i lagföringen av samhällsmedborgarna och likhet inför lagen för alla. Begreppet *fair trial* innebär också rätt till försvarsadvokat för var och en som anklagas för brott. Denna rätt förutsätter att det misstänkta brottet är av en viss allvarlighetsgrad eller av komplicerad art eller att den misstänkta personen har särskilda personliga behov av biträde; att den försvarare som tillhandahålls är en kvalificerad yrkesperson som obundet tillvaratar sin huvudmans intressen samt att den misstänkte och försvararen har tillfälle att samråda och lägga upp talan i målet och slutligen att staten står för advokatkostnaderna om de processuella – eller i ett annorlunda system – ekonomiska förutsättningarna är uppfyllda.

Att *fair trial* också innebär "rätt till försvarare" har jag funnit belägg för i internationella konventioner och principer i nationell lagstiftning. Jag skall nedan redovisa innehållet i några överstatliga normer och principer. Därefter knyter jag samman mina slutsatser av dessa normer med min idé om staternas "försvararplikt" – dvs. konventionsstaterna är skyldiga att ordna så att den enskilde tilltalade får möjlighet att realisera sin medborgerliga rättighet.

Det är problematiskt att i internationella traktater om mänskliga rättigheter fastlägga detaljerade processuella garantier. Så till exempel har på världssamfundsnivå västvärldens principer i vissa frågor kolliderat med de socialistiska staternas. I det europeiska samarbetet har det angloamerikanska inflytandet på det kontinentala rättssystemet (framför allt avseende *due process*-principen) inneburit tolkningsproblem beträffande begrepp som *criminal charge, tribunal* eller *fair trial*. Trots denna inom folkrätten välkända problematik, har man genom internationella traktater och konventioner på olika nivåer betraktat det som ett oavvisligt mål att markera vikten av rättssäkerhetsgarantier i rättegångar och sökt lösa de anpassningsproblem som uppkommit genom att fastslå vissa minimigarantier för den enskilda medborgare som anklagas för brott.

6.1.1 FN-deklarationen och FN-konventionen

I FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna anges i artikel 11 (1):

> Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.[1]

Rättighetsförklaringen är visserligen inte juridiskt bindande för FN:s medlemsstater, eftersom den inte är en traktat, men den anses moraliskt och etiskt förpliktande. Många av de principer, som uttrycks i rättighetsförklaringen, anses dessutom i dag utgöra allmän folkrätt och är därför i grunden bindande för staterna. I internationella konventioner, ratificerade av ett stort antal av världens stater, finns liknande förklaringar.

Den konvention som direkt behandlar här aktuella frågor och är bindande för ett stort antal av världens stater, bland dem Sverige, är 1966 års FN-konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (U.N. Covenant on Civil and Political Rights, nedan kallad CCPR). CCPR:s artikel 14 behandlar processuella garantier i civil- och brottmålsrättegångar. I Art. 14 (1) CCPR åläggs staterna att inrätta oberoende och opartiska domstolar och att ge dem en sådan institutionell och ekonomisk struktur att de har möjlighet att hålla rättssäkra domstolsförhandlingar i alla slags ärenden och att bevilja alla anklagade personer de minimirättigheter som garanteras i Art. 14 (2) – (7). Flera av dessa minimirättigheter förutsätter givetvis ett högt utvecklat rättssystem – något som fattiga stater inte alltid kan upprätthålla i tillräcklig mån. Det oaktat är det övergripande syftet med Art. 14-garantierna att så långt det är möjligt anpassa de skilda nationella rättssystemen till en gemensam minimistandard av rättssäkerhet i rättegångar.

I Art. 14 punkten 3 fastslås att var och en som anklagats för brottslig gärning är garanterad vissa detaljerade rättigheter. Under (3 b) garanteras den enskilde rätt att få tid och möjligheter i tillräcklig omfattning för att förbereda sitt försvar och för att kommunicera med den försvarare han utsett. Under (3 d) garanteras bland annat rätten för den enskilde att få försvara sig själv eller genom ett ombud som han själv utser; att informeras om denna rätt för det fall han saknar ombud; att få rättegångsombud ställt för sig om rättssäkerheten kräver det och att få detta utan kostnad för honom själv om han saknar möjlighet att betala.

Paragraferna 14 (3) b) och d) innehåller således ett flertal rättigheter, vilka i viss mån överlappar varandra. Rätten att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar är en rättighet som inte bara gäller den misstänkte, utan också hans försvarare, och den gäller under hela förfarandets gång.[2] "Tillräcklig tid" kan innebära olika lång tid beroende på brottmålets natur, men ett par

1. G.A. Res. 217 A (III) of 10 December 1948, Universal Declaration of Human Rights, art. 11 (1).

2. Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary (1993), nedan cit. Nowak, s. 256.

dagar anses i allmänhet vara för lite.[3] "Möjligheter" att förbereda försvaret skall tolkas som tillgång för den misstänkte eller hans försvarare till de handlingar etc. som är nödvändiga för förberedelsen.[4]

Den misstänktes rätt att kommunicera med ett ombud som han själv utser hänför sig till själva förberedelsen av brottmålsförsvaret och är särskilt relevant då personen i fråga är frihetsberövad i väntan på rättegång. Typiska överträdelser av denna rättighet återfinns i fall av s.k. *incommunicado detention* eller då en "ex-officio försvarare" (t.ex. genom militärdomstol) blivit utsedd för den misstänkte mot dennes vilja.[5]

"Rätten till försvar" (right to defence) i Art. 14 (3 d) delas in i fyra individuella rättigheter:

- Att föra sitt eget försvar.
- Att välja sitt eget ombud.
- Att informeras om rätten till försvarare.
- Att erhålla kostnadsfri rättshjälp i brottmål.[6]

En fråga som vid utformningen av paragrafen blev föremål för livlig diskussion var i vilken mån en stat skulle ha möjlighet att införa krav på obligatoriskt ombud i brottmål och därigenom kunna tvinga den misstänkte att acceptera att försvarsadvokat förordnades i de fall den misstänkte inte själv kunde betala sin försvarare. Debatten utformade sig till en polarisering mellan de ackusatoriska och inkvisitoriska processformerna, där den engelska ståndpunkten var för en restriktiv tolkning av Art. 14 (3d), innebärande absolut krav på försvarsadvokat – även mot den tilltalades vilja – och den kontinentala doktrinen förespråkade rätten för den enskilde att försvara sig själv. Den engelska ståndpunkten stämmer klart överens med engelsk lag och god advokatsed, som speglar cab rank-tänkandet, medan den förhärskande idén på kontinenten tycks vara individuell frihet för såväl den tilltalade som för advokaten.

Den tolkning av paragrafen, som blivit den förhärskande, går i korthet ut på följande. Var och en, som blivit anklagad för brottslig gärning, har i första hand en ovillkorlig rätt att vara närvarande vid rättegången och att föra sitt eget försvar. Han kan dock avstå från rätten att försvara sig själv och i stället utnyttja rätten till försvarare, om vilken rätt domstolen är skyldig att informera honom. I princip har han rätt att välja den advokat han själv önskar, så länge han har möjlighet att betala för dennas arbete. Om han saknar ekonomisk möjlighet till detta har han rätt att erhålla biträde av en advokat, som domstolen utser, utan kostnad för honom själv, under förutsättning att rättssäkerheten kräver detta ("necessary in the interest of administration of justice"). De viktigaste kriterierna för rättssäkerhetskraven härvidlag skall vara

3. Ibid.

4. Dock finns ingen rätt att se samtliga relevanta handlingar i ett ärende, se för svensk del begränsningarna enligt RB 23:18.

5. Se fall som angivits i noterna 121 resp. 122, Nowak s. 256 och 257.

6. En femte rättighet, rätten att närvara vid sin egen rättegång, har kommit att ingå i denna paragraf. Denna rättighet kommenteras inte här.

brottets art och den förväntade påföljdens maximigräns.[7] Oaktat att den tilltalade i princip inte har inflytande över valet av statligt betald försvarare, har han alltid rätt att utnyttja möjligheten att föra sitt eget försvar för det fall försvarsadvokat utses mot hans vilja.[8]

6.1.2 *Europakonventionen*

Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EMRK) undertecknades av Sverige 1952, varvid Sverige blev folkrättsligt förpliktat att lojalt fullgöra de åtaganden som följer av konventionen. EMRK blev gällande svensk rätt 1995, då den inkorporerades.[9] I artikel 6 i EMRK finns regler om *fair trial* som bl.a. behandlar rätten till ett fullgott försvar motsvarande artikel 11 i FN-förklaringen och artikel 14 i CCPR.

De här aktuella punkterna i artikel 6 är framför allt punkterna (b), the right to adequate time and facilities for the preparation of one's defence, och (e), the right to legal assistance. Emellertid har punkten (c) blivit den som doktrinen ofta hänvisar till, även i frågor om rätten till försvarare. Punkten (c) behandlar "the right to an adversarial, oral and public hearing", där i rätten till ett kontradiktoriskt förfarande kan tolkas in bland annat rätten till juridiskt biträde i brottmål.

Bestämmelsen om "adequate time" i Art. 6 (3)(b) syftar till att skydda den tilltalade från en hastigt påkommen rättegång, dvs. den tilltalade skall, beroende på omständigheterna i målet, ha tillräckligt med tid för att kunna förbereda sitt försvar.[10] Rätten till "adequate facilities" har av Europakommissionen (European Commission of Human Rights, nedan kallad kommissionen) fått följande uttolkning.

> "...the opportunity to organize his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court, and thus to influence the outcome of the proceedings. The provision is violated only when this is made impossible."[11]

7. Nowak anger som exempel att ett förväntat bötesstraff om 1 000 norska kronor för trafikbrott inte uppfyller kraven på av staten betald försvarare, medan det i dödsstraffsaker är obligatoriskt med sådan försvarare. A.a. s. 260.

8. Här kan finnas en skillnad mot svensk praxis, där man torde kunna förordna försvarare även mot den misstänktes vilja (se t.ex. Ekelöf II, s. 91 och det s.k. lasermålet, som kommenteras ingående i del III, kap. 16). Det står dock klart att författarna bakom CCPR med uttalandet avsåg utseendet av försvarare i exempelvis militärdomstolar i totalitära stater. En rad överträdelser mot budet finns dokumenterade (se Nowak not 143 och 144 s. 260), i synnerhet från Uruguay.

9. Se lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

10. Se t.ex. Stavros: The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Dordrecht 1993, s. 175.

11. European Commission report in CAN v. AUSTRIA. Se Stavros s. 177.

Punkten (e) i Art. 6 (3), "the right to legal assistance", har beskrivits som en av de allra viktigaste rättigheterna i hela *fair trial* klausulen.[12] Rätten till försvarare är dock – i likhet med CCPR – inte absolut i EMRK, utan innefattar:

> "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".

Stadgandet ger utrymme för varje stat att avgöra huruvida den tilltalade skall föra sitt eget försvar eller företrädas av en privat försvarare eller i vissa fall av en statligt betald försvarare. Det givna utrymmet är dock inte obegränsat. Så till exempel får inte en stat tvinga den tilltalade att försvara sig själv och inte heller tvinga på den tilltalade en statligt betald försvarare om han har möjlighet att anlita privat försvarare.

Resultatet av en sådan tolkning blir bland annat att staten har en plikt att tillgodose behovet av försvarare för den som av någon anledning inte har kunnat anlita försvarare, dvs. såväl den som inte själv kan betala en privat försvarare som den vars fall eller person är impopulärt.[13] Stavros finner att bestämmelsen åtminstone förefaller garantera sådan rätt för den impopuläre tilltalade ("appears to guarantee"), men att något klart svar på frågan inte framgår av rättsfallen under Europakonventionen. Mot en sådan slutsats kan i och för sig anföras att av ett par fall kan utläsas att staten inte kan anses ha överträtt bestämmelsen enbart på den grunden att den inte lyckats säkerställa försvarare åt en impopulär åtalad.[14] Kommissionen har i samband med ett fall uttalat att för att överträdelse skall anses ha kommit till stånd krävs i och för sig att advokatens vägran att anta uppdrag skall vara resultatet av påverkan eller någon offentlig myndighets manipulation. Viss kritik har emellertid i doktrinen framförts mot en alltför restriktiv tolkning av statens skyldigheter härvidlag.[15]

Frågan om rättshjälp i form av försvarare i brottmål har debatterats livligt på europanivå. Som ovan påpekades synes det vara en utbredd uppfattning i flera europeiska länder att en tilltalad som företräds av statligt betald försvarare kommer i ett processuellt underläge jämfört med den som har möjlighet att anlita privat försvarare. Problemet är av känslig natur eftersom det hänger samman med statens ekonomiska organisation, fördelning av skattemedel och liknande frågor. Eftersom institutet offentlig försvarare är så väl förankrat i svensk praxis och dessutom hos oss den vanligaste formen av brottmålsförsvar, finner jag att dylika distinktionsproblem (skillnaden mellan privat och offentlig försvarare) knappast existerar för svensk räkning.[16] Ett annat, ofta uppkommande problem i samband med att dessa bestämmelser diskuteras, är

12. Stavros s. 201–203.
13. Stavros s. 203 samt not 747 ibid.
14. Se Stavros, s. 204.
15. "However, it is submitted that such a restrictive view of States Parties' obligations would not give full effect to the important right of Art. 6 (3)(c)." Stavros s. 204. (Punkten (c) i artikeln behandlar rätten till "oral and public hearing", min anm.)
16. Se nedan om den svenska marknadsmodellen, särskilt avsnitt 9.3.

tolkningen av uttrycket "has not sufficient means", dvs. kriteriet i Art. 6 (3)(c) för att betald försvarare skall tillhandahållas. I Sverige tillsätts offentlig försvarare på, som det heter, processuella grunder och inte ekonomiska, varför även det problemet i viss mån bortfaller för svensk räkning. Jag kommer längre fram att diskutera dessa skillnader mellan systemen.

Av intresse för en undersökning av Europakonventionen och försvarare som grundläggande mänsklig rättighet, är tolkningen av begreppet "interests of justice", dvs. när rättssäkerheten kräver att den misstänkte skall företrädas av försvarare. Europakonventionens organ har att ta hänsyn till framför allt fyra kriterier för att avgöra huruvida sådan rätt föreligger.[17]

- The seriousness of the charges.
- The seriousness of the penalty threatened.
- The complexity of the legal and factual issues involved.
- The personal circumstances of the accused.

Emellertid kan av judikaturen utläsas att kommissionen ogärna kritiserar inhemsk rättstillämpning i denna fråga. Kommissionen har i flera fall uttalat att det ligger på respektive stat att uttolka den rätt till juridiskt biträde, som rättssäkerheten kräver.[18] Oaktat detta tolkningsföreträde hos staterna, har i några fall Europadomstolen funnit att en stat har överträtt bestämmelsen om rätt till juridiskt biträde.

QUARANTA v. SWITZERLAND har ansetts ha betydande prejudikatsvärde, eftersom Europadomstolen där bortsåg från den inhemska lagtillämpningen och vid tillämpningen av konventionen kom till helt motsatt resultat jämfört med den schweiziska domstolen. Quaranta förvägrades försvarare under såväl förundersökning som rättegång, trots att han var misstänkt för allvarlig narkotikabrottslighet och riskerade upp till tre års fängelse i en relativt komplicerad brottmålsprocess.[19]

Det har i doktrinen framhållits att i den intressekonflikt, som oundgängligen föreligger mellan å ena sidan administrativa och ekonomiska hänsyn och å andra sidan rättssäkerhetsintressen för den enskilde, måste principen om *equality of arms* ges företräde. Bland annat mot bakgrund av de överträdelser som Europadomstolen funnit föreligga, har uttalats att en liberal tillämpning av begreppet *interests of justice*, snarare än en konservativ, är den riktning mot vilken utvecklingen går och också bör gå.[20] En liberal tolkning skulle således innebära en tolkning till förmån för den enskildes rättssäkerhetsintressen. Det förtjänar framhållas att principen *equality of arms* i flera europeiska länder inte bara innebär jämbördighet mellan parterna (åklagare och tilltalad) utan

17. EMRK, jämför Stavros s. 210–211.
18. Ibid. not 663.
19. Se vidare Stavros s. 212 f.
20. Stavros s. 214.

också lika stark ställning för alla tilltalade, oavsett om de företräds av privat eller statligt betald försvarare.[21]

6.2 Rätt till försvarare som internationell princip – sammanfattande kommentar

Av de överstatliga normer som ovan beskrivits drar jag följande slutsatser från den enskilde tilltalades synvinkel. Varje medborgare i en stat som är ansluten till FN-konventionen, CCPR eller EMRK,[22] dvs. praktiskt taget alla stater, är garanterad vissa minimirättigheter.

Den enskilde har alltid rätt att betraktas som oskyldig till dess hans skuld blivit lagligen fastställd. Han har rätt till en opartisk, offentlig rättegång, inför vilken han haft tillräcklig tid att förbereda sitt försvar. Han har under vissa förhållanden rätt till försvarsadvokat. En central sådan omständighet är att det brott medborgaren är misstänkt för är av viss allvarlighetsgrad (alternativt medför en komplicerad brottsutredning) och kan ge fängelse. Så långt synes samtliga konventionsstater lyda under samma principer.

Konventionsstaterna skiljer sig åt i frågan om rättshjälp i brottmål. Huruvida försvararen betalas av staten eller av den misstänkte själv beror till stor del på nationell lag. I många stater (dock ej i Sverige) är rättshjälp i form av försvarare beroende av den misstänktes ekonomiska förhållanden. I vissa stater – av allt att döma det stora flertalet – betraktas statligt betald försvarare som en nackdel jämfört med privat försvarare. Detta har till och med givit upphov till diskussioner om att garantin att få slippa offentligt förordnad försvarare skulle utgöra en viktig mänsklig rättighet. Denna fråga utgör ett allvarligt rättssäkerhetsproblem för den enskilde tilltalade i flera stater. Jag kommer nedan att belysa vilka skillnader som det svenska systemet uppvisar jämfört med de stater som har ett annat rättshjälpssystem och vilka slutsatser som kan dras av dessa skillnader.

Utgångspunkten för resonemanget i detta kapitel är ett fall, där den tilltalade är misstänkt för ett brott som är så avskyvärt, att frågan om försvararen skall acceptera uppdraget eller inte blir ett besvärligt dilemma. Om den situationen verkligen uppstår att ingen advokat på frivillig väg accepterar försvaret, får problemet konstitutionella dimensioner. Huruvida den tilltalade enligt internationella grundläggande mänskliga rättighetsgarantier har rätt att erhålla en försvarare är i första hand beroende av brottets art och stipulerad påföljd.

21. Jämför diskussionen om verklig *equality of arms* i del III, kap. 14. Se dock Robberstad s. 154 f., som gör gällande att det är missvisande att påstå att man eftersträvar att parterna skall bli *likställda* (det är i praktiken omöjligt), utan det är fråga om att parterna garanteras *likabehandling*, ett slags formell likställning.

22. Eller dess motsvarigheter utanför Europa 1969 års OAS-konvention (de latinamerikanska staterna) "on Human Rights", art 8 p 2 (c), (d) och (e); 1981 års OAU-konvention (de afrikanska staterna) "on Human and Peoples Rights", art 7 p 1 (c). Även om skillnader finns och rättigheterna i konventionerna givetvis kan tolkas olika, är de grundläggande dragen desamma.

Jag utgår fortsättningsvis, där annat inte sägs, från att den tilltalade är misstänkt för ett allvarligt brott som kan ge flera års fängelse.

Därmed står det klart att den individuelle misstänkte i denna situation har en garanterad rätt att få en försvarsadvokat, som företräder hans intressen vid såväl förundersökningen som den följande förhandlingen, till dess lagakraftägande dom föreligger. Rätten till brottmålsförsvar i förevarande fall betraktas därmed som ett skyddsvärt intresse av utomordentligt starkt slag i praktiskt taget alla världens länder.

Försvarsadvokatens funktion i straffprocessen kan, mot bakgrund av vad ovan sagts, ses som en garanti för att mänskliga rättigheter inte kränks.[23] Advokaten finns helt enkelt med som en motvikt till den offentliga apparatens makt och överlägsna resurser att lagföra den enskilde för brott.

I flera länder har – i samklang med tankegången bakom de mänskliga rättigheterna – rätten till försvarare givits ett konstitutionellt skydd. I exempelvis den amerikanska konstitutionen fastslås i sjätte tillägget att varje medborgare som misstänks för ett brott har rätt till försvarare. I den svenska grundlagens fri- och rättighetskatalog i RF 2 kap. saknas bestämmelse om rätt till försvarare. EMRK är som bekant numera omnämnd i och införd under RF, men den har endast status av lag. De rättigheter som omnämns i EMRK (men inte i RF) saknar följaktligen konstitutionellt skydd.[24]

Rättssystemet skall således garantera att var och en som misstänks för ett brott skall ha rätt till försvarsadvokat. Huruvida advokaten utifrån detta perspektiv är en domstolens och "rättvisans" tjänare eller den tilltalades är omdebatterat och utgör en viktig del av problembehandlingen i denna avhandling. Antingen man betraktar advokaten som en "officer of the court" eller en ensam vapendragare som företräder den enskilde gentemot etablissemanget, står det emellertid klart att försvarsadvokaten i varje rättssystem fyller en synnerligen central funktion.

Även advokaterna själva är måna – via advokatorganisationerna – om att framhålla sin funktion i ett större sammanhang än det individuella advokat-klient förhållandet. I internationella regler om god advokatsed presenteras advokatens roll i rättssystemet som en viktig del av rättskipningen. I IBA:s regler[25] uttrycks i ingressen: "Rules of professional conduct are designed to ensure the proper performance of a free and independent legal profession; all civilised societies recognise this to be the essential safeguard of the freedom of the individual in society and all that such freedom implies."

EU-ländernas advokatorganisation, CCBE,[26] fastslår att advokaterna fyller en viktig rättssäkerhetsfunktion i samhället: "In a society founded on respect

23. Jämför Eva Smiths resonemang om advokats ansvar för att EMRK tillämpas; Advokaternes medvirken ved implementeringen af EMRK ved de danske domstole. Advokatsamfundets festskrift i anledning af Retsplejelovens 75 års jubilæum. Ole Stig Andersen (red.) – Köpenhamn 1994, s. 213–222.

24. Jämför med min diskussion om det konstitutionella skydd som exempelvis den tilltalades rätt att tiga har i USA, men inte i Sverige, del III, kap. 13.

25. International Bar Association's International Code of Ethics, 1988 edition.

26. Council of the Bars and Law Societies of the European Community.

for the rule of law the lawyer fulfils a special role. His duties do not begin and end with the faithful performance of what he is instructed to do so far as the law permits. A lawyer must serve the interests of justice as well as those whose rights and liberties he is trusted to assert and defend and it is his duty not only to plead the client's cause but to be his adviser."[27]

I ABA:s[28] regelverk finner man ofta en inledande deklaration av samma typ som citerades ovan, exempelvis: "Lawyers as guardians of the law, play a vital role in the preservation of society."[29]

Den enskilda staten måste således finna en väg att via rättssystemet garantera att behovet av försvarsadvokat tillgodoses. Detta kan lösas praktiskt på olika sätt, antingen på ett individuellt plan eller på ett systemplan. De olika lösningarna kan innebära plikt eller avsaknad av plikt för advokaterna; de kan innebära full valfrihet eller begränsad valfrihet för klienterna och de kan utgöra grogrund för en ideologisk pluralism i advokatkåren, alternativt en ideologisk monism.

Som inledningsvis framhölls, finns åtminstone två sidor av här aktuell fråga. En sida innefattar den enskilde medborgarens rätt till försvarare och på vilket sätt staten uppfyller denna rätt. Den andra sidan handlar om försvarsadvokaternas rättigheter och skyldigheter.

27. CCBE 1.1 The Function of the Lawyer in Society.
28. Se kap. 2.2 ovan.
29. *Model Code*, preamble.

7 Modeller för försvarar-garantin

7.1 Tre lösningar

Samtliga stater, som anslutit sig till någon eller några av de konventioner, som ovan genomgåtts, har åtagit sig att garantera de här aktuella minimirättigheterna. Åtagandet skall uppfyllas enligt såväl folkrättsliga principer som i de flesta fall nationell lag.

Alla stater måste erbjuda

- garantier i lag för fair trial *och*
- möjlighet till kostnadsfri rättshjälp i brottmål

samt antingen försvarargaranti genom

- försvararplikt *eller*
- frivilligt åtagande.

En stats ansvar för att uppfylla försvarargarantin kan gestalta sig på olika sätt. Bland annat kan man diskutera huruvida statens plikt att garantera försvarare åt en tilltalad är positiv eller negativ. Enligt de tolkningar, som framkommer i synnerhet i s.k. MR-vänlig doktrin[1] bör plikten ses som mer långtgående än enbart en plikt att tillse att processystemet inte hindrar den misstänkte från att företrädas av en försvarare.

En positiv plikt kan i sig vara mer eller mindre långtgående. Antingen kan staten tolka ansvarsåtagandet som en plikt att aktivt tillse att den tilltalade får en försvarare, eller så är staten skyldig att ge brottmålsprocessen en sådan struktur att den tilltalade har faktiska möjligheter att få en försvarare. Om plikten tvärtom egentligen är negativ, kan den sägas utgöra ett förbud mot att staten hindrar den tilltalade från att företrädas av försvarare.

Statens ansvar för att uppfylla sitt åtagande enligt internationella konventioner kan tydligen lösas på tre olika sätt genom att rättssystemet

1. ålägger advokaterna plikt att acceptera uppdraget; *eller*

1. MR = mänskliga rättigheter.

2. tillämpar processprinciper och ideologisk pluralism som ger den enskilde faktisk processuell möjlighet att få försvarare och dessutom god tillgång till advokater på marknaden; *eller*
3. inte lägger hinder i vägen för den enskilde att skaffa sig försvarare.

7.1.1 *Försvararplikt – cab rank*

Om det är så att en stat enligt internationella konventioner har en positiv plikt att faktiskt tillse att den tilltalade får försvarare, kan detta innebära att staten direkt genom lagstiftning eller på annat sätt (genom exempelvis regler för advokater) ålägger advokat att ta emot försvararuppdrag.

Ett sådant åliggande skulle för advokatens räkning vara absolut, dvs. advokaten skall alltid acceptera varje försvararuppdrag och har ingen rätt att avböja uppdraget.

Det är här fråga om en extensiv tolkning av konventionstexterna. I och för sig talar ingenting i texterna eller judikaturen mot en sådan tolkning. Det är emellertid svårt att finna något konkret uttalande hos de normgivande organen, som tyder på att man avsett ålägga staterna en så långtgående skyldighet att förordna försvarare, att staten i sin tur måste ålägga advokaterna ett absolut tvång att acceptera brottmålsförsvar.

I ett system av sådant slag fastslås genom lag och regler om god advokatsed att ingen advokat har rätt att vägra ta sig an ett fall på grund av exempelvis samvetsförebråelser, den tilltalades personlighet eller omgivningens avsky för fallet. Ett sådant absolut tvång för advokaten innebär naturligtvis att advokaten inte har någon fri vilja att välja vilket fall eller vilken klient hon vill arbeta med. Har hon valt försvararyrket, så måste hon också vara beredd att försvara vem som helst; en person misstänkt för vilket brott som helst. Detta innebär i sin tur, åtminstone i teorin, att advokaterna i en sådan stat har samma ideologiska utgångspunkt när det gäller här aktuell fråga: en advokat måste vara beredd att försvara var och en, som begär hennes hjälp. I åtminstone detta avseende finns inte mycket ideologisk bredd i detta system. För klienternas räkning erbjuds å ena sidan fullständig valfrihet: de kan begära vilken advokat som helst, och denna är sedan skyldig att acceptera uppdraget om det finns praktiska förutsättningar. Å andra sidan är kanske inte klienternas valfrihet ur ideologisk synpunkt särskilt stor, om alla advokater i staten tillhör den ideologiska skola som jag kallat vapendragare.

En stat som tillämpar sådant försvarartvång nyttjar cab rank-modellen.

7.1.2 *Processprinciper och pluralism – marknadsmodellen*

I många konventionsstaters lagstiftning uttrycks att den tilltalade har rätt till försvarare i vissa, i detalj beskrivna fall. Innebär då detta att staten har en positiv plikt att tillse att den tilltalade får försvarare? Det är endast i undantagsfall sådant tvång finns i nationell lagstiftning, vilka undantag således faller in under

den första punkten ovan. Där detta inte framgår explicit, blir ofta allt som kan utläsas ur den nationella lagstiftningen således en generell garanti att den enskilda medborgare som anklagas för brott skall ha rätt till försvarsadvokat.

Man kan diskutera på vilket sätt en stat skall anses ha uppfyllt garantin om försvarsadvokat åt tilltalad. Det förefaller inte finnas något klart fall av den "avskyvärde tilltalade", alltså ett försvararuppdrag som ingen advokat vill ta sig an, i Europadomstolens judikatur. Det finns dock fall där en stat har anmälts för brott mot Art. 6 på den grunden att den förordnade advokaten inte företrätt den misstänkte på ett sätt som uppfyller garantin. I ARTICO v. ITALY hade en förordnad advokat (officially appointed counsel) frånträtt ett uppdrag att företräda den tilltalade inför rätta. Den svarande staten hävdade att den uppfyllt sin plikt enligt Art. 6 (3 c) genom att utse en försvarare (nominating counsel). Vad som sedan hände i fallet ansåg sig staten inte ha något ansvar för. Den klagande parten hävdade att hans rätt enligt artikeln blivit kränkt, genom att han inte erhållit en ny försvarare som ersättning för den som frånträtt. Konventionsorganen fann enhälligt att en kränkning av artikeln hade ägt rum och domstolen poängterade att ordalydelsen i Art. 6 (3 c) är att den tilltalade skall garanteras "assistance" och inte "nomination". En förordnad advokat kunde av flera olika skäl varit oförmögen att företräda sin klient och berörd myndighet borde i sådant fall antingen ersätta advokaten med en annan eller ålägga advokaten att fullgöra sitt uppdrag.[2] I fallet ARTICO v. ITALY hade myndigheterna valt en tredje utväg genom att förhålla sig passiva. Det framhölls i fallet att konventionsbestämmelsen, för att uppfyllas, krävde positiv handling och att följaktligen Art. 6 (3 c) blivit kränkt.[3]

I denna text skall analogier avseende europeisk konventionsrätt göras med stor försiktighet. ARTICO-fallet är inte direkt tillämpligt på frågan om en statens plikt att tillhandahålla försvarsadvokat för en person som ingen önskar företräda. Som påpekats, kan en sådan plikt – om än positiv – mycket väl förstås som enbart en plikt att tillse att ett *de facto* fungerande rättshjälpssystem existerar. Emellertid är det ett betydelsefullt faktum att man i doktrinen klart uttalat att exempelvis ARTICO-fallet visar att det är staten som bär det yttersta ansvaret för att försvarsadvokat tillhandahålls. Den stat, som svarar i Europadomstolen, kan inte gömma sig bakom det individuella ansvar som åligger en förordnad advokat och inte heller bakom ett sådant faktum som att rättshjälp genom statligt betald försvarare administreras av ett icke-statligt organ (t.ex. ett advokatsamfund), för att komma undan det ansvar som fastslås i Art. 6 (3 c).[4]

2. Jämför lasermålet, del III, kap. 16.

3. ARTICO v. ITALY, European Court of Human Rights: Judgments, 13.5.80, Series A, No. 37. Se Stavros a.a. s. 213 f. Se även Danelius: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 1997, s. 206 f.

4. Se Stavros resonemang s. 217 f. Stavros tolkningar av Art. 6 får anses vara tämligen liberala, med tyngdpunkten lagd på den enskildes mänskliga rättigheter. Han framhåller visserligen i kommentaren till bl. a. ARTICO, att en stat inte kan bära något orimligt långtgående ansvar för varje brist hos en förordnad försvarare. Stor emfas läggs dock i hans framställning på vikten av att den tilltalade verkligen garanteras "a real, as opposed to illusory, right to a fair trial." (s. 219).

Om således den första punkten ovan – en positiv plikt för staten att tillse att den tilltalade får försvarare – är att se som en extensiv tolkning av de internationella åtagandena, så är den andra punkten – en positiv plikt för staten att arrangera processen på sätt som beskrivits – en rimlig tolkning av statens ansvar i en västerländsk demokrati av genomsnittstyp.

I en stat som åtagit sig att tillse att den tilltalade har möjlighet att skaffa sig adekvat försvar kan man tänka sig att lagstiftaren undviker varje form av plikt riktad mot den enskilde advokaten. I stället kan staten lämpligtvis ta sitt ansvar genom att i lag fastlägga vissa principer som garanterar den tilltalades rätt under vissa processuella betingelser. Lagreglerna om rätt till försvarare kan kompletteras med bestämmelser om att staten skall ha ett advokatsamfund som i sin tur har fått mandat av lagstiftaren att utarbeta sina egna regler. Frånvaron av tvång och samförståndet mellan staten och advokatsamfundet kan främja en stark och heterogen advokatkår, som ger utrymme för en viss ideologisk pluralism. I en rättstat av västerländsk typ kommer "marknadskrafterna" att leda till att det råder ett visst överskott av advokater. En dylik marknadsmodell kan garantera tillgången på kvalificerade advokater. Samtidigt garanterar den ideologiska mångfalden att det alltid kommer att finnas advokater som är beredda att acceptera även kontroversiella uppdrag.

Sammanfattningsvis kan statens ansvar enligt den andra punkten uppfyllas genom att staten (antingen som en medveten strategi eller genom att effekten uppstår per automatik i ett sådant system) applicerar en marknadsmodell som för advokaterna innebär frånvaro av tvång och ideologisk pluralism och för klienterna garantier i lag. Modellen medför frivillighet för advokaterna och valfrihet för klienterna. I marknadsmodellen kan såväl advokater av vägvisartyp som advokater av vapendragartyp eller någon annan ideologisk typ ges utrymme.

7.1.3 *Inget hinder för försvarare – minimimodellen*

Den tredje och sista punkten ovan representerar den mest restriktiva av tolkningarna av statens ansvar för att tillgodose "nödiga garantier" för den tilltalade. Av vad som sagts ovan om de gällande konventionstexterna, måste de i vart fall sägas innebära ett förbud mot staterna att hindra den tilltalade från att anlita en advokat och ge honom tid och möjlighet att samråda med advokaten. För en sådan tolkning kanske inte behöver anges någon annan grund än principen *majus includit minus* – som jag påpekade strax ovan, torde den andra punkten innebära en rimlig tolkning av rättssäkerhetsgarantierna. Den tredje punkten borde kunna inrymmas däri. I och för sig kan invändas att ett förbud är en annan typ av norm än en plikt, och alltså kräver en annan typ av tolkning än en *a fortiori*-tolkning.

Rätten till "adequate facilities" gavs, vilket anförts ovan, följande tolkning av Europakommissionen "...the opportunity to organise his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court, and thus to influence the outcome of

the proceedings. The provision is violated only when this is made impossible."[5]

En möjlig tolkning av uttalandet kan vara att rättigheten inte motsvaras av en positiv plikt för staten, utan snarare en plikt att inte förhindra den tilltalade från att förbereda sitt försvar.

Som en tredje modell kan man därför tänka sig ett rättssystem som inte i lika aktiv grad uppfyller rättssäkerhetskraven för den enskilde. Det för möjligen för långt att åsätta den tredje modellen en totalitär stämpel, eftersom totalitära stater i princip saknar rättsskydd för den enskilde medborgaren. Man kan kalla modellen för en rättsosäker eller rättssvag modell.

Denna modell skulle, enligt en variant, kunna kännetecknas av tvång för advokaterna att ta alla uppdrag som staten anvisade dem, liksom tvång för klienten att acceptera den advokat som staten förordnande. I en sådan variant skulle ingen ideologisk pluralism att tala om, kunna inrymmas i denna modell, eftersom advokaterna skulle arbeta för staten. Då de grundläggande minimirättigheterna även i ett sådant system är uppfyllt, om än endast på papperet i vissa fall, har jag kallat denna modell miminimodellen.

I en annan variant av minimimodellen kan staten nöja sig med att inrätta ett processuellt system som garanterar att inga hinder läggs i vägen för den misstänkte att skaffa sig försvarare. Det blir då fråga om ett slags passivt rättighetstillstånd. Den tilltalade får själv ordna med sitt försvar, och staten lägger sig inte i hur det går till. I ett sådant system kan kanske i och för sig ideologisk pluralism råda i advokatkåren och därmed en viss valfrihet för klienterna. Ett minimalistiskt system vars statsmakter hyser en så passiv inställning till frågan, kommer givetvis inte att ha något tvång av typen cab rank-regeln för sina advokater. Om en sådan stat *de facto* kan erbjuda en ideologiskt mångh övdad advokatmarknad, så kan de tilltalade också få försvarare oavsett hur impopulära de är. 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).

En möjlig tolkning av begreppet "adequate facilities" i de överstatliga reglerna kan alltså vara att det räcker att staten förhåller sig passiv på sätt som beskrivits ovan. Emellertid framgår av folkrättslig doktrin med tämligen stor klarhet att processuella garantier inte syftar till att förmå de anslutna staterna att underlåta något, utan snarare att vidta positiva åtgärder för att uppfylla garantierna.[6]

Ännu mera långtgående tolkningar har gjorts av stadgandet. Rätten till "adequate facilities" har ansetts innefatta mer än blott en negativ plikt för en stat att inte förhindra förberedandet av försvaret. Så t.ex. har kommissionen[7]

5. European Commission report in CAN v. AUSTRIA. Se Stavros s. 177. Även citerat ovan.

6. Nowak s. 237–238 om CCPR samt Stavros om EMRK, s. 177 se avsnittet om fair trial ovan.

7. JESPERS v. BELGIUM, Commission's report, para. 55. I en tidigare opinion, OPNER AND HOPFINGER v. AUSTRIA, para. 46, hade kommissionen redan påpekat att "equality of arms"-principen kunde baseras på Art. 6 i allmänhet och (3)(b) i synnerhet.

uttalat vikten av att i rättegången skapa jämbördighet mellan den tilltalade och åklagaren, vilket har tolkats som en positiv plikt för staten att vidta alla åtgärder som krävs för att uppnå sådan jämvikt.[8]

För att faktisk jämbördighet skall komma till stånd krävs tydligen mer än att staten inte hindrar den tilltalade från att skaffa försvarare. En tilltalad som har råd att anlita privat försvarare kan i ett sådant tämligen rättssvagt system antagligen slå vakt om sina garantier för *fair trial*. En fattig tilltalad får dock i alla rättssystem förlita sig på rättshjälp, dvs. advokat som staten betalar.

Ett återkommande problem i judikaturen kring artikel 6 är den obalans som tycks råda i vissa europeiska länder mellan "privat" och "offentlig" försvarare, där "the indigent accused", dvs. tilltalad som inte själv betalar sin advokat, enligt uppgift saknar effektiv kontroll över arbetet med försvaret och således har en nackdel jämfört med tilltalad som har möjlighet att anlita privat försvarare. Klagomålen på "legal aid counsel" (statligt betald försvarare) är legio.[9] Liknande problematik återfinns i utomeuropeiska stater.

I stället för en passiv statsmakt som beskrevs ovan kan man tänka sig ett system där staten påtvingar den tilltalade en försvarare som han inte vill ha. Rikhaltiga exempel på påtvingade statliga försvarare finns och har påtalats ovan under avsnittet om FN-deklarationen och CCPR. I rent totalitära stater råder troligen en försvararideologi som skiljer sig radikalt från de demokratiska staternas ideologier. Ett exempel är den revolutionära staten Kuba, där "klientintresset" för försvarets del tolkas så att det gäller för försvararen att få brottslingen (som ju är en fiende till folket) att erkänna och sedan hjälpa klienten att återanpassas till det revolutionära samhället. Ett annat exempel är alla de fall som kommit inför människorättsdomstolarna där de tilltalade tvingats acceptera en statligt betald försvarare och sedan upplevde att försvararen inte arbetade i klientens intresse. I en sådan variant av minimimodellen skulle alltså ideologisk monism råda – dvs. alla de försvarsadvokater som erbjuds den tilltalade har en ideologisk inställning som är konform med det rådande etablissemangets.

7.2 Sammanfattning

Min slutsats av vad som ovan sagts är att statens ansvar för att tillgodose behovet av försvarare åt tilltalad i princip kan uppfyllas på tre sätt, för att stå i samklang med (eller åtminstone inte direkt strida mot) kraven på *fair trial*. En möjlighet är att staten tagit på sig att ålägga advokat att acceptera försvararuppdrag för varje tilltalad. En annan lösning är att staten åtagit sig att tillse att den judiciella organisationen ger utrymme för att den tilltalade får möjlighet till försvar i brottmål. För att organisationen skall ge sådan faktisk möjlighet måste krävas att den tilltalade får information om sina möjligheter, får rådrum

8. Jämför Stavros resonemang, ibid.
9. Se Stavros s. 185.

att kontakta en advokat och samråda med denne i god tid före förhandlingen och får möjlighet till statsbidrag för att betala advokatens arvode. En tredje lösning är att staten endast tagit på sitt ansvar att inte hindra den tilltalade från att skaffa sig en försvarare. Även i ett system med negativt definierade rättigheter bör staten kunna erbjuda tilltalad, som saknar egna medel, en försvarare vars arvode staten betalar (en försvarare som dock i många fall står svag i processen).

Att jämföra minimimodellen med de båda andra erbjuder betydande svårigheter. Minimimodellen är uppenbarligen belastad med rättssäkerhetsproblem i en grad som vida överstiger de båda andra. Den sortens passiva rättigheter eller till och med skenrättvisa, som erbjuds i totalitära stater var uppenbarligen inte vad kommissionen hade i åtanke, när garantierna för *fair trial* utstakades. Problematiken med försvararrollen i ett sådant system är givetvis i och för sig av stort intresse. Jag finner emellertid att en djupgående analys av ett sådant problem skulle falla utanför ramarna för min undersökning. Därför stannar jag för att inte införa något eget kapitel om minimimodellen.

8 Cab rank-modellen

8.1 Cab rank-idén

'A barrister is an old taxi plying for hire, So it's my sacred duty, Mr. Morry Machin, to take on anyone in trouble. However repellent I may happen to find them.'
'Thank you, Mr. Rumpole.' Morry was genuinely grateful.
'Think nothing of it.'[1]

Cab rank-regeln har tagit sitt namn från taxikösystemet. I en taxikö gäller enligt sedvänjan den regeln att den taxi, som står först i kön, skall köra åt den kund som vill åka. Cab rank-principen är således oerhört enkel att beskriva. Den innebär att alla advokater är skyldiga att acceptera de uppdrag som erbjuds dem. En advokat som har praktisk möjlighet att ta sig an ett uppdrag, får enligt cab rank-regeln inte vägra att acceptera uppdraget.

I det engelska rättssystemet gäller absolut plikt för advokater (barristers) att acceptera alla uppdrag. Regeln är en direkt tillämpning av den inställning i vapendragarideologin som går ut på att advokaten, likt ett neutralt instrument, skall vara beredd att arbeta för alla och envar.

Ideologiskt vilar cab rank-idén, åtminstone vid en första anblick, på den grundläggande princip som säger att alla misstänkta har rätt till försvarsadvokat. Cab rank-systemet är helt enkelt en manifestation av den dubbla princip som utgår ifrån att "alla" har rätt till försvarare – alltså måste advokaterna försvara "alla".

Varje undantag från principen att alla försvarare måste acceptera alla uppdrag skulle också innebära ett avsteg från axiomet om allas rätt till försvar. De enda undantag som är tänkbara i ett sådant system är därför sådana som är av strikt praktisk natur: advokaten får avböja om hon inte har tid med ännu ett uppdrag på grund av hög arbetsbelastning; om hon saknar kompetens inom ämnesområdet eller om uppdraget inte ger någon inkomst och hon skulle belastas ekonomiskt genom att anta det. Det kan aldrig vara tillåtet att under en cab rank-regel avböja uppdraget på grund av att advokaten ogillar uppdraget eller klienten eller på grund av att fallet i fråga väckt omgivningens avsky eller av något annat skäl är impopulärt.

1. Mortimer: Rumpole and the Age of Miracles, s. 6.

En stat som infört cab rank-regeln har alltså valt en lösning som ålägger advokaterna försvararplikt. Därmed har staten tagit på sig ett klart och entydigt normgivningsansvar och tagit ställning för en extensiv tolkning av de överstatliga reglerna om *fair trial*. Den stat som anammat cab rank-principen har således inte överlämnat det svåra valet till advokaterna om de skall acceptera eller inte acceptera ett kontroversiellt försvar. Själva yrkesrollen "föds" med cab rank-principen, som automatiskt följer med advokattiteln. Den som verkar som advokat i en sådan stat är alltid medveten om att denna regel gäller och den som vill motsätta sig regeln kan helt enkelt inte verka som advokat.

Cab rank-principen har, om den tillämpas i sin rena form, flera positiva drag. Den löser problem som kan uppstå både på den tilltalades och försvarets sida i fallet med djävulens advokat. Den avskydde och impopuläre tilltalade kommer i ett cab rank-system alltid att få en försvarare. Inte nog med det: han kommer att få precis den försvarare han helst önskar – en skicklig, berömd och aktad advokat, om han så vill – så länge advokaten ifråga har praktisk möjlighet att anta uppdraget. Dessutom innebär cab rank-principen uppenbarligen att den allmänt aktade advokaten med högburet huvud kan anta just detta vida impopulära försvar utan att hennes rykte befläckas: hon verkar i ett system där advokaten skall acceptera även impopulära försvar. Fördelarna för den tilltalade är självskrivna. Fördelarna för advokaten är att hon inte behöver ägna möda och grubbel åt det mycket svåra dilemma som uppstår om hon tvingas bedöma det goda eller onda i ett försvararuppdrag. Fördelarna är också att hennes moraliska anseende under cab rank-regelns skyddande hölje förblir oantastligt.

Slutligen ger cab rank-principen åt den stat, som infört den, ett slags humanitär legitimation. Staten har ju anammat den mest extensiva uttolkning av den mänskliga rättigheten att få försvarare. En stat med ett rättssystem som tillämpar cab rank, förefaller garantera den mest usla och avskydda medborgare det mest förnämliga försvar i rättegång.

Oavsett hur och varför regeln tillkommit från början,[2] råder ingen tvekan om att staten i Englands fall accepterat och sanktionerat principen. I detta sammanhang[3] sägs ingenting om regelns betydelse för den individuella advokaten, utan poängen ligger i regelns betydelse för den enskildes rättssäkerhet, för statens anseende som rättsstat och också för hur staten vill att omvärlden skall uppfatta den engelska advokatrollen.

Centrala frågor kring cab rank-principen, som återkommer i diskussionerna, är:

- *Cab rank-regelns konstitutionella betydelse.*
- *Cab rank-regelns betydelse för advokatens oavhängighet.*
- *Cab rank-regeln som enkel lösning av ett svårt moraliskt problem.*

Regelns konstitutionella betydelse är närmast odiskutabel.

2. Om regelns tillkomst se 8.3.1.
3. Dvs. från normgivarnas håll, se följande avsnitt.

Att regeln skulle vara en (alltför) enkel lösning av ett svårt dilemma framgår av de kritiska röster som här citerats (se 5.2). När det gäller frågan om advokatens oavhängighet blir tolkningen av regeln mera komplex. Regelns funktion ur oavhängighetsaspekten har varit föremål för skilda uppfattningar (se 5.2).

Medan engelsk och amerikansk doktrin är ense om att advokaten skall betraktas som oavhängig gentemot klienten och dennes sak, är man oense om hur oavhängigheten påverkas då advokaten är beredd att ta sig an varje uppdrag.

En uppfattning är att den advokat som är tvingad att ta varje fall inte kan betraktas som självständig, vare sig i förhållande till stat eller till klient. (Jämför resonemanget ovan om systemet i de totalitära staterna.) Om staten kan tvinga advokaterna att ta uppdrag, skulle enligt detta synsätt ett beroendeförhållande mellan stat och advokat uppstå. Och om advokaten är tvingad att försvara även en klient som hon ogillar, skulle hon inte kunna hävda sin självständighet gentemot klienterna heller.

I amerikansk litteratur talar man ofta i varnande ordalag om *professional detachment* just i samband med cab rank-principen. *Professional detachment* eller rolldifferentiering har kritiserats i amerikansk doktrin som omoralisk. Eftersom cab rank-principen kan betraktas som ett uttryck för rolldifferentiering, anser kritikerna att cab rank-regeln är grundad på ett omoraliskt förhållningssätt. Wolfram och många med honom i den amerikanska doktrinen är kritiska mot cab rank-regeln: "...which is imagined to control acceptance of all cases, including those that are controversial, by English barristers".[4] "The supposed corollary of the cab-rank duty-to-serve is that it supports a concept of professional detachment of any lawyer from the justice or injustice of the client's position."[5]

Den kritik som går ut på att cab rank-regeln skulle vara en enkel lösning av ett komplicerat moraliskt problem bemöts i engelsk doktrin med att just detta är poängen: att regeln är enkel ses som en fördel och en vinst för rättssäkerheten. Regelns enkla logik innebär dessutom en annan fördel: den är ett utmärkt pedagogiskt hjälpmedel för advokaterna när det gäller att försvara yrkeshedern inför en oförstående allmänhet. Den i England mycket välkända advokaten och författaren John Mortimer anklagades i *The Times* på ledarplats för att han försvarade pornografi med "passionate devotion" i ett tryckfrihetsbrottmål. Mortimer gick i svaromål: "Any barrister's duty is to be 'passionately devoted' to the defence of his client. It would be a sad day if a defendant charged with an alleged crime could not be defended without his counsel being accused of devotion to murder or robbing banks."[6]

Det är inte enbart i brottmål som advokaten kan anklagas för att understödja sin klients åsikter eller handlingar. Cab rank-regeln betraktas i England

4. Wolfram a.a. s. 571.
5. Ibid.
6. Cit. i Pannick, a.a. s. 133.

som lika nödvändig i civila saker som i brottmål. I *The Guardian* från den 20 januari 1998 fanns i en artikel ett indignerat svaromål i frågan från en ansedd advokat.[7] Han reagerade på att en skribent ifrågasatt att premiärminister Blairs hustru – som är barrister – tagit sig an fall, som uppenbarligen stred mot hennes politiska övertygelse.[8] Han skrev bland annat:

> "In her role as private citizen, who happens to be the Prime Minister's wife, Mrs. Blair no doubt has a range of views on the great issues of the day which she is free to hold and, if she chooses, advocate. In her role as practising silk[9] and respected member of my chambers, Ms Booth is free to advocate her client's case only; the court is and should be deaf to her personal views. Barristers are entitled to reject cases for a number of reasons – lack of time, lack of expertise, conflict of interest with other clients. They are not entitled to do so because they dislike a client or the client's views. This fetter, more creed that code, colloquially known as the cab rank rule, is fundamental to justice and the rule of law, since it alone guarantees representation to the unpopular and politically incorrect. Any barristers who ignore it (as Ms Booth does not) honour neither themselves nor their profession. Ms Booth should not be afflicted with criticism, however subtle, for getting on with her job."[10]

Här ser man alltså tydligt att cab rank-regeln inte bara har betydelse för hur man ser på den tilltalades rätt till försvarare. Den har också betydelse för hur man ser på advokatens "rätt" att få acceptera ett kontroversiellt uppdrag utan att bli kritiserad.[11]

Eftersom en barrister inte får avböja ett uppdrag, skall jag ge ett realistiskt exempel på en situation som kan inträffa. Barristern måste acceptera ett affärsjuridiskt uppdrag från klienten Pedro Jimenez.[12]Av någon anledning sticker detta i ögonen på en av barristerns stora och mäktiga bolagsklienter, Boa Constrictor[13] Ltd. Den mäktiga bolagsklienten kan då försöka få barristern att frånträda uppdraget för Pedro Jimenez, t.ex. genom att hota barristern med att hon aldrig kommer anlitas igen av den stora bolagsklienten. Om man tänker sig att 30 procent av barristerns praktik består i att företräda Boa Constrictor Ltd., förstår man att hotet, om det realiserades, skulle kunna kullkasta barristerns praktik. Barristern får lika fullt inte frånträda uppdraget för Pedro Jimenez.

7. The Hon. Michael Beloff, QC, Trinity College, Oxford.

8. Fru Blair hette som ogift Cherie Booth och praktiserar fortfarande under det namnet. Hon företrädde mot slutet av 1990-talet med framgång klienter, som stred för saker som stod i direkt motsats till den engelska regeringens policy i viktiga frågor som bl.a. utbildningspolitik och sysselsättningspolitik.

9. Med "practising silk" avses att Ms Booth är QC. Se nedan 8.2.1.

10. Artikelförfattaren kallar cab rank-regeln "more creed than code" och gör gällande att uttrycket cab rank är "colloquial". Faktum är dock att regeln är kodifierad och under just namnet cab rank-rule. Se 8.2.4.

11. Jämför Boon & Levin s. 182.

12. Se även Dahlman: Konkurrerande culpakriterier, 2000, s. 27.

13. Se även Dahlman: Konkurrerande culpakriterier, 2000, s. 44; Nilsson: Att byta ut skadliga kemikalier. Substitutionsprincipen – en miljörättslig analys. Stockholm 1997, s. 149, not 48; Russel: Makt, en analys av dess roll i samhället. 2 uppl. Stockholm 1952; Westberg: Domstols officialprövning. Lund 1988, s. 442, not 262.

Jag kommer nedan att diskutera vissa aspekter på cab rank-systemet, så som det fungerar i England. Som bakgrund till diskussionen krävs viss kännedom om det engelska advokatsystemet och de särdrag som präglar detta. Strax nedan följer en översiktlig introduktion till det engelska advokatyrket i de delar som är relevanta för här aktuell fråga. Därefter skisseras en kort historisk bakgrund till gällande engelsk rätt, följt av en presentation av cab rank-principen och dess kodifiering och tillämpning i engelsk rätt. Avslutningsvis kommer jag att kritiskt diskutera cab rank-principen mot bakgrund av vad som i övrigt sägs i del II.

8.2 Exemplet England

Cab rank-principen är inte bara en ideologi – det är en regel fastställd i engelsk lag och god advokatsed. Cab rank gäller i England, Wales och en stor del av de stater som en gång var engelska kolonier. Regeln tycks vara så självklart sammanknippad med begreppet rättssäkerhet för engelska jurister att man faktiskt har svårt att acceptera att den inte gäller i andra system: "However, some other legal systems do not apply the same ethical standards as the English Bar", konstaterar en brittisk författare med förvåning.[14] En annan författare hävdar att "(o)utside England, in countries where there is no such rule, it is recognized as a priceless symbol of the proper working of a truly just system of law".[15]

I själva verket är det så att det engelska systemet utgör ett undantag – i vissa fall ett mycket kritiserat undantag. Övriga länder i västvärlden betraktar gärna engelsk rätt som en udda och traditionstyngd spillra av ett rättssystem som växt fram hos ett öfolk som skiljer sig från resten av världen. Man glömmer då, att praktiskt taget en tredjedel av mänskligheten lever i ett engelskt rättssystem.

8.2.1 *Det engelska advokatyrket*

> (The cab rank-rule)...applies only to barristers. It applies to no other category of advocate. It applies to no other category of lawyer. It is unique. Many rules about barristers are unique. Some are also absurd.[16]

Det typiska för det engelska advokatyrket är som bekant att man har två funktionärer, solicitor respektive barrister. Det är endast barristers som är ålagda cab rank-plikt. Jag kommer här att högst översiktligt beröra reglerna som gäl-

14. Pannick s. 137.

15. Richard Du Cann: The Art of the Advocate, 1993. Nedan cit. Du Cann. Du Cann är Q.C. och författare och har varit ordförande för Criminal Bar Association och The Senate and Bar Council.

16. Du Cann, a.a. s. 39.

ler för solicitors. De regler som gäller för barristers kommer att presenteras och diskuteras mera ingående nedan, eftersom barristers är den yrkesgrupp som arbetar under cab rank-plikt. Solicitors kommer inte att tas upp i denna text i någon detaljerad form utan har tagits med endast som bakgrund till diskussionen om hur cab rank-principen fungerar i England. Barristern, som är en unik figur på många sätt, har trots allt mycket gemensamt med en svensk offentlig försvarare, eftersom en sådan framför allt verkar som rättegångsombud och processar mer än genomsnittsadvokater som har civilmål.[17]

Mycket har skrivits och sagts om rollfördelningen mellan solicitor och barrister. Det må här räcka med att konstatera att solicitorn i princip ansvarar för det förberedande och utomprocessuella arbetet fram till rättegången, varvid barristern tar över och för klientens talan inför rätta. Solicitor-barristeruppdelningen gäller såväl för civil- som brottmål.

Den första advokat en misstänkt möter är en solicitor. Om den misstänkte inte är frihetsberövad sammanträffar han vanligen med sin solicitor på dennas kontor. I annat fall uppsöker solicitorn den misstänkte i arrestlokalen. En solicitor kan erhålla uppdraget direkt från klienten eller från en tredje man, som agerar för en blivande klients räkning. I sådana fall måste solicitorn utan dröjsmål direkt med klienten bekräfta uppdraget.[18] En solicitor är generellt sett inte skyldig att acceptera uppdraget.[19] Om risk för intressekonflikt föreligger skall solicitorn avböja uppdraget och samma skyldighet föreligger om solicitorn är under tidspress, saknar kompetens inom rättsområdet eller om uppdraget kan medföra något otillbörligt förfarande.[20] En solicitor får dock inte avböja uppdraget enbart på grund av klientens hudfärg, ras eller etniska ursprung[21] och inte heller på grund av klientens kön eller civilstånd.[22] Om en solicitor åtar sig rättshjälpsärenden (legal aid work) och den rättssökande är berättigad till rättshjälp, får solicitorn inte heller avböja uppdraget.[23]

Inför rättegången har solicitorn samlat alla relevanta uppgifter om saken i en akt, *the brief*, som överlämnas till barristern. En barrister får aldrig ta emot ett uppdrag direkt från en klient. Man brukar tala om att solicitorn instruerar barristern i fallet: "instructing counsel". På *the brief* skall finnas en anteckning om det arvode som skall utgå för barristerns arbete i målet (arvodet gäller oavsett målets utgång). Om rättshjälp beviljats i ärendet, behövs ingen sådan anteckning. I allmänhet har solicitor och barrister etablerat ett samarbete under årens lopp och känner varandra väl. Man hör därför ofta en barrister omnämna en viss solicitor som "my brief".

Medan solicitorn ofta beskrivs som en "businessman" eller "businesswoman" och uppträder i kostym eller dräkt som andra yrkesutövare i affärslivet,

17. Se 15.1 om svensk försvarsadvokat.
18. The Guide to the Professional Conduct for Solicitors, Law Society, (LSG) 9:05.
19. LSG 9:01: A solicitor is generally free to decide whether to accept instructions from any particular client.
20. LSG 9:8–11.
21. Race Relations Act 1976.
22. Sex Discriminations Act 1975.
23. Silverman: Handbook of Professional Conduct for Solicitors s. 2 (1992).

bär barristern i rätten, som representant för det åldriga engelska domstolssystemet, den traditionella svarta advokatkappan och peruk. Barristern tar emot klienter och utför sitt förberedande arbete i en traditionell typ av advokatkontor, *chambers*. *Chambers* består normalt av en grupp barristers som har kontorsgemenskap och därmed delar på sekreterartjänsterna och den ytterst centrala notarietjänsten, *the clerk*. Denna notarie fungerar som en länk mellan solicitor och barrister. Det är notarien som för barristerns räkning tar emot uppdraget, *the brief*, från en solicitor och som tillsammans med denna fastslår de ekonomiska villkoren.[24] Ofta erhåller notarien en viss procentsats av de inkomster som flyter in i *chambers*-verksamheten. *The clerk* är inte rättsbildad men betraktas som en mycket viktig person med en central position i barristerns yrkesverksamhet.[25]

Barristeryrket har flera särdrag. Ett sådant är den så kallade "right of audience", dvs. den exklusiva rätt att uppträda i (de högre) domstolarna, som är förunnad barristers men inte solicitors.[26] Varje barrister måste också vara ledamot av en *Inn of court*, de åldriga institutioner som ursprungligen fungerade som ett slags internat och utbildningssäten för domstolsjurister.[27]

Titeln *counsel* används om barristers då de uppträder som ombud för endera sidan inför rätta, således "counsel for the defence" respektive "counsel for the prosecution". *QC, Queen's Counsel*, är en *senior counsel*, dvs. med många års praktik, som har utnämnts till "one of her Majesty's counsel learned in the law", vilket är den förnämsta utnämning en barrister kan få.[28] En *QC* eller *senior counsel* biträds praktiskt taget alltid av en eller flera yngre ad-

24. Att det är notarien och inte barristern själv som fastslår arvodet har en speciell historisk bakgrund. Av urgammal tradition har allt som har med pengar och betalning att göra betraktats såsom varande under en barristers värdighet. En barrister utförde ett statusbetonat intellektuellt arbete i domstolen och skulle inte "röra vid pengar". På ryggen av den svarta advokatkappan sitter en tyglapp fastsydd, "the purse". I denna skulle klienten lägga advokatens arvode, så att advokaten slapp befatta sig med pengar.

25. Se t.ex. Flood: Barristers' Clerk: The Law's Middlemen (1983).

26. Man har genom 1990 års Courts and Legal Services Act framfört förslag på och även lyckats genomföra vissa reformer rörande rätten för solicitors att få uppträda även i Crown Court, Court of Appeal och Supreme Court. Solicitors skall erhålla sådan "right of audience" endast under vissa förutsättningar, bl. a. särskild utbildning som the Law Society ansvarar för. Motståndet från den traditionstyngda "English Bar" är stort och även om förändringar kommer att ske, så kommer det att gå långsamt.

27. I dag existerar fyra Inns of Court: Gray's Inn (grundat 1391), Inner Temple (gr. ca 1440), Lincoln's Inn (gr. 1422) och Middle Temple (gr. 1404). De spelar fortfarande en roll vad beträffar utbildning och examination av barristers. De har också betydande ekonomisk makt, eftersom de alla är belägna på oerhört attraktiva fastigheter i centrala London kring Chancery Lane. Marknadsvärdet av dessa egendomar är praktiskt taget omätligt. En chamber, alltså en barristerbyrå, hyr ofta lokaler av det Inn of Court till vilket den är knuten.

28. Institutet QC grundades av drottning Elizabeth I, då hon utnämnde Francis Bacon till sin egen advokat. QC utnämns efter rekommendation av the Lord Chancellor. Om regenten är kung kallas de King's Counsel (KC). I Supreme Court får QC sitta innanför skranket och deras svarta kappa är gjord av siden, varför de också kallas "silk". Det är mer än bara sidenkappan som innebär fördelar med att vara QC. En QC eller senior counsel har högre status än en enkel barrister, behandlas med större respekt i domstolsvärlden och kan också ta ut högre arvoden.

vokater som får göra det mesta av rutinarbetet i målet.[29] Det är därför man ser flera stycken barristers som företrädare för vardera sidan i en engelsk rättssal.[30]

En barrister är i princip alltid egen företagare och även om det är vanligt med kontorsgemenskap är varje barrister på byrån oberoende och självförsörjande.[31] En barrister i *independent practise,* vilket är vad som avses med barrister i detta arbete, är självständig på så sätt att man inte bildar bolag eller *partnerships* och inte är anställd. Detta förhållande anses vara av oerhört stor vikt och är ett uttryck för den absoluta oavhängighet en engelsk barrister skall ha. Hennes oberoende anses säkrat i och med att hon varken har någon arbetsgivare eller någon partner. Ingen kan styra barristerns arbete, inte heller klienten. Hon har främst kontakt med den solicitor som bereder ärendet och inte med klienterna. Barristerns oberoende ställning hänger intimt samman med cab rank-principen.

8.2.2 *Något om den engelska straffprocessen och dess rollfördelning*

Den engelska straffprocessen är i princip ackusatorisk (adversary), dvs. två processuellt jämbördiga parter skall lägga fram saken inför domstolen. Domaren skall i stort sett förhålla sig passiv och endast ingripa och ställa frågor till hörda personer i den mån detta är nödvändigt för att förtydliga och klargöra sakförhållanden, enligt principer för materiell processledning liknande de svenska.[32]

Rättshjälp för kostnader i samband med brottmålsförsvar lämnas i enlighet med 1988 års Legal Aid Act beroende av den misstänktes inkomst och ekonomiska förhållanden.[33] Särskilda bestämmelser om beslut om rättshjälp finns också beroende på forumfrågor.[34] Om de ekonomiska förutsättningarna är uppfyllda, måste rättshjälp lämnas till den som är misstänkt för mord.[35]

29. En *junior member* of the Bar som utför arbeten åt en senior, kallas officiellt för *devil,* varför sådana i exempelvis Bar Code refereras i förhållande till en senior barrister som "the devil his pupil". Benämningen härrör från verbet "to *devil* for someone", ung. att utföra någon annans slitgöra.

30. Längst fram sitter i allmänhet QC:s, på raden bakom sitter vanliga barristers och därefter sitter solicitors. Klienten får i princip aldrig sitta tillsammans med barristern.

31. Se t.ex. Ivanhoe Career Guide to the Legal Profession 1995, Cambridge (nedan cit. Legal Profession 1995).

32. I ett par avgöranden har målet återförvisats till underrätt p.g.a. av att domaren har överträtt de ackusatoriska principerna och ingripit alltför flagrant vid förhör. Uttalanden har därvid gjorts som visar att det betraktas som särskilt otillbörligt att domaren avbryter förhör med tilltalad i brottmål. Emmins on Criminal Procedure, s. 117 f. Blackstone, 6th ed. 1995, omarbetad av John Sprack, barrister och lektor vid Inns of Court School of Law (nedan cit. Sprack).

33. Det är domstolen – i allmänhet underrätten magistrate's court – som undersöker den misstänktes ekonomi och beviljar rättshjälp. Sammanfattningsvis kan sägas att rättshjälpsreglerna är tämligen generösa och det är ovanligt att den misstänkte befinns vara alltför förmögen för att få rättshjälp. I dylika fall kan den misstänkte få betala del av kostnaderna själv medan resten stannar på staten. Sprack, s. 448.

34. Legal Aid Act 1988, section 20.

35. Legal Aid Act 1988, section 21. Se kommentaren i Sprack, a.a. s. 449.

Man talar i engelsk processrätt om "the bench and bar". *The bench* är att förstå bokstavligen som domarnas upphöjda säte mitt emot advokaternas i rättssalen, men är också ett uttryck för domarkåren eller en grupp domare. *The bar* är ett sammanfattande namn för barristerkåren. En barrister kan uppträda antingen som åklagare eller försvarare, lika väl som hon kan företräda svaranden eller käranden i ett civilmål. Det förekommer att en barrister specialiserar sig på försvarar- respektive åklagarrollen, men vanligast förekommande är att en barrister bokstavligt talat ena dagen är åklagare i ett mål och andra dagen försvarare i ett annat.[36] Domarämbetet betraktas i allmänhet som höjden på barristerns karriär och man talar därför om att en barrister, som utnämnts till domare, blivit "raised to the bench". Engelska domare är alltså gamla erfarna barristers. Domarna har oerhört stor auktoritet och hyser generellt sett misstro mot politikerskapad rätt. Lagar tolkas restriktivt och det betraktas som otänkbart att tolka lagförarbeten.

De engelska domstolsyrkena utmärks således av en högst konkret rollcirkulation. Som vi skall se nedan, kan rollcirkulation ha betydelse för vissa frågor av etisk natur.

Counsel for the prosecution, åklagaren, lyder i engelsk rätt numera[37] under en objektivitetsprincip som uttrycks så att åklagaren skall betraktas som en "minister of justice", vilket bland annat innebär att åklagarens främsta målsättning inte nödvändigtvis är att vinna målet till varje pris.[38]

Försvarsadvokaten, *counsel for the defence*, förväntas inte ha någon sådan målsättning utan hennes främsta plikt är att utnyttja varje laglig möjlighet som kan leda till ett frikännande för huvudmannens räkning. En försvarare har i engelsk rätt ingen sanningsplikt gentemot domstolen, men får inte avsiktligt föra domstolen bakom ljuset, och även om försvararens främsta plikt är att iaktta klientens intressen, har hon skyldighet att tillvarata klientens intresse på ett sådant sätt att lojaliteten mot domstolen och rättsordningen inte kan ifrågasättas.[39] En barrister är en *officer of the court*. Mer härom nedan längre fram i avhandlingen.

36. Legal Profession 1995.

37. Fram till nyligen gällde snarare för engelsk åklagare att åtala och "vinna" utan någon större hänsyn till tron på den tilltalades skuld eller sannolikheten att få vederbörande fälld på förefintlig bevisning. 1986 tillsattes emellertid en kommitté med uppdrag att bl.a. se över principerna för åtal. Kommittén lade fram ett betänkande, som fått stor genomslagskraft, där det bland annat heter att åklagaren är en rättvisans tjänare och skall förhålla sig objektiv och rättvis i förhållande till åtalet och den tilltalade. Principerna kodifierades i Bar Code (annex H). Se även Sprack s. 118 samt Du Cann s. 45.

38. Se t.ex. Avory J i fallet (1916) 2KB 621: (prosecuting counsel) "ought not to struggle for the verdict against the prisoner, but they ought to bear themselves rather in the character of ministers of justice assisting in the administrations of justice". Fallet har citerats i samband med de nya direktiven om objektivitet.

39. Se t.ex. Sprack s. 119.

8.2.3 Barristern och cab rank; bakgrund och framväxt

A jury consists of twelve persons chosen to decide who has the better lawyer.
– Robert Frost (1874–1963)

Den engelska barristern (även kallad *advocate*)[40] har utvecklats ur en framför allt retorisk tradition. Barristern, till skillnad från solicitorn, var en professionell talare och blev, likt antikens retoriker, anlitad för att tala för en person eller en sak.[41] Antikens rättskultur var som bekant av synnerligen retorisk karaktär och talekonst var av central betydelse inom den antika världen. Det skrivna ordet hade inte alls samma betydelse som det sedermera fick. Ur denna talekonstkultur utvecklades yrkesretoriken genom att personer som fått renommé som skickliga talare anlitades av den som hade att lägga fram sin sak inför domstol. Enligt liknande principer kan man säga att barristerns talekonst är till salu för var och en.

Advokatyrket som sådant har funnits under närmast oändligt lång tid i England, åtminstone med svenska ögon sett. Redan under medeltiden fanns en stor och välorganiserad kår av advokater. De än i dag existerande *Inns of Court* grundades alla mellan år 1391 och år 1440. Den i dag rådande uppdelningen mellan barrister och solicitor har i engelsk rättshistoria spårats tillbaka till tiden omkring 1100-talet och uppdelningen formaliserades på 1600-talet. Dagens barrister i peruk och kappa har sett ut på ungefär samma sätt sedan mitten av 1700-talet.[42] Vid den tiden hade yrket klart definierats: barristerns huvuduppgift var att uppträda som rättegångsombud. Utbildningen av barristers låg inte på universiteten utan hade karaktären av ett lärlingssystem, så att studenterna blev upplärda av praktiker snarare än av akademiska lärare. Skolningen ägde rum i *the Inns of Court*. Dessa var från första början, under senmedeltiden, skråsammanslutningar för advokatyrket.[43] De fyller än i dag en viktig social funktion genom de obligatoriska middagar, som en blivande barrister måste äta i de stora matsalar *(hall)* som finns i varje *Inn*. Efter att ha ätit 24 sådana middagar har den blivande barristern via samtal med äldre barristers fått lära sig mycket om hur en barrister förväntas uppträda, vilka traditioner som finns och hur praktiken fungerar. Det är som ett slags mentorssystem, som hållit yrkets särart vid liv genom en obruten muntlig tradition som går tillbaka till medeltiden. Middagarna får aspiranterna betala ur egen ficka. Av tradition har barrister varit ett yrke som valdes av män i välbärgade familjer. Utbildningen var mycket kostsam och såväl ekonomiska gränser som klassgrän-

40. I Skottland – som ju har ett rättssystem som skiljer sig något från det engelska – används fortfarande termen *advocate* för det yrke som motsvaras av *barristern* i England.

41. Om retorikens födelse i domstolarnas skugga, se Kurt Johannesson: Retorik eller konsten att övertyga, 2 uppl., Norstedts, 1998.

42. Peruk och kappa var helt enkelt vad en gentleman hade på sig på 1700-talet.

43. *The Inns* fungerar i dag som organisatoriska centra för barristers (se ovan). Fortfarande existerar i viss mån lärlingssystemet på så sätt att en blivande barrister, efter universitetsexamen och viss obligatorisk vidareutbildning, påbörjar sin lärotid, *pupillage*. Detta innebär att man knyts till en *chamber* som elev. Under de första månaderna får man inte arbeta självständigt och har inte någon inkomst.

ser satte upp i det närmaste oöverstigliga hinder för studenter från andra samhällsgrupper än de privilegierade.[44]

Cab rank-regeln gäller för alla barristers i såväl civil- som brottmål och har gällt under mycket lång tid i England. Enligt brittisk doktrin var det i och med den legendariske 1700-talsadvokaten Lord Erskines uttalande, som cab rank-regeln först blev omskriven. Lord Erskine blev utsatt för omfattande kritik därför att han tagit sig an ett försvar i ett vida impopulärt fall år 1792. I samband med denna kritik blev han ombedd att avsäga sig sin högt uppsatta tjänst som "Attorney-General to the Prince of Wales".[45] Erskine yttrade då orden: "From the moment that any advocate can be permitted to say that he will or will not stand between the Crown and the subject arraigned in the Court where he daily sits to practise, from that moment the liberties of England are at an end."[46] Trots att Erskine skrev till kungen och förklarade att det var en odiskutabel konstitutionell rättighet för varje undersåte att få föra sitt försvar genom en advokat som han själv valt, tvingades Erskine avsäga sig ämbetet som *Attorney-General.* Ända sedan dess har engelska barristers vid högtidliga middagar druckit en skål "to Erskine and Independence".[47]

Principen har alltså tillämpats under mycket lång tid i England – redan på Erskines tid var den av allt att döma välkänd bland advokater. Det finns en mängd referenser till cab rank-principen i engelsk litteratur, såväl skön- som facklitteratur, och engelska jurister – i synnerhet barristers – citerar med förtjusning berömda advokaters uttalanden i saken. Ett exempel bland många andra är den likaledes legendariske advokaten Marshall Hall. År 1902 företrädde Marshall Hall en person anklagad för att ha ägnat sig åt koppleri i sin teater i Manchester, the Comedy. En präst uttalade sin indignation över att en parlamentsledamot (Marshall Hall) uppträdde som försvarare för "a man in the Comedy case which was one of the worst ever brought up in Manchester". Marshall Halls svaromål citeras med stolthet bland dagens barristers: "Barristers are public servants and may be called on just like a doctor may be called on to operate on a man suffering from a loathsome complaint."[48] Jämförelsen mellan en advokat och en läkare återkommer ofta i just här aktuell fråga.[49]

Ända fram till på 1950-talet kunde cab rank-principen tillämpas i en form som bokstavligen påminner om taxisystemet: *the dock brief.*[50] *The dock brief* var en procedur som innebar att den misstänkte direkt från de anklagades bänk inne i rättssalen pekade ut vilken advokat han ville ha bland de barristers som var närvarande i salen. Om barristern inte var engagerad i ett annat mål, var han tvungen att acceptera uppdraget i enlighet med cab rank-principen, så

44. Under seklerna före 1700-talet sågs en utnämning till *barrister* snarare som en intellektuell bedrift för förnämt folk, än som erhållandet av en yrkestitel. Se för historisk bakgrund t.ex. Morison & Leith.

45. Attorney-General är kronjurist; närmast jämförbar med den svenska justitiekanslern.

46. 1 Speeches of Lord Erskine s. 415 (1847).

47. Se t.ex. Du Cann a.a. s. 38.

48. Du Cann s. 38.

49. Jämför John W. Davis-citatet, 5.2.1.

50. "Dock brief" av "dock" = de anklagades bänk och "brief "= akt eller uppdrag.

snart den tilltalade hade betalat den överenskomna avgiften. Det enda kravet var att den tilltalade hade 2 pund och 25 pence; 2 pund gick till advokaten och 25 pence till advokatens *clerk*. *Dock brief*-proceduren är numera obsolet, men principen bakom den lever kvar och det finns flera äldre advokater som ännu kan berätta om sina *dock brief*-uppdrag.[51]

8.2.4 *Kodifiering av cab rank-principen*

Inte förrän mot 1900-talets slut, flera hundra år efter att principen först började omnämnas, kodifierades cab rank-regeln.

I februari 1990, alltså samma år som de etiska reglerna fick sin nuvarande lydelse, diskuterades i överhuset *the Courts and Legal Services Bill* och ett tillägg till denna. Tillägget blev sedermera lagfäst i 1990 års *Court and Legal Services Act*. Tillägget ställer följande kvalifikationskrav på den person, som skall praktisera advokatyrket i domstols- eller andra förhandlingar:

> "... that he must be a member of a professional body which requires the advocate not to withhold his services on the ground that the nature of the case is objectionable to him or to any member of the public, or that the conduct, opinions, or beliefs of the prospective client are unacceptable to him or to any section of the public..."[52]

Lagen innebär alltså att en barrister måste vara ledamot i ett advokatsamfund och detta samfund måste ålägga sina ledamöter skyldighet att acceptera alla uppdrag, endast med undantag av praktisk natur.[53]

Det advokatsamfund vars ledamöter är barristers, dvs. tillhör *the Bar,* är *The Bar Council.*[54] *Bar Council* utarbetar etiska regler för barristers och samma år som *Courts and Legal Services Act* tillkom, 1990, antogs nu gällande regler i *Code of Conduct of the Bar of England and Wales* (cit. *Bar Code*).[55] *Bar Code* har inte status av lag, men betraktas som vägledande när det gäller tolkning av begreppet god advokatsed. Den barrister som agerar inom ramen för *Bar Code* skall i princip inte kunna bli föremål för disciplinära ingripanden.[56] Det övergripande ansvaret för disciplinverksamheten beträffande barristers ligger på *the Senate of the Inns of Court* och det är *Bar Council* som har befogenhet att vidta disciplinära åtgärder mot ledamöterna.[57]

51. Se t. ex. Du Cann: "Most elderly barristers have their own favourite horror story of some occasion when they were chosen to represent a defendant in this manner" (a.a. s. 40).

52. Court and Legal Services Act, section 17(3)(c).

53. *Bar Code*, (7 uppl.), paragraferna 601–603.

54. Jämför det samfund vars ledamöter är solicitors, The Law Society, vilket bland annat utarbetar etiska regler för solicitors. Se ovan om solicitors accept av uppdrag.

55. Nu gällande *Bar Code* antogs den 25 mars 2000 av The Bar Council. Den utgör sjunde upplagan av 1990 års Code som ersatte alla tidigare regelverk.

56. Se t.ex. Sprack s. 117.

57. Det är alltså advokaterna själva som via sitt samfund såväl utarbetar etiska regler som ansvarar för deras sanktionering. En domare som anser att en advokat brutit mot god advokatsed i rätten, har således ingen möjlighet att vidta disciplinära åtgärder, utan måste anmäla förfarandet till the Bar Council. Givetvis har domstolen rätt att beivra rättegångsförseelser begångna av advokat (contempt of court).

I *Bar Code* fastslås skyldighet för en barrister att acceptera varje uppdrag. I detta regelverk finner man att cab rank-regeln är så etablerad att den faktiskt nämns vid namn:

> "A barrister in independent practise[58] must comply with the 'cab-rank rule' and accordingly ... he must in any field in which he professes to practice in relation to work appropriate to his experience and seniority and irrespective of whether his client is paying privately or is legally aided or otherwise publically funded:
>
> (a) accept any brief to appear before a court in which he professes to practise;
> (b) accept any instructions;
> (c) act for any person on whose behalf he is briefed or instructed;
>
> And do so irrespective of (i) "the party on whose behalf he is briefed or instructed (ii) the nature of the case and (iii) any belief or opinion which he may have formed as to the character, the reputation, cause, conduct, guilt or innocence of that person."[59]

Reglerna i *Bar Code* speglar således i allt såväl skriven lag som etablerad tradition. Genom 1990 års helt reviderade regelverk skärptes cab rank-regeln jämfört med praxis på så sätt att den numera uttryckligen gäller även för rättshjälpsärenden och skriftliga uppdrag.[60]

8.3 Kritisk diskussion

> 'The principle of the Bar is that I will accept any client, however repulsive.'
> 'That's not a principle, that's just a way of making money from the most terrible people.'[61]

Jag har konstaterat att cab rank-idén väl motsvarar de krav som ställs på försvarargarantin i *fair trial*-principen. Tanken att alla medborgare skall ha tillgång till advokat har manifesterats bokstavligen i regeln som säger att alla advokater måste acceptera varje uppdrag, oavsett uppdragets eller klientens natur.

Jag har också visat att regeln inte bara existerar i engelsk lag och god advokatsed – den synes vara mer än accepterad; cab rank-regeln är Englands stolthet, en garanti för den enskildes rättssäkerhet, ett rättsstatens adelsmärke.

Jag skall nu försöka granska cab rank-principen närmare ur olika synvinklar. Vi vet nu hur regeln ser ut på idéstadiet och vi har också sett hur den kodifierats. En regel som cab rank har såväl ideologisk som praktisk betydelse. Den kan därför kritiseras ur båda dessa aspekter. Det är också viktigt att fråga sig vilket ursprung regeln egentligen har. Är det verkligen staten, i detta fall

58. Det vill säga praktiserande advokat; en advokat vars huvuduppgift att tillhandagå allmänheten.

59. *Bar Code*, 602.

60. Legal Profession 1995, s. 14.

61. Advokaten Rumpole i samtal med sin hustru Hilda. John Mortimer: Rumpole and the Age of Miracles, (1988) s. 18.

England, som skapat regeln, eller är det i själva verket praktikerna? Slutligen: om det inte är staten som myntat principen och den inte tillkommit för att lösa ett rättssäkerhetsproblem och regeln till yttermera visso inte fungerar i ett vattentätt rättssystem, fyller den då överhuvudtaget någon funktion? Mot denna bakgrund skall jag diskutera cab rank-principen under tre punkter.

För det första drar jag vissa slutsatser beträffande cab rank-regelns tillkomst, med hänsyn till vad som sagts om advokatyrkets framväxt i England.

För det andra är det av intresse att se hur regeln fungerar rent praktiskt i det engelska rättssystemet. Av betydelse för regelns funktion är advokatyrkets uppdelning i en beredande och en processande roll. Viktigt är också de praktiska ekonomiska realiteter som kringgärdar advokatyrket idag, jämfört med den historiska tid i vilken regeln en gång tillkom.

Slutligen kommer jag att se på vissa ideologiska aspekter, som kan läggas på cab rank-principen. Vilken följd kan regeln få för uppfattningen om advokatrollen och på vilka olika sätt kan regeln tolkas och kritiseras?

8.3.1 *Cab rank-regeln i barristerns växthus*

En intressant vinkel i den grundläggande kritik, som kan riktas mot cab rank-regeln, är att den inte skapats av staten och framför allt inte för att lösa det rättssäkerhetsproblem som uppstår då en avskydd medborgare står utan försvarare.

Av vad som berättats ovan om barristeryrket, det engelska rättssystemet och dess historiska bakgrund, drar jag bland annat följande slutsatser. Cab rank-regeln är skapad av advokaterna själva. Den har karaktären av oskriven rätt, oaktat att den numera är kodifierad. Den är mycket gammal – kanske lika gammal som advokatyrket i England. Den har sprungit ur ett isolerat, privilegierat och konservativt skrå. Den har kanske tillkommit av andra skäl än att utgöra en lösning på *fair trial*-problemet. Jag skall här utveckla skälen till dessa slutsatser något.

Det engelska rättssystemet torde vara det mest traditionstyngda i västvärlden. Rätten har växt fram och skapats i en avgränsad miljö – ingen revolution, ingen reception av utländsk rätt och ingen stor kodifikation har påverkat den. I princip har den sett likadan ut sedan medeltiden. Det brukar sägas att den som kan hitta det äldsta prejudikatet, om det så är från 1200-talet, vinner målet i domstolen. Engelsk rätt är till del ett *common law*-system med domarskapad rätt och inbyggt i ett sådant system finns en betydande skepsis mot skrivna regler. Rätten betraktas som ett organiskt utvecklingssystem: den har alltid funnits och därför är en uråldrig rättsregel lika "rätt" som en ny.

Det är i denna kontext advokatyrket har växt fram. Om rättssystemet har utvecklats i avgränsad miljö, gäller detta i ännu högre grad för barristeryrket. Vi har sett ovan hur barristers rekryterades ur överklassen – eller åtminstone den besuttna borgarklassen – och hur de utbildades i den isolerade plantskola, som utgjordes av *the Inns of Court*. I det av klasstänkande präglade England

ansågs barristeryrket vara *genteel*, dvs. en sysselsättning för bättre folk som ville skaffa sig en karriär, ungefär på samma höga statusnivå som officersbanan eller den högre politiken. Solicitor var snarare ett val för medelklassen, på samma nivå som läkare- eller prästyrket. Med ett utbildningssystem som var starkt präglat av mentorskap och muntlig tradition kunde en etisk kod leva vidare från generation till generation. Såväl yttre som inre attribut har i princip kvarstått oförändrade. Barristerrollen och dess normer har utvecklats av advokaterna själva sedan tidig medeltid och politiskt styrda strukturella förändringar har fram till modern tid varit praktiskt taget omöjliga att genomföra.[62]

Cab rank-regeln har under mycket lång tid varit en typisk oskriven regel. Som bör framgå av vad ovan har sagts, innebär inte kodifikation av en regel, enligt engelsk tradition, att den på något sätt får större legitimitet. Regeln har så att säga alltid funnits. Som princip har den länge varit välkänd och hyllad. Den omnämns då och då under historiens lopp i officiella sammanhang. Det framgår av det sätt på vilket principen omnämns, att den är accepterad. Överhuset fastslog t.ex. år 1969 i Rondel v. Worsley att en grundläggande princip för advokatens arbete är att "no counsel is entitled to refuse to act in a sphere in which he practices, and on being tendered a proper fee, for any person however unpopular or even offensive he or his opinions may be."[63] Rondel v. Worsley-fallet fick oerhört stor betydelse i och med att Lord Denning där fastslog ett historiskt samband mellan cab rank-principen och principen om immunitet för en barrister.[64]

Att det är just barristern som lyder under cab rank-principen måste ses i sitt historiska sammanhang. Jag drar vissa slutsatser av att barristers utvecklat en sådan regel. Cab rank-principen kan härvid betraktas ur dels en teoretisk och dels en praktisk synvinkel.

Den teoretiska synvinkeln är starkt ideologiskt präglad. Regeln säger oss flera saker om barristerns roll; ideologin kan tolkas som såväl elitistisk som humanitär.

Elitistisk kan ideologin sägas vara därför att barristern tillhörde ett förnämt, upphöjt skrå, ett yrke som vilade på en anrik retorisk tradition. Den lärde och skicklige talaren stod över mänskliga stridigheter och petitesser: han utförde sin konst, och han gjorde det väl. Man talar om *the art of cross-examination, the art of distinguishing the merits of a case.* Man hör knappast en solicitors arbete beskrivas i dylika ordalag. Barristers har alltid varit ett släkte för sig, genomsyrat av stark skråkänsla, och de eleganta ordfäktningar som fördes inför rätta präglades av ömsesidig respekt och beundran. Det är inte utan skäl som en barrister än i dag inför rätta talar om sin motståndare som "my learned friend". Den naturliga motsättning som uppstår mellan de två sidornas ombud i en rättegång fick aldrig bli personlig, till exempel genom att man såg ner på den som företrädde en avskydd brottsling. Yrket bär på en

62. Se t.ex. Morison & Leith, a.a. s. 9.

63. Rondel v. Worsely (1969) 1 AC 191, 227 (Lord Reid).

64. En barrister har hittills haft fullständig immunitet ur skadeståndssynpunkt för sitt handlande under en rättegång i sin egenskap av barrister.

"long an honourable tradition ... that no accused person who wishes the services of an advocate will be left without representation."[65] Barristern satte en ära i att i varje rättsfall kunna finna argument – för vad var egentligen ointressant – som kunde övertyga åhörarna. Elitistisk kan ideologin också sägas vara därför att barristern alltid betraktat sig som fri och oberoende från vilket intresse det än vara må. Ingen – vare sig lagstiftare eller allmänhet – har rätt att döma eller bestämma över en barrister: mottot "to Erskine and Independence" talar sitt tydliga språk. I ljuset av denna inställning är det inte svårt att föreställa sig att för barristern var det likgiltigt för vem han talade: han utförde sin konst, och det var utförandet som var det väsentliga.

Det är omöjligt att komma ifrån det engelska klasstänkandet i en kritisk betraktelse av en engelsk yrkesroll. Den humanitära sidan av barrister-ideologin är präglad av den engelska överklassens stolta tradition av *noblesse oblige* och *fair play*. En gentleman håller alltid på *the underdog*. Barristern verkade i en lärd och isolerad miljö, fjärran från vardagens slit och stress. Det fanns gott om tid och utrymme för eftertanke och filosoferande. En sådan miljö var naturligtvis ypperlig för utvecklandet av en princip som säger att alla engelsmän – även den mest föraktade och bespottade medborgare – skulle ha samma rätt att få tillgång till den mest förnämliga talekonst.

Den praktiska sidan av cab rank-regeln är uppenbar: det är en regel som i sin rena form på ett absolut självklart sätt löser ett problem som annars har alla förutsättningar att bli ett besvärligt moraliskt dilemma. Barristern är inte bara en lärd akademiker utan i allra högsta grad en praktiker. Barristerns uppgift är att föra talan som rättegångsombud och domstolen är hennes arena. Det är en högst konkret arbetsuppgift, och frågan om accept av ett uppdrag har barristern löst på ett högst konkret sätt: alla advokater skall acceptera alla uppdrag. Därmed är cab rank-regeln en praktisk handlingsregel som alltid fungerar och den mycket svåra frågan om det goda i klientens sak behöver därför aldrig värderas, diskuteras eller övervägas. Cab rank-principen bär alltså klar prägel av praktikerregel: den är skapad av praktiker för praktiker och den fyller en praktisk funktion.

Cab rank-regelns uppkomst, så som jag har skissat den här ovan, ger anledning till följande spekulationer. Regeln har inte i första hand tillkommit från statens sida som en medveten lösning av problemet med medborgaren som ingen vill försvara. Den engelska lagstiftaren har troligen aldrig sysselsatt sig med problemet "djävulens advokat" över huvudtaget. Det finns fakta som talar för att det är advokaterna själva som har utvecklat regeln: principen fanns långt innan man över huvudtaget kunde tala om en lagstiftare i England. Mycket tyder också på att cab rank-principen tillkom och tillämpades långt innan konceptet mänskliga rättigheter (som vi förstår det idag) var känt. Principen har kanske inte ens något att göra med *fair trial*-idén, utan kan lika gärna ha fötts ur överklassens ädla och nobla uppfattning om rättvisa, eller advokaternas behov av att skapa en praktiskt hållbar lösning av ett moraliskt pro-

65. Arthur J.S. Hall & Co v. Simons [2000] 3 WLR 543 at 585 (Lord Hope of Craighead).

blem, en lösning som dessutom skyddade advokaternas image av upphöjda och rättrådiga rättslärda.

8.3.2 *Cab rank-principen i teori och praktik*

Som visats ovan har cab rank-regeln varit föremål för livlig debatt i juridisk doktrin. Polemiken mellan amerikanska och engelska författare kan naturligtvis vara följden av grundläggande rättskulturella skillnader. En mera pragmatisk förklaring till misstron mot cab rank-regeln kan ligga i att den anses vara en chimär. Man föreställer sig i England att regeln löser problemet med oattraktiva uppdrag, medan kritikerna påpekar att regeln inte gäller för solicitors och att barristern kan smita undan sin plikt på olika sätt.[66] Med andra ord säger denna kritik att regeln inte är funktionell.

Cab rank-principen gäller absolut för alla advokater som företräder tilltalade inför rätta, men för advokaterna som arbetar utanför rättssalarna och som har den första kontakten med de tilltalade gäller samma regler som i de flesta andra system: advokaten får avböja uppdraget. Emellertid bör reglerna för en solicitors avböjande noga observeras. Här finns flera undantag som, jämfört med i synnerhet de svenska reglerna, begränsar advokatens möjligheter att avböja. Som visats ovan i avsnittet om solicitors, får inte en sådan avböja uppdraget enbart på grunder som kan betraktas som diskriminering. Inte heller får en solicitor avböja uppdrag där rättshjälp beviljas, om solicitorn åtar sig rättshjälpsuppdrag. Vidare finns ett system med *duty solicitors,* ett slags offentliga jouradvokater som skall vara tillgängliga för uppdrag, och den som ingår i ett sådant system är i princip skyldig att åta sig uppdraget. Även om ingen cab rank-plikt åligger en solicitor, har hon tydligen inte full frihet att avböja uppdrag på samma sätt som en svensk advokat.[67]

Det går givetvis inte att förneka att cab rank-plikten inte gäller för alla engelska advokater. Emellertid är det ändå inte på denna punkt som kritiken mot cab rank-systemet blir riktigt effektiv. Cab rank-systemet, så som det fungerar i dagens England, kan i och för sig kritiseras för att vara imperfekt. Grunden är dock enligt min mening inte att cab rank inte gäller för solicitors. Snarare är det så att den moderna tidens marknadskrafter påverkat de engelska advokaterna på ett mycket mera kraftfullt sätt än politiska och legislativa styrmedel någonsin förmått göra. Bilden av barristern som en självständig och oberoende rättslärd, som av ideologiska skäl anammar cab rank-principen, stämmer helt enkelt inte riktigt överens med verkligheten längre.

Innan uppdraget når en barrister har det, som sagts ovan, beretts av en solicitor. Det är i själva verket så att en barrister inte får acceptera uppdrag direkt från en privatperson (annat än i några få undantagsfall; ett sådant var *the*

66. Så till exempel gör ett envist rykte gällande att varje gång en IRA-bomb har ställt till förödelse, tycks många barristers åka på semester. Den som är borta på semester har nämligen rätt att tacka nej till uppdraget att försvara de djupt impopulära medlemmarna ur terroristgruppen.

67. Jämför Boon & Levin s. 180 f. Beträffande svensk rätt se 9.3.2.2.

dock brief, som inte tillämpas längre).[68] Bland annat på grund av denna regel är en barrister beroende av en solicitor för att erhålla uppdrag. Man hör ofta solicitorn beskrivas som barristerns uppdragsgivare. Tillgången på arbete för en barrister står därför i direkt relation till tillgången på arbete för solicitors och är till yttermera visso beroende av ett gott samarbete med en solicitor, eller om man så vill, solicitorns välvilja.

Kampen om juridiska uppdrag i England är i dag en realitet, som yttrar sig i många olika former. Sedan ett par decennier tillbaka har såväl Bar Council som Law Society ordnat workshops om problemet och på olika sätt (oftast utan framgång) sökt hindra lagstiftning, som tillåter icke-advokater att utföra en rad juridiska uppdrag som tidigare traditionellt låg på solicitors respektive barristers.[69] Det är dessutom så att barristerkåren numera hotas av konkurrens från solicitorkåren, eftersom de senare fått allt mer utvidgad rätt att uppträda i domstolarna.

Dessutom har barristerkåren genomgått stora förändringar under de senaste decennierna. Kåren har blivit större, proportionerligt sett, under andra hälften av 1900-talet, än den någonsin varit.[70] Dess sammansättning har också genomgått enorma förändringar under relativt sett mycket kort tid: kvinnor och personer av icke-engelsk härkomst utgör numera ett vanligt inslag i domstolarna – något som hade varit otänkbart för inte alltför länge sedan.[71]

Med andra ord gäller samma villkor för advokater i England, som för advokater i de flesta länder i västvärlden. Dessa realiteter har säkerligen påverkat såväl förhållandet mellan de båda advokatgrupperna som deras respektive yrkesroller på ett mera omvälvande sätt än någon lagstiftning på området har kunnat göra.

Om beroendet av en solicitor har accentuerats efterhand som samhället kring barristern moderniserats, så finns det andra aspekter på accepterandet av uppdrag, som fortfarande bär traditionens prägel. *The clerk* har, som mellanman, en central position när det gäller fördelning av uppdragen mellan de advokater som arbetar i en *chamber. The clerk* beskrivs ofta av engelska ad-

68. En barrister får acceptera uppdrag från the Registrar of the Court of Appeal (criminal Division); the Courts Martial Appeal Court; från en "clerk" hos lokala myndigheter; the Chief Land Registrar och the Secretary of the Church Assembly. Du Cann anmärker att ingen barrister skulle bli fet på enbart uppdrag från sådana källor: "Solicitors are the sole effective source of work for the barrister." Man kan dock skönja en uppmjukning av dessa urgamla principer. Allt fler undantag medges, där en barrister kan ta emot uppdrag direkt från klienterna, samtidigt som solicitors medges uppträda inför rätta.

69. Banker, s.k. building societies, notaries publicus, försäkringsbolag, patentbyråer, fastighetsmäklare etc., har alla tagit "marknadsandelar" från solicitors och barristers. För juridisk rådgivning, liksom för upprättandet av de flesta slag av juridiska handlingar (såsom testamenten och kontrakt), krävs ingen advokattitel.

70. Omkring 8 000 barristers praktiserade i England och Wales 1995. Två tredjedelar av dessa finns i London. Varje år söker sig 350–400 nya barristers till byråerna. Se Legal Profession 1995. Se även t.ex. The Barrister's World s. 22 f.

71. Programförklaringar och policydirektiv rörande likabehandling i rekryteringen, rätt till barnledighet och förbud mot diskriminering av kvinnor och etniska minoriteter har givit resultat: en tredjedel av alla *nya* barristers är numera kvinnor och 6 procent av kåren tillhör etniska minoriteter. Legal Profession 1995.

vokater som den mäktigaste personen på kontoret. Uppdraget måste alltså, innan det kommer i barristerns händer, passera två nålsögon: först solicitorn och sedan *the clerk*.

Den traditionella bilden av en barrister visar en lärd person som sitter på sin kammare och under vars värdighet det är att aktivt söka efter uppdrag och att ta befattning med pengar. Den moderna generationen barristers förmedlar en annan bild: man talar om hur oerhört svårt det är att skapa sig ett namn inom ett yrke där konkurrensen om uppdragen är mycket stor; där det kan gå åratal utan att man får betalt från sin solicitor och där man är helt beroende av sin *clerks* välvilja.[72]

Allt detta tyder på att en barrister, enligt reglerna om tillgång och efterfrågan, behöver alla uppdrag hon kan få och helt enkelt inte har råd att tacka nej. Av denna anledning skulle måhända inte någon cab rank-regel behövas i England, eftersom det till följd av marknadsmodellens dynamik alltid kommer att finnas någon advokat som är villig att acceptera ett kontroversiellt uppdrag.

Slutligen befinner sig cab rank-regeln efter en överhusdom 2000 i sitt kanske allra farligaste skede under alla år. I fallet Arthur J.S. Hall & Co. v. Simons visar överhuset att skilda meningar råder huruvida barristerns traditionella immunitet fortfarande är legitim. Som jag nämnt betraktas immuniteten som en nödvändig förutsättning för cab rank-regeln: Eftersom alla barristers måste acceptera alla uppdrag, kommer varje barrister någon gång att få hopplösa uppdrag, mål som helt enkelt är omöjliga att vinna eller klienter som är rättshaverister. Risken för att en stridslysten eller missnöjd klient då kommer att stämma advokaten för försumlighet är därför överhängande. För att den heliga cab rank-principen skall kunna upprätthållas är skadeståndsrättslig immunitet absolut nödvändig.

Lord Steyn yttrade i Hall v. Simons:

> "First, there is the ethical "cab rank" principle. It provides that barristers may not pick and choose their clients... It is a matter of judgment what weight should be placed on the "cab rank" rule as a justification for the immunity. It is a valuable professional rule. But its impact on the administration of justice in England is not great. In real life a barrister has a clerk whose enthusiasm for the unwanted brief may not be great, and he is free to raise the fee within limits. It is not likely that the rule often obliges barristers to undertake work which they would not otherwise accept. When it does occur, and vexatious claims result, it will usually be possible to dispose of such claims summarily. In any event, the "cab rank" rule cannot justify depriving clients of a remedy for negligence causing them grievous financial loss."[73]

72. "The clerk decides exactly what they want us to do and of course from the feedback from solicitors they decide what we're best at and that's how it happens." The Barrister's World s. 29. Se även samma arbete om hur många barristers ser på sin ställning som helt beroende av solicitors. Man talar t.o.m. om faran av detta beroende, att det undergräver barristerns oberoende ställning. "I made a comment to a client that was critical of the solicitor... that solicitor took me to one side and said 'Don't ever, ever do that again.' It taught me a lesson. I certainly make a point of not doing that now... " A.a. s. 70.

73. Arthur J.S. Hall & Co. v. Simons [2000] 3 WLR, 500, Lord Steyn.

I praktiken är det därför så att det engelska systemet i dag i själva verket innehåller drag av såväl cab rank-modellen som marknadsmodellen. Innebär detta ett underkännande av cab rank-principen som sådan? Är det helt enkelt så att cab rank-regeln är en antikverad produkt av världens äldsta advokatsystem, en regel som i teorin ger uttryck för en etiskt tilltalande ideologi, men som i praktiken är obsolet och därför ointressant?

8.3.3 *Cab rank-principens ideologiska betydelse*

Kritik mot cab rank-regeln kan föras på två plan, precis som regelns egenskaper kan förstås på två plan: ett praktiskt och ett teoretiskt.

Man kan på det praktiska planet angripa regeln för att den inte fungerar, dvs. den löser faktiskt inte det problem som den är avsedd att lösa. För det första: den gäller inte för alla advokater. För det andra: den behövs inte, eftersom den inte fyller någon praktisk funktion. På grund av advokatmarknadens överskott av barristers, finns alltid någon som skulle ta sig an uppdraget även utan en sådan regel. Slutligen är det så att barristern faktiskt kan undvika ett oönskat uppdrag genom att via sin *clerk* skylla på för hög arbetsbörda.

På det teoretiska planet kan regeln angripas för att användas som en falsk idealisering av advokaterna. De advokater som tillämpar cab rank säger oss att regeln är god, därför att den garanterar mänskliga rättigheter, som t.ex. oskyldighetspresumtionen, och för att den bortser från den misstänktes person och därför är absolut rättvis och human. Den är också rättssäker och rättvis för att den åsidosätter advokatens privatmoral och objektiviserar det etiska dilemmat. Slutligen är den god för att den garanterar advokatens oavhängighet från klienten.

Mot detta kan man invända att dessa goda följder som regelns tillämpning får, enbart är resultatet av en välvillig tolkning. Om man antar att cab rank tillkommit av helt andra skäl än de humanitära och rättssäkra, kommer regeln i ett annat ljus. Regeln kan ha skapats av totalt pragmatiska skäl. Ett sådant skäl kan vara att barristers på ett tidigt stadium insåg att deras yrkesroll skulle kunna komma att befläckas om barristers sammanknippades med klienter av det mer ljusskygga slaget. Cab rank-regeln kunde vara ett elegant sätt att visa världen att en barrister stod över omvärldens tyckande och tänkande. Samtidigt löste regeln slutgiltigt och enkelt ett moraliskt dilemma av stora proportioner: ställningstagandet till om klientens sak var god eller ond. Det ligger verkligen något i den kritik som hävdat att regeln är bekväm för advokaten. Oavsett varför den tillkom, löser den ett problem som annars advokaten hade fått brottas med varje gång ett kontroversiellt mål hamnade på hennes lott.

Det är inte svårt att föreställa sig att regeln faktiskt tillkom av praktiska skäl. Varför, kan skeptikern fråga sig, skulle en grupp praktiserande advokater skapa en regel av ideologiska skäl; en regel avsedd att skydda en tilltalad som ingen vill försvara? Och om regeln också har ideologiska egenskaper, kan det vara så att ideologin stammar från ett elitistiskt och paternalistiskt överklass-

tänkande, snarare än ett humanitärt rättvisepatos. Betraktat mot den historiska bakgrund som skissats ovan, är ett sådant scenario i vart fall möjligt.

Alla system innehåller imperfektioner. Inte heller cab rank-systemet är i praktiken renodlat. Som visats ovan, finns en rad faktorer som påverkar en yrkesroll som advokatens. Emellertid kan inte den krassa verkligheten i advokaternas moderna yrkesvärld ensam kullkasta cab rank-principen. Regeln existerar verkligen och har tagits med som en medveten markering i de allra modernaste engelska lagstiftningsprodukterna. Som också har påpekats, är debatten om principen i högsta grad levande. Regelns existens tycks ha stor betydelse på ett ideologiskt plan. Den är föremål för polemik mellan amerikanska och engelska jurister och den används också som pekpinne i den inhemska engelska debatten, kanske i synnerhet mellan jurister och lekmän.

Cab rank-principen säger på ett enkelt sätt väldigt mycket om ett centralt advokatetiskt dilemma. Det är därför av intresse att studera de ideologiska implikationer som cab rank-principen för med sig. Som princip och diskussionsunderlag är den definitivt inte överspelad.

9 Marknadsmodellen

9.1 Marknadsidén

Uttrycket "marknadsmodellen" ger intryck av att idén utgår från ett liberalt/kapitalistiskt ekonomiskt marknadssystem, där tillgång och efterfrågan utgör de drivande krafterna och där offentlig reglering och styrning hålls på minimal nivå. Ett typiskt exempel är USA:s advokatmarknad med en rent privaträttslig advokatorganisation genom ABA. Marknadsmodellen kan emellertid mycket väl återfinnas i ett delvis offentligrättsligt reglerat advokatsystem, som det vi har i Sverige. Idén är att det i och för sig kan vara staten som så att säga lagt grunden för systemet, genom lag och ett lagreglerat samarbete med en offentlig eller halvoffentlig advokatorganisation, men att systemet i praktiken vilar på den pluralism, som en marknad bestående av en mängd fria yrkesutövande advokater (med sinsemellan olika ideologisk inriktning) medför. På marknaden kommer antalet advokater att överstiga antalet uppdrag, varför en marknadsmekanism av typen utbud-efterfrågan kommer att råda.

Den normativa grunden för marknadsmodellen är en frånvaro av plikt för advokater att acceptera uppdrag. Frånvaron av plikt kombinerad med en typ av samhälle där en heterogen advokatkår har möjlighet att få bra grogrund, men där likväl en viss etisk kontroll och statlig styrning av advokatfrågor tillåts, utgör alltid grundpelarna för en marknadsmodell. Det är svårt att föreställa sig en fungerande marknadsmodell i till exempel ett totalitärt samhälle där politisk diktatur och ideologisk homogenitet råder. Det är också svårt att tänka sig marknadsmodellen i en äldre, mera rural tid än vår egen. Marknadsmodellen är en modern företeelse, eftersom den kräver dels en viss mängd advokater relativt sett, dels en ideologisk mångfald bland dessa advokater, som knappast hade kunnat uppstå i ett primitivare samhälle där etniska, politiska, ekonomiska och utbildningsmässiga förhållanden ju ofta präglas av traditionsbundenhet och homogenitet.

Marknadsmodellens styrka är att den ger utrymme för flera olika ideologier som tillsammans ger en god lösning på problemet "allas rätt till försvarare". En marknad som kan erbjuda ideologisk pluralism bland sina försvarsadvokater kan till exempel tänkas ha bland annat en typ av advokat som har som ideologi att alltid acceptera alla försvararuppdrag, oavsett vem den misstänkte är och vilket det misstänkta brottet är.

En sådan marknad kommer att kunna tillgodose behovet av försvarare även åt en djupt impopulär tilltalad – *även om* det på samma marknad existerar advokater som aldrig skulle kunna tänka sig att försvara en sådan person och *trots att* marknaden är inrättad i ett normativt system som inte tvingar advokaterna att acceptera brottmålsförsvar. Som alla system som förefaller vara självreglerande, ger detta en smidighet och en frånvaro av toppstyrning som ger stor frihet åt individuella aktörer.

9.2 Den amerikanska modellen som jämförelseobjekt

Som jag tidigare har konstaterat, vilar den typiska marknadsmodellen på en grund av processuella principer, som ger faktisk möjlighet för den enskilde tilltalade att få biträde av försvarare. USA kan sägas vara marknadsmodellens ursprungsland. Det finns flera skäl till detta. Individuell frihet (inte bara för den misstänkte utan också för den enskilde advokaten) och en månghövdad, starkt heterogen advokatmarknad finner man givetvis i en stat, där liberala värderingar och motstånd mot statlig kontroll präglat samhällslivet i ett par sekler. USA har unika förutsättningar – förutom det politiska systemet – som gör det till ett naturligt ursprungsland för ett advokatsystem som det jag kallar marknadsmodellen. USA:s historia med revolutionär frigörelse från kolonialherrarna lade grunden till den kulturella och samhälleliga särart som gjort just USA till ett *litigious society,* dvs. ett ovanligt processbenäget samhälle. Något tillspetsat kan man säga att det i USA betraktas som en medborgerlig rättighet att "gå till advokat" för att utfärda en stämning mot någon och att få sina konflikter lösta i en domstol: "I will get my day in court".

9.2.1 *Gällande amerikansk advokatsed*

Brottmålsförsvarare i USA kan antingen vara privat eller offentlig.

Den privata försvararen, som alltså betalas av klienten, kan sägas utgöra normen för en försvarsadvokat. Ingen rättshjälp lämnas av en sådan advokat. Det är ett faktum att de skickligaste och mest berömda advokaterna i USA är just privata försvarare. Privata försvarare kan emellertid i vissa fall företräda fattiga personer som inte kan betala arvode. Detta görs antingen i form av *court appointments* eller i form av *pro bono publico. Court appointed lawyers* får betalt per timme av allmänna medel för varje uppdrag, medan *pro bono*-uppdragen i allmänhet utförs gratis eller mot en överenskommen blygsam ersättning. Båda dessa former av arbete är frivilliga. Om inget sådant ombud finns att tillgå på frivillig väg, är den fattige tilltalade hänvisad till en offentlig försvarare.

Offentliga försvarare är statsanställda och arbetar endast med brottmålsförsvar som *public defenders*. *Public defenders* erhåller betalning i form av månadslön och alltså inte per uppdrag. *Public defenders* har låg status och låg lön jämfört med andra advokater och anses i allmänhet inte vara de skickligaste advokaterna.

Enligt de ursprungliga reglerna från 1908, ABA:s *Canons*, fanns ingen plikt för amerikanska advokater att acceptera uppdrag. En advokat hade alltid rätt att avböja erbjudet uppdrag, och man underströk i reglerna att beslutet att acceptera eller avböja låg helt och hållet på advokatens ansvar. I synnerhet poängterades ansvaret för ett beslut att acceptera uppdrag. Om det sedermera visade sig att uppdraget innefattade "questionable transactions, for bringing questionable suits, for urging questionable defenses", så var detta advokatens ansvar och kunde inte ursäktas med att han följde sin klients instruktioner (*Canon* 31). Emellertid fanns redan vid denna tid idén om det ädla i att en advokat tog sig an de fattiga brottsmisstänkta. Det hette i *Canon* 4: "A lawyer assigned as counsel for an indigent prisoner ought not to ask to be excused for any trivial reason, and should always exert his best efforts in his behalf."

Det ansågs bland många praktiker vara ett eftersträvansvärt mål för advokater att ta sig an just impopulära fall. På delstatsnivå föreslogs och utarbetades också i vissa fall regler eller åtminstone starka rekommendationer i denna riktning.[1] En författare föreslog på 1960-talet att följande ed skulle avläggas av advokater: "I recognize that it is sometimes difficult for clients with unpopular causes to obtain proper legal representation. I will do all I can to assure that the client with the unpopular cause is properly represented, and that the lawyer representing such a client receives credit from and support of the bar for handling such a matter."[2] Även ABA gav i åtskilliga offentliga sammanhang uttryck för denna mening. Så t.ex. i en rapport från en konferens 1958: "One of the highest services the lawyer can render to society is to appear in court on behalf of clients whose causes are in disfavor with the general public."[3]

I det regelverk som ersatte *Canons, Model Code,*[4] fastslås som regel att en advokat skall bidra till att göra juridisk rådgivning tillgänglig för allmänheten ("... assist in making legal services fully available"). Detta betyder, enligt de EC[5] som följer på regeln, att det är en viktig rättssäkerhetsfunktion i advokatyrket att tillse att den rättssökande allmänheten verkligen har fullständiga möjligheter att välja och erhålla kompetent juridiskt biträde.[6]

Model Code har emellertid ingen regel (vare sig i form av en *Canon* eller i en DR) som säger något om advokatens skyldighet att acceptera uppdrag.

1. Se t.ex. California Business and Professions Code 1962, § 6068.
2. Thode: The Ethical Standard for the Advocate, 39 Texas L. Rev. 575, 592. (1961) Se vidare Rostow: The Lawyer and His Client, 48 A.B.A.J. (1962).
3. Professional Responsibility: Report of the Joint Conference (1958); 44 A.B.A.J. 1159, 1216. Se även ABA Opinion 148 (1935).
4. *Model Code* 1969, Canon 2.
5. Se 2.2.1, allmänt om amerikansk advokatsed.
6. EC 2-1, *Model Code.*

Man får i stället gå till kommentarerna i EC. EC är fulla av uppmaningar till advokaterna att inte utan vidare avböja uppdrag men det framgår indirekt av dessa att advokat inte är pliktig att acceptera alla uppdrag.[7]

I EC 2–26 heter det:

> "A lawyer is under no obligation to act as adviser or advocate for every person who may wish to become his client; but in furtherance of the objective of the bar to make legal services fully available, a lawyer should not lightly decline proffered employment. The fulfillment of this objective requires acceptance by a lawyer of his share of tendered employment which may be unattractive both to him and the bar generally."

De etiska kommentarerna fortsätter på liknande sätt att vägleda och rekommendera advokaterna att acceptera uppdrag, i synnerhet impopulära sådana. Det sägs att historien är fylld av fall där advokater har utmärkt sig genom självuppoffrande arbete för impopulära klienter, och att advokater bör ta sig an just sådana fall utan hänsyn till sina egna känslor.[8] Inte heller anser normgivaren att advokatens personliga skäl för att vilja undvika att hamna i motsatsställning till en domare, en annan advokat eller inflytelserika personer, utgör någon ursäkt för advokaten att avböja ett uppdrag.[9]

Vad så avser de uppdrag som advokaten åläggs eller förordnas ("appointed by Court or requested by a bar association"), gäller i *Model Code* enligt dess etiska kommentar samma princip som vid övriga typer av uppdrag. Advokaten har ingen absolut skyldighet att acceptera uppdraget men bör inte ("should not") försöka undgå att ta uppdraget annat än om starka skäl föreligger. Starka skäl anses inte föreligga enbart på den grund att advokaten finner saken eller någon person i fallet motbjudande eller att advokaten tror att en tilltalad person är skyldig eller att advokaten inte tror på ett civilfalls förtjänster.[10] Den etiska kommentaren fastslog att advokaten dock i vissa extrema fall borde avböja uppdrag: "...if the intensity of his personal feelings, as distinguished from a community attitude, may impair his effective representation of a prospective client."[11]

När det gäller här aktuellt problem har man i det nyaste regelverket, *Model Rules,* för första gången som *grundregel* fastslagit normen för advokatens accept av *förordnade uppdrag.* Det handlar alltså om *Public Service*; uppdrag som advokaten får via domstol eller frivilliga "välgörenhetsuppdrag" där advokaten arbetar gratis eller mot starkt nedsatt arvode. Det heter i *Rule* 6.2, accepting appointments:

7. Även för amerikanska advokater gäller förbud mot att acceptera uppdrag som man inte har den juridiska kompetensen att sköta och samma gäller för uppdrag som kan innebära olagliga eller oetiska förfaranden.

8. EC 2-27, *Model Code.*

9. EC 2-28, *Model Code.*

10. EC 2-29, *Model Code.*

11. EC 2-30, *Model Code.*

"A lawyer shall not seek to avoid appointment by a tribunal to represent a person except for good cause, such as:

(a) representing the client is likely to result in violation of the Rules of Professional Conduct or other law;
(b) representing the client is likely to result in an unreasonable financial burden on the lawyer; or
(c) the client or the cause is so repugnant to the lawyer as to be likely to impair the client-lawyer relationship or the lawyer's ability to represent the client."

Huvudregeln fastslår att advokaten inte skall söka undvika förordnanden och andra typer av uppdrag, medan undantagen medger att advokaten undviker sådana uppdrag om hon har goda skäl härtill. Explicit sägs ingenting om uppdrag i allmänhet, dvs. privata uppdrag, vilket är normalfallet i USA. Gällande rätt härvidlag får i stället uttolkas av det som sägs i kommentaren – precis som var fallet i 1969 års *Model Code*. I kommentaren till Rule 6.2 framgår av första ledet att advokat i normalfallet ("ordinarily") inte är skyldig att acceptera uppdrag som ter sig motbjudande. I ljuset av vad som sägs de följande meningarna tolkar jag "ordinarily" som uppdrag i största allmänhet – alltså även privata uppdrag. Kommentaren lyder *in extenso:*

"A lawyer is ordinarily not obliged to accept a client whose character or cause the lawyer regards as repugnant. The lawyer's freedom to select is, however, qualified. All lawyers have a responsibility to assist in providing *pro bono publico* service. See Rule 6.1. An individual lawyer fulfills this responsibility by accepting a fair share of unpopular matters or indigent or unpopular clients. A lawyer may also be subject to appointment by a court to serve unpopular clients or persons unable to afford legal services."

Under kommentaren till *Model Rule* 6.2 konstateras att ingen motsvarighet till denna finns i den äldre *Model Code*. Man citerar i stället ett par av de EC som jag angivit ovan. De idéer om advokatens accept av uppdrag som förmedlades i EC skiljer sig knappast från de numera i *Rule* 6.2 kodifierade.[12]

9.2.2 *Tolkning av reglerna i amerikansk advokatsed*

Två frågor inställer sig genast vid tolkningen av detta material. För det första: finns det en plikt i amerikanska normer att acceptera uppdrag eller inte? För det andra: om ingen kodifierad plikt finns, är det ändå så att det finns en utbredd uppfattning om att advokat bör acceptera uppdrag? Jag skall först besvara frågan om kodifierad plikt föreligger. Jag redovisar den amerikanska doktrinens tolkning av normerna, följd av min egen. Därefter skall jag ge en

12. Se Freedmans uppfattning i a.a. 1990, där han genomgående gör jämförelser mellan de etiska inställningarna i *Model Code* och *Model Rules* och menar att de är inkoherenta. Såvitt jag förstår har dock inte Freedman funnit någon diskrepans mellan regelverken i här aktuell fråga. Se däremot del III där Freedmans analys kommer att kommenteras apropå advokat-klient förhållandet.

bild av den amerikanska debatten i frågan om advokaten bör acceptera uppdrag eller inte.

De amerikanska normerna kan te sig något oklara. Det som ser ut som en skyldighet är egentligen en rekommendation[13] och innehåller flera undantag. Från undantagen görs ytterligare undantag. Finns det en "undantagsplikt" att acceptera uppdrag eller inte?

Wolfram konstaterar i standardverket Modern Legal Ethics: "As a professional matter, it is clear in the United States that no lawyer has any duty to represent any client, except perhaps those who are unable to obtain counsel."[14] Jag återkommer strax till Wolframs undantag. Wolfram gör gällande att en amerikansk advokat har rätt att vägra ta ett uppdrag av vilket skäl som helst – för att klienten tillhör fel ras, är tjock eller smal, moralisk eller omoralisk – och han menar att de advokatetiska reglerna rätteligen speglar denna princip.[15] Så är gällande rätt i USA och så har det också varit under hela 1900-talet, enligt denne författares tolkning av reglerna, från *Canon* 31 via 1969 års *Model Code*, från vilken författaren citerar EC 2–26 till 1983 års *Model Rules'* kommentar till 6.2 (se ovan). Enligt Wolfram är huvudregeln i samtliga regelverk således att varje advokat är fri att acceptera eller avböja ett uppdrag från en klient, och beslutet att företräda eller inte företräda en klient är så personligt att det endast kan ligga på den individuella advokaten att fatta det.

Undantagen hör enligt Wolframs tolkning samman med den amerikanska principen om "access to legal services", dvs. allmänhetens tillgång till juridiskt biträde. Dessa undantag är två till antalet: impopulära klienter i behov av juridiskt biträde samt domstolsförordnanden. Vad beträffar de impopulära uppdragen hänvisar Wolfram till reglerna och har ingen egen analys av dessa utöver en kommentar, som jag återkommer till nedan. Avseende domstolsförordnanden – som ju kan omfatta såväl medellösa som impopulära klienter – gör författaren följande tolkning. De äldre reglerna (EC 2–29) som ålägger advokaten en "etisk plikt" att acceptera förordnanden kallar Wolfram för "precatory exception", dvs. ett undantag som inte är tvingande utan en rekommendation, ett önskemål. Han menar dock att de nyare reglerna (1983 års *Model Rule* 6.2) går ett steg längre och omvandlar den dispositiva regleringen till en tvingande (mandatory) regel som ålägger advokaten att acceptera domstolsförordnanden. I ett undantagsfall kan advokaten undgå sådant förordnande: om klienten eller saken är så motbjudande för advokaten att hon inte kan tillvarata klientens intressen eller att advokat-klientförhållandet påverkas negativt.[16]

Efter att ha gått igenom de ledande amerikanska reglerna i denna fråga, gör jag följande tolkning. Amerikansk advokat är aldrig skyldig att acceptera ett uppdrag, inte heller om uppdraget är ett förordnande från en domstol. Så långt

13. Jämför den belgiska regeln i inledningen till del II.

14. Wolfram, a.a. s. 571.

15. "For the most part, the lawyer codes ... rightly leaves matters as personal as the choice of clients for whom to perform personal services to the individual decision of the lawyer", a.a. s. 573.

16. A.a. s. 573–574.

stämmer normen överens med den svenska. Ett par ganska viktiga skillnader finns dock.

För det första innehåller alla amerikanska regler på området uppmaningar till advokaterna att acceptera alla slags uppdrag – i synnerhet de impopulära. Denna rekommendation faller tillbaka på en gammal amerikansk rättssäkerhetsprincip om lagens "tillgänglighet" för alla medborgare. Advokaterna anses ha en viss moralisk skyldighet att medverka till att göra juridiken tillgänglig för alla, *access to justice*. (Skyldigheten kan inte betecknas som annat än moralisk. Visserligen har principen om *access to justice* i flera avseenden konstitutionellt skydd i USA. Men det finns ingen regel i gällande rätt som tvingar advokaterna att ge medborgarna denna *access*.)

För det andra bör en amerikansk advokat – till skillnad från sin svenska kollega – ha ett fullgott skäl för att avböja ett uppdrag. Bristande sakkunskap inom rättsområdet eller bristande tid utgör alltid skäl att avböja uppdrag. Men om advokaten vill avböja av personliga skäl, så måste dessa, för att skälet skall anses fullgott, vara så starka att de utgör en intressekonflikt.

Det är alltså tänkt att advokaterna genom att acceptera en viss del av de impopulära fallen och de fattiga eller impopulära klienterna, skall uppfylla sitt samhällsansvar. *Pro bono*-uppdragen är frivilliga i sig. Det finns bara en rekommendation från normgivaren att advokat skall ta en viss mängd sådana uppdrag. Om nu advokaten i fråga i stället förordnas av domstol för ett uppdrag, *court appointment,* så föreligger ändå ingen absolut plikt för advokaten att acceptera uppdraget. Advokaten har även i detta fall rätt att avböja uppdraget om giltigt skäl finns. Sådant skäl är t.ex. att advokaten finner klienten eller dennes sak så motbjudande att advokatens känslor kan inverka negativt på hennes förmåga att obundet tillvarata klientens intressen.[17] Att acceptera ett uppdrag under dylika omständigheter skulle konstituera "an improper conflict of interest".[18]

Att amerikansk advokatsed tillåter avböjande då uppdragets beskaffenhet medför en intressekonflikt, bör betraktas som ett specialfall av intressekonflikt. I övriga dylika, "rena" fall, gäller för amerikanska advokater en rad specifika regler rörande *conflict of interest*.[19] Här aktuell undantagsregel – en "reservutgång" för advokaterna – är ett typiskt exempel på hur man gjort om en konflikt som egentligen är moralisk till en juridisk figur. I själva verket blir följden av *conflict of interest*-regeln den, att om advokaten inte vill acceptera ett uppdrag, behöver hon heller inte göra det. Reservutgången påminner om

17. Jämför vägvisarens argument om att klientnyttan inte maximeras.

18. *Model Rules* 6.2, Comment (1), (2).

19. *Model Rule* 1.7 är en regel som behandlar *conflict of interest* ur allmän synpunkt där en advokat inte skall acceptera att företräda en klient om den klientens intressen står i strid mot en annan klients intressen. Den centrala principen är naturligtvis lojaliteten mot klienten. Vidare finns *Rule* 1.8 som rör förbjudna transaktioner mellan advokat och klient, respektive släktskapsjäv, vilka kan utgöra grund för avböjande, samt *Rule* 1.9 som rör förbud i vissa fall att ta klienter vars motpart advokaten tidigare representerat. Samtliga dessa fall utgör alltså grund för att advokaten skall eller kan avböja ett uppdrag. Liknande regler finns i samtliga här jämförda rättssystem.

den som de svenska reglerna för försvararbyte lämnar advokaten, då hon ger sken av en intressekonflikt för att bli fri från ett besvärligt uppdrag.[20]

9.3 Den svenska marknadsmodellen. Gällande rätt och samfundsnorm

9.3.1 *Statens lösning: lagstiftning, advokatsed och ideologisk pluralism*

Enligt min idé om marknadsmodellen kan en stat uppfylla sitt åtagande om rätt till försvarare för den tilltalade genom att tillämpa en kombination av lagregler och advokatregler som utgår från att advokaterna frivilligt kommer att åta sig försvararuppdrag.

I Sverige råder i dag frivillighet för advokaterna att acceptera eller avböja ett uppdrag, men det har inte alltid varit så. Undersöker man bakgrunden till nuvarande regler finner man att lagstiftarens lösning av frågan har skiftat under tidens lopp. Utvecklingen hänger i denna fråga tveklöst samman med utvecklingen av ett advokatstånd och ett advokatsamfund. Utan ett advokatsamfund med mandat att genomföra självkontroll av ståndet och att utfärda etiska och andra handlingsregler, stod ju lagstiftaren ensam i frågan. I grova drag ser man att ju starkare och tydligare advokatroll vi har fått, desto mera individuell frihet har advokaterna tillåtits.

Av avgörande betydelse för utvecklingen av ett advokatstånd har i sin tur införandet av den ackusatoriska processen varit.

Antingen gällande förhållanden är resultatet av en medveten utveckling eller inte, så har marknadsmodellen blivit en smidig lösning på problemet med den tilltalades rätt till försvarare i en stat som saknar tvångsregler. I Sverige kan detta sakernas tillstånd sägas ha blivit möjligt genom att staten har förtroende för advokatsamfundet, som i sin tur har förtroende för advokaterna. Gränserna för advokaternas frihet finns i form av lag och SRGA. Genom att det finns flera advokatideologier finns det alltid advokater som kommer att ta sig an den enskilde tilltalade, även om denne är impopulär.

Presentationen nedan är avsedd som en illustration till hur en marknadsmodell kan fungera.

Jag skisserar först bakgrunden till nuvarande regler och visar hur lagstiftaren hanterat problemet i äldre tid. Därefter gör jag en genomgång av gällande bestämmelser beträffande den tilltalades rätt till försvarare och konstaterar frånvaron av uppdragstvång för svenska advokater. Jag redovisar också reglerna för god advokatsed i denna fråga.

Kapitlet om marknadsmodellen avslutas med en kritisk diskussion där jag spekulerar i de verkliga orsakerna till varför normer tillkommit eller saknas.

20. Se del III, 16.3.

Jag gör också en jämförelse mellan Sverige och USA, en jämförelse som ur vissa rättssäkerhetssynpunkter utfaller till Sveriges fördel.

9.3.2 *Svensk lag*

Frågan om försvarare i brottmål hänger samman med förekomsten av ett advokatstånd, för vilket lagstiftaren kan ha förtroende. För svensk del har vägen fram till dagens offentliga försvar varit mycket lång och nära nog unik. Nedan följer en överblick över den svenska utvecklingen ur lagstiftningssynpunkt där jag skall försöka ge svar på frågorna om varför ingen tvångsregel finns längre, varför den inte användes när den fanns och hur och varför lagstiftarens inställning skiftat under tidernas lopp.

9.3.2.1 Bakgrund och framväxt. Från brännvinsadvokater till offentliga försvarare

I motsats till kontinenten och England hade man i Sverige under medeltiden en föga formbunden process. Av tradition hade parterna i Sverige tillåtits att själva framlägga sin sak inför rätta. De första försöken att ordna det svenska advokatväsendet anknöt till organisationen av hovrätterna. Domstolarna behövde helt enkelt ett rättsbildat advokatstånd av organisatoriska och processekonomiska skäl. Under historiens gång ser man tydligt att det var domstolarna, inte lagstiftaren, som tog initiativet till ett ordnande av advokatväsendet. Det var domstolarna som insåg att under brytningstiden mellan ursvensk och kontinental rätt inom det svenska rättslivet fanns ett verkligt behov ett bildat advokatstånd. Romarrätten plöjde vägen för advokaterna, medan den fornsvenska rättens inflytande (via de stora lagkodifikationerna) å andra sidan verkade i motsatt riktning. Lagstiftaren hade under hela denna tid fortfarande för ögonen parternas rätt och skyldighet att själva föra sin talan. Denna inställning hängde samman med den tilltalades ställning i den inkvisitoriska processen.

Medan den svenska advokatrollen, såsom som vi känner den i dag, låg i födslovåndor i sekler, hade man redan tidigt funderingar kring plikten att acceptera uppdrag för de partsföreträdare som föregick nutidens advokater. Under tiden för 1688 års lagkodifikation föreslog Svea hovrätt[21] att advokaterna skulle åläggas att förutom den vanliga trohets- och advokateden avge förklaring att de skulle "ingen part, som elliest en god saak hade, afwijsa... heller ohulpen gå låta" och "den fattige och helt usle för intet att betiena williga wara". Förslaget underskrevs av assessorn Hassel, som förklarade att meningen med lokutionen "som elliest en god saak hade" varit att om advokaten "seer ögonskenligen saken vara elak, må den ingen antaga".[22] Svea hovrätts

21. Förslag från Svea hovrätt den 10 maj 1688 till 1688 års lagkommission.

22. Bomgren: Det svenska advokatväsendet före bildandet av Sveriges advokatsamfund, TSA 1937 s. 105.

förslag kom inte att inflyta i lag men ger uttryck åt en tankegång som återkommit med jämna mellanrum i svensk lagstiftning under seklernas gång. [23]

Genom K. universal till Svea hovrätt 20 maj 1709 fastslogs att advokater som var antagna vid hovrätten var skyldiga att "icke, i anseende till någons person, anten för gunst eller ogunst, rikedom eller fattigdom, eller hwarjehanda annan orsaks skuld, någon part, som en god sak hafwer, ohulpen från sig wisa, utan densamma sit Embetes bistånd, så mycket som honom giörligt är, och hans tid tilsäger, wederfaras låta, samt at de fattiga och aldeles oförmögna, utan någon wedergällning betjena, och till deras rätt troligen förhielpa".[24] Man känner igen tankegången från den som Svea hovrätt uttryckt trettio år tidigare. Principen tycks ha varit att en advokat skulle vara förpliktad att åta sig vilken klient som helst – även de fattiga eller de som hade en kontroversiell sak – under förutsättning att han hade praktisk möjlighet därtill, dvs. den tid och den sakkunskap som ärendet krävde. De fattiga skulle han dessutom biträda utan betalning.

Emellertid finns ett villkor: parten skulle ha "en god sak". För att förstå ett sådant förbehåll måste man försöka sätta in bestämmelsen i sitt historiska sammanhang. Som jag tolkar saken, var inte syftet bakom hovrättens stadgande i första hand att visa någon omtanke om de fattigas rätt till rättegångsbiträde. Snarare handlade dessa kodifieringar om strävan efter att ordna ett kunnigt och respektabelt advokatstånd. Svenskt rättsväsende hade sedan lång tid tillbaka dragits med brännvinsadvokater, och i varje svensk rättshistorisk överblick finner man uttalanden om det "missbruk" som pågick av Rättegångsstadgans bestämmelser om advokater.[25]

I 1734 års lag hade den svenska brottmålsprocessen en inkvisitorisk karaktär. Även om processen till sin form var ackusatorisk, hade domaren materiellt sett till uppgift att utreda sanningen i målet. Eftersom domarens undersökning av brottet stod i centrum, var det naturligt att domaren fick avgöra om den tilltalade hade behov av försvarare. Domaren hade rätt att avvisa varje försvarare som han ansåg motverkade en allsidig utredning av brottet.[26] I RB 15:9 kodifierades idén från 1709 om att den som fått rättens tillåtelse att fungera som rättegångsombud, också var skyldig att "utan betalning hielpa de fattiga för Rätta, då domaren det pålägger". Stadgandet kom i realiteten att bli en död paragraf. Det är svårt att finna belägg för att bestämmelsen tillämpades eller blev föremål för någon uttolkning hos K/M:t.

23. Se t.ex. Bomgren ibid.

24. Citatet hämtat ur Modéer: Den offentlige försvararen. Rättshistoriska studier (Serien II), band 5, Lund 1977, s. 254.

25. "... det en hoop oskickelige och otienlige Personer understå sig uthan föregångit beprö-wande och tillstånd aflagd Eed sig för Advocater at uthgifwa och jämwäl wid Kogl. Hofrätten sig bruka låta, hwilcka ofta för en slem winning förföra enfaldigt folck till oskählige trätor och rättegångar, hwarigenom sedan Advocaternes tiänst beställning förfaller i det föracht, at näppeligen någon som sig tid på Studier uti lagen och processen wäl anlagt will sig därtil gifwa". Svea hovrätts klagomål i brev till riksrådet den 2 maj 1708. Citatet hämtat ur Modéer, a.a.

26. Även denna princip kvarstår i gällande svensk rätt, trots att domaren numera inte har en inkvisitorisk funktion. Det är fortfarande rätten som beslutar om förordnande och återkallelse av förordnande av offentlig försvarare (RB 21:4, 6) och avvisning av ombud (RB 12:5).

Under det fortsatta reformarbetet och de diskussioner som fördes under de följande decennierna debatterades den tilltalades rätt till biträde flitigt. Frågan om hur de fattiga och okunniga skulle garanteras försvarare visade sig bli svårlöst. Å ena sidan påpekades vikten av att en sådan garanti fanns, å andra sidan låg i tidens liberala anda att parterna själva skulle äga föra sin talan och själva få välja det ombud man hade förtroende för. Kommittén som stod bakom förslaget till allmän kriminallag på 1830-talet var medvetna om motståndet hos de rättsligt utbildade biträdena att tvångsvis anta brottmålsuppdrag. Brottmålen hade låg status och kommittén strävade efter att ändra på rådande vanföreställningar. Man framhöll att advokaten i dylika uppdragssituationer inte skyddar brottet utan rättvisan. Kommittén förutsatte att skyldighet för advokater att biträda fattiga inte skulle medföra "någon nedsättning af dessa mäns anseende i det allmänna omdömet".[27]

Problemet med att advokaten identifieras med sin klient är ännu olöst. Saken är fortfarande under debatt och uppfattningarna tycks vara lika delade än i dag som de framstår i dessa gamla skrifter.[28]

Lagberedningarna som tillsattes i slutet av 1800-talet medförde inga större förändringar i sak. Reglerna till skydd för den tilltalades försvar var i jämförelse med de utländska inte särskilt långtgående.[29]

Om lagstiftningstakten var långsam och lagstiftarens produkter konservativa, hade advokaternas engagemang i grundandet av ett advokatsamfund vid denna tid säkert den allra största betydelse för utvecklingen.

Ett obligatoriskt försvar genomfördes i viss utsträckning i Sverige 1919,[30] men knöts inte (som på många håll i Europa) till vissa grövre brottstyper, utan anknöt i stället till den tilltalades faktiska ekonomiska möjligheter att bevaka sina intressen i processen. Det offentliga försvaret gjordes därigenom beroende av inte bara formella utan även materiella förutsättningar. I och med 1919 års lag om fri rättegång upphävdes regeln i den gamla rättegångsbalken 15:9, som stadgade om skyldighet för advokat att biträda fattiga parter, då "domaren det pålägger". I 5 § i 1919 års lag stadgades att rätten, om denna beviljat fri rättegång, som biträde kunde förordna advokat. 1919 års lag talar således om de ekonomiska förutsättningarna för fri rättegång och talar även om biträdets kompetens. Ingenting sägs om att advokaten skulle vara skyldig att motta sådant förordnande. Därav sluter jag mig till att redan den gamla 15:9-regeln tillkommit för att i första hand garantera biträde åt de fattiga och inte för att garantera biträde åt impopulära tilltalade.

I 1938 års motiv till nya RB hänvisade man till 1919 års lag om fri rättegång och stadgande på grundval av dessa bestämmelser en regel som påminner

27. Förslag till allmän criminallag 1832, motiv s. 140 f. Se även Modéer, a.a. s. 255–260.

28. Se t. ex. Leijonhufvud i Advokaten 1997 nr 5 s. 12.

29. Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning, Stockholm 1884 och förstärkta lagberedningens betänkande angående hufvudgrunderna för en ny rättegångsordning, Stockholm 1887, se Modéer a.a. s. 286–296.

30. Lag 19 juni 1919 om fri rättegång samt lag samma dag angående förordnande om rättegångsbiträde åt häktad.

om den gamla 15:9. Det hette i nya RB 8:5: "Advokat vare skyldig att, om offentlig försvarare för misstänkt eller biträde åt part, som åtnjuter fri rättegång, ej kan erhållas efter frivilligt åtagande, vid domstol i det län, inom vilket han har sitt kontor, mottaga förordnande som försvarare eller biträde." I motiven kopplades den föreslagna 8:5 till bestämmelserna i 21:5 om offentlig försvarare i brottmål såväl som till lagen om fri rättegång. "Med hänsyn till dessa bestämmelser" föreskrevs skyldighet för advokater att motta förordnande enligt ovan. Ingen annan motivering för bestämmelsen gavs.[31]

Det huvudsakliga syftet med den äldre svenska 8:5-garantin var tydligen – precis som i äldre tid – att säkra försvarare för de fattiga och inte för de moraliskt kontroversiella klienterna. Denna tolkning bekräftas av de omständigheter som ledde till att 8:5 togs bort. Det var nämligen i samband med 1972 års rättshjälpsreform, som stadgandet upphävdes.[32] Det huvudsakliga skälet till att RB 8:5 upphävdes i samband med reformen var införandet av de allmänna advokatbyråerna. Allmän advokatbyrå skulle inrättas vid varje rättshjälpsmyndighet, med advokater som bland annat skulle kunna motta uppdrag som offentlig försvarare. Man underströk i förslaget vikten av att allmänheten skulle kunna vända sig till "ett allmänt organ" med sina rättsliga problem, i stället för att vända sig till privatpraktiserande jurist och att det var en viktig uppgift för samhället att tillgodose detta behov. De allmänna advokatbyråerna borde, hette det i promemorian, sköta en betydligt större del av uppdragen som biträde och offentlig försvarare än som då var fallet vid rättshjälpsanstalterna.[33]

9.3.2.2 Gällande svensk rätt

I svensk straffprocessrätt gäller i dag att den misstänkte själv svarar i brottmål (RB 21:1) och är likaberättigad part med åklagaren. Den som utpekas som gärningsman är således alltid behörig att vara svarande i brottmålet. I motiven till RB fastslogs den för svensk rätt grundläggande principen att det är den misstänkte själv som i första hand skall utse sin försvarare. I fall då den misstänkte ej själv utsett försvarare eller av honom utsedd försvarare avvisas, 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".[34]

31. PLB s. 132.
32. Lag 1972:430.
33. Prop. 1972:4 s. 57.
34. PLB s. 273. Grundsatsen om försvarare tillsatt av det allmänna var redan vid denna tid "allmänt erkänd i främmande lagstiftningar" och hade före nya RB kommit till uttryck i lagen den 19 juni 1919 angående förordnande av rättegångsbiträde åt häktad och lagen samma dag om fri rättegång. Dessa äldre lagar tillerkände misstänkt häktad respektive den som beviljats fri rättegång rätt till förordnat biträde för sin talans förberedande och utförande. (Ibid s. 273–274.)

Sedan nya RB infördes har utvecklingen gått mot att ett stort antal av alla brottmålsförsvar i Sverige är offentliga.[35] Privat försvarare förekommer men är så pass ovanligt att jag i denna framställning – såvitt inte annat uttryckligen sägs – utgår från förhållanden som rör offentlig försvarare.[36]

Offentlig försvarare skall, alltsedan nya RB infördes, tillsättas av processuella och inte ekonomiska skäl. Detta motiveras i PLB med att förordnandet av försvarare alltid påkallas av ett offentligt intresse. Huruvida den misstänkte skall erhålla offentlig försvarare bör därför inte vara beroende av hans ekonomiska ställning utan bedömas uteslutande ur processuella synpunkter. Att medge den misstänkte rätt att alltid erhålla offentlig försvarare kunde enligt PLB inte komma i fråga. Offentlig försvarare borde därför förordnas endast om, på grund av sakens beskaffenhet eller eljest, den misstänktes rätt fanns icke kunna tillvaratagas utan biträde. För frihetsberövad misstänkt borde under alla förhållanden försvarare förordnas för den misstänkte, om han begärde det.[37]

Den enskilde medborgarens rätt till försvarare uppfylls i gällande svensk rätt på följande sätt.

Till att börja med har den tilltalade alltid och ovillkorligen rätt att biträdas av försvarare – det vill säga en representant, som den tilltalade själv utser. Detta framgår av RB 21:3 första stycket, "den misstänkte må biträdas av försvarare". I svensk rätt gäller, som inledningsvis påpekats, varken advokatmonopol eller advokattvång. Den misstänkte har därför alltid i vart fall rätt att låta sig biträdas av privat försvarare. Denna rätt gäller vid alla brott och även under förundersökningen.

Förutsättningarna för förordnande av offentlig försvarare återfinns numera i RB 21:3a. Stadgandet infördes genom en lagändring 1983.[38] I paragrafen heter det i första stycket: om den misstänkte är anhållen eller häktad skall offentlig försvarare förordnas för honom, om han begär det. Enligt andra meningen samma stycke skall offentlig försvarare förordnas om misstanken gäller brott som inte kan ge mindre än sex månaders fängelse (och den misstänkte begär det).

35. Antagandet att största delen av de tilltalade, som företräds av försvarare i svensk rättegång, har offentlig sådan, är grundad på en allmänt utbredd uppfattning i svenskt rättsliv. Tyvärr har det visat sig mycket svårt att finna något statistiskt underlag som kan verifiera denna uppfattning. Efter kontakt med såväl domstolsverket som BRÅ, kan jag konstatera att ingen av dessa institutioner för närvarande för sådan statistik. Det enda underlag som gått att få fram från BRÅ bygger på domstolarnas registreringar av domar i brottmål och gäller för hela perioden som BRÅ:s databas omfattar (1973–1999). Enligt de uppgifterna är siffrorna följande: Offentlig försvarare: Ja – 49 procent, Nej – 50 procent, Ej ifyllt – 1 procent. Uppgifterna säger som synes ingenting om huruvida alla de som inte har offentlig försvarare hade rätt till sådan försvarare (vilket inte är särskilt troligt) eller hade privat försvarare. En kvalificerad gissning är att en liten del av dem som inte hade offentlig försvarare i stället företräddes av privat försvarare, och att den största delen av denna grupp inte alls hade försvarare, antingen på grund av att förordnandeförutsättningar saknades eller på grund av att de tilltalade själva inte önskade försvarare.

36. Dessutom lär en del av de privata försvararuppdragen i Sverige utföras av advokater, dvs. personer som i och för sig hade kunnat förordnas som offentlig försvarare.

37. PLB s. 274.

38. Prop. 1983/84:23.

Dessa båda fall av förordnande utmärks av två kriterier: för det första att offentlig försvarare *skall* förordnas, dvs. en absolut plikt för staten, och för det andra att den misstänkte skall begära offentlig försvarare. Stadgandet brukar[39] framställas som en ovillkorlig rätt till offentlig försvarare för den som är frihetsberövad eller misstänkt för ett brott som inte är bagatellartat. Rätten skall gälla oavsett om den misstänkte erkänt eller förnekat brottet. Indelningen i dessa två fall syftar givetvis till att fånga in de grövre brotten, för vilka ju häktning i allmänhet sker. Då skäl till frihetsberövande på grund av något undantagsfall saknas, träder styckets andra mening i kraft.

Denna rätt till offentlig försvarare brukar alltså framställas som "ovillkorlig".[40] Rätten är dock beroende av den misstänktes begäran, vilket gör den villkorad. Med Ekelöfs ord är stadgandena obligatoriska och dispositiva till förmån för den tilltalade.[41] Detta skulle i och för sig kunna innebära att en person som var misstänkt för mord och häktad, kom att stå utan offentlig försvarare.

Emellertid har lagstiftaren förutsett den situationen att den misstänkte som ovan inte begär offentlig försvarare. I sådana fall skall frågan bedömas enligt 21:3a andra stycket. I andra styckets första punkt heter det att försvarare skall förordnas om den misstänkte är i behov därav med hänsyn till brottsutredningen. I praxis har stadgandet kommit att användas då brottet är förnekat,[42] men det krävs i allmänhet dessutom att rätts- eller bevisfrågor inte är så enkla att den misstänkte kan föra sin talan själv. Departementschefen framhöll att det inte bör krävas att den misstänkte själv begär försvarare i detta fall, men utan en sådan begäran bör försvarare i nu avsett fall "endast undantagsvis förordnas".[43]

Andra punkten i samma stycke stadgar att om valet av påföljd är tveksamt kan biträde av försvarare krävas för att alla relevanta omständigheter skall komma fram. I propositionen förordades restriktivitet på flera fronter: Om valet står mellan böter och villkorlig dom finns knappast anledning förordna försvarare; inte heller om det står "i det närmaste klart" att skyddstillsyn kommer att utdömas. Det sagda förutsätter att en viss förhandsbedömning görs av påföljdsfrågan. En sådan bedömning var enligt departementschefen viktig "för att undvika att försvarare förordnas slentrianmässigt".[44]

Vid sidan av de två fall som tagits upp ovan, skall försvarare också kunna förordnas om det föreligger särskilda skäl. Sådana skäl hänförs till två kategorier av fall. Den ena rör den misstänktes personliga förhållanden. Den andra kategorin utgörs av särskilda skäl med hänsyn till vad målet rör. Med detta skall ej förstås att sakförhållandena är komplicerade, då i sådant fall försvara-

39. Se t.ex. prop. 1983/84:23, rättshjälpskommitténs förslag, s. 15, och även i departementschefens sammanfattning av skälen till lagförslaget, s. 19.

40. Se prop. 1983/84:23 s. 15.

41. Ekelöf II, s. 90.

42. Detta på grund av att den tilltalade, om han förnekat gärningen, kan behöva juridisk hjälp för att kunna hävda sin ståndpunkt gentemot åklagaren vid exempelvis ett korsförhör. Se t.ex. Ekelöf II, s. 90.

43. Prop. 1983/84:23 s. 17.

44. Ibid.

re redan kan förordnas med stöd av första punkten. Inte heller bör förekomsten av skadeståndsanspråk eller blott det faktum att målet är omfattande medföra förordnande enligt denna punkt. Det skall gälla särskilda frågor som är komplicerade, såsom yrkanden om förverkande eller mål om näringsförbud.[45]

Regleringen av förordnandefallen sönderfaller tydligt i två kategorier. I den första kategorin (som motsvaras av första stycket i 21:3a) finns de fall som styrs av den misstänktes begäran om försvarare. Jag betecknar dessa som en rätt som är beroende av den misstänktes viljeförklaring. En tanke som omedelbart infinner sig är att den misstänktes begäran givetvis är beroende av huruvida han upplysts om denna s.k. ovillkorliga rätt. I lag finns ingen regel om sådan upplysningsplikt.[46] Man har i stället satt in en paragraf i förundersökningskungörelsen. I denna sägs att den som skäligen misstänks för brott skall underrättas om att han redan under förundersökningen är berättigad att anlita försvarare och att under vissa förutsättningar offentlig försvarare kan förordnas.[47]

Den andra kategorin (21:3a andra stycket) inrymmer de förordnandefall som gäller oberoende av den misstänktes vilja. Stycket inleds med orden "Offentlig försvarare skall därutöver förordnas...". Ordet "skall" tolkas som tvingande för den tilltalade. Detta innebär att offentlig försvarare kan förordnas även mot den misstänktes vilja.[48] Emellertid är också regleringen, som ovan visats, fakultativ och alltså inte obligatorisk, dvs. försvarare skall förord-

45. Propositionen s. 18–19. Vad gällde försvarare i högre instans ansåg departementschefen att detta behov inte skulle öka bara för att målet prövas i ytterligare en domstol. Prövningstillstånd i HD krävde visserligen i allmänhet biträde av försvarare, men om detta behövdes inte särbestämmelser.

46. Jämför den amerikanska principen om upplysningsplikt till gripna personer, kallad "The Miranda warning" (eg. Fifth Amendment's privilege against self-incrimination) efter fallet Miranda v. Arizona (1966), där den gripne enligt gällande prejudikat måste upplysas om att han har rätt att tiga, rätt till försvarare etc. Underlåtenhet att ge en "Miranda warning" kan medföra att åtalet ogillas.

47. FUK (1947:948) 12 §. I svensk rätt finns inga formella krav på underrättelse om rätt till försvarare som t.ex. i USA; dvs. underlåtelse att ge sådan upplysning torde inte medföra några processuella konsekvenser. (Underrättelse om rätt för den misstänkte och hans försvarare att ta del av utredning etc. måste däremot lämnas enligt formella föreskrifter och åtal får inte beslutas innan detta skett, FUK 12a jämfört med RB 23:18 1 st. fjärde och femte meningarna.) Vikten av att den tilltalade verkligen förstår sin rätt att få försvarare kan enligt min mening inte nog framhållas. *De lege ferenda* borde sådan upplysningsplikt fastställas i lag och brister i upplysningsplikten borde utgöra formellt hinder för huvudförhandling som i RB 46:2 p. 6.

48. Se t.ex. NJA 1995 s. 75 (i denna avhandling kallat lasermålet). I mål angående mord, grovt rån m.m., yrkade den tilltalade på byte av offentlig försvarare alternativt att få sköta sitt eget försvar. Såvitt avsåg yrkandet av den tilltalade att själv få sköta försvaret, avslogs detta av hovrätten, som fann att målets art och omfattning gjorde att det var påkallat med försvarare, och av den anledningen skulle en eller två försvarare vara förordnade för den tilltalade. HD lämnade inte prövningstillstånd såvitt avsåg frågan om att den tilltalade skulle försvara sig själv. Se även Ekelöf II s. 91: "(offentlig försvarare kan förordnas) även mot den misstänktes vilja."; Olivecrona: Rättegången i brottmål enligt RB (1953), s. 88: "Fsv kan förordnas utan att mt begärt det; t.o.m. om han t.ex. är en kverulant som säger att han inte vill ha en fsv, kan en sådan förordnas." Se även NJA 1962 C 12.

nas, men bara om behov anses föreligga enligt de förutsättningar som förestavats i lagförslaget.

9.3.3 *Svensk advokatsed*

Sedan RB 8:5 togs bort finns ingen lagstadgad plikt för advokat att motta försvararförordnande. Därför finns heller ingen domstolspraxis i frågan.[49] Därmed blir god advokatsed och doktrin den enda väsentliga källan till belysning av frågan för svensk del.

Vid tiden kring tillkomsten av advokatsamfundet hade brottmålen mycket låg status och advokatsamfundet kom inte under sin första verksamhetstid att arbeta för ett höjande av brottmålsadvokaternas anseende. Däremot togs frågorna upp i de lokala avdelningarna. Fram emot sekelskiftet tog stockholmsavdelningen upp en diskussion kring frågan "Huru böra advokaterna förhålla sig till brottmålen?"[50] I inledningsanförandet satte John Tjerneld[51] försvararens roll i brottmålsprocessen i ett större perspektiv. Mot bakgrund av den inkvisitoriska brottmålsprocessen var det, enligt Tjerneld, inte ägnat att förvåna att allmänheten kommit att missuppfatta försvararens uppgifter i processen och närmast kommit att i verksamheten se något samhällsfientligt. Genom införandet av en ackusatorisk, muntlig, omedelbar och i alla instanser offentlig process skulle advokaterna emellertid kunna officiellt framträda och uppträda som försvarare i brottmål. I anförandet framhölls att i enlighet med en sådan utveckling skulle det vara "alldeles naturligt, att en advokat, som har en tidsenlig uppfattning af rättsskipningen, icke gerna kan undandraga sig befattning med brottmålen".[52] Reformpolitiken skulle enligt Tjerneld understödjas genom att advokaterna uppmanades att åta sig försvararuppdrag.

Under de fortsatta diskussionerna i frågan kom också den ekonomiska sidan av saken upp. Det fanns redan vid tiden för stockholmsöverläggningarna ansedda advokater i Stockholm som agerade som "fattigadvokater", dvs. arbetade helt ideellt. Även de tidiga entusiasterna insåg dock att advokaternas åtagande av försvarareuppgifter inte kunde grundas enbart på idealitet och politisk principfasthet. Tjerneld framhöll apropå detta, att man trots allt inte kunde uppställa som en oeftergivlig fordran att envar advokat vid anfordran skall ställa sig till disposition i brottmålsadvokatur, "Skulle emellertid utan lagändring någon upplyst domare på grund av stadgandet i RB 15:9 ålägga en advokat att i brottmål hjelpa en fattig part, finns för en sådan advokat intet som helst skäl att undandraga sig såvida han ej vill uppgifva yrket."

49. Frågan om förordnande av offentlig försvarare enligt RB:s 21 kapitel är ingående belyst i rättspraxis, men utgår från problematiken om huruvida skäl för förordnande föreligger.

50. Öfverläggningar inom Sveriges advokatsamfunds Stockholmsafdelning. Stockholm 1898, s. 6.

51. Advokat, mångårig sekreterare i samfundet, inflytelserik och aktiv ledamot under samfundets första decennier.

52. John Tjerneld i inledningsanförandet vid överläggningarna, a.a. s. 10.

Av Tjernelds uttalande kan man sluta sig till att 15:9 visserligen borde uppfattas som en tvingande regel men tydligen knappast tillämpades i domstolarna (vilket konstaterats ovan). RB 15:9 stadgade ju att det var domaren som hade makt att ålägga advokat dylik brottmålstjänstgöring. Det var givetvis det inkvisitoriska tänkande, som rådde vid tiden för gamla RB, som gjorde att domare ogärna utsåg försvarare i brottmål. Att en advokat skulle biträda misstänkt i brottmål betraktades ännu som en modern idé – i negativ bemärkelse – och uppfattades inte sällan av domaren som en personlig förolämpning. Förklaringen till att 15:9 och dess efterföljare 8:5 så sällan kom att tillämpas kan således finnas i att den ackusatoriska processen tog så lång tid att införa i Sverige.

Sammanfattningsvis hade samfundet intresse av en förändrad attityd till brottmålsförsvaren men ansåg sig inte kunna göra så mycket åt problemet annat än att förespråka lagstiftning om obligatoriskt försvar och också en total rättegångsreform. Advokatsamfundet såg snarare som sin uppgift att stärka sin och de enskilda advokaternas ställning. Emellertid hade säkert de reformvänliga advokaternas uttalanden stor betydelse – i synnerhet som en del av dessa också var framstående politiker. Därigenom gjordes det klart för lagstiftaren dels att en försvarare hade en viktig uppgift även i den svenska processen, dels att lagstiftaren kunde räkna med att advokaterna skulle ta sig an denna uppgift.[53]

I här aktuell fråga finns ingen disciplinär praxis av betydelse – åter på grund av avsaknaden av pliktregler. En belysning av problemet ur advokatsamfundets synpunkt måste därför ta sin utgångspunkt i de diskussioner rörande problemet som förts bland framförallt framstående ledamöter i Sveriges advokatsamfund.

9.3.4 *Advokatreglerna och deras tolkning*

Enligt nuvarande SRGA[54] finns ingen som helst plikt för advokat att acceptera uppdrag, varken civila ärenden eller brottmål. Tvärtom fastslås uttryckligen i SRGA 12 §: "Advokat är inte skyldig att ta emot uppdrag som erbjuds honom. Vill advokat inte åta sig erbjudet uppdrag, är han skyldig att ofördröjligen meddela uppdragsgivaren detta. Han är inte skyldig att angiva skäl för avböjandet."

Det faktum att advokat inte är skyldig att ange skäl för avböjandet medför att advokaten i och för sig kan avböja på grundval av den potentielle klientens hudfärg, etniska ursprung eller kön.[55]

Paragrafens tidigare lydelse var inte riktigt lika entydig. De regler, som för första gången kodifierades 1971, innehöll i 12 § en bestämmelse med lydelsen:

53. Jämför Modéer, a.a. s. 304.

54. Utfärdade av Sveriges advokatsamfunds styrelse den 9 november 1984.

55. Jämför det engelska systemet där ingen advokat, inte heller en solicitor, har rätt att avböja uppdraget p.g.a. hudfärg, härkomst eller kön. Kap. 8.2.1.

"I andra fall än då lag eller avtal så föreskriver är advokat inte skyldig att mottaga uppdrag."[56]

Advokatsamfundets styrelse beslöt år 1978 att tillsätta en kommitté, kallad etiska kommittén, med uppdrag att företa en översyn av de då gällande vägledande reglerna. I kommentaren till dåvarande SRGA 12 § konstaterades att advokat är *principiellt* oförhindrad att avböja uppdrag som erbjuds honom (min kurs.). Undantaget för fall då lag föreskrev annat i 1971 års lydelse anknöt till den då ännu gällande men obsoleta RB 8:5-regeln. 8:5-regelns stadgande om skyldighet för advokat att motta förordnande motsvarades vid denna tid av en likalydande bestämmelse i 32 § i samfundets stadgar. Sedan lagstadgandet upphävts 1972 och samfundets stadgebestämmelse i anslutning därtill, fanns inte längre någon föreskrift i lag som medförde skyldighet för advokat att motta uppdrag. Etiska kommittén fann också att hänvisningen till fall då avtal föreskriver skyldighet för advokat att motta uppdrag framstod som överflödig. Man framhöll att en advokat som genom avtal iklätt sig skyldighet att fullgöra visst eller vissa uppdrag i själva verket har åtagit sig dessa uppdrag redan genom avtalet. Denna situation behövde därför inte regleras i ifrågavarande stadgande i de vägledande reglerna, vilket man ansåg borde avse endast avböjande och inte frånträdande av uppdrag.[57] Kommittén föreslog därför att 12 § skulle erhålla sin nuvarande lydelse. Avslutningsvis föreslog kommittén att i en kommentar till paragrafen borde upptas erinran om skyldighet för advokat vid allmän advokatbyrå att lämna rådgivning enligt rättshjälpslagen. Ingen sådan kommentar kom att inflyta i SRGA.

Med reglerna för antagande av uppdrag sammanhänger reglerna för avböjande av uppdrag. Som redan har påpekats, är svensk advokat fri att avböja uppdrag och är inte skyldig att ange skäl för detta. Hon kan således avböja av exempelvis personliga moraliska skäl, såsom att hon finner den misstänkte motbjudande eller fallet upprörande. Därmed kan konstateras att advokatens *rätt* att avböja uppdrag är obegränsad. Det finns emellertid också regler som fastslår advokatens *skyldighet* att i vissa fall avböja uppdrag. Dessa skall jag helt kort beröra, för att ange utrymmet för advokatens valfrihet i ett system som det svenska.

I RB 21:3 3 st. stadgas: "En person får inte vara försvarare om han har eller har haft uppdrag åt den misstänkte eller ekonomiska förbindelser med denne och omständigheterna är ägnade att minska förtroendet för hans förmåga att iaktta vad som åligger en försvarare." Under sådana förhållanden är således advokaten skyldig att avböja uppdraget.

Advokat är också skyldig att avböja erbjudet uppdrag om hon[58] företräder eller själv har något personligt eller ekonomiskt intresse mot strider mot uppdragsgivarens eller någon annan typ av intressekonflikt kan finnas (SRGA 14 §).

56. Paragrafen är i övrigt oförändrad.

57. Översyn av de vägledande reglerna om god advokatsed. Betänkande av etiska kommittén. Sveriges advokatsamfund, Stockholm 1984.

58. Advokaten själv eller jurist eller advokat som är anställd hos henne etc.

Organization	Document name
LUND UNIVERSITY	DOCTORAL DISSERTATION
	Date of issue 26 April 2002
Author(s) Lena C. J. Hallberg Ebervall	Sponsoring organization

Title and subtitle

FÖRSVARARENS ROLL. Ideologier och gällande rätt

Abstract

Defence lawyers have to resolve various difficult dilemmas in connection with the client relationship, such as accepting repugnant cases or acting on questionable instructions from the client: dilemmas, which involve "hard questions" of guilt and innocence, truth and perjury. Many of these ethical problems have never been subjected to interpretation in Swedish law and legal literature. Somehow, the lawyer will have to find a solution to her problem, without the aid of rules. The debate, as well as case law studies, indicate that one practitioner's solution to a certain dilemma will be completely different from another's.

The thesis studies these problems through an analysis of the arguments *pro et contra* the particular solution to the dilemma and through an extensive analysis of the principles of Swedish case law, statutes, professional standards and doctrine.

The purpose of this thesis is to bring some order to the debate concerning lawyers' ideals in Sweden and to try and understand the role of the lawyer. The thesis argues that the explanation to the conflicting ways of resolving practical dilemmas lies in the conflicting ideals, which guide practitioners. It would seem that these different ideal types can co-exist in most typical Western legal systems without detriment to the clients or the State.

Key words

Defence lawyers, lawyers' ethics, lawyer-client relationship, lawyer's dilemma, lawyers' ideals, Swedish lawyers

Classification system and/or index terms (if any)

Supplementary bibliographical information		Language Swedish
ISSN and key title		ISBN 91-39-00842-8
Recipient's notes	Number of pages	Price
	Security classification	

Distribution by (name and address)

I, the undersigned, being the copyright owner of the abstract of the above-mentioned dissertation, hereby grant to all reference sources permission to publish and disseminate the abstract of the above-mentioned dissertation.

Signature _____ Date 3/4 -02

Försvararens roll. Ideologier och gällande rätt

av
Lena Ebervall
Jur.kand.

Akademisk avhandling

som för avläggande av juris doktorsexamen framställs till offentlig granskning vid disputation, som äger rum fredagen den 26 april 2002, kl. 10.15 å Carolinasalen, Kungshuset, Lundagård, i Lund.

Dock anges visst utrymme för advokaten att anta uppdrag, trots att detta i och för sig skulle kunna grunda skäl för avböjande: "Föreligger särskild omständighet, som kan föranleda tvivel på advokatens förmåga att obundet tillvarata uppdragsgivarens intressen, är advokaten, om han överväger att trots denna omständighet åta sig erbjudet uppdrag, skyldig att utan dröjsmål upplysa uppdragsgivaren om förhållandet." (SRGA 13 §). Av den bestämmelsen borde man kunna sluta sig till att det närmast blir uppdragsgivaren som får avgöra om han har tillräckligt förtroende för advokatens förmåga att tillvarata hans intressen.

De omständigheter, som grundar skyldighet för advokat att avböja uppdrag, utgör också skäl att frånträda redan antaget uppdrag enligt SRGA 15 §. "Om advokat efter mottagande av uppdrag finner sådan omständighet föreligga, att han med kännedom därom skulle ha varit skyldig att avböja uppdraget, är han skyldig att frånträda detta."[59]

En rimlig tolkning av regelskrivningen såsom den framträder i SRGA är således att det i synnerhet skall vara fråga om intressekonflikt av något slag, för att skyldighet att avböja – och därmed också frånträda – skall föreligga.

Skyldighet att frånträda redan mottaget uppdrag föreligger dock också om advokaten på grund av laga förfall blir förhindrad att fullfölja uppdraget, om klienten begär att advokaten skall handla brottsligt eller i strid mot god advokatsed och trots påpekande vidhåller sin begäran, eller om klienten undertrycker eller förvanskar bevis eller handlar svikligt (SRGA 15 §). Givetvis framkommer naturligt nog sådana omständigheter först efter att advokaten hunnit konferera med sin klient och alltså redan accepterat uppdraget. Man skulle dock kunna tänka sig att advokaten redan i samband med att uppdraget erbjuds henne får kännedom om någon av de uppräknade omständigheterna. I så fall bör hon enligt min bedömning vara skyldig att avböja uppdraget.

Advokat kan i vissa fall ha giltigt skäl att frånträda uppdrag mot klientens önskan. Sådant frånträdande behandlas på annan plats i avhandlingen, eftersom dessa fall inte är relevanta för accept av uppdrag.[60]

I den mån advokatetiska problem alls varit föremål för diskussion i litteraturen, har det ofta varit praktiserande advokater, som stått som författare. För här aktuell fråga har intresset varit svalt. Att frågan om skyldighet att åta sig försvararuppdrag tycks vara av föga intresse i den nutida debatten bekräftas till exempel av det faktum att Blomkvists Försvararen över huvud taget inte nämner saken.[61]

Här aktuell fråga har av allt att döma bland svenska advokater under tiden efter nya RB i första hand uppfattats som en fråga om rättshjälp i brottmål och

59. Kring problemet frånträdande av uppdrag, dess orsaker och rättsföljder, kommer en grundlig utredning att göras i kap. 16.

60. Se kap. 16.

61. Försvararen, författad av advokaten Curt Blomkvist, utkom 1987 i samråd med Sveriges advokatsamfund. Boken används av advokatsamfundet som undervisningsmaterial vid de obligatoriska kurser i "Advokatyrkets etik och teknik" som blivande advokater genomgår. Blomkvists bok är i princip den enda bok i rena försvararfrågor som publicerats i Sverige i modern tid.

inte som ett etiskt problem. Det synes som om rättegångsreformerna har undanröjt problemet med advokatens plikt att åta sig uppdrag. Senare tiders författare berör knappt problemet. Frågan om avböjande av advokatuppdrag behandlas visserligen i svensk litteratur – varav Wiklunds God advokatsed får räknas till den mest fullständiga – men avser då främst civilrättsliga uppdrag. Wiklund fastslår att en svensk advokat principiellt inte är skyldig att åta sig något uppdrag. Wiklund går huvudsakligen in på den praktiska sidan av saken: utgångspunkten, menar han, måste rimligen vara att ingen har rätt att förutsätta att en advokat som inte i förväg tillfrågats skall vara oförhindrad och villig att åta sig ett uppdrag.[62] Resonemanget Wiklund använder bär likheter med klassisk avtalsrätt och kan inte direkt tillämpas i straffprocessen, vilket Wiklund också bekräftar längre fram där han anger RB 8:5 som ett undantag från regeln. Även Wiklund framhåller emellertid att 8:5 inte torde ha "behövt användas" annat än i mycket få fall. Av ordvalet sluter jag mig till att Wiklund funnit att domstolarna på frivillig grund kunde erhålla försvarsadvokater. RB 8:5 upphörde att gälla 1 juli 1973, alltså samma år God advokatsed utkom. Författaren har inte närmare kommenterat stadgandet eller anledningen till att det upphörde.

SRGA 12 § är en veritabel frihetsförklaring för de svenska advokaterna. Inte många andra länder ger advokaterna så fria händer. Det faktum att svensk advokat, enligt 12 § sista ledet, aldrig behöver ange skälen för ett avböjande kan (välvilligt) tolkas som ett uttryck för advokaternas självständighet och oberoende. Frågan är om stadgandets neutrala ordvändning i sista ledet står i samklang med principer om *access to justice* och diskrimineringsförbuden i RF 2:15, 16 §. England har infört en särskild regel för solicitors om förbud att avböja uppdrag p.g.a. etniskt ursprung, kön etc. (se 8.2 ovan).

9.3.5 *Sammanfattning*

Sammanfattningsvis har den misstänkte i Sverige alltid rätt till privat försvarare, men endast rätt till offentlig försvarare i vissa fall. Syftet med de lagändringar som gjorts i modern tid har varit att minska antalet förordnanden. I de fall där reglerna inte är tvingande för den tilltalade, räcker det inte med att de processuella förutsättningarna är uppfyllda, utan man kräver dessutom den misstänktes uttalade begäran, vilket i sin tur förutsätter att den misstänkte upplysts om sin rätt, en upplysningsplikt som inte är sanktionerad och inte återfinns i lag utan i en kungörelse. I de fall där förordnandeförutsättningarna är tvingande för den tilltalade finns flera, i förarbetena särskilt uttalade, restriktioner. Som ovan sagts, har lagstiftaren menat att det andra stycket i 21:3a skall fånga upp de fall, som inte faller in under första stycket.

Sverige har alltså på detta sätt uppfyllt sina åtaganden enligt de överstatliga principer som vi tidigare gick igenom. Som visats är inte rätten för den enskilde

62. Wiklund, a.a. s. 161.

misstänkte att få offentlig försvarare alldeles heltäckande. I detta avseende skiljer sig emellertid inte svensk rätt från de överstatliga normerna: inte heller i CCPR eller EMRK är rätten till statligt betald försvarare ovillkorlig.

Jag avstår från att kommentera de enskilda förordnandeförutsättningarna mer vidlyftigt; ett sådant resonemang faller något utanför min problemställning. Jag antar därför i den följande diskussionen att förutsättning för förordnande finns, det vill säga att den misstänkte har rätt till offentlig försvarare enligt rättegångsbalkens regler. Svensk advokat har ingen plikt att acceptera uppdrag utan får avböja av vilket skäl som helst. Därmed kommer jag fram till den springande punkten i del II: om processuella förutsättningar finns för att förordna offentlig försvarare, men staten inte kan erbjuda någon, därför att ingen advokat vill anta uppdraget, vad händer då? Utan tvekan skulle oerhörda rättssäkerhetsproblem kunna uppstå. Emellertid vet vi, med facit i hand, att svenska tilltalade, oavsett omständigheterna, alltid tycks få försvarsadvokat. På något sätt har problemet funnit sin lösning.

> En mera långsökt spekulation går ut på frågan om det kan finnas en åtminstone teoretisk möjlighet att en misstänkt person som inte får försvarare fast han är berättigad därtill, kan stämma Sverige inför Europadomstolen – på den grunden att Sverige misslyckats med att uppfylla de åtaganden, som numera inkorporerats i svensk rätt. Svaret på just den frågan blir förmodligen nekande: som ovan sagts är en rimlig tolkning av Sveriges åliggande att staten skall ansvara för att det processuella systemet ger den tilltalade goda möjligheter att få företrädas av försvarsadvokat.

9.4 Kritisk diskussion

9.4.1 *Syftet bakom normerna*

Mot bakgrund av vad som ovan sagts om den svenska lagstiftningen och reglerna om god advokatsed, har jag kommit fram till följande.

För det första: regler har skapats och tagits bort av helt andra skäl än att lösa ett etiskt dilemma. Främsta syftet bakom den lagstiftning som förekommit har varit processekonomi och även i viss mån rättssäkerhet för den enskilde tilltalade. Ett sådant grundläggande syfte stämmer väl överens med *ratio* bakom regler om god advokatsed i största allmänhet, nämligen att de skall fungera som ett "konsumentskydd" och inte som en hjälp för praktiserande advokater.[63]

För det andra: det tycks finnas "vita fläckar" i den svenska regleringen. Frånvaron av reglering om accept av uppdrag visar att lagstiftaren medvetet eller omedvetet överlämnat problemet till advokaterna. I Sveriges fall förefaller dock inte advokaterna ha bearbetat problemet i samma utsträckning som exempelvis i England.

63. Jämför kap. 2.1 in fine.

Trots frånvaron av medveten problemlösning fungerar den svenska modellen tillfredsställande. Jag gör gällande att det är den ideologiska pluralismen som, tillsammans med de marknadskrafter som uppstår på en marknad med viss överetablering, löst problemet.

Jag skall här nedan försöka utveckla min idé.

I förarbetena till rättshjälpslagen har inte upphävandet av 8:5 varit föremål för någon ingående motivering och tycks inte heller ha föregåtts av någon diskussion.[64] Det sägs bara att bestämmelsen i 8:5 redan då, 1972, torde ha haft "ytterst begränsad betydelse". Efter tillkomsten av de allmänna advokatbyråerna ansågs inte något behov av bestämmelsen föreligga, varför den upphävdes.[65] Wiklund anmärker endast i förbigående att stadgandet inte torde ha behövt användas annat än i mycket få fall.[66]

Av förarbetena framgår att såväl lagstiftaren som ett flertal remissinstanser tänkte sig att domstolarna alltid skulle kunna förordna offentliga försvarare hos de allmänna advokatbyråerna. Det sägs inte rent ut att advokat på allmän advokatbyrå skulle vara skyldig att åta sig sådana brottmål som ingen annan advokat ville ha. Huruvida lagstiftaren verkligen hade en sådan idé är svårt att uttala sig om. Det huvudsakliga skälet som låg bakom önskemålen om att de allmänna advokatbyråerna skulle sköta en stor del av försvaren, var utan tvekan det faktum att dessa byråer tänktes få en prisledande ställning vid bestämmande av arvodestaxor och granskning av kostnadsräkningar.[67] Åter ser man att lagändringar på denna punkt ofta har styrts av processekonomiska intressen.

Lagändringen av förordnandeförutsättningarna 1983 syftade till att stävja en praxis som utformats där domstolarna blivit alltmer frikostiga med att förordna försvarare. Förutsättningarna skulle åter skärpas och praxis återföras "till en mer restriktiv nivå".[68] Vad gäller förordnandena enligt första stycket, det vill säga för frihetsberövad eller vid allvarlig brottslighet, var syftet med preciseringen av förutsättningarna uttryckligen detta: att "åstadkomma en mer restriktiv tillämpning".[69] Syftet med lagändringen var tydligen främst processekonomiskt.

I samband med nya RB:s införande diskuterades 8:5 i någon mån i TSA. Man uttryckte oro över advokaternas arbetsbelastning. Många advokater menade att det skulle bli mycket svårt att tillgå kvalificerade försvarare som kunde förordnas enligt 8:5. I diskussionen om dessa problem uppkom dock aldrig den sida av saken, som problematiserats här. Man såg två problem med 8:5,

64. Införandet av de allmänna advokatbyråerna föregicks däremot av mycket ingående diskussioner, där ett flertal remissinstanser – bland dem advokatsamfundet – uttryckte sin oro över att en offentliganställd advokat inte skulle stå fri och oberoende från staten. Se remissyttrandena, s. 62 f. i prop. 1972:4. Sedan den 1 oktober 1999 har de allmänna advokatbyråernas verksamhet varit helt avvecklade.

65. Prop. 1972:4 med förslag till rättshjälpslag m.m. (s. 351).

66. Wiklund s. 162.

67. Se t.ex. departementschefens yttrande s. 230 i prop. 1972:4.

68. Prop. 1983/84:23 s. 14–15.

69. Ibid.

nämligen att advokaterna var för få och att den advokat som ägnade all sin arbetstid åt brottmål omöjligt kunde försörja sig på detta.

Den enda bestämmelse som framgår av nu gällande lag är att det är rätten som förordnar offentlig försvarare och att till sådan skall i normalfallet utses advokat.[70] När nuvarande rättegångsbalk tillkom fanns visserligen 8:5-regeln (se ovan). Stadgandet var kanske inte riktigt vad det såg ut att vara. *Ratio* bakom regeln ligger snarare i att garantera försvarare åt de obemedlade än åt de avskyvärda, och dessutom har regeln av olika anledningar knappast behövt användas. Paragrafen – vars föregångare redan befunnits vara obsolet – togs sedermera bort och synes inte ha haft någon betydelse i praktiken. Bakgrunden till dagens fullständiga avsaknad av laga tvång för advokat att åta sig uppdrag, ligger i de mycket särpräglade förhållanden som omgav tillkomsten av de offentliga försvaren i Sverige.

Det heter i alla skrifter, historisk doktrin såväl som riksdagstryck, att paragrafen om skyldighet att ta emot försvararförordnande aldrig kommit att få praktisk betydelse och i realiteten haft begränsad användning. Det verkar som om lagstiftaren – inte sällan efter påtryckning från domstolarna – tagit två steg fram och ett tillbaka i den här frågan. Det tycks ofta ha slutat med att man infört en regel som ser ut att tvinga advokaterna att ta emot förordnanden, men som i princip bara varit en pappersprodukt. Kanske var det därför som lagstiftaren 1972 gav upp alla försök till tvång och upphävde stadgandet, som redan självdött. Då hade utvecklingen gått så långt att det fanns ett etablerat stånd med professionella advokater – och dessutom allmänna advokatbyråer och rättshjälp – varför man lugnt kunde överlämna lösningen av problemet till marknadskrafterna.

Med den äldre tidens diskussioner i åtanke kan man göra följande reflektion. Med nya RB:s införande tilldelades försvarsadvokaten en legitim och central roll i brottmålsprocessen. Lagstiftaren lät – utan närmare kommentarer – regeln om ålagd försvararplikt kvarstå i kap. 8 RB. Fortfarande var det tänkt att domaren skulle kunna ålägga advokaten att acceptera ett brottsmålsförsvar. På den punkten skiljer sig inte lagrummet från de äldre stadgandena. Domarens roll hade emellertid numera utmejslats efter klart ackusatoriska principer. Det var parten – biträdd av sitt ombud – som skulle vara aktiv i processen, medan domaren skulle förhålla sig objektiv och tämligen passiv.

Jag har ovan dragit slutsatsen att föregångaren till 8:5-regeln så sällan tillämpades, därför att den äldre tidens "inkvisitoriska" domare helt enkelt inte var intresserade av att föra in en advokat i processen. Den nya tidens domare var tänkta att fungera på ett annat sätt. Advokaten skulle bland annat utgöra en garanti för att processen fungerade smidigt enligt principerna om muntlighet, omedelbarhet och öppenhet. Därmed, kan man anta, skulle inte längre domarna dra sig för att föra in advokater i processen. Trots detta tillämpades ändå inte 8:5-regeln i någon nämnvärd omfattning. Detta kan ha berott på att

70. RB 21:4 och 21:5. Det finns också en bestämmelse i RB 8:4 om att advokat skall iaktta god advokatsed, det vill säga i detta fall SRGA 12 §.

domarna hade svårt att anpassa sig till den nya muntliga processen. Det kan emellertid också ha varit så att domarna kunde räkna med att tillgången på advokater var god och att man kunde utgå ifrån att försvarare gick att erhålla på frivillig väg och att därför tvång knappast behövdes.

Tillgången på advokater ökade i och med att antalet ledamöter av advokatsamfundet växte under åren som följde efter RB:s tillkomst 1948. I nya RB hade advokaterna för första gången fått lagbestämmelser angående advokatyrkets utövande. Sveriges advokatsamfund anförtroddes maktbefogenheter över sina medlemmar. I och med att advokatståndet växte, så definierades också advokatrollen tydligare i Sverige än den någonsin gjort tidigare. Advokatyrket var numera klart profilerat och – oavsett hur man väljer att betrakta det – mer accepterat och respekterat än det någonsin varit tidigare. Därmed hade man också efter långt om länge, åtminstone i viss mån, uppnått den attitydförändring beträffande brottmål, som diskuterades redan vid sekelskiftet.

Dessa faktorer torde alla ha samverkat till att en icke obetydlig del av Sveriges advokater efter nya RB:s införande faktiskt var beredda att acceptera även obehagliga och uppmärksammade brottmål på frivillig väg. Detta är viktigt därför att *staten numera* (vid efterkrigstiden och fram emot de nya rättshjälpsreformerna på 70-talet) *kunde räkna med* att advokater skulle acceptera brottmål. Detta var i princip något nytt. Även om det fanns enstaka idealister även kring sekelskiftet, var dessa inte så representativa för advokatskrået – och advokatskrået inte så stort och starkt – att staten under första halvan av 1900-talet vågade räkna med frivilliga försvararåtaganden. När det därför blev dags att se över 8:5 i samband med rättshjälpsreformen lät lagstiftaren den gamla tvångsparagrafen utgå, tyst och stilla och utan diskussion. Advokaterna hade visat att de åtog sig brottmålsförsvar på frivillig väg och i tillräcklig utsträckning.

En översiktlig genomgång av vad som skrivits i Sverige om accepterandet av uppdrag ger vid handen att problemet – i den mån det överhuvudtaget berörts – mest tycks ha behandlats vid tiden för advokatsamfundets bildande och dessförinnan, det vill säga för över hundra år sedan. Den tidens debatt utmynnade emellertid oftast i krav på lagstiftningsreformer. Advokaternas (och advokatsamfundets) egentliga uppfattning i den närmast ideologiska frågan huruvida advokat bör ta sig an försvar, är möjligen än i dag lika splittrad som den var vid 1800-talets slut.

Via lagstiftningsreformer – främst införandet av en ackusatorisk process samt offentligt försvar i brottmål – har införts goda faktiska möjligheter för den tilltalade att biträdas av försvarare. Genom en kombination av statens intresse av att tillhandahålla försvarare och den relativt stora tillgången på advokater i Sverige, har "samvetsfrågan" för den enskilda advokaten därför kunnat hållas öppen.

Orsaken till att ett sådant statens åtagande räcker för att garantera tillgången på försvarare, kan ligga i just det faktum att Sverige har en fungerande marknadsmodell. En marknadsmodell som fungerar så att den möter allas behov av försvarsadvokat, måste på något sätt ge utrymme för ideologisk plura-

lism bland sina advokater. Av vad som framkommit ovan beträffande advokaternas och advokatsamfundets uppfattning i här aktuell fråga, kan man dra två slutsatser.

För det första har jag konstaterat att pliktregel för accept av uppdrag saknas. Förklaringen till denna avsaknad speglas i lagstiftarens inställning. RB 8:5 togs bort helt enkelt därför att den inte behövdes. Inget tvång finns i lag, och god advokatsed speglar lag.

För det andra har jag visat i kap. 5 att advokater i marknadsmodellerna har givit uttryck för olika uppfattningar avseende den etiska skyldigheten att acceptera uppdrag. Vissa advokater menar att sådan skyldighet föreligger, medan andra intagit motsatt ståndpunkt. Svensk rättsvetenskaplig doktrin ger inte mycket vägledning härvidlag. Tydligen är det så att såväl i lag som i god advokatsed finns utrymme för båda förhållningssätten. Det finns ingenting som talar för att sådan plikt skulle föreligga, och det finns heller ingenting som talar mot detta. I praktiken kan således den svenska advokat, som erbjuds ett uppdrag, välja att acceptera eller avböja helt och hållet på grundval av sin egen ideologiska inställning i frågan.

Följande slutsats kan därför dras. Det finns ingen plikt för svensk advokat att acceptera uppdrag. Det förekommer givetvis i Sverige att brottmålsuppdrag är obehagliga av exempelvis det skälet att den tilltalade är frånstötande eller det misstänkta brottet avskyvärt. Trots detta förekommer inte att en impopulär tilltalad står utan försvarare. Därför måste det finnas advokater i Sverige som är beredda att på frivillig väg acceptera även obehagliga uppdrag. Det finns också advokater i Sverige som vägrar acceptera vissa typer av uppdrag av personliga moraliska skäl. Tydligen kan båda dessa typer av advokater praktisera i svenskt rättsväsende. Alltså råder ideologisk pluralism på den svenska advokatmarknaden.

9.4.2 *En jämförelse mellan marknadsmodellerna*

Grunden för tillsättandet av offentliga försvarare i Sverige ligger fortfarande på det processuella planet. Därmed har frågan för svensk del reglerats efter enhetliga grunder. Mot bakgrund av vad ovan sagts om obalansen och orättvisan i många stater mellan den som företräds av offentlig respektive privat försvarare, synes den svenska principen (att bortse från den tilltalades ekonomiska förhållanden) ha varit klok ur rättssäkerhetssynpunkt.

Problemet med obalans och orättvisa mellan den som har privat respektive offentlig försvarare gör sig gällande vid en jämförelse med amerikansk rätt. I USA skall den misstänkte normalt anlita en privat försvarare. Misstänkta som inte själva kan betala en advokat och misstänkta som av olika skäl är impopulära och av den anledning har svårt att få försvarare, har i stället för privat försvarare möjlighet att erhålla *court appointed counsel,* som är en privat advokat som förordnas av domstol. I praktiken finns en oskriven regel som går ut på att en etablerad och erfaren privat advokat inte blir föremål för *court*

appointments. Blir en sådan *senior attorney* i alla fall utsedd av domstol, låter hon ofta en *junior* ta hand om försvaret. Det finns en obalans i det amerikanska systemet som åtminstone på ett generellt plan ger de välbeställda ett processuellt övertag genom att de har råd att anlita de skickligaste advokaterna, som sällan arbetar med offentliga försvar.

Möjligheten att få anlita en privat försvarare på *pro bono*-villkor, dvs. gratis, finns också för de fattiga tilltalade i USA (se 9.2). Garantin i 1942 års RB 8:5 påminner om det amerikanska systemet med *pro bono publico*-åtagande.[71] I *pro bono*-systemet är den bärande idén att just medellösa personer skall kunna biträdas av kvalificerad advokat i såväl brott- som tvistemål – med tonvikt på medellösa. Advokaterna har alltså ett slags moralisk plikt att gratis ta sig an ett visst antal fattiga och även impopulära klienter per år. "Impopulära" skall troligen i detta sammanhang förstås som politiskt inkorrekta klienter eller fall, snarare än motbjudande personer misstänkta för upprörande brott.

USA-debatten om plikten att ta sig an politiskt inkorrekta fall ställdes på sin spets på det politiskt paranoida 50-talet under senator Joseph McCarthy. Amerikas advokatsamfund samarbetade med justitieministeriet rörande uteslutning av "communist attorneys". Samtidigt, mitt under brinnande kommunistjakt, fastslog ABA principen om allas rätt till försvar ur advokaternas synvinkel, dvs. att advokatkåren skall bistå även de mest impopulära misstänkta (läs: kommunister) och att allmänheten måste acceptera advokatens rätt att försvara vilken klient som helst inom ramen för god advokatsed, utan att för den skull bli dömd p.g.a. klientens rykte, åsikter eller karaktär.[72]

Huruvida denna moraliska plikt också tvingar advokaten att företräda en moraliskt motbjudande klient, har diskuterats livligt i USA.[73] Av vikt är i detta sammanhang att tonvikten även i det amerikanska *pro bono*-systemet ligger på att de fattiga skall kunna erhålla biträde. Beträffande plikten att biträda fattiga finns således knappast divergerande meningar i USA, vilket det alltså finns beträffande plikten att biträda moraliskt motbjudande klienter (se 5.2).

> Sveriges advokatsamfund inledde under våren 1998 försök med *pro bono*-verksamhet i Sverige. Bakgrunden till verksamheten var att samfundsstyrelsen gav samfundets yrkesråd i uppdrag att ta ansvar för ett projekt med gratis advokatinformation över hela landet. Man står till tjänst med upplysning snarare än regelrätt rådgivning och projektet vänder sig till privatpersoner och småföretagare med enklare problem. Tanken är att advokater på samma ort på frivillig basis slår sig samman och står till allmänhetens förfogande en gång i veckan och cirka 15 minuters samtalstid har anslagits till varje frågande.
>
> Det svenska *pro bono*-projektet var tänkt att höja advokaternas anseende och öka förtroendet för advokater bland allmänheten. Ingen plikt åvilar advokaterna att ställa upp och utföra *pro bono*-rådgivning och det är inte fråga om att processa eller ens upprätta enklare handlingar. Det är inte heller fråga om rådgivning i brottmåls-

71. *Model Rule* 6.1, voluntary *pro bono* publico service. "A lawyer should aspire to render at least (50) hours of *pro bono* publico legal services per year."

72. Principer fastslagna i ABA:s Committee on Communist Tactics, Strategy and Objectives samt ABA:s Committee on Individual Rights as Affected by National Security (78 ABA Rep. 133 från 1953). Se Wolfram not 70 s. 577.

73. Se Wolfram s. 574–578 med noter.

saker. Projektet är närmast att bedöma som en goodwillkampanj för advokatkåren. Den bärande idén är tydligen att människor som normalt drar sig för att uppsöka advokat – bland annat av ekonomiska skäl – skall uppmuntras därtill. Det är därför svårt att se en direkt koppling till *pro bono*-uppdrag som advokaten tar sig an för att företräda en allmänt avskydd klient. Steget från detta första svenska försök med *pro bono*-verksamhet till amerikansk *pro bono*-verksamhet är därför i nuläget mycket långt.[74]

Även i USA finns offentliga försvarare, *public defenders*. Som redan sagts har dessa låg status och en tilltalad som är hänvisad till en *public defender* anses strida i underläge jämfört med en tilltalad som har en annan typ av försvarare. Den avgörande skillnaden mellan Sverige och USA är att man i Sverige tillsätter offentlig försvarare på processuella grunder, vilket har fått följden i ett land med så pass liten advokatpopulation som Sverige, att praktiskt taget alla advokater som arbetar med brottmål också verkar som offentliga försvarare. Därmed får de tilltalade i Sverige – oavsett ekonomisk status – möjlighet att välja exempelvis även en mycket känd och framgångsrik försvarare, medan en fattig tilltalad i USA, som önskar en sådan advokat, får förlita sig på den berömda advokatens välvilja. Den fattige tilltalade i Sverige har samma rätt som den som själv kan betala sin försvarsadvokat.[75] Annorlunda förhåller det sig med den impopulära tilltalade, som – i avsaknad av tvångsregler – kan komma att stå utan försvarare i Sverige lika väl som i USA eller något annat land som saknar tvångsregler.

En intressant tanke som infinner sig är hur olika historisk bakgrund det amerikanska respektive det svenska advokatväsendet har. Jag har redan anmärkt hur långt framme USA har varit jämfört med Sverige när det gäller diskussioner om advokatetiska problem. Detta är givetvis desto mer anmärkningsvärt som Sverige är en stat med mycket längre rättshistoria än USA.

Det är slående att båda dessa länder med sina skilda rättskulturer kan ha funnit lösningar som tycks vara baserade på samma idé: marknadsmodellen. Det som är gemensamt för båda länderna är frånvaro av plikt för advokaten att acceptera uppdrag, samtidigt som även de impopulära tilltalade trots allt faktiskt får försvarsadvokat. I båda länderna har såväl bland praktiker som i rättsvetenskaplig doktrin givits uttryck för skilda uppfattningar i frågan om den etiska plikten att acceptera försvararuppdrag. Tydligen råder ideologisk pluralism i både USA och Sverige.

De svenska advokaternas frihet att acceptera eller avböja uppdrag är fullständig, medan de amerikanska reglerna innehåller begränsningar i advoka-

74. Se artikel s. 4–5 i Advokaten 4/98.

75. Man kan i och för sig spekulera i innebörden av att förmögna personer som är misstänkta för brott kan anlita en skicklig advokat som privat försvarare och betala henne ur egen ficka. Ett sådant arrangemang är ju möjligt enligt svensk rätt, eftersom man inte kan tvinga på den tilltalade en offentlig försvarare. Offentlig försvarare förordnas f.ö. inte vid sidan av privat försvarare (RB 21:3a 3 st.). Offentlig försvarare får inte förbehålla sig eller ta emot ersättning av den misstänkte (21:10 4 st.), något som givetvis en privat försvarare får göra. Spekulationerna här skulle gå ut på frågan om den privat anlitade försvararen skulle göra en bättre arbetsinsats än den offentligt betalda. Frågan är mycket svår att utreda och förblir antagligen en spekulation.

tens frihet. I praktiken vet vi att i princip samtliga svenska advokater som sysslar med brottmål arbetar som offentliga försvarare. Detta innebär att de accepterar domstolsförordnanden, fast de inte har någon skyldighet – vare sig laglig eller moralisk – härtill.[76]

Den praktiska verkligheten i USA:s advokatvärld är att advokaten som inte vill acceptera ett visst uppdrag p.g.a. personlig motvilja alltid kan påstå att risk finns för intressekonflikt och därmed slippa uppdraget. På grund av att marknaden ser ut som den gör i USA finns det alltid någon annan advokat som är villig att acceptera uppdraget. Antingen kan någon advokat tänka sig att ta fallet *pro bono* eller också via *court appointment* om det är så att den motbjudande klienten inte kan betala för sig. Genom att acceptera ett sådant fall har advokaten uppfyllt sin samhällsplikt och i bästa fall – om fallet är mycket omskrivet – också fått sitt namn i media, något som är viktigt i den enorma konkurrens som råder i USA. Om ingen privat försvarare åtar sig uppdraget, har den tilltalade rätt till *public defender*.

Är det så att klienten kan betala för sig kommer han alltid att kunna få en advokat i USA, hur impopulär och motbjudande han än må vara, och detta av samma skäl som ovan: publicitet (och uppfyllt samhällsansvar) och dessutom bra betalt för den advokat som accepterar uppdraget.

76. När jag säger att moralisk skyldighet saknas för de svenska advokaterna menar jag i jämförelse med de amerikanska, som ju är ålagda en moralisk skyldighet att ta impopulära uppdrag i skrivna regler om god advokatsed. I SRGA och i aktuell svensk litteratur saknas, som redan sagts, varje antydan till dylika uppmaningar.

10 Analys och sammanfattning av Del II

10.1 Modellerna och idealen

Marknadsmodellens svaghet kan vara att den ser ut att vara uppbyggd på individens känsla för idealism, medan den i själva verket av kritikerna kan skyllas för att fungera enbart på grundval av att vissa av dess individer valt att frigöra sig från sin personliga moral. Ur cab rank-förespråkarens synvinkel kan också staten i en marknadsmodell beskyllas för moralisk feghet (att inte ta ställning och våga besluta om uppdragstvång för försvarare), varvid de svagas rätt blivit beroende av den enskilde advokatens välvilja eller – i sämsta fall – fåfänga och girighet.

En advokat av vägvisartyp kan, åtminstone såvitt avser acceptfrågan, endast fungera i ett rättssystem som ger advokaterna frihet att välja bort vissa uppdrag. Det är alltså i marknadsmodellen man finner vägvisare.

Vägvisarskolan värnar i och för sig om rättssäkerhetsprincipen som garanterar försvarare åt alla misstänkta. Svagheten i vägvisarresonemanget ligger i att man på individnivå upphäver en systematisk princip som man i och för sig erkänner som rätt och riktig. Om man nämligen som försvarare erkänner principen om allas rätt till försvarare, borde man inte då också acceptera att det på något plan existerar en plikt som i sin tur garanterar denna rättighet? För att kunna förklara sin position måste vägvisarskolan tydligen skjuta in sig på försvarets kvalitet på den individuella nivån. Man resonerar ungefär så här: alla misstänkta har rätt till en försvarare, men det går inte att stanna vid detta. Den misstänkte har inte bara rätt att få en försvarare, han har rätt att få den bästa tänkbara försvarare. För att principen skall fungera i realiteten, måste normgivaren räkna med att det finns individuella varianter bland advokaterna. Vissa personer i ett stort försvararkollektiv kan erbjuda det bästa försvar åt en viss misstänkt, andra kan det inte. En advokat som försvarar under tvång är inte en god garant för den enskildes rätt. Det är därför ohederligt och orealistiskt av ett system att gömma sig bakom en tvångsregel som säger att alla advokater måste ta alla fall. Av dessa skäl kan aldrig en advokat som tillhör vägvisarskolan acceptera en regel som tvingar alla advokater att ta alla uppdrag.

En typisk angreppspunkt för den som vill kritisera vägvisaradvokaterna, är att de så att säga utser sig själva till domare över vad som är en god sak och därmed vem som är en god försvarare. Å ena sidan hävdar man att den avskyvärde har rätt till det bästa tänkbara försvar. Å andra sidan har man ju också givit uttryck för uppfattningen att en god försvarare bara företräder en god sak. Om en advokat alltså inte accepterar ett uppdrag, därför att den misstänkte representerar "en ond sak", har man då inte samtidigt sagt att den försvarare som väljer uppdraget inte är en god försvarare? I samband med denna tankegång kan vägvisare också kritiseras för det osäkra och oförutsägbara och därmed straffprocessuellt förkastliga i att använda sig av begrepp som "the moral point of view".[1] Det "rätta" eller "goda" förhållningssättet kan ju vara precis vad som helst, beroende på personliga preferenser hos advokaten. Därmed glider vägvisaren utför en "slippery slope".

En annan angreppspunkt som kanske är allvarligare ur principiell synpunkt är frågan om oskyldighetspresumtionen. Om advokaten vägrar att acceptera ett uppdrag därför att den presumtive klienten är misstänkt för ett avskyvärt brott, kan advokaten misstänkas för att ha åsidosatt en princip som är lika grundläggande som principen om allas rätt till försvarare. Det heter i samtliga konventionstexter som ovan citerats att den misstänkte har rätt att betraktas som oskyldig, till dess han blivit dömd i laga domstol.[2] Oskyldighetspresumtionen är enligt exempelvis Europakonventionen[3] en skyldighet som svenska staten åtagit sig att garantera var och en, på samma sätt som rätten till försvar. Att enskilda advokater i en stat åsidosätter presumtionen kan visserligen inte betraktas som ett övergrepp från statens sida. Likväl måste förhållningssättet betraktas som en belastning ur principiell synpunkt för vägvisarskolan.

I ljuset av vägvisarskolans förhållningssätt uppkommer oundgängligen frågan: om alla advokater skulle resonera på detta sätt, hur skulle då de mest impopulära misstänkta kunna få försvarare? Frågan är uppenbarligen mycket besvärlig för vägvisarskolan. Det mest självklara svaret måste ju bli att alla advokater inte tillhör vägvisarskolan – alltså finns det alltid någon som tar uppdraget, någon som tillhör en annan skola. Vägvisarideologin skulle i och för sig kunna nyansera problemet något genom att hävda att även inom ramen för vägvisarideologin finns många olika typer av advokater. De har alla det gemensamt att de väger in personliga moraliska aspekter och att de kan låta sin privatmoral påverka utgången av ett beslut. Emellertid kan det vara så att advokater av samma skola har olika uppfattning om det onda eller omoraliska i en viss sak. En viss vägvisaradvokat accepterar exempelvis inte narkotikamål men andra typer av brottmål, och hon kan ange (goda och legitima) personliga skäl för denna ståndpunkt. Vägvisarideologin kan kanske på detta sätt hävda

1. Wasserstrom, a.a.

2. Beträffande svensk lag se Europakonventionen (1994:1219), artikel 6 punkt 2: Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts. Se dock för en kritisk diskussion om rättigheten i praxis P.O. Träskman i nordisk Tidsskrift for kriminalvidenskab, 85. årgang. Nr 3–4, s. 352 f. med litteraturhänvisningar.

3. Artikel 1.

att en viss ideologisk pluralism inom den egna ideologin löser problemet med "allas rätt till försvarare". Det är dock svårt att komma ifrån tanken på att det främst är en vidare typ av ideologisk pluralism som är lösningen på problemet. På en pluralistisk advokatmarknad, där det finns representanter för en helt annan ideologisk skola än vägvisare, finns det alltid advokater som är beredda att acceptera alla typer av brottmål.

För att advokatmarknaden skall fungera effektivt och smidigt är det därför mest realistiskt att tänka sig att det vid sidan av vägvisaradvokaterna finns vapendragaradvokater. Tydligen kräver marknadsmodellen inte bara regler av olika slag, utan också ideologisk pluralism i advokatkåren. I en marknadsmodell kan alltså vägvisarideologin fungera, men inte i en modell som saknar ideologisk pluralism. Det säger sig självt att vägvisarskolan inte kan fungera i en cab rank-modell. Det är också osannolikt att vägvisarskolan kan fungera som enda skola på en marknad. Det skulle bli en modell som inte gav fullständig rättssäkerhet för de misstänkta, vars mest extrema exempel får sägas vara en variant av minimimodellen.

I en cab rank-modell kan det förefalla som om alla advokater skulle tillhöra vapendragarskolan eftersom alla advokater där lyder under cab rank-regeln och måste ta sig an alla uppdrag. Betyder detta i så fall att medan marknadsmodellen erbjuder ideologisk pluralism, så har cab rank-modellen bara en enda skola – ideologisk monism? Detta kan naturligtvis bli följden, men det kan också vara så att även ett cab rank-system har utrymme för flera typer av advokatideologier, bara inte i just frågan om accept av uppdrag. En annan möjlighet – som troligen ligger närmare sanningen – är att barristern tillhör en egen ideologisk skola, som visserligen med emfas skriver under på cab rank-idén, men som för den skull ändå inte kan betraktas som en renodlad vapendragarskola. Det finns nämligen flera centrala element i barristerrollen som gör att barristern som professionell domstolsadvokat står helt för sig själv. Domstolen är hennes arbetsplats och hennes främsta lojalitet är mot domstolen. Hon är nästan helt separerad från klienten, i såväl bokstavlig som bildlig bemärkelse (se kap. 8).

10.2 Striden mellan idealen

Eftersom det engelska cab rank-systemet med stolthet hyllar just principen att alla advokater skall acceptera alla klienter, är det naturligt att det uppstått tidvis ganska bitter polemik mellan engelska och amerikanska författare i frågan. Typiskt för den amerikansk-engelska debatten härvidlag är att John W. Davis[4] i vissa amerikanska källor[5] framställs som en moraliskt förkastlig advokat därför att han bland annat företrädde finanshajen J.P. Morgan, medan Davis

4. Se 5.2.1 ovan.
5. Se t.ex. Wolfram, a.a. s. 571.

av en brittisk författare[6] presenteras som en framstående representant för advokatyrket.

Den amerikanska doktrin som är kritisk mot cab rank-modellen får ofta en karaktär av kritik även mot vapendragaridealet. Linowitz gör gällande att cab rank-regeln är en fiktion som pressats på en kultur av en annan: "If you have the client simply because you were next on the cab rank, you can be truly convinced of the justice of his cause ... only by autohypnosis, which is not the mark of professionalism."[7]

I den amerikanska doktrinen hyllas visserligen advokater som företräder de impopulära, men man förespråkar samtidigt påfallande ofta ett ideal som går ut på att en god advokat väljer att företräda en god sak. En sådan doktrinär inkonsekvens kan, omsatt i praktiken, leda till att en allmänt avskydd tilltalad kan komma att berövas sin medborgerliga rätt därför att ingen advokat vill försvara honom. De engelska advokaterna och normgivarna menar att cab rank-regeln löser just detta problem. I engelsk doktrin betraktas *professional detachment* av allt att döma som en självklar del av den okontroversiella principen om advokatens oavhängighet. Inte nog med det: enligt den engelska uppfattningen är cab rank-regeln en nödvändig förutsättning för att advokaten inte skall identifieras med klienten.

Det råder i och för sig enighet om att advokaten inte bör identifieras med sin klient. Detta borde innebära att en advokat kan acceptera även ett vida impopulärt fall utan att anklagas för att främja orätt eller omoral genom sitt arbete. Enligt det engelska synsättet är en sådan slutsats självskriven. Enligt det amerikanska synsättet tycks dock inte denna slutsats vara helt självklar. Wolfram menar att en amerikansk advokat – som har rätt att välja klienter, kan få svårt att förklara varför, "with freedom to select among clients, they sometimes end up with such rotters".[8] Wolfram har ju därmed faktiskt identifierat advokaten med den klient hon har "valt" att försvara. Samme författare uttryckte också att cab rank-regeln kunde betraktas som en ursäkt för att företräda "rich but odious clients".

En betydande del av de författare som kritiserat delar av den amerikanska advokatkåren som omoralisk har lyft fram just principen om *professional detachment* som en av bovarna i dramat. Wasserstrom yttrar: "There is something quite seductive about being able to turn aside so many ostensibly difficult moral dilemmas with the reply that my job is not to judge my client's cause, but to represent my client's interest".[9] Professor Wasserstrom var en av de amerikanska debattörer som tog upp frågan om den utbredda omoralen i den

6. Pannick framhåller Davis som en förebild: "one who argued over one hundred cases before the Supreme Court" a.a. s. 137.

7. Linowitz a.a. s. 25 (1994). Linowitz arbetade som advokat och även som rådgivare i Washington under flera presidenter. Linowitz är i sin bok djupt kritisk mot de ledande representanterna för advokatyrket i dagens USA och förespråkar en återgång till äldre tiders advokatideal: "that lawyers should lead the way to a more ethical America". Jämför Anthony T. Kronman: The Lost Lawyer (1993), som förespråkar ett advokatideal han kallar "Lawyer-Statesman".

8. Wolfram a.a. s. 572.

9. Wasserstrom, a.a.

amerikanska advokatkåren i samband med att Watergateskandalen avslöjats.[10] Wasserstrom har inte fått stå oemotsagd. "Surely, though, it is at least as seductive to be able to say, 'my moral judgment... requires that I be your master. Therefore, you will conduct yourself as I direct you to do'", polemiserar Freedman.[11]

Enligt de amerikanska kritikerna kan cab rank-regeln alltså betraktas som en ursäkt för en advokat som saknar det moraliska modet att ta ställning mot vissa typer av fall. I den engelska doktrinen framhålls tvärtom att regeln är en del av grunden för rättssäkerheten. Enligt det engelska synsättet står inte cab rank-regeln isolerad från andra advokatetiska principer. Den kan snarare sägas ingå i en odelbar treenighet.

Tre centrala principer, menar t.ex. Pannick,[12] måste identifieras för att man skall förstå advokatens yrkesroll. För det första: advokaten uttrycker inte sina egna åsikter, utan talar för sin klient. För det andra: advokaten är beredd att utföra detta uppdrag för vem som helst, oavsett vilka åsikter och vilka handlingar som kan tillskrivas denna klient. För det tredje: genomförandet av detta uppdrag är nödvändigt för att domstolen skall kunna fastställa parternas rätttigheter och skyldigheter på ett korrekt sätt. I praktiskt taget alla verk som skrivits om advokatyrket i England, ges uttryck för samma inställning.[13] Vi ser alltså att med engelskt tänkesätt blir cab rank-regeln en självklar förutsättning för att advokaten inte skall identifieras med klienten och dennes sak.

Enligt detta förhållningssätt ger cab rank-regeln uttryck för objektivitet och därmed rättssäkerhet. I alla rättssystem utgör objektivitet hos domaren ett självklart rättssäkerhetskrav. Domaren är alltid domare, dvs. har alltid samma roll oavsett vilket slags mål hon dömer i. På liknande sätt skulle man kunna säga att barristern alltid är barrister, oavsett målets natur och oavsett vilken sida hon företräder. Hon kan uppträda för käranden i ett civilmål och för svaranden i ett annat civilmål, som är mycket lika varandra i sak.[14] I USA där det är vanligt att en advokat specialiserar sig på vissa typer av talan, är det närmast otänkbart att en advokat ena dagen skulle företräda en privatperson i en skadeståndsprocess och andra dagen företräda ett stort försäkringsbolag. En amerikansk advokat som "bytte sida" på detta sätt skulle förlora i trovärdighet. "The incongrous appearance of a lawyer changing hats for the occasion", kommenterar Wolfram.[15] Detta kan innebära att i ett system med rollcirkulation betraktas alla juridiska aktörer som mera objektiva eller neutrala än i ett annat slags system, eftersom de inte är fastlåsta i en och samma position.

Här har den engelska doktrinen vänt en praxis som faktiskt ter sig egendomlig för jurister från andra rättssystem till en triumf för cab rank-principen: att "byta hatt" på det här sättet för en barrister gör att hon enligt engelskt syn-

10. Både Linowitz och Kronman får sägas tillhöra denna skara.
11. Freedman, 1990, s. 46.
12. Pannick s. 132.
13. Se t.ex. Du Cann, a.a. s. 39.
14. Se kap. 8.2.
15. A.a. s. 411.

sätt absolut måste gå fri från varje misstanke att hon identifierar sig med sin klient.

När det gäller frågan om skillnaden mellan ideal och verklighet, har Wolfram och flera andra amerikanska författare påpekat att det engelska systemet inte är så idealiskt som det framställs. Det kan ju mycket väl vara så, som Wolfram skriver, att advokaten struntar i moralen och bara vill tjäna pengar.[16] Dessutom fungerar kanske inte cab rank-systemet riktigt så friktionsfritt som man skulle önska.[17] Det råder ingen tvekan om att det ligger något i denna kritik. Cab rank framställs som ett ideal. Om inte idealet fungerar i praktiken, måste det förlora i genomslagskraft.

En annan utgångspunkt för kritik mot rolldifferentiering antyddes under föregående avsnitt: att frikoppla sin egen moraliska övertygelse från alla yrkesmässiga beslut är att göra det enkelt för sig. En enkel princip som den att alltid acceptera uppdrag kan göra att advokaten aldrig behöver göra några komplicerade moraliska överväganden. En advokat som inte i sitt yrke tillämpar egna moraliska överväganden på viktiga beslut kan löpa risk att begå omoraliska handlingar och medverka till att främja orätt på exempelvis det sätt som skedde i USA i samband med advokaternas medverkan i Watergateaffären. Den professionella person som helt separerar sin egen moral från sin yrkesroll kommer att ständigt fatta beslut som går emot vad hon skulle ha gjort som privatperson. Enligt kritikerna ligger en stor fara i att vanemässigt bortse från moraliska hänsyn: till slut *blir* man den man är i sin yrkesroll: "(t)his is at minimum a heavy price to pay for the professions as we know them in our culture, and especially so for lawyers".[18]

Debatten i USA visar att vissa amerikanska advokater trots allt anser sig ha en plikt att ta sig an varje försvar och en del tolkar även in denna plikt i lagen. I en artikel med titeln "Representing the Repugnant Client"[19] hävdar en anhängare av denna teori med emfas att en advokat har en såväl etisk som laglig plikt att företräda klienter trots sin personliga motvilja mot denne. I ännu en artikel hävdas på liknande sätt "...no lawyer can be certain of a client's position... lawyers are obliged to accept all clients..."[20] Exemplen kan mångfaldigas men det råder knappast någon tvekan om att de amerikanska företrädarna för cab rank-principen är i minoritet; om inte i praktiken så i vart fall i litteraturen.

Inte minst signifikativt är att Monroe Freedman, en fordom outtröttlig förespråkare för vapendragaridealet, på äldre dagar lät publicera en artikel i Legal Times (23 augusti 1993) med titeln "Must You Be the Devil's Advocate?". Denna öppna fråga ställer Freedman till en professorskollega i Texas Law School, Michael Tigar, apropå att Tigar företrätt den ukrainsk-amerikanske John Demjanjuk, utpekad som "Ivan den förskräcklige från Treblinka", alltså

16. Wolfram s. 571.
17. Se kap. 8.3.
18. Wasserstrom, a.a. Se även 3.5.2 om vägvisaridealet.
19. Newman i 86 Case & Comment, s. 22, 24 (1981).
20. Younger: Professional Responsibility, 43 Brook. Law Review s. 863 (1977).

en misstänkt f.d. nazistförbrytare. Freedmans argument går ut på att han visserligen, som alltid, vänder sig mot det paternalistiska advokatideal som förespråkar att en elit (advokatkåren) skall få använda eget skön ifråga om utportioneringen av medborgerliga rättigheter. Men detta medför inte att advokaten helt skall bortse från moraliska överväganden i sitt biträde av klienter. Freedman medger själv i artikeln att han numera ändrat uppfattning om det felaktiga i att angripa en advokat för att hon försvarar en avskyvärd brottsling. Demjanjuks försvarare Michael Tigar ger i en välformulerad artikel svar på tal, där han framför i princip samma argument som jag gör i detta arbete i försvar av vapendragaridealet.[21]

10.3 Ideologisk pluralism

För att återknyta till Wolframs tolkning av de amerikanska reglerna, konstaterar han visserligen att dessa rätteligen tillåter att advokater väljer klient. Han medger emellertid att även om denna lösning är den rimligaste, är den inte bortom moralisk kritik. Wolfram undviker dock ett tydligt ställningstagande och är undanglidande i sin analys. Jag tolkar hans inställning – och här får han representera den amerikanska inställningen i stort – så här: Flera av de exempel som Wolfram angav som skäl för avböjande – rasistiska eller andra – går att angripa ur moralisk synpunkt. Wolfram tycks anta en kompromiss som går ut på att advokaten som beslutar sig för att avböja ett uppdrag av dylika skäl, kan och bör kritiseras. Beslutet är och förblir dock i Wolframs ögon advokatens personliga beslut och inte en fråga som skall lösas på normativ väg genom regler.

Samma position tycks prägla det svåra dilemma som av Wolfram kallats "Last Lawyer in Town: Problem of the Uncounselled Citizen". Om varje advokat har rätt att avböja en klient kan denne till slut stå utan försvarare. Last Lawyer in Town-situationen skulle i och för sig kunna utgöra ett argument *för* den engelska cab rank-regeln. Enligt Wolfram är problemet såväl socialt som personligt. Med socialt menar författaren att rättssystemet i detta läge skulle framstå som orättvist. Av detta skäl, menar författaren, kan man förespråka ett system där något slags metod garanterar försvarare åt alla – domstolsförordnanden eller samfundsreglering till exempel. I avsaknad av ett sådant system ligger det på den individuella advokaten att ta sitt moraliska ansvar. Om ett sådant individuellt system ändå lämnar vissa klienter utan advokat, då menar Wolfram att lösningen bör ligga i det sociala och politiska systemet och inte i ett tvång för den enskilda advokaten. Författaren tycks mena att de dispositiva reglerna i både *Model Code* och *Model Rules* till viss del utgör en sådan lösning, genom att de individuella advokaterna har ett icke tvingande åliggande att acceptera en viss mängd impopulära uppdrag: "For an individual

21. Michael E Tigar: "Setting the Record Straight on the Defense of John Demjanjuk", Legal Times, 6 september 1993.

lawyer, that pits the professional statement of the social ethic of universal legal representation against a lawyer's possible individual moral values.[22]

Som synes diskuterar Wolfram problemet ur två synvinklar: han talar om dels den individuella advokaten, dels det han kallar det sociala och politiska systemet. Individen och hennes privata moraluppfattning skall sammankopplas med – eller rent av ställas mot – det amorfa subjekt som kallas "systemet". Svårigheten med att ge en sådan modell ett logiskt förklaringsvärde ligger i Wolframs glidande formuleringar. Wolfram förklarar inte riktigt vad han menar med "det politiska och sociala systemet". Kanske avser han det skyddsnät som det amerikanska rättssamhället erbjuder i form av *pro bono* och *court appointments*. Om det är så Wolfram menar, så borde "systemet" i princip vara synonymt med normgivaren. I mina ögon haltar Wolframs resonemang något, eftersom "systemet", för att verkligen fungera, också måste ha mandat att utfärda tvingande regler och makt att sanktionera dessa. Det är ju inte "systemet" som försvarar den impopuläre, utan det är en enskild advokat. Om systemet har mandat att utse en viss person till försvarare, så innebär detta också ett tvång riktat mot den individuella advokaten. Individuellt tvång var exakt det Wolfram inte ville införa, etcetera etcetera.

Jag menar att det är enklare att utgå från ideologierna – ideologierna hos de enskilda advokaterna och ideologierna som reglerna ger uttryck för. Om man anammar en teori om olika advokatskolor som får representera olika advokatideologier, så kan man enkelt åskådliggöra problematiken genom metaforen om "advokatmarknaden" och visa att i en marknad där ideologisk pluralism råder, kommer – utan att tvångsregler finns – alltid några advokater att ta de impopulära försvaren.

När det gäller svenska förhållanden står det klart att advokat i Sverige har fullständig valfrihet att acceptera eller avböja varje uppdrag som erbjuds henne. Det enda undantag som ges är att advokat i vissa fall är *skyldig* att avböja erbjudet uppdrag. Det främsta skäl som grundar sådan skyldighet är då risk föreligger för att advokaten inte obundet kan tillvarata klientens intressen, vilket framgår av såväl lag som regler om god advokatsed.

Utanför det mycket begränsade område, som utgörs av sådana uppdrag som advokaten är skyldig att avböja, ligger således alla de övriga uppdragen. Man kan säga att där ligger alla de uppdrag, som advokaten får, men inte behöver acceptera, om hon inte vill. En sådan fullständig frihet för advokaterna kan naturligtvis leda till att vissa typer av klienter aldrig erhåller någon advokat. Som ovan har konstaterats, har svenska staten för alla allvarliga och/eller komplicerade brottmål genom internationella åtaganden garanterat att den tilltalade skall kunna biträdas av försvarsadvokat. Jag har inte funnit något fall ur svensk praxis där den tilltalade i slutänden stått utan försvarare trots att han var processuellt berättigad därtill och önskade försvarare. I Sverige har via lagstiftning, rättegångsordning och tillgången på advokater som på frivillig väg accepterar försvararuppdrag, problemet med "rätt till försvarare för alla

22. Se Wolfram a.a. s. 574–575.

tilltalade" fått sin lösning. Det är lätt att se att lagstiftningen och rättegångsordningen inte ensamma utgör en lösning. Det är endast i den mån lagstiftaren och staten kan räkna med advokaternas accept av uppdrag, som det hypotetiska problemet undanröjs.

Det är tydligt att ideologisk pluralism i en marknadsmodell som den svenska eller amerikanska utgör en smidig lösning på ett i teorin mycket besvärligt problem.

Är det då verkligen så att det svenska "systemet" – normgivare, stat, doktrin – medvetet odlat en sådan pluralism för att garantera tillgången på försvarare till alla utan att behöva införa en tvångsregel för advokaterna? Troligen inte. Som framgår av den utredning jag ovan redovisat, har lagstiftarens produkter knappast styrts av några idéer om advokaternas personliga uppfattning om yrkesfrågor. Inte heller visar historiska återblickar på advokatsamfundets inställning i frågan att man strävat efter att lösa etiska dilemman för de enskilda advokaterna. Det är i och för sig riktigt att lagstiftaren – i samarbete med advokatsamfundet – genom lagändringar lagt grunden för dagens fungerande advokatmarknad. Man måste dock hålla i minnet att lagändringarna nästan alltid haft antingen rättsekonomiska syften eller syften att skydda den rättssökande allmänheten från inkompetenta advokater. Det ligger därför närmast till hands att anta att lösningen genom en pluralistisk marknadsmodell är en positiv – men inte medveten – effekt av många samverkande orsaker. De viktigaste orsakerna är säkert gällande processprinciper, relativ frihet för advokaterna inom ramen för god advokatsed och en heterogen advokatkår.

Ideologisk pluralism förutsätter tydligen, för att kunna blomstra fritt, en processordning som ger utrymme för en stark advokatroll, relativ frihet för advokaterna och en heterogen kår. En intressant jämförelse är heterogeniseringen av advokatkårerna i båda "marknadsmodell-länderna", USA och Sverige.

Advokatsamfunden i USA strävade länge efter att bibehålla en homogen advokatkår bestående av en viss typ av moraliskt oantastlig advokat – en advokat som tillika var av vit manlig medelklass med nordeuropeiskt ursprung. De amerikanska advokatsamfundens historia är en historia präglad av diskriminering baserad på ras, religion, kön, etnicitet och familjebakgrund: "...among the first impeti to *have* bar associations was the fear that the children of southern and eastern European immigrants and other undesirables were going to infiltrate the club."[23] De tidiga försöken att hålla advokatkåren "ren" yttrade sig genom rekryteringen till *law schools* och urvalsprinciper för medlemskap i advokatsamfunden och har sedan decennier tillbaka varit föremål för kritisk granskning och självrannsakan bland amerikanska jurister. Det råder ingen tvekan om att den amerikanska advokatkåren i dag bjuder på en

23. Moliterno, 1997, *passim*. Moliterno är i artikeln kritisk mot de nya *lawyer creeds*, ett slags frivilliga moralregler, i den mån dessa innebär en återgång till äldre tiders advokatideal, där tyngdpunkten lades på advokaternas aktningsvärda uppförande gentemot kolleger, klienter och domstolar. Författaren menar att dylik moralisk nostalgi kan komma att bromsa en (önskvärd) utveckling mot professionell pluralism.

mångfald – såväl etnisk som ideologisk – som skiljer sig radikalt från 1800-talets kårstandard.

På liknande sätt, fast givetvis i en helt annan skala, kan man se att det svenska advokatidealet från advokatsamfundets barndom formulerades av en mycket enhetlig skara herrar ur den övre medelklassen som uttryckte en typ av moraliska ideal som inte tycktes skilja sig speciellt mycket sinsemellan,[24] medan man i dag kan räkna med ideologisk pluralism även i den svenska advokatkåren.

Cab rank-principen och dess uttryck för ett vapendragarideal har utan tvekan löst just problemet med djävulens advokat på ett sätt som är både effektivt och praktiskt för advokaterna och rättssäkert för de tilltalade. Den engelska modellen bjuder alltså på ideologisk monism[25] men detta är tydligen ingen nackdel i just denna fråga. Som framgår av kap. 8, tycks emellertid numera den engelska modellen innehålla inslag av marknadssystemet. Det kan alltså vara så att cab rank-staterna i dag i själva verket tillämpar en kombination av de båda modellerna, där marknadskrafterna medverkar till att lösa vissa imperfektioner i systemet.

10.4 Sammanfattning

Jag har i föreliggande del av avhandlingen presenterat ett praktiskt problem som jag kallar "djävulens advokat": hur skall staten kunna garantera försvarare åt personer som är impopulära eller kontroversiella och skall eller bör advokaterna acceptera sådana uppdrag? Jag har valt detta problem av olika skäl. För det första är problemet mycket konkret och enkelt att förstå. För det andra faller det sig naturligt att inleda en avhandling om försvararproblem med den kronologiskt sett allra första frågan som uppstår för försvararen: skall jag ta detta uppdrag eller inte? För det tredje ger problemet en mycket klar och tydlig bild av de olika tankegångar som styr regleringen av advokatfrågor och det går att illustrera med hjälp av de olika modeller som här har presenterats.

Slutligen är just denna fråga en av de enklaste att besvara ur de olika advokatideologiernas synvinkel. Det är fullständigt klart att den skola jag kallar vägvisarskolan inte accepterar tvång för försvararna utan förespråkar valfrihet när det gäller vilka klienter man skall företräda. Det är lika klart att den andra skolan, vapendragarskolan, har som rättesnöre att advokat skall acceptera varje uppdrag, oavsett vem den misstänkte är eller vilket slags fall det rör sig om. Frågan om djävulens advokat visar därför på ett ovanligt tydligt sätt att det finns olika försvararideologier, och att dessa mycket väl kan fungera

24. Se exempelvis "Öfverläggningar inom Sveriges advokatsamfunds Stockholmsafdelning". Stockholm 1898, (även ovan).

25. I just acceptfrågan ger det engelska systemet intryck av att vara vapendragarinspirerat. Som kommer att framgå av del III, är det mycket svårare att finna uttryck för vapendragaridéer när det kommer till barristerns förhållningssätt till klienten och dennes önskemål.

sida vid sida i system som ger utrymme för eller till och med utgår ifrån ideologisk pluralism.

Sammanfattningsvis har jag visat att i de rättssystem eller modeller jag undersökt finns imperfektioner. Grunden för dessa ligger huvudsakligen i det faktum att det existerar en rätt för alla tilltalade att få försvarare, men inte en generell plikt för advokaterna i dessa rättssystem att acceptera försvaruppdrag. I det rättssystem som har en sådan plikt, det engelska, finns i realiteten flera barriärer mellan den tilltalade och den barrister som är ålagd försvarsplikt.

Jag har gjort bedömningen att det visserligen åligger den enskilda staten att tillse att försvarargarantin fungerar, men att den lagstiftning som existerar i marknadsmodellerna inte har tillkommit i syfte att lösa advokatens dilemma i frågan om accept av kontroversiella uppdrag. I cab rank-systemet har problemet funnit en lösning på normativ nivå – men det är av allt att döma inte lagstiftaren, utan advokaterna, som utformat sin lösning själva. Problemet har med andra ord i båda systemen lämnats över till advokaterna själva.

Jag har emellertid också kommit fram till att de två huvudmodeller som presenterats i och för sig tillgodoser försvarargarantin på sätt som är likvärdiga. Varje lösning speglar vissa typiska advokatideal. Varje advokatideologi ger uttryck för sin uppfattning om hur en god försvarare löser problemet med accept av uppdrag. Den engelska lösningen ger uttryck för en vapendragarideologi, medan marknadslösningarna, så som de ser ut i Sverige och USA, ger utrymme för åtminstone två advokatideal: vapendragare och vägvisare.

I detta fall innebär ideologisk pluralism i en marknadsmodell att alla tilltalade faktiskt får försvarsadvokat. Min slutsats i denna del blir att ideologisk pluralism är en förutsättning för att en marknadsmodell skall fungera i praktiken. Den är därmed också en garanti för den enskildes rättssäkerhet.

Del III

Klientinstruktionerna

A. Försvararens dilemma

11 Introduktion

11.1 Fallet med den oskyldige klienten

En kväll för några år sedan i en småstad i Småland hade en man en spritfest tillsammans med sin son och några bekanta. Under kvällens lopp uppstod en meningsskiljaktighet mellan fadern och en av gästerna. Bråket hade sin grund i svartsjuka; båda männen hade en relation till samma kvinna. Ett tumult uppstod, någon drog kniv och faderns antagonist flydde ut i trappan, följd av sonen och fadern. När polis kallades till platsen fann de faderns antagonist död strax innanför porten. Han hade fått tretton knivhugg, varav ett, riktat mot halsen, varit direkt dödande. Sonen, som hade blod på kläderna, greps omedelbart som misstänkt för mordet och fördes till häktet.

En advokat förordnades som offentlig försvarare för den unge mannen. Utredningen var besvärlig, framför allt beroende på att alla som hördes, inklusive sonen och fadern, varit mycket berusade den aktuella kvällen. Såväl sonen som fadern ändrade också ständigt sina uppgifter i förhören. Sonen vidhöll dock att han var den som utdelat huggen och förklarade för sin försvarare att han ville erkänna mordet. Faderns uppgifter stödde i viss mån sonens erkännande, och de övriga gästernas uppgifter talade inte emot att sonen kunde vara gärningsman, även om ingen bevittnat själva mordet.

Advokaten fick emellertid under sina samtal med sin klient och av bevisningen i övrigt snart intrycket av att det i själva verket var fadern och inte sonen, som var den verklige gärningsmannen. När hon konfronterade sin klient med denna uppfattning, blev hon än mer övertygad om att hennes klient var oskyldig. Klienten vägrade emellertid att förklara sig oskyldig och insisterade på att han och ingen annan skulle dömas för mordet.[1]

11.2 Fallet med den skyldige klienten

David K var en ung man misstänkt för fyra brutala mord på pensionärer i ett fridfullt villaområde. Pensionärerna hade bragts om livet genom strypning och kvävning, sparkar mot huvudet och slag. Flera av de kvinnliga offren hade

1. Historien om sonen som ville erkänna ett mord hans far hade begått är ett autentiskt svenskt fall från 1990-talet. Endast vissa detaljer är ändrade.

också blivit våldtagna. David greps och erkände morden (och dessutom flera andra mord) efter ett flera timmar långt förhör, då han befann sig i ett tillstånd av trötthet och narkotikapåverkan.

Den advokat som förordnades som försvarare för David förevisades stora färgbilder av de sönderslagna offren. I synnerhet en förstoring av ett fotavtryck i ansiktet på en 87-årig man etsade sig fast i försvararens medvetande. Advokaten insåg att David kunde vara gärningsman. När David och hans advokat samtalade i enrum berättade David att han begått alla morden, men att han inte hade något att vinna på att erkänna, eftersom det i alla fall skulle bli fråga om livstidsstraff. David talade om för sin advokat att han ville förneka brotten i huvudförhandlingen och om möjligt bli frikänd. Advokaten insåg att den enda försvarslinje som kunde nå framgång skulle vara att angripa förhöret där David erkänt.[2]

11.3 Handlingsalternativen: klientsamtalet och rättegången

En försvarare har i de beskrivna situationerna att fatta två olika typer av beslut. Det första beslutet är knutet till det som händer under samtalet med klienten – alltså före själva rättegången – och det andra beslutet rör det sätt på vilket advokaten genomför processen.

Det finns i princip två sätt på vilka försvararen kan hantera samtalet med klienten, ett där hon förhåller sig mer eller mindre neutral och ett där hon är mer eller mindre dominant. Hon kan enligt den mest neutrala varianten göra så att hon inte alls kräver att klienten berättar sanningen eller så kan hon kräva att klienten berättar allt men försöka bibehålla sin egen neutralitet avseende de fakta som framkommer. En sådan variant kallar jag *sanningsneutral*. En helt annorlunda, och mer *dominant* strategi är att advokaten tar kontroll över klienten och förmår honom att tala sanning även i den kommande rättegången, alternativt kan hon enligt en mjukare linje ta upp frågan om att tala sanning och inleda ett samtal om moral med klienten, med målsättningen att klienten själv skall komma fram till att han vill tala sanning.

Avseende själva processen ställs försvararen inför följande handlingsalternativ:

I) följa klientens instruktioner,
II) gå emot klientens instruktioner,
III) inte direkt gå emot klientens önskemål men försöka med en processteknik som bibringar rätten advokatens övertygelse, *eller*
IV) avsäga sig uppdraget som offentlig försvarare.

2. Historien om den unge mördaren David och försvararen som trots svåra samvetskval arbetade för att få honom fri är autentisk och hämtad från Randy Bellows: Notes of a Public Defender (The Social Responsibility of Lawyers: Case Studies 69–72, Philip B Heymann & Lance Liebman eds., USA 1988).

11.4 Problemställning

En central fråga som uppkommer i de flesta problem kring försvararrollen är den som rör försvararens ställning i förhållande till klienten. Ett klassiskt fall är det dilemma som uppstår då klienten och hans försvarare har olika uppfattning i skuldfrågan.

I sin allra mest klassiska form brukar problemet vara att klienten förnekar skuld inför domstolen men erkänner inför försvararen och kräver att denna skall verka för ett frikännande. Inte sällan hör man advokater avfärda problemet som teoretiskt, påstå att det aldrig händer eller att det bara är lekmän som intresserar sig för sådana frågor. I själva verket brottas advokater ofta med sådana här dilemman, även om det kanske inte är vanligt att klienten öppet erkänner brottet. Klienten kan i stället mellan fyra ögon anförtro sin advokat viss information, som har stor eller till och med avgörande betydelse för utgången av målet. Det kan också vara så att advokaten från en annan källa än klienten bibringas en bestämd uppfattning i skuldfrågan. I sådana situationer ställs advokatens lojalitetsplikt mot klienten på svåra prov. Advokaten måste ta hänsyn till såväl tystnadsplikten som plikten att inte ljuga för domstolen. Mot tystnadsplikten kan också andra intressen ställas, som till exempel hänsyn till rättsordningen och moraliska hänsyn.

De grundläggande frågorna, antingen klienten är skyldig eller inte skyldig, är desamma: Skall försvararen kräva att klienten talar sanning? Skall försvararen bilda sig en uppfattning i skuldfrågan? Skall försvararen i allt utföra det hennes klient begär eller skall hon genomföra uppdraget i enlighet med sin egen uppfattning om vad som är lämpligt?

Problemet rör dels frågan om försvararens ställning i processen, dels förhållandet mellan försvarare och klient. Annorlunda uttryckt finns en juridisk sida av saken och en rent advokatetisk.

Den juridiska sidan handlar om i vad mån en advokat är bunden av klientens instruktioner. Är klienten försvararens uppdragsgivare i civilrättslig mening? Kan det vara så att försvararen är bunden i vissa avseenden men inte i andra? Om det är så, hur skall man bestämma vilket område som så att säga är klientens och vilket som är advokatens? En faktor som bidrar till att göra problemet besvärligt är att det är svårt att finna något entydigt svar i lag och god advokatsed. I den mån frågan är reglerad, kan det i alla fall mycket lätt bli så att advokaten "tar över" beslut som egentligen klienten ensam borde fatta.[3]

Den advokatetiska sidan av dilemmat rör grundläggande aspekter på hur försvararen uppfattar hela sin yrkesroll: är det hennes uppgift som försvarare att i sitt samtal med klienten söka påverka denne att fatta ett visst, klokt eller

3. "Both the Model Rules and the Code are open to variant interpretations. One is the cooperative model... A different interpretation is that both documents accept both the hired-gun and the lawyer-dominant models but allocate decisions between client and lawyer depending on the nature of the matter to be decided. Whatever the lawyer codes might provide, it is commonly believed that in many cases lawyers in fact make decisions that the professional codes reserve exclusively for clients." Wolfram s. 156, not 69.

gott beslut? Ingår det i hennes roll som försvarare att alltid göra som klienten önskar, helt enkelt därför att han önskar det, eller är det hennes uppgift att alltid söka uppnå det resultat som är "bäst" för klienten? Vad är i så fall bäst? Att bli friad? Om det är svårt att finna svar på de juridiska frågorna i de traditionella källorna, är det än svårare att finna svar på de etiska.

Som synes omfattar dilemmat flera centrala frågor, såväl av etisk art som av mera praktisk karaktär. Eftersom det är ett dilemma, kommer problem att uppstå för advokaten antingen hon gör på det ena eller det andra sättet.

Vi skall göra en snabbgenomgång av handlingsalternativen, innan vi tränger djupare in i problematiken.

Om vi börjar från början och diskuterar hur advokaten kan hantera det inledande samtalet med sin klient, ser vi att om advokaten förhåller sig extremt neutral i förhållande till frågan om sanning och skuld, så tar hon inte alls upp frågan om vad som verkligen hänt. Advokaten anser här att hon över huvud taget inte får bilda sig någon uppfattning om klientens skuld – vad hon må tycka eller tro är irrelevant. Om hon inte tar upp frågan riskerar hon inte heller att påverka klienten eller "få reda på" omständigheter som påverkar hennes egen inställning. För klientens del innebär alternativet att han ges fullständig autonomi och garanteras frihet på flera plan: han är fri från påverkan av sin advokat, samtidigt som en stark advokat garanterar frihet från statliga övergrepp. Å andra sidan kan det bli mycket svårt för advokaten att lägga upp försvaret i den kommande processen. Klienten isoleras också fullständigt och tvingas själv ta allt ansvar för eventuella konsekvenser, eftersom hans advokat vägrar att fungera som rådgivare i just skuldfrågan.

Den variant av sanningsneutralitet som innebär att advokaten tar upp frågan om sanningen i fallet men försöker bibehålla sin egen neutralitet avseende de fakta som framkommer, kan vara ett sätt att visa respekt för klienten och hans beslut och samtidigt få reda på så mycket som är nödvändigt för att man tillsammans med klienten skall kunna lägga upp försvarsstrategin. Å andra sidan är fullständig neutralitet svår att upprätthålla i förhållande till klienten, t.ex. om klienten berättar att han är skyldig och att han tänker ljuga i rättegången. Advokatens passivitet kan också av klienten tolkas som tyst medhåll. Precis som i den första neutralitetsvarianten isoleras klienten i sitt svåra beslut rörande hur mycket han skall berätta, och får inget stöd av sin försvarare.

Den omvända, mer dominanta och mindre neutrala strategin, är att advokaten tar kontroll och förmår klienten att tala sanning. I ett sådant fall tar advokaten helt över och fattar klientens svåra beslut åt honom. Klienten, som ofta är svag och i underläge, kan tycka det är skönt att en stark auktoritetsfigur tar över och kan känna lättnad över att få lätta sitt hjärta, i synnerhet om han är skyldig. Nackdelen med detta alternativ är att klienten fråntas varje möjlighet till att själv fatta sitt beslut och därmed utveckla sin egen känsla för vad som är rätt och riktigt. Advokatkontroll av detta slag innebär att ingen respekt alls visas för klientens autonomi.

Den mjukare varianten – att ta upp frågan om erkännande och inleda ett moraliskt färgat samtal med klienten – ger såväl försvarare som klient tillfälle

till moralisk utveckling och kan bereda vägen för ett rättvist och materiellt riktigt resultat i processen. Ett moraliskt orienterat samtal av det slag det här är fråga om syftar till att få klienten att självmant komma fram till att han skall tala sanning – oavsett om han är skyldig eller oskyldig. I det långa loppet kan en sådan här öppenhet vara värdefull för klienten. Å andra sidan är det svårt för försvararen att ge tillräckligt med utrymme åt klientens eget beslut. Risken är stor att försvararen missbrukar sin ställning och påverkar klienten att fatta det beslut advokaten anser vara det riktiga. Det kan också vara en tidsödande och psykologiskt krävande process. Och är det över huvud taget en försvarares uppgift att fungera som ett slags moralisk biktfader?

Vi går nu över till de fyra konkreta handlingsalternativ som står till buds avseende själva processen.

Handlingsalternativ I) innebar som sagt att advokaten följde klientens instruktioner. Det konkreta dilemmat i ett fall där klienten är oskyldig är följande: om försvararen gör som klienten vill, så har hon i och för sig tillmötesgått sin huvudman. Samtidigt har hon emellertid aktivt verkat för att en oskyldig person – som dessutom är hennes egen klient – blir fälld. Vidare, om hon gör som klienten vill och medverkar till att denne blir fälld trots sin oskuld, hur går det då med advokaternas plikt att medverka till god rättskipning och att inte föra domstolen bakom ljuset? Och hur påverkas advokatens egen karriär av ett sådant här beslut? I vilken dager kommer advokaten om sanningen så småningom kommer fram och det blir resning i målet och åtal mot den verklige gärningsmannen? Framstår hon inte då bara som ett hjälplöst instrument i klientens hand? Skall hennes ursäkt då vara att en advokat aldrig kan veta om klienten talat sanning? Om klienten tvärtom är skyldig och advokaten trots detta medverkar till att han blir friad, har advokaten givit stort utrymme åt klientens eget önskemål och uppfyllt de krav som många anser att en försvarare skall göra, nämligen att alltid försöka uppnå en utgång som är lindrigast för klienten. Kravet speglar en utbredd föreställning om hur en god försvarare skall handla. Emellertid har en försvarare av denna typ också medverkat till att en skyldig brottsling går fri. Den advokat som alltid följer klientens önskemål kan kritiseras som omoralisk eller amoralisk, ansvarslös och cynisk.[4]

Handlingsalternativ II). Om advokaten går emot den oskyldige klientens instruktioner och pläderar för frikännande dom, har hon i och för sig medverkat till att fria sin oskyldigt misstänkta klient, något som åtminstone vid första påseendet kan tyckas vara en försvarares huvuduppgift. Dessutom har hon i ett vidare perspektiv medverkat till en materiellt riktig dom och hon har kunnat utforma sin processföring på ett öppet och sanningsenligt sätt.

4. Sådana beskyllningar drabbade advokaterna i det s.k. Lake Pleasant-fallet i hög grad. Advokaterna hade trots en enorm press från anhöriga förtigit att de kände till var kropparna efter ett par unga flickor var begravda. Flickorna hade mördats av deras klient Garrow, som i enrum talade om var de låg begravda. Mer härom i kap. 13. Det förtjänar framhållas redan här att vapendragaridealet inte rimligtvis kan sägas vara amoraliskt. Att hylla och tillämpa ett ideal som vapendragarens går att rättfärdiga moraliskt, varom mer kap. 14.

Å andra sidan har hon, som är den enda person i hela rättsapparaten som står på den tilltalades sida, gått direkt emot sin klients uttryckliga önskan. Är inte det att vara illojal mot klienten? Ger hon inte därmed uttryck för en paternalistisk eller elitistisk inställning till klienten: "jag vet bäst för jag är din advokat"? Försvararen tvingas också till besvärliga, subjektivt färgade ställningstaganden, som rör frågor om skuld och sanning. Detta är problematiskt för hennes roll som advokat, eftersom hon kan kritiseras för att uppträda som domare gentemot klienten. Samma kritik kan resas mot en advokat som går emot en skyldig klients önskemål om att bli frikänd: advokaten fungerar som domare och avgör själv vad som är rätt och fel, sanning och lögn.[5] Hon kan visserligen hävda att såväl hon som, i det långa loppet, klienten, har renat sina samveten[6] och att hon har "hjälpt" klienten att betala sin skuld till samhället. Men är detta verkligen förenligt med försvararrollen?

Handlingsalternativ III). Att försöka med ett mellanting kan ju verka som en god lösning på dilemmat. Det är säkert också så här som många advokater faktiskt gör. I fallet med den oskyldige klienten framhåller försvararen för domstolen att erkännande inte är tillräckligt bevis och antyder på olika sätt att den tilltalade är oskyldig. I fallet med den skyldige klienten antyder man tvärtom att klienten bör fällas. Man pläderar och förhör på ett sådant sätt att man skickligt undviker att visa sin inställning på det ena eller andra hållet, men så att man ändå främjar det resultat man önskar. I den advokatetiska litteraturen brukar en sådan förhörs- och pläderingsteknik kallas för "passiv" (se bl.a. kap. 14, 17 nedan).

Om man hårdrar en sådan här passiv processteknik så är den dock egentligen inget annat än lösning nummer två i förklädnad. Även detta handlande går ju emot klientens intresse, om det ytterst syftar till att dennes önskan inte skall uppfyllas. Passiv processteknik kan också kritiseras som manipulativ. Oavsett vad man har för moraliska synpunkter på passiv processföring, är det en processteknik som ställer stora krav på advokatens list och skicklighet. Det gäller verkligen att kryssa mellan blindskären, för att inte överträda konkurrerande regler om lojalitetsplikt, tystnadsplikt och sanningsplikt.

5. I TSA 1975 s. 359 hade två pensionärer åtalats för otukt med barn respektive otuktigt beteende. Brotten förnekades. Försvararen i målet biträdde sina huvudmän på ett sådant sätt att det framgick att han trodde de var skyldiga. Den ena tilltalade blev fälld, fortfarande mot sitt nekande. På grund av advokatens sätt att företräda klienterna, återkallade tingsrätten hans försvararförordnande. Situationen blir intressant om man hypotetiskt tänker sig att de tilltalade hade varsin försvarare, där den ena medverkade till att klienten blev fälld så som skedde i fallet, medan den andra aktivt verkade för en friande dom. Fallet kommenteras nedan. I en amerikansk mordrättegång, State v. Holland, 876 P2d (Utah 1994), blev försvararen avvisad av Utah Supreme Court på grund av att han uppmanat klienten att erkänna och i en inlaga till domstolen i ett annat mål beskrev sin klient Holland som en "prime candidate for the death penalty". Även detta fall kommenteras nedan.

6. Enligt ett synsätt kan klienten själv bli lidande om han blir friad trots att han är skyldig, se Leijonhufvud i a.a. s. 12. Leijonhufvud anser att "advokater... som (får) incestmisstänkta frikända ... i sin nit (gör) ett etiskt misstag som drabbar klienten" och att advokaterna i stället borde hjälpa den skyldige att få det straff och den behandling han bör ha. Jämför en mera djuplodande analys av erkännandets värde för den tilltalade i Cochran a.a. Mer härom nedan.

Handlingsalternativ IV). Att avsäga sig försvararuppdraget kan kanske framstå som en lämplig utväg ut ur ett svårt dilemma. Om advokaten inte kan biträda klienten med att föra domstolen bakom ljuset och få en oskyldig fälld eller en skyldig friad och inte heller kan agera i strid med vad klienten vill, så finns kanske ingen annan lösning än att frånträda.

Emellertid är detta ingen bra lösning. Den är ur idealtypifieringssynpunkt oren, eftersom advokaten "smiter undan" sitt val genom att frånträda. En advokat som väljer att följa respektive inte följa klientens instruktioner har tydligt tagit ställning för det ena eller det andra synsättet. Ett frånträdande medför att det kan bli lite svårare att identifiera advokatens ideologiska inställning. Som skall visas längre fram, kan alternativet att frånträda tolkas i den ena eller den andra ideologiska riktningen. En sådan oklarhet kan visserligen te sig som ett rent teoretiskt problem som förmodligen inte har någon betydelse för den praktiska rättstillämpningen.

Frånträdandet som handlingsalternativ är emellertid också problematiskt att försvara ur etisk synpunkt. Hypotetiskt sett kan ständigt frånträdande försvarare medföra samma problem som försvarare som vägrar acceptera kontroversiella uppdrag, dvs. *last lawyer in town*-problematiken: klienter som kan betecknas som besvärliga eller alltför självständiga i förhållande till sin försvarare förnekas då den *access to justice* som en rättsstat skall garantera alla medborgare.

Frånträdandet är ingen bra lösning ur praktisk synpunkt heller: problemet kan ju återkomma i all oändlighet för nytillträdda försvarare. Ständiga försvararbyten medför att lösningen blir olycklig också ur processekonomisk synpunkt.

En annan viktig praktisk aspekt är av klassisk advokatetisk natur. Det är inte alltid så lätt för en försvarare att frånträda utan att skada klientens sak. Enligt reglerna om tystnadsplikt får inte advokaten avslöja för domstolen vad klienten sagt i förtroende. Om advokaten ändå gör det i fallet med den oskyldige klienten: "min huvudman har erkänt men jag misstänker att han är oskyldig", då har hon i alla fall gått emot klientens instruktioner som i lösning nummer två. Om advokaten i det andra fallet begär sitt entledigande för att klienten är skyldig, får hon inte på något sätt antyda skulden för domstolen, eftersom det skulle skada den misstänktes sak. Och kan inte advokaten ange något skäl är det inte säkert att domstolen entledigar henne. Praktiska advokatetiska problem av detta slag kan medföra att advokaten känner sig tvungen att konstruera en förtroendeklyfta mellan sig och klienten för att kunna bli befriad från uppdraget utan att någon skugga faller över vare sig klienten eller henne. Även av detta skäl är frånträdandet en oren lösning, eftersom det kan föra med sig dimridåer av omständigheter som framstår som faktiska men inte är det.

11.5 Idealtypernas val

Vi har sett att de konkreta vardagsfrågor som en försvarare ställs inför kan innefatta intrikata dilemman. Vi har också sett vilka problem som närmare bestämt kan uppstå beroende på vilket val advokaten träffar när hon skall välja lösning. Vi skall nu helt kort visa hur våra idealtyper kommer att välja.

När det gäller det inledande klientsamtalet kommer vapendragaren att välja något av de sanningsneutrala alternativen, dvs. att antingen helt avstå från att ta upp frågan om sanning och skuld eller att ta upp den men sedan förhålla sig neutral och utgå från klientens beslut.

Vapendragaren kommer följaktligen inte heller att anlägga några synpunkter på vilken målsättning som objektivt sett kan verka vara det bästa för klienten. När det gäller upplägget av processen kommer vapendragaren därför att välja handlingsalternativ I), att följa klientens instruktioner. Hon gör som klienten önskar helt enkelt därför att han önskar det. "Klientens intresse" är för vapendragaren det intresse som klienten själv ger uttryck för att han har, dvs. ett subjektivt klientintresse.

Vägvisaren är i motsats till vapendragaren en advokattyp som fattar beslut grundade på den egna, personliga uppfattningen att materiell sanning främjar ett gott rättsliv. För att kunna genomföra försvaret av klienten på det sätt hon anser bäst, kommer vägvisaren att kräva att klienten berättar sanningen för henne. Hon kan styra och kontrollera ett beslut om t.ex. ett erkännande i högre eller lägre grad, men enligt någon av de mer dominanta strategierna kommer vägvisaren i klientsamtalet att söka påverka klienten att agera "moraliskt korrekt".

På samma sätt arbetar vägvisaren i processfrågorna. Hon kan då välja handlingsalternativ II), att gå emot klientens önskemål och genomföra försvaret i enlighet med sin egen uppfattning om vad som är rätt. Vägvisaren skaffar sig – i motsats till vapendragaren – en personlig uppfattning om saken och om klientens skuld. När hon fattar sitt beslut om hur hon skall agera, väger hon in flera andra intressen än klientens.

Vidare är det så att om vägvisaren skall besluta sig för ett alternativ som är i klientens intresse, väljer hon det alternativ som bäst överensstämmer med klientens bästa ur objektiv synpunkt. I fallet med den oskyldige klienten är inte klientens bästa det som denne önskar, utan klientens bästa är att bli frikänd. Om vägvisaren får uppfattningen att klienten är skyldig, kan hon tänka sig att medverka till en fällande dom därför att detta i det långa loppet är det bästa för klienten. Det är också det bästa för samhället.

Den advokattyp som väljer passiv processteknik (handlingsalternativ III) har inte profilerat sig lika tydligt som de, som valde något av de båda första alternativen. Skall man hänföra mellanalternativet till någon idealtyp, är det vägvisaren som passar bäst. Typiskt för vägvisaridealet är ju att advokaten söker genomdriva sin egen uppfattning om det bästa för klienten och för rättsordningen.

Frånträdandet (handlingsalternativ IV) är i första hand ett alternativ som väljs av vägvisartypen. Man kan utan svårighet föreställa sig en situation där vägvisaren absolut inte vill göra som klienten begär men av någon anledning inte öppet kan gå emot sin klient i processföringen eller inte kan förmå klienten att tala sanning och till exempel erkänna om han är skyldig.

Det är emellertid tänkbart att även vapendragaren kan välja att frånträda. Vapendragaren kan ställas inför en situation där inte ens hon kan företräda klienten i enlighet med hans önskemål, kanske för att det är alltför uppenbart att klienten ljuger. Vapendragaren skulle inte anlägga några moraliska synpunkter på klientens förhållningssätt, men skulle kanske ta hänsyn till de risker som en sådan process kan innebära för hennes egen del. I ett läge där upptäcktsrisken är så stor att hon knappast kan förhöra vittnen, ta in bevisning eller plädera utan att överträda sin sanningsplikt, skulle kanske även hon välja att frånträda.

11.6 Disposition

Denna del av avhandlingen skall analysera problemet med klientinstruktionerna ur två olika perspektiv. Det första perspektiv vi skall anlägga är aktörernas eget. De båda idealtyperna får representera de olika föreställningar som finns om hur en god försvarare skall vara. Aktörernas perspektiv visar oss det som inte normgivarna visar oss: de mer eller mindre (o)preciserade idéer och föreställningar som ligger bakom ett visst försvararideal och de konkreta handlingssätt som idéerna ger upphov till.

Det andra perspektivet ger oss en klassisk dogmatisk analys av normgivarnas uppfattning om hur en god försvarare bör förhålla sig till klientinstruktionerna. Som skall visas i introduktionen till den dogmatiska delen, måste man delvis gå "bakvägen" för att få ut något av lagstiftarens och advokatsamfundets regler och praxis. Normgivaren har i stort sett endast givit en ram för försvararuppdraget. Det är försvararideologierna som fyller ut ramen.

För att förstå de uppfattningar och argument som finns, behöver man båda perspektiven. De kompletterar varandra och ger tillsammans en heltäckande bild.

Föreliggande del av avhandlingen, del III, kommer att disponeras på följande sätt.

Del III A fungerar som introduktion.

I del III B, Argumentationsanalys, presenteras de idéer och föreställningar som ligger bakom de två försvararidealen. Skälen för idealen (kap. 12) ger vägledning för idealtypernas agerande i det konkreta fallet (kap. 13). Innan vi får ta del av hur vapendragare respektive vägvisare typiskt sett hanterar klientinstruktionerna, går jag på ett generellt plan igenom ett par centrala frågor, nämligen tystnadsplikten och alternativhypotesen. De två idealen skall slutligen rättfärdigas med hjälp av principiellt bärande argument i kap. 14, där de olika argumenten också ställs under kritisk granskning.

Del III C, Gällande rätt och samfundsnorm, är en undersökning av normgivarens uppfattning om hur en försvarare bör hantera ett dilemma som klientinstruktionerna kan ge upphov till. Dispositionen av del C anges närmare i dess inledning.

I det sista kapitlet, 18, skall jag kort och sammanfattningsvis försöka visa att om frånträdandet (av etiska och praktiska skäl) inte är ett möjligt alternativ för försvararen, så finns ingen annan vägledning för henne än försvararideologierna. När hon väljer en lösning, så väljer hon den lösning som speglar hennes uppfattning om hur en god försvarare skall vara.

B. Argumentationsanalys

Bakom aktörerna, som vi känner under typnamnen vapendragaren och vägvisaren, ligger vissa idéer om den goda försvararens förhållningssätt till omvärlden i ett vidare perspektiv. Ett brett grepp kring dessa idéer ger oss ett slags världsbild – en ideologi – som försvarartyperna bär med sig. Denna ideologi utgör en kompass för advokaten när hon, ställd inför ett dilemma, skall träffa ett val. Skulle hon avkrävas en förklaring till varför hon agerar som hon gör, skulle hennes argument gå att härleda till de ursprungliga idéerna om hur en god försvarare skall vara. Jag har lagt upp föreliggande del, III B, kring den här tankegången.

12 Idealtypernas förhållningssätt

I den inledande delen till denna avhandling har jag presenterat de två huvudrollsinnehavarna i denna undersökning och givit dem vissa identitetsdrag.

Jag skall i en kort sammanfattning lyfta fram de specifika idéer idealtyperna representerar som har betydelse för just det dilemma vi skall undersöka, nämligen frågan om klientinstruktionerna.

12.1 Vapendragaren – det klientcentrerade idealet

> Det är bättre att tio skyldiga går fria än att en oskyldig fälls.
> – William Blackstone[1]

Den advokatideologi som förespråkar att advokaten skall godta klientens ord och följa klientens instruktioner är vapendragarideologin. Det klientcentrerade advokatidealet utgår i hög grad från individens rättigheter, något som står i samklang med grunderna i den klassiska liberalismen. Enligt ett sådant synsätt bör som bekant alla tillförsäkras friheten att handla efter egen vilja så långt detta är möjligt.[2] Ideologin är därför starkt antipaternalistisk. Enligt

1. "It is better that ten guilty persons escape than one innocent suffer", 4 William Blackstone: Commentaries on the Laws of England 27 (1765).

2. Se t.ex. John Stuart Mill som på 1800-talet skriver (On Liberty, 1859) att människan bör ha en absolut rätt att få handla efter sin vilja så länge hon inte ingriper i andras angelägenheter, "Om friheten" (Lund 1995) s. 63, jämför senare tiders John Rawls: "A Theory of Justice" (Oxford 1971) s. 60.

antipaternalistiska principer borde advokaten inte bara låta klienten få sin vilja igenom när det gäller valet mellan flera likvärdiga (lika goda eller lika kloka) alternativ, utan också när klienten träffat ett val som kan innefatta ett oetiskt handlande.[3] Ur ett individuellt perspektiv kan det därför inte råda någon tvekan om vilket intresse advokaten skall främja. Att individens handlingssätt kan ge upphov till icke avsiktliga systemiska resultat påverkar inte vapendragarens inställning.[4] I detta avseende betraktar vapendragaren systemet från ett individuellt perspektiv. Systemet är ett handlingsfält där advokaten skall inta den *individuella klientens position;* de handlingar som den enskilda advokaten utför omfattas inte av det moraliska börats värld. Systemet som helhet fungerar rättvist om advokaten koncentrerar sig på klientens intressen (oavsett om dessa förefaller omoraliska). Inte heller handlandets konsekvenser påverkar advokatens beslut att låta klientens preferens avgöra. I vapendragarens roll ligger inte att döma eller utreda skuld, hon är försvararen som försvarare, *lawyer qua lawyer.*

Ett "äkta" fritt val för individen skall ur denna försvararideologiska synpunkt förstås som inte bara frihet från staten (t.ex. från att frihetsberövas och dömas utan *due process*), utan också frihet från advokaten. Detta kan låta lite paradoxalt – advokaten är ju där för att garantera klientens frihet från övergrepp (se del II). Idén om frihet även från advokaten går emellertid väl ihop med de andra vapendragaridéerna. Det val klienten skall träffa skall vara fritt. För att kunna träffa sitt val, måste klienten känna till alla sina möjligheter. Advokaten gör detta möjligt genom att identifiera alla dessa valmöjligheter för klienten. Efter att ha gjort en sådan presentation, skall advokaten hålla sig neutral. Neutraliteten i förhållande till klientens person och sak kan bara upprätthållas om advokaten inte ger uttryck för någon preferens eller åsikt, utan låter klienten välja själv.

Man skulle kunna beskriva situationen så, att advokaten avtäcker det smörgåsbord, som redan står uppdukat men som klienten inte kan se. Det är därefter klienten – och inte advokaten – som väljer och vrakar bland det som bjuds på smörgåsbordet. Det klienten har valt skall advokaten servera, även om advokaten personligen tycker att klienten borde valt något annat. Av det antipaternalistiska skälet följer alltså att advokaten måste ha ett starkt klientorienterat förhållningssätt för att kunna garantera klienten fullständig tillgång till de individuella rättigheter som den positiva rätten erbjuder: maximal frihet inom lagens ram.

3. Jämför Hazard: Ethics in the Practice of Law 136 (1978), "(m)any courses of action taken by a client are 'wrong' at least in the exacting sense that they are not what would be done by a supremely moral person unconcerned with costs. If this were the standard by which a lawyer should judge whether to continue his association with a client, there would be few of either clients or lawyers."

4. Ett icke avsett systemiskt resultat kan uppstå exempelvis i sådana fall som lagstiftaren inte har förutsett, fall där konsekvenserna kan förefalla absurda i det enskilda målet eller där "luckor i lagen" utnyttjas på ett sätt som inte står i samklang med lagens *ratio.*

En amerikansk överrätt uttryckte apropå detta problem:

> "the client 'chooses' from 'options' identified by the lawyer. Client-centered counselors go to great lenghts to see that the client is not influenced by the lawyer. One client-centered counseling text goes so far as to suggest that if clients 'wants to know what the lawyer would do... lawyers should refrain from stating what they would do.' For client-centered counselors, 'client autonomy is of paramount importance'."[5]

Av flera skäl måste vapendragarskolan vara just så rigid som den är i frågan om klientautonomi. Det som ur advokatens synpunkt kan te sig som ett gott råd från en människa till en annan, kan oerhört lätt bli till en inflytelserik påverkan på klientens val. Inställningen är att varje försök till en jämlik diskurs mellan advokat och klient är dömd att misslyckas. En advokat och en typisk brottmålsklient är inte jämlikar, varken socialt, ekonomiskt, kulturellt eller intellektuellt.

Inte ens om klientens val ur objektiv synpunkt förefaller klart oklokt för klienten, skall advokaten gå emot dennes fria vilja. I fallet med den oskyldige klienten skulle det innebära att om klienten vill bli dömd för ett brott som han inte begått så skall advokaten medverka till att klienten får som han vill, oaktat de moraliska och rättspolitiska eller taktiska invändningar som kan resas mot ett sådant handlande.

I fallet med den skyldige klienten som vill neka inför rätta och bli frikänd anlägger inte vapendragaren några personliga moraliska aspekter. Hon förhåller sig moraliskt neutral och genomför klientens önskemål.

Den klientcentrerade advokatmodellen lär oss att advokaten är neutral, att maximal klientautonomi är det högsta goda och att statens rättssystem fungerar i stort sett tillfredsställande om aktörerna följer spelreglerna och koncentrerar sig på att främja sin egen (dvs. sin huvudmans) nytta. Vi känner igen de nyckelord som användes i del I, kap. 3 för att beskriva idealtyperna.

Antipaternalism betyder att vapendragaren hyllar principen som säger att en människa – klienten – själv skall få bestämma över sitt eget liv.

Moralisk neutralitet innebär att vapendragaren i sin roll som extremt klientcentrerad advokat förhåller sig värderingsmässigt neutral till klientens person och sak.

Spelregler och egennyttiga aktörer innebär att vapendragarens position i processen är fixerad till klientens "ringhörna" där hon utnyttjar spelreglerna så att hon endast främjar klientens nytta, därför att systemet (spelet) fungerar bäst på det sättet. Hon är därmed rolltypisk: försvararen som klientens försvarare och ingenting annat.

5. Citerat ur det amerikanska brottmålet State v. Holland, där den tilltalade Hollands försvarare blev avvisad av Utahs högsta domstol på grund av att denne uppmanat klienten att erkänna ett mord. Domarna i Supreme Court (som var starkt kritiska till Hollands försvarare) yttrade bland annat att en försvarsadvokats uppgift är att låta sin klient träffa sina val utan advokatens påverkan. Se Cochran, a.a. s. 338–339 (med noter), som kommenterar och citerar State v. Holland. Cochran är kritisk mot Utah Supreme Court och dess vapendragarvänliga förhållningssätt i fallet.

Alla tre nyckelord ger uttryck för en starkt klientcentrerad försvararideologi.

Som vi ser ställs nu de frågor som presenterades i kapitel 11 som "försvararens dilemma" verkligen på sin spets. Det val försvararen träffar när hon skall besluta sig för att följa respektive inte följa klientens instruktioner, hänger till mycket stor del på vad hon har för inställning till klientautonomin.

12.2 Vägvisaren – det auktoritära idealet

Det är inte bättre att tio skyldiga går fria än att en oskyldig fälls.[6]

Den advokatideologi som förespråkar att advokaten skall eftersträva att finna den materiella sanningen i målet och därmed uppmana klienten att tala sanning även inför rätta, och som kan tänka sig att gå emot klientens instruktioner om syftet med dessa är omoraliskt eller orätt, är vägvisarideologin. Den auktoritära advokatmodellen lär oss att en god advokat inte bör inta den extremt klientcentrerade position, som vapendragaren gör. Advokaten bör medverka till materiellt riktiga domslut och till den änden behöver hon anlägga ett synsätt som inte är enögt klientcentrerat; en god försvarare kan behöva uppträda som domare och åklagare för att få fram sanningen. Man kan inte blint lita på att systemet, lämnat åt sig självt, automatiskt producerar ett gott resultat. Vägvisaren betraktar inte systemet på samma sätt som vapendragaren; enligt vägvisaridealet är rättssystemets uppgift – och därmed också aktörernas – att främja sanning och rättvisa. En viss finjustering krävs: för att få en god *output* kan krävas att försvararen tar ansvar för en god *input*. Om vapendragaren är försvararen som försvarare, är vägvisaren försvararen som *officer of the court*.[7]

Vägvisaren tar, som *officer of the court,* hänsyn till andra berättigade intressen än bara klientens. Ett sådant intresse är tredjemansintresset. Det brukar heta i litteraturen att advokatens hänsyn till tredje man aldrig kan ta samma proportioner i brottmål som i tvistemål.[8] Brottmålen utmålas ofta som den typ av mål där utrymmet för ett extremt klientorienterat förhållningssätt är mest legitimt och naturligt.[9] Kan det då finnas något utrymme för hänsyn till tredje mans intressen i de fall som inledningsvis presenterades? Om klienten är oskyldig och vill bli dömd är den som i första hand kommer att lida skada

6. Parafras på den klassiska sentensen "det är bättre att tio skyldiga går fria än att en oskyldig fälls", tillskriven bl.a. William Blackstone. Jämför SOU 1984:15 s. 131: "Att en skyldig går fri och på det viset kan vålla ytterligare skada kan vara lika olyckligt som att en oskyldig blir dömd", samt Sahlin, TSA 1988 s. 260 f.

7. Se 3.4.2.

8. Se t.ex. Zacharias: Reconceptualizing Ethical Roles, 65 Geo.Wash.Rev. 169, 183 (1997), "(W)hen the lawyer represents multiple clients or counsels a client... she may need to consider third-party and societal interests that would seem irrelevant in a criminal trial."

9. Se t.ex. Luban 1988, s. 59, "...criminal defense has features that may uniquely justify zealous advocacy".

klienten själv. I ett sådant fall är det svårt att utpeka något konkret tredjemansintresse som skulle lida skada.[10]

Om däremot en skyldig tilltalad önskar förklara sig oskyldig till brottet och alltså instruerar advokaten att genomföra processen med ett frikännande som målsättning, blir situationen en annan. I den situationen kan en tredjemansskada uppstå. Närmast till hands ligger att se till den oskyldige person, som kan bli dömd för brottet efter att den verkligt skyldige blivit frikänd. Genom att vägra tillgodose klientens önskemål kan advokaten i den konkreta situationen förebygga att en allvarlig skada drabbar tredje man.

Ett uppenbart tredjemansintresse är målsägandens. I Lake Pleasant-fallet (se nedan) förteg försvararna att de kände till var två unga flickor som deras klient hade mördat, låg begravda. De mördades föräldrar, som vädjade till advokaterna att avslöja kropparnas gömställen, hade oerhört starka intressen som led skada. Vissa debattinlägg om Lake Pleasant-fallet gick ut på just att försvararna borde tagit hänsyn till de anhörigas intressen och åsidosatt sin klients intresse.

Ett annat tredjemansintresse som är relevant i vägvisarideologin är framtida målsägande. Advokaten bör, enligt vägvisaridéerna, känna ett visst mått av ansvar för att en typisk återfallsförbrytare med advokatens benägna bistånd kan frikännas och begå nya brott mot gamla eller nya offer.

För att åter parafrasera Blackstone, kan vägvisaren genom en enkel cost-benefitanalys hävda att om tio skyldiga mördare går fria blir skadan för tredje man och det allmänna generellt sett avsevärd, i vissa fall kanske större än skadan för en enda oskyldig som blir fälld.

I motsats till vapendragaridealets neutralitet, instrumenttänkande och rolldifferentiering, skall en god försvarare enligt vägvisaridealet ta och behålla kontrollen över klienten, *the whip hand,* och utöva sin auktoritet. Total klientautonomi kan leda till kaos, förlorad kontroll och i längden otillfredsställande resultat för både klient och samhälle. Advokaten bör i stället uppträda som en god förälder, se till klientens bästa ur objektiv synpunkt och träffa förnuftiga och goda val för klienten om han inte själv klarar detta.

I del II konstateras att vapendragaradvokaten är den försvarartyp som får rättsmaskineriets hjul att snurra gnisselfritt. Är det nu så att vägvisaren, i frågan om klientinstruktionerna, är den advokattyp som utgör smörjoljan? Enligt Rifkind[11] fungerar en sådan advokat som ett filter för alla vildvuxna och till och med olagliga idéer och förslag som klienterna kan tänkas komma med.

I den inledande delen till avhandlingen talade jag om idén om advokaten som vän. Idén aktualiserades av vapendragarförespråkaren Charles Fried. Även vägvisarskolan har emellertid använts sig av idén, dock med en helt annan målsättning. Vapendragaren kan förhålla sig som en vän för att främja klientens autonomi. Vägvisarens yttersta målsättning är inte klientens autonomi

10. Det skulle i så fall vara framtida brottsoffer som kan skadas av att den verklige gärningsmannen går fri.

11. Simon H. Rifkind: One Man's Word (New York, privat tryckning 1986) s. 502–503, cit. i Linowitz a.a. s. 3–4. Se kap. 3.4.

utan snarare klientens godhet.[12] En god försvarare kan enligt denna idé inte vara så ansvarslös att hon bara avtäcker "smörgåsbordet" med alla lagliga möjligheter och sedan låter klienten välja. Hon är anlitad just för sin expertis och hon är skickad att bedöma vilken lösning som verkligen gynnar klienten. Inte sällan förespråkar vägvisarskolan att advokaten skall välja en lösning som gynnar klienten på lång sikt. Det är här de andra, motstående intressena kommer in. På lång sikt kan det vara bäst för klienten att han exempelvis får en dom som är materiellt riktig; att han uppmanas att tala sanning och lätta sitt hjärta. En person som gjort sig skyldig till ett allvarligt brott kan lida av fruktansvärda samvetsförebråelser och kan därför gynnas av den känsla av förlåtelse, försoning och själsrening som ett erkännande kan medföra.[13] En person som å andra sidan är oskyldig och felaktigt tar på sig skulden skall enligt all mänsklig logik och känsla också frikännas.

Idén går ut på tanken att om advokaten alltid skulle göra som klienten ville, skulle kaos bli följden. Den rättssökande allmänheten består av en heterogen massa av lekmän vars intressen sällan eller aldrig står i samklang med rättsväsendets eller samhällets i stort. Klienten kommer inte till sin advokat och lägger fram ett "rent" juridiskt problem utan serverar ofta ett enda sammelsurium av fakta präglat av okunnighet, missuppfattningar, ohederlighet, osakligt, egenintresse eller kriminalitet.[14] Om advokaten okritiskt tar på sig uppgiften att om möjligt genomföra klientens intentioner, kan hon göra sig skyldig till ett missbruk av sitt förtroende och sin mäktiga ställning i rättslivet och som resultat kan kaos uppstå på andra sidan "filtret". Advokaten kan helt enkelt inte bara inta klientens position i maskineriet, utan måste ta sin del av ansvaret, så att rättsväsendet kan fungera tillfredsställande.

Nyckelorden för vägvisaren, konstaterades i kap. 3, är *moralisk auktoritet, ansvar och hänsyn* och *beskydd för klienten.*

Moralisk auktoritet innebär att advokaten skall sträva efter att fatta goda och förnuftiga beslut som främjar den materiella sanningen. Hon skall ha det professionella modet att eftersträva det goda; det som hennes privatmoral säger henne. Rolldifferentiering är inte bara omoraliskt; det är praktiskt taget omöjligt. Den moraliska auktoriteten är vägvisarens främsta ledstjärna. Efter sin egen moraliska måttstock mäter vägvisaren ut sitt ansvar och sin hänsyn och också sitt beskydd för klienten.

Ansvar och hänsyn innebär att en god advokat skall vara rättsordningsorienterad och inte bara klientcentrerad; hon skall ta hänsyn till rättsordningens intresse av materiellt riktiga domslut och ta ansvar för att inte klientens intressen tillgodoses på andra intressens bekostnad, exempelvis på ett sådant

12. Cochran, not nedan.

13. Se i synnerhet Cochran om erkännandet som själsrening och om förlåtelse s. 333 f., 347, 351 f. Cochran hänvisar till resonemangen hos Dostojevskij i Brott och Straff och Bröderna Karamazov. Båda romanerna innehåller som bekant starka beskrivningar av den ångest och vanmakt som drabbar en brottsling och den lättnad som inträder i och med erkännandet.

14. Jämför kap. 13.3 nedan.

sätt att det allmännas eller tredje mans intressen lider en skada som inte står i proportion till klientens vinst. Hon skall vara en *officer of the court.*

Beskydd innebär att advokaten gentemot klientens önskemål skall förhålla sig som en god förälder; hon skall se till klientens bästa ur objektiv synpunkt. Den beskyddande inställningen till klienten innebär att advokaten kan behöva göra det som är bäst för klienten även i motsats till vad han själv vill.

Nyckelorden illustrerar ett rättsordningsorienterat advokatideal.

13 Idealtypernas handlande

13.1 Problem på vägen

Vi tog inledningsvis del av ett par högst konkreta problem som försvarsadvokater kan ställas inför i sitt samröre med klienten. Vi såg att det finns ett begränsat antal valmöjligheter för advokaten när hon skall välja lösning. Jag föregrep den dogmatiskt präglade undersökning av normerna som följer längre fram och konstaterade att lag och god advokatsed inte ger mycket vägledning när försvararen skall träffa sitt val.

Vi kan konstatera att det i försvarsadvokatens vardag finns svåra problem som inte har någon självklar lösning. Problemen är äkta dilemman: hur advokaten än gör så uppstår en konflikt med något konkurrerande värde. Normgivarna serverar inga färdiga lösningar på etiska problem utan har endast dragit upp ramarna för uppdraget (se del III C) och delvis definierat advokatens lojalitetsplikt mot klienten och mot rättsordningen (konkurrerande värden). Handlingsfältet är öppet innanför normgivarens ram och definition.

Vi skall nu ta en närmare titt på detta handlingsfält. Det skall vi göra genom att presentera och analysera de praktiska problem advokaten ställs inför i sitt dilemma. Vi kommer att se att idealtypernas agerande stämmer överens med de idéer som ligger bakom idealen.

Jag skall först gå igenom försvararens arbetssituation i det konkreta fallet, generellt sett, alltså för alla försvarare, oavsett ideologisk skola. Försvarsadvokaten har att ta ställning i olika frågor och ta hänsyn till regler på ett sätt som är avgörande för hennes sätt att biträda den tilltalade i processen. De viktigaste praktiska bestämmelser som försvararen måste ta hänsyn till är tystnadsplikten[1] och den negativa sanningsplikten.[2] Hennes förhållningssätt till dessa plikter präglar alla hennes handlingar i biträdet av klienten.

De uppgifter av praktisk art som försvararen arbetar med aktualiseras i samband med förberedelsen av målet. Den hypotes försvaret bygger upp är beroende av hur försvararen ställer sig till *klientautonomin* och försvararens uppfattning om *skuldfrågan* och i fråga om *bevisningen* i målet. Som vi skall

1. SRGA 19 § samt RB 8:4 1 st. (hänvisar till god advokatsed).

2. "Advokat är inte, med mindre särskild anledning därtill föreligger, skyldig att kontrollera riktigheten av de uppgifter som hans klient lämnar honom men får inte vid talans utförande lämna uppgift, som han vet är osann, eller bestrida uppgift, som han vet är sann." SRGA 45 § 1 st.

se bygger de två idealtyperna sina hypoteser på delvis olika sätt beroende på sina olika inställningar till dessa grundläggande frågor.

Eftersom den ackusatoriska brottmålsprocessen är upplagd som ett tvåpartsförfarande, motsvaras försvararens ställningstaganden och agerande på varje punkt av åklagarens.

Brottmålsprocessen inleds genom åklagarens gärningsbeskrivning. Denna skall bestå av en beskrivning av de konkreta omständigheter som motsvarar de objektiva rekvisitmomenten i det aktuella straffstadgandet. Försvararens svar på gärningsbeskrivningen blir då hennes version av *händelseförloppet*; hennes *hypotes*.

Efter att åklagaren läst upp gärningsbeskrivningen skall hon enligt processordningen framställa sitt yrkande.[3] Detta går för åklagarens del ut på att hon yrkar ansvar för den beskrivna gärningen. Försvarssidans svar på ansvarsyrkandet är att ange sin inställning till *skuldfrågan*, dvs. huruvida den tilltalade *erkänner eller förnekar* ansvar.

Precis som åklagaren har en viss åsikt i påföljdsfrågan, och i allmänhet redovisar denna på en eller annan tidpunkt under förfarandet, måste försvararen göra klart för sig vilken målsättning hennes klient har i detta avseende, och huruvida denna målsättning skall följas eller inte. Klientens inställning i *påföljdsfrågan* är alltså en fråga om vilket *mål* klientens önskar uppnå.

Åklagaren måste vidare ange vilken bevisning hon vill förebringa och också ange bevistema för varje bevis. Försvararens arbete med *bevisningen* blir ofta ett svar på åklagarens. Hon har därvid bl.a. att ta ställning till huruvida hon skall följa klientens önskemål rörande bevisningen, alltså vilka *medel* klienten önskar att försvaret skall begagna sig av för att uppnå önskat mål. Bevismedlen står i relation till temat för bevisningen, nämligen skuldfrågan.

Över varje moment i försvararens processföring hänger, likt ett damoklessvärd, frågan om tystnadsplikten. Tystnadsplikten kan liknas vid ett damoklessvärd eftersom den är ett förtäckt hot i varje situation där försvararen tagit emot uppgifter i förtroende från klienten.[4] Jag skall ta upp några aspekter på tystnadsplikten strax nedan, medan andra sparas till kapitlen om gällande rätt.

Jag skall därefter gå igenom några praktiska problem som försvararen har att arbeta med i kartläggningen av händelseförloppet, inställningen i skuldfrågan och arbetet med bevisningen. Vi ser att ett par av frågorna synes handla om vilka mål försvaret skall arbeta för, och andra om vilka medel man skall begagna sig av. Frågan om bevisning – en fråga om medel – hänger samman med försvarets hypotes. Hypotesen är klientens version av vad som hänt och bevisningen skall utgöra stöd för denna berättelse. Frågorna om skuld och påföljd hänger uppenbart samman med varandra. Om klienten vill uppnå en viss påföljd måste domstolen först finna att han gjort sig skyldig till ett brott som

3. RB 46:6 1 st.

4. Inte minst gäller att tystnadsplikten som ett förtäckt hot för just svenska försvarare, eftersom gällande rätt är så oklar att det händer att när försvararna handlar i enlighet med god advokatsed, blir de av rättsväsendets representanter anmälda till disciplinnämnden. Se från senare tid TSA 2001 nr 1 s. 27 och JK 5/12 2000, dnr 374400/7. (Ärendet ännu ej publicerat i TSA.)

normalt sett förskyller denna påföljd; både skuldfrågan och påföljdsfrågan är relaterade till domslutet. Den kontroversiella av dessa båda frågor är givetvis skuldfrågan. Frågan om påföljd är inte på långt när lika kontroversiell. Även om svåra valsituationer kan uppstå, torde konsensus råda om att klientens preferens för en viss påföljd framför en annan skall respekteras av försvararen.[5] Påföljdsfrågan kommer inte att behandlas här.

I detta sammanhang är det värt att notera att de amerikanska advokatreglerna använder just en indelning baserad på mål och medel. Man måste dock se upp med amerikanska advokatetiska regler – de må förefalla mycket mer detaljerade än de svenska (och de engelska), och därmed mer vägledande, men ofta är de försedda med kommentarer som visar att de är öppna för advokatens egen tolkning eller föremål för undantag.[6]

Det heter i *Model Rules*:

> "A lawyer shall abide by a client's decisions concerning the objectives of representation..., and shall consult with the client as to the means by which they are to be pursued."[7]

En ledande inställning i amerikansk doktrin är att klienten själv måste få avgöra frågor som är av avgörande vikt för hans eget liv, t.ex. om han skall erkänna eller inte, medan advokaten avgör frågor om rättslig taktik. Starkt förenklat kan man uttrycka det så, att advokaten bestämmer juridiska frågor och klienten mänskliga:

> "(in) the final analysis... the lawyer should always remember that the decision whether to forgo legally available objectives or methods because of non-legal factors is ultimately for the client and not for himself."[8]

Som bör framgå av denna avhandling är emellertid varken praktiken eller teorin så enkel. Ett problem i sammanhanget är att uppdelningen i mål och medel inte är absolut – det finns inga vattentäta skott mellan begreppen. Bör exempelvis ett överklagande betraktas som ett mål eller ett medel? Eftersom de amerikanska reglerna och den amerikanska doktrinen till ganska stor del vilar på tanken att klienten skall fälla avgörandet i vissa frågor och advokaten i andra, har man försökt definiera de här områdena på olika sätt. Exempel på sådana definitioner är *ends – means, substance – procedure, strategy – tactics* och *objective – means*. Inget av dessa begreppspar fungerar som de knivskarpa vattendelare som reglerna tycks förutsätta. Eftersom bevistemat (skuldfrågan) är

5. Westman: Advokater – behövs dom?, s. 39 f; Wiklund s. 291. Även nedan i 17 kap.

6. Så t.ex. kommentaren till *Model Rule* 1.2 (a): "Both lawyer and client have authority and responsibility in the objectives and means of representation. The client has the ultimate authority to determine the purposes to be served by legal representation, within the limits imposed by law and the lawyer's professional obligations. Within those limits, a client also has a right to consult with the lawyer about the means to be used in pursuing those objectives. At the same time, the lawyer is not required to pursue objectives or employ means simply because a client wish that the lawyer do so...." (Comment [1]).

7. *Model Rules* 1.2 (a), första mom.

8. *Model Code*, EC 7–8.

direkt relaterat till bevismedlen går det inte att isolera exempelvis sanningshalten i ett bevismedel utan att mäta det i förhållande till temat för bevisningen.[9]

Inte ens om sådana knivskarpa vattendelare verkligen skulle stå att finna, är det säkert att advokatetiken vore betjänt av dem. Enligt min mening är det bättre att medge att den sortens relation och samverkan mellan advokat och klient som det här är fråga om, knappast kan regleras i lagform. Det som vägleder försvararens agerande i det vida handlingsfältet är snarare hennes uppfattning om försvararens roll i förhållande till klienten och rättsordningen: försvararideologin.

13.2 Tystnaden – försvararens plikt och klientens rätt

Klienten i brottmålsförsvaret har i alla rättssystem, som är jämförbara med det svenska, rätt att tiga. (I den svenska processen har han också rätt att ljuga utan att drabbas av straff eller sanktion.[10] I angloamerikansk rätt har inte den tilltalade sådan rätt, eftersom han behandlas som vittne om han hörs i rättegången och därmed kan göra sig skyldig till mened.)

På den tilltalades (eller misstänktes) rätt att tiga måste följa att hans försvarare är skyldig att förtiga uppgifter som klienten lämnat i förtroende till sin advokat. Den tilltalades rätt att tiga grundas på det intresse som den tilltalade har av att inte skada eller förvärra sin sak. För att kunna diskutera alla aspekter av saken med sin försvarare, måste klienten kunna tala fritt med henne – även avslöja fakta som helt klart är till försvarets nackdel – utan att riskera att saken förvärras. Det vore ganska meningslöst att förse den tilltalade med en försvarsadvokat, om inte försvarsadvokaten hade en plikt att tiga, som motsvarade den tilltalades rätt. Klientens rätt är alltså försvararens plikt.

Den tilltalades rätt att tiga är skyddad av regler som har olika dignitet om man jämför USA med Sverige.[11]

Även i USA är rätten att tiga kopplad till den misstänktes rätt att inte förvärra eller skada sin egen sak. Rätten att tiga uttrycks i USA som en rätt att inte vittna mot sig själv – *the right against self-incrimination.* Rättigheten att inte vittna mot sig själv är grundlagsskyddad genom det femte tillägget i USA:s konstitution.[12] Varje undantag från den tilltalades rätt att tiga blir därför ett undantag från en regel av konstitutionell dignitet. I och med att rätten att tiga är konstitutionellt skyddad har den amerikanska lagstiftaren uttryckt att tystnadsplikten inte bara är en advokatetisk fråga, utan ett samhällsintresse (nämligen att upprätthålla konstitutionen). I diskussionen om det amerikanska

9. Se fr.a. Ekelöf IV, s. 123 f., kap. om bevisvärdering.

10. PLB s. 407–408. Behandlas utförligt nedan under gällande rätt, del III C.

11. Vad som här sägs om amerikansk tystnadsplikt är min översiktliga tolkning av de viktigaste inriktningarna. För en mycket ingående jämförelse mellan reglerna om tystnadsplikt i Sverige och USA, se Shaughnessys doktorsavhandling. (Stockholm 2001).

12. Se del III C.

Lake Pleasant-fallet längre fram kommer vi att se hur intressena ställs mot varandra. I Lake Pleasant finner vi inte bara den sedvanliga konflikten mellan klient-advokatförtroendet och det allmänna/målsägandena, utan även själva grundlagen är med i ekvationen.

I engelsk rätt finns ingen skriven grundlag eller *bill of rights,* vilket försvårar bedömningen av olika reglers dignitet.[13] Reglerna är i engelsk lag över huvud taget osystematiska och oskarpa och utspridda mellan *common law*, lagar och olika typer av riktlinjer. Om den tilltalades rätt att tiga kan sägas att misstänkta traditionellt saknar skyldighet att yttra sig, *the right to silence.*[14]

Den tilltalades rätt att tiga betraktas i den angloamerikanska processrätten som ett rättsligt privilegium, *a privilege.* Privilegiet innebär här att bevisningen (den tilltalades kännedom om vissa uppgifter) inte får tas upp (trots att den är relevant). I engelsk rätt finns ett bevisförbud som följer av den tilltalades privilegium, vilket framgår av såväl *common law* som skriven lag. Det rättsliga privilegiet definieras i engelsk rätt enligt följande:

> "Privilege in the law of evidence is the right of a witness to withhold from a court information relevant to an issue in the proceedings of the court."[15]

I England har således inte den tilltalade grundlagen bakom sig, när han utnyttjar sin rätt att tiga, men han kan åberopa sig på lag. I lagens avvägning mellan sökandet efter sanningen och motstridiga intressen har den tilltalades intresse av att inte skada sin egen sak ansetts väga tyngst.[16]

I Sverige är rätten att tiga/advokatens tystnadsplikt inte skyddad i grundlag. Detta beror säkert på de skillnader som finns mellan svensk och amerikansk rättskultur.

I Europakonventionens bestämmelser om den anklagades rätt att förbereda sitt försvar kan man intolka rätten att kommunicera fritt med sin försvarare, men inte heller här är rättsläget helt klart.[17] De rättigheter som omnämns i EMRK (men inte i RF) saknar alltså konstitutionellt skydd. Emellertid måste man vid tolkningen av EMRK och de rättigheter som där fastställs, hålla i minnet de speciella faktorer för svensk del, som jag nämnde i del II kap. 6.2.[18] Sverige har helt enkelt inte den tradition av grundlagsskydd och grundlagstillämpning som USA har.[19] Man kan därför inte utan vidare påstå att den i USA grundlagsskyddade rätten att få en försvarare, att få tiga i en rättegång etc., är starkare än den tilltalades rättigheter i svensk rätt.

13. Angående införandet och tolkningen av EMRK i brittisk lag, se Iain Cameron, a.a. s. 20 f.

14. Criminal Justice and Public Order Act från 1994 begränsar (sec. 34–37) fördelarna med denna rättighet genom att den tilltalades passivitet kan tillmätas bevisverkan mot honom.

15. May: Criminal Evidence, s. 285, (3 ed., London 1995).

16. Se Lundquist, a.a. s. 138 f.

17. Jämför Danelius: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 210.

18. Se fr.a. Cameron, a.a. s. 20 f. Jämför angående tolkningen av EMRK kap. 6.

19. Medan amerikanska advokater lever till vardags med sin grundlag i allra högsta grad, och i vart och vartannat mål försöker tillämpa grundlagen (inte minst för att få prövningstillstånd till Supreme Court), är det som bekant sällsynt att svenska domstolsjurister åberopar regler i exempelvis RF i ett vanligt brott- eller civilmål.

Mera problematiskt är att den tilltalades rätt att tiga och hans försvarares motsvarande plikt att iaktta tystnadsplikt inte heller fått någon enhetlig och uttrycklig reglering i inhemsk svensk lag.[20] Detta förhållande medför oklarhet i teoretiskt hänseende och betydande olägenheter i praktiskt hänseende.[21] Om försvararen exempelvis i en annan situation än den som regleras i RB 36:5 tillfrågas om något som kan vara underkastat tystnadsplikt, har hon inget direkt lagstöd för att tiga, utan får hänvisa exempelvis till 36:5 enligt ett slags *a fortiori*-resonemang (behandlas nedan under gällande rätt).[22] Ett berättigande för försvarare i ett svenskt brottmål att bryta tystnadsplikten till förmån för något motstående intresse[23] kan finnas, men vägledning kan i princip endast fås via uttolkningar i praxis och doktrin av lojalitets- och tystnadsplikten. Ett betydande problem i en sådan uttolkning är att oenighet råder om hur centrala begrepp i lagtexten skall tolkas och hur de förhåller sig till varandra, t.ex. skrivningen "något som i (advokatens) yrkesutövning *anförtrotts honom* eller som advokaten *i samband därmed erfarit*". Likaså råder oenighet om huruvida advokat som är försvarare kan åberopa sig på frågeförbudet i grundbestämmelsen för advokater.[24]

Det finns all anledning att resa kritik mot bristen på klarhet i regleringen av svenska advokaters tystnadsplikt.[25] Tystnadsplikten intar en central position i advokaters – i synnerhet försvarares – rättssäkerhetsfunktion i en stat.

20. För advokatens tystnadsplikt gäller vad som stadgas i god advokatsed genom en hänvisning i RB 8:4 1 st. För försvarare gäller ett frågeförbud i vittnesreglerna enligt RB 36:5 2, 3, 4 st. (Exakt hur reglerna skall tolkas är omtvistat. Se gällande rätt nedan.) Uttrycklig rätt att vägra vittna mot sig själv eller närstående gäller bara för vittne enligt vad som sägs i 36:6. Rätt att tiga (eller ljuga) för den tilltalade gäller enligt RB 36 och 37 kap, genom att den tilltalade inte hörs som vittne. I del C återkommer jag till vad som skall anses gälla i svensk rätt. Rätten för den misstänkte att kommunicera fritt med offentlig försvarare regleras i 21:9 samt lagen (1976:371) om behandlingen av häktade och anhållna m.fl.

21. I exempelvis NJA 1977 s. 403 var HD:s ledamöter oeniga i fråga om tillstånd till husrannsakan hos advokat för beslag på skriftlig handling, bland annat mot bakgrund av regleringen i 36:5.

22. I ett ärende från år 2000 tog advokatsamfundets styrelse upp följande fall till avgörande. En advokat som var förordnad som offentlig försvarare blev kallad till ett polisförhör. Försvararen blev under detta samtal hörd om vad hennes klient sagt i ett tidigare förhör (som inte hade blivit inspelat på band). Försvararen ställdes inför en mycket besvärlig situation, eftersom ingen direkt vägledning fanns. Polisen insisterade på att advokaten skulle berätta vad hon kom ihåg och advokaten hade inget direkt lagstöd för att vägra uttala sig, utan endast frågeförbudet i 36 kap., som gäller vittnesförhör. Åklagaren i fallet begärde försvararens entledigande på grund av att hon inte uttalade sig, och av tingsrättens beslut framgår att man fann försvararens handlande klandervärt, även om inget entledigande följde. I enlighet med vad som måste anses gälla i god advokatsed hade advokaten skyldighet att tiga och handlade alltså inte oetiskt. (JK 5 december 2000, dnr 374400/7. Ärendet ännu ej publicerat i TSA.)

23. Se 13.4.2 nedan.

24. Wiklund s. 312, 565; Welamson: Läkarsekretessen, 1962, och Några anteckningar om advokats tystnadsplikt, TSA 1962 s. 288; Ekelöf IV s. 176 f; TSA 1973 s. 472; Heuman, JT 1994–95, s. 153–160; Fitger, 36:48; RH 1995:32; NJA 1990 s. 537 m.fl. Se även kap. nedan om gällande rätt.

25. Shaughnessy (a.a. s. 589 f.) är mycket kritisk mot de brister som svensk lagstiftning uppvisar: "The existing Swedish privilege legislation can be criticized for a number of deficiencies", yttrar Shaugnessy och gör gällande att lagstiftningen är oklar och vag och underutvecklad jämfört med den amerikanska. Jag instämmer med Shaugnessy.

Skillnaderna mellan amerikansk och svensk lagstiftning rörande skyddet för den tilltalades rätt att tiga påverkar bedömningen av den situation som uppstår för försvarare i brottmål, då starka intressen kan tala för ett sekretessgenombrott.[26]

13.3 Hypotesen – försvararen vid klippbordet

13.3.1 *Inledning*

Alan M. Dershowitz, professor vid Harvard Law School och uppmärksammad brottmålsförsvarare, liknar advokatens arbete i målets inledningsskede vid filmredigerarens arbete vid klippbordet.[27] Innan en film är färdig för visning, måste den redigeras, så att allt som är relevant för filmen kommer med och det som är oviktigt klipps bort. De filmrutor som sparas skall sedan klippas ihop, så att publiken får se den historia som filmen är tänkt att förmedla och kan begripa och uppleva det som filmens skapare vill att den skall begripa och uppleva. Det svåra är naturligtvis att besluta vad som skall med och vad som skall ligga kvar på golvet i klipprummet.

Arbetet med hypotesen innefattar inte sällan betydande svårigheter.

Verkliga livet är fullt av oviktiga detaljer, ögonblicksintryck som sorteras bort ur minnet direkt, därför att de inte har någon betydelse för oss. Så är det inte på film eller teater. Hänger en pistol på väggen i första akten – eller zoomar kameran in en pistol i inledningsscenen – så vet vi, publiken, att någon kommer att bli skjuten innan ridån gått ner eller slutscenen tonat ut.[28] Om huvudpersonen tar ut en livförsäkring på sin hustru i första akten och hon dör i andra, vet publiken att det finns ett samband. Ett drama – även ett rättegångsdrama – framförs i koncentrerad form och det finns inget utrymme för alla de tillfälligheter som faktiskt inträffar i verkligheten. När dramat spelas upp har alla obetydliga detaljer skalats bort och allt som finns kvar kan vara betydelsefullt.

När nu ett händelseförlopp, som så småningom lett fram till att ett brott begåtts, skall kartläggas, så gäller det för parterna att "klippa ihop" förloppet till en sammanhängande historia där de viktiga detaljerna är med och de oviktiga klipps bort. Åklagaren kommer att lägga stor vikt vid pistolen eller livförsäkringen redan i första akten, medan försvararen (om klienten vill bli friad) måste visa "publiken" (domstolen) att allt faktiskt beror på tillfälligheter och

26. Se 13.4.2 f.

27. Alan M. Dershowitz: Reversal of Fortune, (USA 1986) s. xxi. I boken beskriver Dershowitz arbetet med försvaret av Claus von Bülow, som i ett av 1980-talets mest uppmärksammade amerikanska brottmål ställdes inför rätta misstänkt för mordförsök på sin hustru Sunny. von Bülow åtalades och fälldes i första instans för att medelst insulininjektioner ha sökt mörda hustrun. Dershowitz anlitades då domen skulle överklagas.

28. Teorin om pistolen i första akten lär emanera från Tjechov.

inte tyder på den misstänktes skuld.[29] Var och en av parterna måste helt enkelt plocka ut valda fakta som stöder en viss hypotes och sedan berätta sin historia inför rätten på ett övertygande sätt.[30]

En annan realitet är att försvararens främsta informationskälla – klienten – inte sällan är en mycket dålig källa. Klienten är ofta olycklig, stressad och förvirrad, har dålig kunskap om vad som är rättsligt relevant och befinner sig på alla tänkbara sätt i ett underläge från början. En erfaren brottmålsbarrister beklagade sig i följande brutala ordvändningar: "In reality you're dealing with the stupidest people imaginable... You very rarely get a brief for a sophisticated criminal... I mean they're (often) streetwise to an extent but they do the most appallingly stupid things. Ninety percent of them are pissed when they get caught and a big percentage of them would be caught red-handed... staggering up the road with a TV under their arm... You get very few cases where you read the brief and say: 'Well, this guy's got a good fight'."[31]

Försvararen som nu talar med sin klient för första gången, ställs bildligt talat vid klippbordet med ett sammelsurium av filmrullar som innehåller en mängd material och fakta, viktigt och oviktigt om vartannat.

För att kunna skapa den sammanhängande berättelse som utgör försvarets hypotes, måste försvararen redan från början ha klart för sig vilken metod hon skall tillämpa, när hon samlar fakta. Skall hon berätta den historia som klienten vill att hon skall berätta och helt enkelt klippa bort alla andra filmrutor utan att titta på dem, eller skall hon vrida och vända på varenda millimeter innan hon skapar sin berättelse? Den förra metoden har fördelen att advokaten då kan processa fritt och flexibelt utan att riskera att komma i konflikt med sanningsplikten (eftersom hon inte "vet" att en viss uppgift är osann respektive sann). Den advokat som tar reda på allt har å andra sidan fördel av att ha gedigna kunskaper om alla fakta i målet och slippa "processa på chans".[32]

Vapendragaren, som till fullo utgår från klientberättelsen, kommer i sin kartläggning att vara starkt *klientsubjektiv*. Det betyder att hon kommer att söka efter fakta i förundersökningen som stöder klientens utsaga och kan

29. "Pistolen som hänger på väggen i första akten" var i von Bülow-fallet en injektionsspruta med spår av insulin. Åklagaren lade stor vikt vid att denna spruta hittats i lägenheten där fru von Bülow drabbats av vad som föreföll vara insulinkoma. Försvaret fick lägga ner mycket möda på att vederlägga åklagarens indiciekedja där sprutan stod i centrum. Vad Dershowitz slutligen lyckades med att visa var att sprutan inte använts på det sätt åklagaren påstått och att i själva verket inget mordförsök alls hade förekommit.

30. Jag bortser i detta sammanhang från att den tilltalade i och för sig inte har bevisbördan och i princip inte behöver berätta någon historia över huvud taget. Försvaret måste likväl ha en hypotes om vad som har hänt, även om man sedan förhåller sig fullständigt passiv vid huvudförhandlingen, annars är det praktiskt taget omöjligt att biträda den tilltalade. von Bülow-fallet är ett utmärkt exempel på detta. Försvaret i första instans hade ingen riktig hypotes och von Bülow blev fälld, medan han friades i andra instans just för att försvararna arbetade aktivt med sin alternativhypotes. Se dessutom Träskman: Omvänt eller bakvänt? Om konststycket att lägga bevisbördan i brottmål på den tilltalade, utan att det kommer bak på människorättigheterna, Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab, 85. Årgang, nr 3–4 s. 352 f.

31. Morison & Leith, a.a. s. 115.

32. Jämför Samuelson, a.a. s. 30 f. Samuelson förespråkar metoden där advokaten kartlägger det faktiska händelseförloppet så noggrant som möjligt (om än ur klientens synpunkt).

pusslas ihop med denna till den sammanhängande berättelse, som blir försvarets hypotes. Hon sammanfogar helt enkelt de fakta som framkommer till det händelseförlopp som klienten påstår har ägt rum.

Vapendragaren eftersträvar att *se händelseförloppet så som klienten ser det*. Hon berättar historien om vad som skett så som klienten skulle ha gjort, om han hade kunnat. Om det finns uppenbara luckor i klientens berättelse eller motsägelser eller klienten påstår något som är fullständigt osannolikt, kommer försvarare av vapendragartyp att påpeka detta och hjälpa klienten med att lägga fram en hypotes som är trovärdig, men inte för att vapendragaren inte tror på klientens ursprungshistoria, utan därför att hennes uppgift är att hjälpa klienten att få igenom sina önskemål. Om vapendragaren råkar komma på en uppgift som kan tyda på att klienten ljuger eller har uppfattat något på ett felaktigt sätt, kommer hon inte att pressa klienten på sanningen, utan bara att testa klientens utsaga ur motpartens synpunkt, så att den håller i ett kommande korsförhör. Enda undantaget från regeln att inte pressa klienten och gå in i detaljfrågor uppkommer om försvararen inser att klienten missuppfattat eller förbisett ett faktum som, rätt framlagt, kan gynna klientens sak och främja klientens syfte. Ett klassiskt exempel är att klienten vill bli friad och inte själv inser att en ansvarsfrihetsgrund egentligen föreligger.[33] I exemplet med klienten som ville bli fälld har en försvarare av vapendragartyp att skildra ett händelseförlopp som tyder på att klienten gjort sig skyldig till mord. För vapendragaren finns inget värde som kan slå ut *klientintresset*, inte ens värdet av den materiella sanningen.

Vägvisaren kommer på ett annat sätt än vapendragaren att kartlägga händelseförloppet. Hon eftersträvar att så långt möjligt få fram berättelsen om *vad som verkligen hände*. Hon måste veta så mycket som möjligt, dels för att inte komma i konflikt med sanningsplikten, dels för att på bästa sätt kunna lägga upp sitt försvar. Om hon inte känner till allt hon behöver känna till, riskerar hon att främja orätt därför att hon tillåter klienten att ljuga. Hon kan också missa viktiga fakta som talar för klienten. "The practise also places the lawyer at risk. If, because of the lawyer's desire to 'hear no evil', the lawyer fails to discover exculpatory evidence, the lawyer could be vulnerable to a claim of ineffective assistance of counsel."[34] Därmed är vägvisaren redan i inledningsskedets första klientkontakt mera objektiv och mindre klientsubjektiv än vapendragaren. Eftersom vägvisaren eftersträvar att få veta allt om vad som hänt riskerar hon att få reda på ett faktum som kullkastar klientens egen hypotes. Vägvisaren kommer då i ett läge där hon frågar sig om hon själv tror på klientens ord i skuldfrågan. Vägvisaren sätter den *materiella sanningen* i centrum och värdet av sanningen kan slå ut klientens intresse av att få som han vill.

Advokatreglerna ger inte mycket vägledning i hypotesfrågan. Egentligen säger de bara att advokaten skall hålla sig till den negativa sanningsplikten: vid

33. Se t.ex. Freedman, 1990 s. 113 f.
34. Cochran s. 349.

talans utförande får hon inte lämna uppgift som hon "vet" är osann eller bestrida uppgift som hon "vet" är sann.[35] Den negativa sanningsplikten gäller för advokater i princip i alla rättssystem. Vad begreppet *att veta* egentligen innebär tolkas olika av vapendragaren och vägvisaren.

Innan advokaten kommer så långt att det blir aktuellt att lämna och bestrida uppgifter måste hon ju, som vi har sett, ta ställning till klientberättelsen. Hur hon skall ställa sig till denna är ett betydande problem. De svenska reglerna säger emellertid bara att "advokat är inte, med mindre särskild anledning därtill föreligger, skyldig att kontrollerna riktigheten av de uppgifter som hans klient lämnar honom...".[36] Vad betyder då detta? Wiklund skriver att advokaten bör i vart fall inte – särskilt sedan processen väl kommit igång – ta varje upptäckt av bristande sanningsenlighet från klientens sida så allvarligt, att han avsäger sig uppdraget, men finner han i ett tvistemål att klienten i avsevärd mån har misslett honom, måste han vara berättigad att frånträda uppdraget, särskilt om han har grundad anledning att misstänka att han inte heller i fortsättningen kan lita på de uppgifter klienten lämnar. I brottmålen menar Wiklund att advokaten ytterligt sällan är berättigad att frånträda av sådana skäl som att han själv anser att klienten ljuger.[37] Lagstiftare, advokatsamfund och doktrin ser på problemet ur juridisk snarare än etisk synpunkt, som t.ex. vilka omständigheter som skall grunda rätt eller skyldighet för advokaten att frånträda uppdraget. (Problematiken behandlas utförligt i kap. 16.)

För ögonblicket kan vi konstatera är att det inte är mycket till vägledning advokaten får när det gäller problemet med klientberättelsen: Hon är inte skyldig att kontrollera klientens uppgifter om inte "särskild anledning föreligger". Var och en kan förstå att det i denna situation, där en försvarsadvokat och en klient sitter i enrum och under skydd av en långtgående tystnadsplikt, mycket lätt kan bli en fråga om huruvida advokaten skall väcka den björn som sover.

Om skapandet av en hypotes finns alltså egentligen inga regler. Åter ser vi att en av de svåraste och viktigaste försvararuppgifterna i princip måste göras "på fri hand". Ett annat återkommande mönster i denna bok, som vi känner igen, är att när ett problem skall lösas på fri hand av advokaterna, så utvecklas också flera skolor, som löser problemet sinsemellan olika. Precis så är det med hypotesbyggandet. De båda försvarartyperna angriper problemen med sanning och lögn på helt olika sätt. Jag skall nedan återkomma till detta.

Med hypotesfrågan sammanhänger bevisfrågorna. Skillnaden är att bevisfrågor har formell processrättslig karaktär och därför är omgärdade med regler, vilka naturligtvis alla advokater oavsett ideologisk inriktning måste hålla sig till.

Detta innebär att försvararen, när hon skall ta ställning till klientens önskemål om vilka medel han vill att man skall begagna sig av i målet, i viss mån har begränsad handlingsfrihet. Åter är det den negativa sanningsplikten som

35. SRGA 46 § 1 st. mom. 2.
36. SRGA 46 § 1 st. mom. 1.
37. Wiklund s. 235.

sätter upp ramarna: advokaten får inte medverka till att bevis undertrycks eller förvanskas men är inte skyldig – och mot klientens önskan inte heller berättigad – att i rättegången förete eller åberopa bevis eller lämna uppgift, som talar till klientens nackdel (med mindre vittnes- och editionsplikt föreligger).[38]

Vittnesbevisning är det vanligaste och viktigaste av bevismedlen. Det är också mycket svårvärderat. Hur skall en försvarare exempelvis ställa sig till ett vittne som enligt klientens uppgifter kan lämna honom alibi? Visserligen heter det "there is no property in a witness" och principen gäller i de flesta jämförbara rättssystem: en advokat har rätt att ta kontakt och underrätta sig med ett vittne, även om det är motpartens.[39] Hon får alltså tala med det presumtiva vittnet. Men skall hon ge sig in i en bevisvärdering av det vittnet har att berätta, och i så fall hur och hur omfattande? En viktig begränsning av advokatens handlingsfrihet är att hon inte får utöva otillbörlig påverkan på vittnet.[40] Det är svårt att dra upp exakta riktlinjer för var gränsen går. (Se TSA 1999 nr 8 fall 14, som hänvisar till ett vägledande uttalande av advokatsamfundets styrelse angående försvarares rätt att företa egen utredning omfattande bl.a. förhör med vittnen.)[41]

En god beskrivning av vad som skall förstås med otillbörlig påverkan får man i de engelska reglerna för barristers:

> "A practising barrister must not out of Court:
>
> place a witness under any pressure to provide other than a truthful account of his evidence; rehearse, practise or coach a witness in relation to his evidence or the way in which he should give it."[42]

Dessa och andra regler drar alltså upp vissa gränser för försvararens handlingsfrihet. Men därutöver gäller att försvararen själv måste besluta sig för i vilken grad klientens önskemål skall tillåtas styra över medlen i processen.

38. Se för svensk del SRGA 45 § 2 st. Frågan om vittnes- och editionsplikt är som bekant inte klargjord för försvarare i Sverige. För engelsk del gäller att reglerna för barristers är speciella eftersom en barrister tar över målet från en solicitor, barristerns "professional client". Det heter att en barrister "must not adduce evidence obtained otherwise than from or through his professional client or devise facts which will assist in advancing his lay client's case", Bar Code 610 (d).

39. SRGA 46 § 2 st. Jämför beträffande solicitors Law Society Code for Advocacy 21:10. För barristers gällde tidigare en gammal regel som förbjöd varje kontakt med vittnen, såväl de egna som motpartens. Regeln är ett uttryck för den exklusivitet och upphöjdhet som tidigt präglade barristeryrket (se del II). Förbudet gäller inte längre (även om försiktighet anbefalles och undantag från den fria kommunikationen finns, i synnerhet med motpartens vittnen). Se kommentaren till *Bar Code*, Written Standards for the conduct of Professional Work (annexe F), 6.1.

40. SRGA 46 §. I TSA 1985 s. 342 blev en advokat utesluten ur samfundet på grund av att han utsatt ett vittne i ett narkotikamål för otillbörlig påverkan. Han hade i telefonsamtal (som efter beslut av åklagaren spelades in på band) uppmanat en person att säga till ett vittne att vittnet skulle "tona ner det hela", att hon "inte skall komma ihåg egentligen vad som sägs" och tillfogat att "om hon inte kan komma ihåg det så är det naturligtvis djävligt bra". (Ur HD:s uteslutningsbeslut SÖ 297, 1984).

41. Uttalandet återges i sin helhet i referatet, där en försvarare på egen hand förhörde ett vittne på sitt kontor och av denna anledning blev anmäld till samfundet av en kammaråklagare som bl.a. gjorde gällande att "vad som framkommit vid sådana seanser saknar helt bevisvärde". Ärendet föranledde ingen åtgärd från disciplinnämndens sida.

42. *Bar Code* 607. Motsvarande förbud finns för solicitors, Law Society's Code for Advocacy, 21.10.

Klientens önskemål om att en viss bevisning skall användas respektive angripas, handlar ur försvararens synpunkt åter till stor del om det sätt på vilket försvararen tolkar "klientens intresse". Frågan är om hon skall handla i klientens intresse på det sätt klienten önskar, alltså klientcentrerat, eller om hon skall handla i klientens intresse på ett sätt som är rättsordningsorienterat.

När det gäller arbetet med bevisningen finns i princip tre vägar att gå. Antingen kan försvararen a) utmana åklagarens bevismaterial, påvisa luckor etc., eller b) iaktta passivitet (med motiveringen att den tilltalade inte har bevisbördan), eller c) komplettera med eget material.

Om försvararen för ett rent defensivt försvar (alltså endast ifrågasätter åklagarens bevisning, med ett annat uttryck motbevisar kontradiktoriskt), eller ett passivt, löper hon ingen risk att kompromettera sig själv och överträda gränserna för det tillåtna. Å andra sidan har hon då kanske missat att uppmärksamma något för klienten gynnsamt faktum som kan ha central betydelse för målet.

Att föra ett offensivt försvar och komplettera med egen bevisning (en konträr bevisstrategi) kan emellertid också vara tveeggat. Man kan till exempel tänka sig att det kan vara farligt för försvararen att ta kontakt med personer som på något sätt kan misstänkas ha samband med den misstänkta brottsligheten i målet, samtidigt som en sådan kontakt i och för sig kan resultera i något matnyttigt för klienten.

I RH 1983:78 (som disciplinnämndsärende i TSA 1986 s. 60) inträffade just den situation som här utmålas.

> Advokaten A var förordnad som offentlig försvarare för Å, som var misstänkt för grovt narkotikabrott. I målet var fråga om en komplicerad härva av narkotikaleveranser, där ord stod mot ord. Åklagaren gjorde gällande att den misstänkte Å tagit emot ett större parti amfetamin, vilket kunde härledas till en västtysk medborgare P, som var en vid denna tid okänd narkotikabrottsling. Den misstänkte Å förnekade emellertid varje kännedom om narkotikapartiet och hävdade inför sin försvarare att det hela rörde sig om en "provokativ konstruktion" från polismyndighetens sida. Försvararen gjorde bedömningen att ytterligare utredningsåtgärder måste vidtagas, men att det var uteslutet att få de nödvändiga upplysningarna via förundersökningsledaren.[43] I det läget beslutade sig försvararen för att sammanträffa med den ökände P, som var häktad i sin utevaro och befann sig på fri fot. På grund av omständigheterna – P var föremål för spaning på grund av aktuell och tidigare brottslighet – måste försvararens utredning och mötet med P ske i största hemlighet, bland annat i Holland och Västtyskland. Genom sina utredningsaktiviteter fick försvararen, enligt sitt yttrande till tingsrätten, "synnerligen värdefull information till gagn för Å".
>
> Advokaten A:s förordnande som offentlig försvarare i målet blev på åklagarens begäran återkallat av tingsrätten, som fann att han genom sitt samröre med en misstänkt person förfarit olämpligt och att detta i hög grad rubbat förtroendet för advokaten att vara försvarare i målet. Hovrätten undanröjde sedermera tingsrättens beslut och advokaten återfick med omedelbar verkan sitt förordnande som offentlig försvarare. Där tingsrätten fann att advokaten förfarit i hög grad olämpligt genom sina utredningsmetoder, fann hovrätten tvärtom att en försvarare i denna situation var oförhindrad och efter omständigheterna skyldig att på egen hand skaffa utred-

43. Jämför RB 23:18.

ning i saken och att en annan syn på försvararens uppgift skulle kunna hämma eller avhålla ifrån motiverade insatser för den misstänktes sak. Advokatsamfundet fann för sin del vid ärendets behandling i disciplinnämnden (TSA 1986 s. 60) att advokaten inte vid sina utredningsförsök handlat i strid med god advokatsed.[44]

Fallet säger oss en hel del – inte minst om normgivarens uppfattning om klientlojalitet, varför vi får anledning att återkomma till RH 1983:78. Apropå de praktiska problemen i samband med bevisarbetet i målet, säger oss fallet att "frizonen" för försvararen är stor men också minerad.

Advokaten i fallet NJA 1981 s. 1035 gav sig ut i ett synnerligen explosivt minfält för klientens räkning, i det han medverkade till att skaffa fram ett heroinparti om ett och ett halvt kilo, värt flera miljoner kronor. Åtgärden ansågs befogad av olika skäl, bland annat för tillvaratagandet av huvudmannens intressen. Advokaten hade anledning att räkna med att hans åtgärder skulle få positiv betydelse för klienten. Hovrätten och domstolsverket fann att arbetet med narkotikapartiet föll utanför försvararuppdragets ram och inte borde ersättas fullt ut. Frågan i HD gällde framför allt ersättning för arbetet med narkotikapartiets anskaffande. Man beaktade därvid bland annat att advokaten vidtagit åtgärderna för framskaffandet av heroinet i nära samarbete med åklagarmyndigheten och att partiet avsåg narkotika av särskilt farlig art. Heroinet hade svårligen kunnat framskaffas utan advokatens hjälp. Försvararens bedömningar att framskaffandet skulle gagna klientens sak gjordes med nödvändighet med utgångspunkt från de kunskaper försvararen hade tillgång till då åtgärden vidtogs. HD tog hänsyn till de speciella omständigheterna i fallet – precis som advokatsamfundet i sitt yttrande hade funnit att man borde göra – och advokaten tillerkändes yrkad ersättning.

Våra advokater vapendragaren och vägvisaren kommer att välja i enlighet med sina ideal: vapendragaren arbetar som klientens instrument och kan föra ett offensivt försvar med egen bevissäkring (så länge hon inte riskerar att kompromettera sig själv), om detta är vad klienten önskar. Vapendragaren kan också välja något av de andra alternativen – defensivt eller passivt försvar, om detta är klientens uttryckliga instruktion. Vägvisarens val – vilket skall utvecklas närmare nedan – är beroende av hennes egen bedömning av sakens natur och klientens trovärdighet.

13.3.2 *Skuldfrågan – relevant eller inte?*

Skuldfrågan är ett av de svåraste och mest omdebatterade problemen i advokatetiken.

Vid första påseendet tycks vapendragarens inställning vara den mest utbredda: Vad försvararen själv må tycka eller tro i skuldfrågan saknar betydelse. I England har sedan mycket lång tid tillbaka den absolut dominerande inställningen varit "counsel has no opinion". Principen är i engelsk rätt känd åtminstone sedan 1700-talet, där till och med den legendariske Erskine[45] fick en

44. Fallet refereras också i kap. 16.3 om försvararens olämplighet och 17.4 om den svenska normgivarens uppfattning om klientlojaliteten, specifikt om klientinstruktionerna i praxis.

45. Se del II, kap. 8.2.

näsbränna av domaren i ett mål där Erskine i sitt försvarstal yttrade: "I will now lay aside the role of advocate and address you as a man", varvid domaren svarade: "You will do nothing of the sort. The only right and licence you have to appear in this court is as advocate".[46]

Inte ens det faktum att advokaten verkligen tror på sin klient får tillmätas betydelse.[47] Inställningen att advokatens uppfattning i skuldfrågan är irrelevant uttrycks i den sparsamma doktrin som finns i Sverige.[48] Även i USA är detta förhållningssätt väl dokumenterat.[49] Emellertid utgår ofta dessa diskussioner från fallet där klienten förnekar skuld. Problemet kan bli mera svårlöst om klienten vill bli fälld, trots att han är oskyldig.[50]

De två advokattyperna kommer att agera helt olika i skuldfrågan. Den advokat som får problem med att uppfylla klientens önskemål, har skaffat sig en uppfattning i skuldfrågan. Begreppsparen oskyldig – friad och skyldig – fälld är så grundläggande i människans natur att det blir svårt, för att inte säga omöjligt, att frigöra sig från att göra en sådan koppling per automatik. Likväl är detta just vad vapendragaren måste göra. Vapendragaren skall inte och kan inte skaffa sig en uppfattning i skuldfrågan. Hon skall inte skaffa sig en sådan uppfattning, eftersom det är klienten och endast klienten som avgör om målet är att bli fälld eller friad. Hon kan inte heller skaffa sig en sådan uppfattning, eftersom den enda person som verkligen vet vem som är skyldig är den verklige gärningsmannen. Hennes uppgift som försvarare är inte att finna "rätt" gärningsman, utan att lojalt biträda den person, som nu är misstänkt för brottet. Om hon likväl bibringas en viss uppfattning i skuldfrågan, betraktar hon som sin plikt som advokat att bortse från den och utgå från klientens inställning. Även i ett fall där klientens skuld för advokaten står klar bortom rimligt tvivel, kan advokaten verka för ett frikännande. Enkelt uttryckt: advokatreglerna tillåter advokaten att försvara och söka fria en klient som hon vet är skyldig.[51] Lagen som sådan tillåter ju *de facto* att en skyldig går fri. Den avgörande frågan är huruvida åklagaren lyckats bevisa skuld, inte huruvida den tilltalade är

46. Jämför Du Cann a.a. s. 47.

47. "Once in court, even if his opinion is in support of his client, it is wholly immaterial." Du Cann, a.a. s. 46.

48. Se t.ex. Blomkvist, a.a. s. 14 och Wiklund s. 235 f.

49. Se t.ex. Cochran a.a. s. 341. I mordfallet State v. Holland (Utah 1994) avvisades försvararen av Utahs högsta domstol på grund av att han under förhandlingarna öppet visat att han ansåg att hans klient borde fällas och "förtjänade" dödsstraff. Två *justices*, Durham och Stewart i Utah Supreme Court uttalade bland annat: "Certainly attorneys are bound to have private feelings about the clients the represent and their guilt or innocence, but it is their professional responsibility to set aside private feelings and judgments." (*Holland*, 876 P.2nd at 362)

50. Jämför Du Cann, a.a. s. 49: "The most difficult position of all is faced by the defending advocate in the criminal courts to whom the client says, 'I am not guilty but I insist on pleading guilty'."

51. Jämför för amerikansk del *Model Rule* 3.1, som stadgar att advokat inte får föra "frivolous litigation" eller missbruka rättssystemet, "abuse legal procedure", med detta undantag: brottmål, där alltså advokaten får ifrågasätta åklagarens bevisning även om hon egentligen saknar grund för detta, jämför *Model Code* DR 7-102 (A). Se även Wolfram s. 586. För engelsk del, se Sprack a.a. s. 119–120, som talar om att det kan vara bäst för advokaten att avsäga sig försvaret om klienten verkligen erkänt för henne, men om ett fränträdande inte är lämpligt, bör advokaten fortsätta försvaret oavsett vad hon själv tror, så länge hon inte överträder den negativa sanningsplikten.

skyldig. Som jag flera gånger framhållit, är inte denna inställning frukten av någon nya tiders respektlös inställning till rättssystemet.[52]

Förhållningssättet går att rättfärdiga med flera argument som är centrala i vapendragarideologin.[53]

Frågan om skuld och oskuld är mer moraliskt laddad än kanske någon annan advokatetisk fråga. För vägvisaren innefattar försvararrollen med nödvändighet också moraliska ställningstaganden och prioriteringsfrågor mellan klientens intresse och t.ex. intresset av att sanningen kommer fram. Detta förhållningssätt medför, som vi såg i del II, att vägvisaren inte kan tänka sig att acceptera att försvara en frånstötande person eller någon som är misstänkt för ett avskyvärt brott. Hennes argument för denna inställning är att den misstänkte har rätt till en försvarare som verkligen kan tillvarata hans intressen. Vägvisaren kan inte vara så lojal som krävs, om hon känner djup personlig avsky för klienten eller saken. Den bästa lojalitet vägvisaren kan visa den klient hon inte vill försvara, är att råda honom att skaffa en advokat som är lojal mot de intressen han uttrycker att han har.

Därmed står det klart att vägvisaren i sitt val huruvida hon skall följa klientens instruktioner eller inte, kommer att bilda sig en egen uppfattning i skuldfrågan.

När klienten uttalar att han har som målsättning att bli fälld i brottmålet, så kan inte vägvisaren medverka till detta om hon inte själv är övertygad om att klienten är skyldig. På motsvarande sätt kan vägvisaren inte söka få sin klient friad om hon är övertygad om att han är skyldig till brottet. Detta finner hon nödvändigt av tre skäl: ett processtaktiskt, ett rättsordningsorienterat och ett personligt moraliskt.

För det första anser hon att en försvarare inte kan föra talan på ett lojalt och engagerat sätt om hon inte själv tror på klienten. Hur skall hon kunna övertyga en domstol, om hon inte själv är övertygad? För det andra anser vägvisaren att en god försvarare bland annat skall medverka till ett materiellt riktigt domslut. Här kommer inte bara hennes förhållande till klienten att stå i fokus, utan också hennes förhållande till samhället i övrigt: rättsväsendet, det

52. Pannick refererar i sin bok följande fall. År 1934 hände det sig i en överrätt i Australien att en försvarsadvokat till domaren i juryns närvaro yttrade att han befann sig i ett svårt dilemma, det svåraste under hela hans karriär som advokat. Efter att juryn fällt den tilltalade (vilket ledde till dödsdom), förklarade försvarsadvokaten för domaren att hans predikament orsakats av det faktum att hans klient inför honom hade erkänt att han var skyldig. Representanterna för den höga domstolen var oförstående och yttrade surt: "Why he should have conceived himself to have been in so great a predicament it is not easy for those experienced in advocacy to understand. He had a plain duty... to press such rational considerations as the evidence fairly gave rise to in favour of (his client) who, whether he be in fact guilty or not... is, in point of law, entitled to acquittal from any charge which the evidence fails to establish that he committed." *Tuckiar v. R* 52 CLR 335,341, 346 (1934) High Court of Australia. Citerat i Pannick, a.a. s. 159.

53. Se kap. 14 nedan.

allmänna och tredje man.[54] Slutligen kan hon inte verka för ett domslut som hon finner stötande för sin egen personliga moraluppfattning.[55]

Absolut visshet i skuldfrågan är i de flesta fall mycket svårt att skaffa sig av flera skäl som torde vara uppenbara. Vägvisaren måste, som varje annan yrkesmänniska, anpassa sig till tids- och resursmässiga realiteter. Den viktiga skillnaden mellan vapendragaren och vägvisaren när det gäller skuldfrågan är inte *hur* vägvisaren skaffar sig kunskap eller *om* hon lyckas skaffa sig kunskap, utan att hon över huvud taget finner skuldfrågan *relevant* för sin arbetsinsats. Hon behöver tro på klienten för att kunna företräda honom på det sätt han önskar.

I argumentationsinventeringen längre fram kommer sådana här resonemang att undersökas ytterligare.

13.3.3 *Bevisningen – materiell sanning eller bara trovärdighet?*

Vapendragaren bildar sig ingen uppfattning i skuldfrågan utan låter klientens påstående grunda inställningen i målet. Annorlunda är det med bevisningen. Vapendragaren må anse att hennes inställning till skuldfrågan är irrelevant, men kan hon inte bara avstå från att bilda sig en uppfattning om bevisningen (på samma sätt som hon avstår från att bilda sig en uppfattning i skuldfrågan). Om klienten åberopar ett alibivittne, så måste vapendragaren åtminstone ta reda på om alibit är trovärdigt. Och har ett vittne sett den tilltalade vid brottsplatsen i det kritiska ögonblicket, så måste vapendragaren inta något slags förhållningssätt till beviset.

Oavsett om klienten är skyldig och vill bli fri eller är oskyldig och vill bli fälld, ställs försvararen inför samma ekvation, nämligen att klienten påstår p till sin advokat, men önskar q i rättegången.

Vapendragaren gör gällande att en advokat aldrig kan "veta" om ett rättsfaktum verkligen är sant eller om viss bevisning verkligen är äkta. Hon kan, för att ta ett exempel från Lake Pleasant-fallet, visserligen se med egna ögon att det ligger två döda människor nedgrävda precis där den misstänkte sade att de skulle finnas. Hon kan däremot inte veta om det verkligen var hennes klient som mördade dessa personer eller vad som i övrigt har hänt. Endast den som var med när händelserna inträffade kan veta vad som hände – och inte ens då kan man alltid vara säker på det faktiska händelseförloppet. Människans perception och minne av ett händelseförlopp är en alltför osäker kunskapskälla. Det enda försvararen har att rätta sig efter är därför – precis som i frågan om

54. Se diskussionen ovan: materiellt felaktiga domar ligger inte i rättsväsendets och det allmännas intresse och en oriktigt friande dom kan få konsekvensen att en oskyldig tredje man fälls för brottet.

55. Det är inte förenligt med en god moraluppfattning att en oskyldig sitter i fängelse eller att en skyldig mördare går fri. Enligt ett synsätt kan utfallen "skyldig och friad" samt "oskyldig och fälld" värderas lika, se Sahlin i TSA 1988 s. 260.

klientens önskemål i övrigt – det, som klienten påstår. Ett sådant här förhållningssätt medför att vapendragaren kan påstå i princip vad som helst och bestrida vad som helst, eftersom hon inte var med när brottet begicks. Gränsen går därför endast vid trovärdigheten. Advokaten åberopar exempelvis inte ett alibivittne som bevisligen inte var tillsammans med den tilltalade då brottet begicks.

Antag att en gammal dam med glasögon uppträder som åklagarvittne och uppger (fullt sanningsenligt, enligt vad den tilltalade sagt till sin försvarare) att hon observerat den tilltalade i närheten av brottsplatsen då brottet begicks. Det svåra är nu att advokaten inte får åberopa falsk bevisning och inte heller ifrågasätta bevisning som hon vet är sann. Vapendragarförsvararens ståndpunkt är att advokaten inte kan veta vad som är sant eller falskt. En möjlighet är att klienten faktiskt kan ha befunnit sig någon annanstans, oaktat vad han sagt till sin försvarare, dvs. att han är oskyldig till brottet. En annan möjlighet är att klienten befann sig vid brottsplatsen men inte begick brottet och alltså är oskyldig. En tredje variant är att han begick brottet men att vittnet omöjligt kan ha sett honom på det sätt hon påstår. Slutligen är det också möjligt att damen såg rätt och att den tilltalade är skyldig till brottet.

Alla varianterna är möjliga. På motsvarande sätt är det med den oskyldige klienten som vill bli fälld. Det avgörande för vapendragaradvokaten när det gäller bevisningen är därför huruvida den förefaller trovärdig i domstolens ögon (inte vad som faktiskt är sant eller falskt). Valet av vilken motbevisning försvaret skall åberopa och vilken av åklagarens bevisning som skall ifrågasättas beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Om den tilltalade kan producera ett alibivittne som är trovärdigt, kan vapendragaren åberopa detta om advokaten bedömer att vittnet inte löper någon risk att beslås med lögn. Är åklagarens bevisning stark och det är svårt att producera motbevisning, räcker det med att konstatera att det är åklagaren som har bevisbördan, inte den tilltalade. Då får försvararen nöja sig med att skoningslöst korsförhöra den gamla damen för att så tvivel angående hennes förmåga att se bra utan sina glasögon, om sikten var god, hur långt borta hon stod och vad gärningsmannen hade på sig.

Vapendragarens krav på bevismedlen är bara att de skall vara relevanta och effektiva för det bevistema som försvaret har. Om uppgifterna inte är samstämmiga med klientens målsättning, kommer inte vapendragaren att utgå från dem. Om uppgifterna inte kan antas vara trovärdiga i domstolens ögon, kommer hon inte heller att utgå från dem. Bevistema går före medel.[56] Huruvida hon själv "tror" på dem eller inte är för vapendragaren en irrelevant fråga.

56. Om man tänker sig att klienten insisterar på att advokaten skall använda ett visst bevismedel trots att det enligt advokatens bedömning ter sig klart kontraproduktivt i förhållande till det uppställda bevistemat, ställs vapendragaren inför valet mellan att göra som klienten önskar eller inte. Prioriterar hon klientens önskade mål framför klientens önskade medel, måste hon i denna situation gå direkt emot sin klients önskemål om ett visst bevismedel.

Vapendragaren gör alltså inte det slags bevisvärdering som har till syfte att utröna den materiella sanningen, dvs. vad som verkligen har hänt. Hennes värdering har endast till syfte att bedöma om domstolen kan förväntas finna att beviset är sannolikt för själva bevistemat. *Vapendragaren kan därför använda sig av ett bevis som är relevant oavsett sanningen om temat.*[57]

Vägvisaren, som i motsats till vapendragaren eftersträvar den materiella sanningen, måste skaffa sig långtgående kunskap om händelseförloppet av två skäl: för det första för att kunna fastställa skuldfrågan (bevistemat) och för det andra för att kunna bestämma hur försvaret skall läggas upp (bevismedel).

Det är inte så att vägvisaren helt bortser från klientens önskemål avseende målsättningen. Hon utgår från klientens berättelse i första hand, men hon måste tro på sin klient och kommer därför att noggrant undersöka allt klienten påstår. Det innebär att vägvisaren – i motsats till vapendragaren – måste ta reda på, så långt detta är möjligt, exakt vad som har inträffat. Likt en brottsutredare lägger hon pussel och likt en domare fastställer hon skuld utifrån den bild som tonar fram. Den avgörande skillnaden mellan vägvisaren och åklagare och domare är att vägvisaren som försvarare är skyldig att förtiga allt vad hennes klient berättat i förtroende och att hon som försvarare aldrig får skada klientens sak.[58] Tystnads- och lojalitetsplikten medför att hon – om hon inte kan övertala sin klient att tala sanning – tvingas att frånträda uppdraget.

När det gäller vilka medel som skall tillgripas i processen utgår vägvisaren från att det är hon som är experten. Har hon väl bestämt sig för att genomföra ett försvar med en viss målsättning, är det hon och ingen annan, som avgör vilken bevisning som skall föras in och vilka uppgifter som skall bestridas. Klienten är lekman och saknar den kunskap och erfarenhet som krävs för att kunna driva bevisfrågor med framgång.

Vägvisaren gör alltså, precis som vapendragaren, en bedömning av bevismedlets relevans för bevistemat. Skillnaden mellan de båda advokattyperna är att vapendragaren eftersträvar klientens målsättning oavsett skuldfrågan. En annan skillnad ligger i att medan vapendragaren kan säga att det är omöjligt att "veta" vad som är sant eller osant, så anser vägvisaren tvärtom att hon så långt det är möjligt bör skaffa sig en uppfattning om existensen av de sakförhållanden som ligger till grund för talan. Det räcker alltså inte för vägvisaren att bevisningen är relevant (dvs. kan säga något om temat). Om hon själv är av den uppfattningen att exempelvis ett åklagarvittnes berättelse stämmer med verkligheten, kommer hon inte att ifrågasätta den.

Vägvisarens inställning till medlen i målet är alltså helt präglad av den uppfattning om klientens skuld, som hon har bildat sig. Detta innebär till exempel att vägvisaren inte kommer att åberopa ett alibivittne om hon inte själv i sin värdering funnit att bevisningen stämmer med det faktiska händelseförloppet. Det räcker inte att vittnet är trovärdigt och att man kan göra en prognos om

57. Se vidare Ekelöf IV, s. 136.

58. Åtminstone gäller detta som huvudregel. Som skall visas nedan i diskussionen om Lake Pleasant-fallet, finns extrema situationer där vägvisaren kan tänka sig att tolka in en rätt till undantag från lojalitets- och tystnadsplikten.

att domstolen kommer att finna vittnets berättelse sannolik. *Vägvisaren kommer därför, i motsats till vapendragaren, att göra en bevisvärdering vars syfte är att finna stöd för bevistemats existens.*

13.4 Vapendragarens hantering av klientinstruktionerna

13.4.1 *Inledning*

"The most basic premise of professional ethics is that the client's interests should take precedence over those of the lawyer", yttrar de engelska författarna Boon och Levin och hänvisar till *Bar Code* paragraf 203.[59] "The modern view is that the relationships with clients should be one that, like many other professional relationships, has the capacity to empower them by treating them as an individual and allowing them to reach their own decisions."[60]

Frågan om klientautonomi kan alltså betraktas som en maktkamp. Den som fäller avgörandet är den som har makten. För vapendragaren är det självklart att klienten inte skall fråntas makten över sitt eget liv av sin egen advokat.

Försvararens inplacering i det processuella systemet och förhållningssätt till klienten ger upphov till följande maximer för vapendragaridealet:

- *Advokaten skall vara beredd att utföra sitt uppdrag för vem som helst.*
- *Det är inte advokatens uppgift att ta hänsyn till intressen som är motstående till klientens.*
- *Advokaten skall uttala sig och agera som klienten skulle ha gjort, om han hade kunnat.*
- *Advokaten skall i sin klients intresse utnyttja givna regler till det yttersta, utan att överträda dem.*

I fallet med klienten som avslöjar att han är skyldig men vill att advokaten skall förtiga detta, skall advokaten följa klientens instruktioner och förtiga vad hon vet, oavsett de moraliska implikationer ett sådant förtigande medför. I fallet med den oskyldige klienten som ville bli fälld, skall advokaten göra som klienten begär och medverka till att denne blir fälld enligt sina uttryckliga instruktioner.

Advokaten, som nu förordnats som offentlig försvarare för den misstänkte mördaren, måste till en början skaffa sig kännedom om fallet. Oavsett vilket slags försvarare hon är, måste hon ha ett acceptabelt underlag för att kunna lägga upp försvaret. Hon har två huvudsakliga kunskapskällor: åklagarens ut-

59. Boon & Levin, förordet s. *v.*
60. A.a. s. 184.

redning och den misstänkte själv. Vid det första mötet med klienten har hon ofta i realiteten ingen annan källa än klienten.

Om inte klienten självmant talar om att han är skyldig, kommer inte vapendragaren att ta upp den frågan. Ofta förnekar den misstänkte även inför sin försvarare. I denna mycket vanliga situation tar vapendragaren bara reda på så mycket som är nödvändigt för att kunna processa på den linje som klienten framställt som sitt önskemål. Starkt förenklat kan man säga att hon helt enkelt inte vill "veta för mycket".[61]

"In response to this rule, some lawyers tell their clients *not* to tell them whether the client has committed the crime; then, the lawyers can assist the client, not knowing whether they are assisting perjury or not."[62] Freedman har apropå denna taktik myntat frasen "selective ignorance".[63] Om det finns överväldigande bevisning för att den misstänkte befann sig på brottsplatsen (t.ex. offrets blod på hans kläder och vittnen som såg honom springa från platsen), frågar vapendragaren "var du där?" men inte "begick du brottet?". Försvaret inriktas sedan på att hitta en trovärdig förklaring till varför den misstänkte befann sig på platsen. Det hade helt enkelt inte varit trovärdigt att förneka detta. Huruvida klienten begått brottet undersöker inte vapendragaren. Det är inte hennes uppgift.

I exemplet med klienten som ville bli fälld fick vi reda på att advokaten snart bibringades uppfattningen att hennes klient i själva verket var oskyldig. I det läget väljer vapendragaren att antingen uppmana sin klient att inte säga någonting över huvud taget eller så uppmanar hon klienten att berätta vad han vill men sedan själv bestämma hur han vill göra; som hans försvarare kommer hon att agera som klienten önskar.

I fallet med den skyldige klienten är vapendragarens alternativ att antingen acceptera klientens ord och inte göra någonting alls för att bekräfta eller vederlägga fakta, eller att kontrollera sanningshalten av klientens berättelse men sedan avstå från att agera om ingenting framkommer som kan gynna klienten[64] (som att t.ex. avslöja vad hon vet eller försöka förmå klienten att erkänna).[65]

61. Se t.ex. Cochran, a.a. s. 331, "...many lawyers tell their clients that they do not want to know whether the client committed the crime."

62. Cochran a.a. s. 349. Även enligt amerikanska regler är advokaterna underkastad negativ sanningsplikt (*Model Rules* 3.3); i detta fall syftar Cochran på en regel som ålägger advokaten att inför domstolen avslöja om hon vet att klienten begår mened (som bekant vittnar den tilltalade i amerikanska rättegångar under ed, för det fall han väljer att höras i rättegången).

63. Freedman 1990 s. 35–36.

64. Detta alternativ valdes av försvararna i Lake Pleasant-fallet: de kontrollerade att Garrows uppgifter om liken stämde men gjorde sedan ingenting alls, utan fortsatte som om ingenting hänt att följa sin klients önskemål.

65. En ytterligare variation på situationen med den skyldige klienten är att han erkänner för sin försvarare och vill erkänna i rättegången, men försvararen övertalar honom att inte erkänna. En sådan variant innehåller element av vägvisarideologin: vägvisaren kan, i motsats till vapendragaren, mycket väl tänka sig att kontrollera klientens beslut och förmå honom att agera på ett visst sätt; å andra sidan skulle inte vägvisaren mot bättre vetande uppmana en skyldig klient att inför rätta ljuga och förneka sin skuld.

Med hjälp av försiktigt sonderande frågor till sin klient hjälper hon denne att föra fram sin version av händelseförloppet på ett sådant sätt att försvararen i den följande rättegången kan processa utan att beslås med lögn. Genom att vapendragaren undviker att ställa frågor som kan avslöja besvärande omständigheter, som kanske tyder på att klienten ljuger, så har hon ganska stor rörelsefrihet vid den kommande processen när det gäller förhör och bevisfrågor. Hennes metod att ta reda på så lite som möjligt leder därför till ökad flexibilitet.[66]

När vapendragaradvokaten har kartlagt fakta så som klienten fört fram dem, så har hon sin hypotes klar. Nästa fråga som försvararen ställer sig är hur hon skall kunna uppnå klientens målsättning. Om nu klienten vill bli fälld, så är detta det intresse advokaten skall främja. Hon vet att rätten kommer att lägga vikt vid den tilltalades egen berättelse, men hon vet också att ett erkännande, speciellt avseende grova brott, som inte stöds av någon annan bevisning, inte utan vidare kan läggas till grund för en fällande dom.[67] För att vara säker på att hon gjort allt som står i hennes makt för klienten som vill bli dömd, bör hon därför försöka finna något stöd i utredningen i övrigt för den tilltalades skuld. Huruvida sådana omständigheter verkligen kan läggas till grund för en fällande dom kan givetvis diskuteras. Utan att här fördjupa mig i bevisfrågor kan jag konstatera att det åtminstone finns en möjlighet att den klient som vill bli dömd kan bli fälld genom ett sådant här förfarande.[68]

Om klienten, enligt det andra exemplet, erkänner att han är skyldig inför försvararen men instruerar sin advokat att verka för en friande dom, så får vapendragaren försöka finna en väg som kan leda till att klienten frias.[69] Klienten, inte advokaten, fäller avgörandet.

Därmed kan vapendragaren hävda att hon är konsekvent: hon behandlar alltid alla klienter och deras önskemål på samma sätt. Konsekvens är enligt vapendragaren i detta fall detsamma som rättssäkerhet. Vapendragaren är också

66. Se t.ex. Blomkvist, a.a. s. 46 f. och Samuelson, a.a. s. 30 f.

67. RB 35:3; RH 1994:97; Fitger: Rättegångsbalken, s. 35:57; PLB s. 380.

68. I RH 1994:97 lade tingsrätten den tilltalades erkännande på ett tidigt stadium i utredningen till grund för en fällande dom i mål om narkotikabrott. (Hovrätten ogillade sedermera åtalet på grund av att den tilltalade tagit tillbaka erkännandet, något som alltså inte inträffade i det fall, som här utgör exempel). Diesen framhåller i sin avhandling Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål (1993) att om den tilltalades erkännande innebär ett godtagande av åklagarens påstående om brott, så följer därav att utredningen måste bli mer omfattande när den tilltalade *inte* godtar åklagarens påståenden. Diesen gör alltså gällande att utredningsstandarden är lägre vid erkända brott och högre vid förnekande (eftersom i den moderna brottmålsprocessens själva väsen ligger att mot den misstänktes nekande fastställa hans skuld). "När det gäller ett mycket grovt brott, exempelvis mord, måste självfallet erkännandet prövas mycket omsorgsfullt och ställas i relation till annan bevisning", skriver Diesen vidare, men fortsätter: "...även om ingen extrem reduktion av processmaterialet sker i detta fall, får erkännandet till följd att utredningen får en annan, mindre krävande inriktning, nämligen mot *verifikation*..." (s. 297–298). Jämför också Cochran apropå åklagarens bevisbörda: "Confession has the opposite effect; it eases the burden of the state." A.a. s. 350.

69. Det är ingen enkel sak för försvararen att verka för en friande dom trots att hon känner till att klienten är skyldig. Vad normgivare och doktrin säger om detta problem kommer att genomgås längre fram. Vapendragarens handlande i klientens intresse i dessa fall begränsas endast av vad den negativa sanningsplikten stadgar.

rolltypisk: hon begår aldrig misstaget att blanda samman sin roll som advokat med till exempel domarrollen. Allt ifrågasättande av klientens syfte med instruktionerna skulle medföra att hon uppträder som domare eller till och med åklagare.

13.4.2 *Lake Pleasant-fallet: klienten framför allt*

> In (the Lake Pleasant) case, if the attorney were required to divulge... information, the obligation of confidentiality would be destroyed, and with it, the adversary system itself.[70]

I sin tolkning av klientlojaliteten tar vapendragaren, som vi tidigare konstaterat, endast hänsyn till sin klients intresse (oavsett vilket detta intresse är, så länge det inte är olagligt), medan vägvisaren väger in även andra intressen såsom hänsyn till rättsväsendet och moralen. Vi har också konstaterat att ett konkret uttryck för klientlojaliteten finns i reglerna om den långtgående tystnadsplikt som åläggs försvarsadvokater i snart sagt alla rättssystem.

Frågan är nu om advokaten även i en extremt tillspetsad situation skall sätta klientens intresse före rättsväsendets eller det mänskliga samfundets intressen och göra detta oavsett vilket klientens intresse må vara. Det amerikanska Lake Pleasant-fallet är ett ovanligt ruskigt autentiskt fall som illustrerar denna problematik på ett mycket tydligt sätt. Advokaterna i fallet agerade som vapendragaren skulle ha gjort, trots att de fick utstå praktiskt taget hela omvärldens avsky och förakt för sin långtgående klientlojalitet.

1974 skakades den amerikanska allmänheten av nyheten att två advokater, Armani och Belge, som var försvarare i en mordrättegång, inte avslöjat att de känt till var deras klient gömt liken efter två unga kvinnor som han mördat.

> Bakgrunden var denna. Ett antal ungdomar hade mördats eller försvunnit under sommaren 1974 i rekreations- och fritidsområdet Lake Pleasant i staten New York. Misstankarna föll så småningom på Robert Garrow, en 38-årig mekaniker. Han greps sedermera efter en dramatisk jakt där mer än 200 poliser var inblandade. Han åtalades för mordet på en ung man vars lik hade återfunnits.
>
> Två av de försvunna ungdomarna, en 20-årig kvinnlig student och en 16-årig high school-flicka, var föremål för mycket spekulationer och farhågor. Deras kroppar hittades dock inte. Allmänheten och åklagaren misstänkte starkt att det var Garrow som mördat flickorna och gömt deras lik och att advokaterna kände till detta. Efterhand som månaderna gick blev situationen allt värre. Föräldrarna vädjade öppet till Garrow och advokaterna för att få reda på var deras barn fanns. Hela tiden – 6 månader – detta drama pågick, visste försvararna var de döda flickorna fanns. Garrow gav i enrum sina försvarare detaljerade beskrivningar av morden på flickorna samt ritade en karta över det område där liken var gömda.
>
> Garrows försvar gick ut på att han skulle dömas till rättspsykiatrisk vård. Advokaterna Belge och Armani gjorde följande bedömning. Eftersom försvaret var inriktat på att få Garrow förklarad som psykiskt sjuk, var det betydelsefullt för advokaterna att få klarhet i om klientens uppgifter stämde. Hade det exempelvis visat sig att uppgifterna var rena fantasier, kunde detta ha varit viktigt för bedömningen rö-

70. Freedman, 1974, s. 986.

rande Garrows psykiska status. Advokaterna letade igenom området noggrant. Först efter femte försöket fann de den 20-åriga kvinnans kropp i ett gruvschakt. Armani sänkte ner Belge i hålan och höll fast i hans fötter, medan Belge tog fotografier av kvinnans lik. En tid därefter fann de också den 16-åriga flickans kropp. Båda liken var stadda i svår förruttnelse då advokaterna hittade dem. Vilda djur hade gnagt av huvudet från 16-åringens kropp och släpat bort det en bit. Advokaten Belge tog huvudet och placerade det invid flickans kvarlevor.

Advokaten Belge, som efter det att han i största hemlighet letat reda på den 20-åriga Susan Petz lik, blev uppsökt av flickans far, berättar: "I spent many, many sleepless nights (over) my ability to reveal the information, especially after Mr Petz came in from Chicago and talked to me."[71] Den 16-åriga flickans föräldrar trodde att hon rymt hemifrån och vädjade i annonser till henne att komma hem igen. Inte förrän i december hittades flickans kropp av en slump av en förbipasserande. Då hade advokaterna redan känt till kroppens gömställe sedan slutet av september. "We both, knowing how the parents must feel, wanted to advise them where the bodies were. But since it was privileged communication, we could not reveal any information that was given to us in confidence."[72] Advokaterna hade inga svårigheter att föreställa sig vilka kval offrens föräldrar gick igenom: "Death is difficult enough to accept, but worrying and wondering, it'll drive you insane."[73]

Trots att advokaterna alltså ansattes med direkta frågor om liken från såväl flickornas föräldrar som andra personer med intresse i saken, höll de fast vid sin tystnadsplikt. Advokaternas bedömning var att intresset för klientens förtroende övervägde de intressen som talade för ett avslöjande. Advokaternas kännedom om likens placering framkom i samband med en *plea bargain*-förhandling. Försvararna erbjöd då att, i utbyte mot att få Garrow dömd till vård, hjälpa myndigheterna att lösa morden på de båda flickorna.[74]

I samband med den påföljande rättegång, som skulle fastslå huruvida Garrow var i behov av psykiatrisk vård, avslöjade den tilltalade själv detaljerna kring morden på flickorna. Advokaterna fann först i samband med detta att deras tystnadsplikt inte längre gällde och avslöjade därför var liken var gömda.

Fallet väckte en enorm indignation och urartade närmast i lynchstämning bland allmänheten och i pressen. Advokaten Belge åtalades för brott mot hälsovårdslagar (om begravning av avliden person och skyldighet att rapportera dödsfall till myndigheterna), men blev frikänd.

Lake Pleasant-fallet väckte stor uppståndelse även i juristkretsar och diskuterades i doktrinen. Debatten delade på sin tid det juridiska USA i två läger, för emot det rätta i advokaternas handlingssätt.

På ett sätt som är typiskt för jurister fördes diskussionen i USA åtminstone delvis på ett strikt juridiskt plan. Vissa kritiker hävdade helt enkelt att underlåtenheten att avslöja klientens uppgifter inte stod i enlighet med stadgad lag.

71. Advokaten Belge citerad i New York Times 20 juni 1974. Citaten ur New York Times artikel ingår i studiematerial rörande advokatetik på grundutbildningen av jurister i många *Law Schools* i USA, däribland Suffolk University Law School, Boston, Massachusetts.

72. Ibid.

73. Advokaten Armani, New York Times, ibid.

74. Förfarandet kan förefalla stötande i svenska ögon. (Se dock NJA 1981 s. 1035, heroinfallet, flerstädes ref.) Man måste hålla i minnet att för amerikanska förhållanden hör sådana här förhandlingar till ordningen för dagen, även om de givetvis sällan är så spektakulära till sitt innehåll som här.

Man gjorde på *common law*-vis analogier med andra fall där tystnadsplikten hade fått ge vika. Denna linje var emellertid inte särskilt framgångsrik.[75]

Mot sådana juridiska argument framfördes argument som alla i princip gick ut på att tystnadsplikten är grundlagsskyddad och undantag får endast göras om det är stadgat i lag. Sådant undantag kan i vissa fall gälla för avslöjande av planerade brott, vilket det inte var fråga om. Möjligheten för amerikansk advokat att bryta tystnadsplikten och avslöja planer på framtida brottslighet är inte heller obligatorisk utan fakultativ.[76] Inte heller gick i advokaternas agerande att tolka in något som kunde betraktas som ett aktivt försök att hindra sakens utredning. Härvid gjordes jämförelse med *Ryder*-fallet,[77] där en advokat flyttat ett avsågat hagelgevär samt bytet från ett bankrån från sin klients bankfack, och låst in dessa i sitt eget bankfack. Ryder hade helt klart aktivt sökt undanröja bevis och försvåra sakens utredning och blev föremål för disciplinärt ingripande. Lake Pleasant-advokaterna hade av allt att döma inte aktivt hindrat sakens utredning, t.ex. genom att gömma kropparna bättre.

Lake Pleasant-fallet är en god illustration av vilka svåra uttryck klientlojaliteten faktiskt kan ta sig för en advokat. Vi ser tydligare än någonsin skillnaden mellan privatmoral och rollmoral. Det råder ingen tvekan om att Belge och Armani som människor (och familjefäder) högt skattade det intresse som föräldrarna (liksom en upprörd allmänhet och den allmänna rättsordningen) hade av att flickornas kroppar kom tillrätta. Som advokater fann de emellertid att de inte hade något val: i detta fall fanns inte bara den vapendragarprincip som hyllar klientens intresse framför alla andra, utan det fanns en konstitutionell norm – tystnadsplikten. Oaktat de svåra personliga samvetsförebråelserna måste försvararna agera som försvarare. Domstolen som slutligen ogillade åtalet mot Belge skriver i domskälen (notera att domstolen använder uttrycket *officer of the court* om den utpräglade vapendragaren Belge):

> "In this type situation the Court must balance the rights of the individual against the rights of society as a whole. There is no question that Attorney Belge's failure to bring to the attention of the authorities the whereabouts of Alicia Hauck when he first verified it, prevented bringing Garrow to the immediate bar of justice for this particular murder. This was in a sense, obstruction of justice. This duty, I am sure, loomed large in the mind of Attorney Belge. However, against this was the Fifth Amendment right of his client, not to incriminate himself... It is the decision of this court that Francis R. Belge conducted himself as an officer of the court with all the zeal at his command to protect the constitutional rights of his client. Both on the grounds of a privileged communication and in the interests of justice the Indictment is dismissed."[78]

75. Se Gerson s. 145–146, där författarna tagit ställning mot Armanis och Belges agerande men inte lyckas hitta någon bättre analogi än fall där tystnadsplikten fått ge vika på grund av skyldigheten att avslöja planerade brott, något som knappast kan appliceras på Lake Pleasant-fallet. Man talar också om brott mot smittskyddslagstiftning, som skulle ha aktualiserats om liken burit på allmänfarlig smitta, dvs. en ganska lam kritik.

76. Freedman, 1974 s. 987, jämför DR 4-101 (C)(3) och Canon 4, n. 16.

77. 263 F. Supp. 360 (E.D. Va. 1967).

78. State of New York v. Belge, 83 Misc. 2d 186, 372 N.Y.S. 2d 798 (1975).

Lake Pleasant-fallet visar vilka krav en brottmålsklient med konstitutionell rätt kan ställa på sin försvarare. Vapendragaradvokaterna gjorde som de var tvungna att göra.

Om man nu anpassar Lake Pleasant-fallet till svensk rätt, så skulle inte vapendragaradvokaten kunna hänvisa till något grundlagsskydd.[79] En svensk vapendragare skulle endast ha de oklara svenska normerna för tystnadsplikt som vägledning. I princip består gällande rätt rörande tystnadsplikten i Sverige av SRGA och tolkning av doktrin och praxis. Som vi skall se längre fram, kan dessa normer tolkas både i den ena och den andra ideologiska riktningen. Inom den ram som gällande rätt ger en offentlig försvarare avseende en sådan här situation,[80] skulle advokaten ställas inför ett sant dilemma. Hon skulle tvingas till den punkt där hon måste prioritera ett värde framför ett annat. Vapendragaren skulle därmed välja klientens intresse framför intresset av att den materiella sanningen kom fram. Hon skulle ha gjort som de amerikanska försvararna Armani och Belge gjorde (dock utan att kunna åberopa en konstitutionell norm för att rättfärdiga sitt agerande).[81]

13.4.3 *Vapendragarens val*

Sammanfattningsvis kan man se av vad som hittills framkommit om vapendragarens ideal och agerande att hon helt enkelt kommer att göra som klienten önskar. Detta är hennes val. Vapendragartypen laborerar i det konkreta fallet inte med vaga och värdeladdade begrepp som "god och ond" eller "moralisk". Lika lite kan vapendragaren i en konkret situation, där klientlojaliteten sätts på sin spets, väga in ett vagt kriterium som "sanningen".

Vapendragaren kan bara ställa sig frågan: "vad önskar min klient?". Svaret kan vara att advokaten skall förtiga den upplysning hon fått, eller att klienten skall frikännas eller att klienten skall fällas. Nästa fråga blir: "Tillåter reglerna att jag gör som klienten instruerar mig?", på vilket svaret blir "ja". Huruvida hon handlar som en god och rättskaffens människa när hon exempelvis medverkar till att en skyldig går fri är irrelevant. Eftersom vapendragaren eftersträvar att vara en god advokat, handlar hon i just detta fall inte som "en god människa",[82] utan hon handlar i enlighet med sin egen föreställning om hur en god advokat skall handla: hon handlar som klienten instruerat henne att göra.

79. Jämför 13.2 ovan.
80. Jämför kap. 16, 17.
81. Hur vapendragaren kan rättfärdiga sitt val ges exempel på i kap. 14.
82. "...a good lawyer can be a good person", skriver ett par amerikanska professorer i en artikel och fortsätter i lätt karikerande ton: "In our view the lawyer achieves his goodness' by being – professionally – no rottener than the generality of people acting, so to speak, as amateurs." Edward A Dauer & Arthur Allen Leff, The Lawyer as Friend, 86 Yale L.J. 573, 582 (1977).

13.5 Vägvisarens hantering av klientinstruktionerna

13.5.1 *Inledning*

> Advise a client what he should have – not what he wants.
> – Louis Brandeis

Om vapendragarens principiella inställning till bakgrundsfakta är att alltid utgå från klientens berättelse och att undvika att skaffa sig kännedom om fakta som talar emot klientens inställning, är vägvisarens inställning betydligt mera kritisk till klientens berättelse.

Vägvisaren kommer till sitt första möte med klienten fast besluten att ta reda på så mycket som möjligt. Hon kommer att noga pröva allt vad klienten påstår, fullt medveten om att hon med ett sådant förfarande kan komma att få reda på att klienten ljuger.

I exemplet med den oskyldige klienten är detta precis vad som händer. När advokaten börjar ställa frågor till sin klient uppstår snart en misstanke om att klienten inte talar sanning. Här stannar, som vi sett ovan, vapendragaren, och intar fullt medvetet en neutral position där hon inte går vidare med sina frågor, utan helt enkelt godtar klientens version. Det är vid detta vägskäl vägvisaren går vidare, pressar klienten ytterligare och snart blir övertygad om att han i själva verket är oskyldig. Om det stannar vid en misstanke kommer hon åtminstone att försöka få så mycket visshet som är rimligt med tanke på omständigheterna. Hon kommer nu i första hand att försöka övertala klienten att tala sanning och utpeka den i verkligheten skyldige eller åtminstone att förneka brott.

När det gäller fallet med den skyldige klienten, så erkände ju denne inför sin försvarare men tillkännagav att han tänkte förneka inför rätta och krävde att försvararen samarbetade med honom. Vägvisarens första åtgärd måste bli att söka bekräfta eller vederlägga klientens uppgift. Hon kommer helt enkelt att kontrollera om det hennes klient har anförtrott henne är sant. När hon fått sådan bekräftelse, kommer hon, enligt de handlingsalternativ vi presenterat, antingen att förmå sin klient att erkänna eller att ge sig in i en moralisk diskussion med sin klient i syfte att hjälpa honom att själv inse att han måste erkänna.

En sådan moralisk diskussion förutsätter ett stort engagemang från advokatens sida. Flera element av tämligen komplicerad natur måste finnas med i samröret mellan klient och advokat, för att det verkligen skall bli tal om en diskussion i ordets rätta bemärkelse. Cochran talar om de fyra elementen *client empowerment, moral sensitivity, moral judgment* och *moral motivation.*

Enligt Cochrans modell skall målsättningen vara att få klienten aktivt engagerad i beslutsfattandet (exempelvis huruvida ett erkännande skall göras).[83]

Idén om advokaten som klientens beskyddare, den som vill klientens bästa, fungerar i det här fallet så här: föreställ dig, säger Cochran, att en nära vän berättar för dig att han har förskingrat pengar från sin arbetsgivare. Som nära vän kommer du inte då att genast fördöma din vän och inte heller att pressa honom att erkänna. Inte heller kommer du att utan vidare ignorera den orätt din vän har begått. Troligen kommer du att försöka hjälpa din vän att tänka över det inträffade. Kanske kommer du att säga vad du själv tycker, men du gör det i så fall på ett tentativt sätt, med respekt för din väns värdighet.[84]

"Advokaten som vän" är en advokat som engagerar sig i ett moraliskt samtal med sin klient, men som lämnar själva beslutet (t.ex. om ett erkännande) till klienten. "Such a lawyer seeks not to impose. She may give her opinion, but on most issues would make it clear that she would help the client either way. The lawyer recognizes, and tells the client, that most issues in legal representation are issues over which reasonable moral people can differ."[85]

Emellertid medger Cochran att den situation kan uppkomma där klienten ber advokaten göra något som advokaten anser vara orätt: "In such a case, the lawyer should withdraw, rather than disobey her conscience."[86] De etiska reglerna i *Model Rules* tillåter advokaten att avsäga sig uppdraget om klienten insisterar på att fullfölja en målsättning som advokaten finner avskyvärd eller oklok.[87] Vi ser därmed att det sista handlingsalternativet oundgängligen kommer under vägvisarens bedömning: frånträdande. Vi kommer att få anledning att undersöka frånträdandet som handlingsalternativ mycket ingående i kap. 16, eftersom det är via reglerna om frånträdande som man kan spåra normgivarens uppfattning om försvararrollen. Av bland annat denna anledning går jag inte in särskilt mycket på frånträdandet som handlingsalternativ i föreliggande del. Rent konkret innebär ju dessutom ett frånträdande att advokaten faktiskt inte längre har med klienten att göra, varför aktörsperspektivet blir begränsat när det gäller frånträdandet.

Oavsett om vägvisaren ger sig in i en sådan diskussion eller "övertalar" klienten att tala sanning, är målsättningen just att klienten skall tala sanning. Har vägvisaren lyckats få sin klient dithän är saken klar: då kan hon fortsätta att lägga upp och genomföra försvaret enligt sin egen uppfattning och med klientens goda minne.

Om klienten emellertid visar sig vara obeveklig, ställs vägvisaren inför större problem. Kan hon inte förmå klienten att inse värdet med att erkänna, har vägvisaren i fallet med den skyldige klienten knappast något annat val än att

83. Cochran, a.a. s. 383–397. Även om respekt för klientens autonomi förespråkas i Cochrans modell kan det knappast råda någon tvekan om att modellen förespråkar en "god", "moralisk", tämligen auktoritär advokattyp. Advokatens strävan efter det goda och det rätta skall vara vägledande för klienten.

84. Cochran ibid.

85. Cochran a.a. s. 380.

86. Cochran ibid. not 382.

87. *Model Rules* 1.16(b)(3).

begära sitt entledigande. Skulle hon avslöja klientens uppgifter så skulle hon därigenom bryta mot tystnadsplikten (och enligt amerikansk rätt även mot den misstänktes grundlagsskyddade "right against self-incrimination"). Går hon in i rättegången för att utan klientens kännedom gå emot hans instruktioner har hon försatt sig i en ytterst prekär situation som advokat. Ur advokatetisk synpunkt är det nästan otänkbart att en försvarare skulle gå emot sin klients instruktioner på ett så flagrant sätt.[88] Advokaten kan möjligen försöka med ett mellanting där hon för rätten antyder att klienten är skyldig, utan att öppet säga detta. Mellantinget är, som tidigare sagts, ett svårt men inte omöjligt alternativ och inte heller helt okänt i praxis.[89]

För det fall klienten är oskyldig och advokaten inte heller i det fallet kan övertyga klienten att tala sanning, så skulle hon, för att handla i enlighet med sin övertygelse, tvingas lägga upp sitt försvar på linjen att den tilltalade är oskyldig och alltså skall frikännas. Detta kan hon genomföra på två sätt, öppet eller förtäckt.

Hon kan öppet tala om för klienten att hon inte kan medverka till att han blir fälld varvid klienten – som ju inte går att övertala – antingen kommer att begära ett försvararbyte eller kommer att begära att hon skall kvarstå som hans försvarare och se till att hans önskemål uppfylls.

Hon kan i stället fortsätta försvaret i enlighet med sin egen övertygelse i skuldfrågan och förbereda och genomföra processen på ett sådant sätt att klientens erkännande inte vinner rättens förtroende. Detta är svårt att göra utan att bryta mot etiska regler,[90] men inte omöjligt.

Om inget av dessa alternativ går att genomföra med framgång, får hon begära sitt entledigande som offentlig försvarare.

Om hon öppet förklarar sina intentioner för klienten, blir alltså slutresultatet detsamma som om hon begär sitt entledigande, nämligen att det kan bli aktuellt med ett frånträdande.[91] Låt oss nu till att börja med förutsätta att vägvisaradvokaten av olika skäl inte blir entledigad utan måste fortsätta företräda klienten.

Vägvisaren måste nu fortsätta med att biträda sin huvudman och tvingas då i princip att göra detta på ett sådant sätt att klienten tror att hon kommer att hjälpa honom att genomföra sina önskemål, medan hon i själva verket arbetar för att få honom frikänd respektive fälld. Hon måste alltså i sådant fall antingen öppet gå emot sin klient i processen genom sitt sätt att förhöra och plädera eller genom ett slags passiv processteknik helt förlita sig på att rätten skall finna den materiella sanningen. En variant på detta tema är att advokaten i och för sig genomför rättegången som klienten vill, men öppet tvår sina händer genom att antyda att klienten handlar mot sin advokats råd eller genom

88. Se 17.3 nedan.
89. Se 11.4 med noter.
90. Se nedan under 17.3.
91. Frånträdandet som handlingsalternativ behandlas i kap. 16 nedan. Där konstateras att offentliga försvarare är bundna vid sitt uppdrag och inte utan vidare kan räkna med att bli entledigade.

att antyda, exempelvis i pläderingen, att klienten inte är tillräknelig.[92] En sådan förslagenhet kräver stor list och ställer dessutom advokatens yrkesmoral i tveksam dager. Är värdet av att klienten talar sanning och t.ex. erkänner ett allvarligt brott högre än värdet av att vara hederlig mot sin klient?

Om vägvisaren väljer att frånträda kan följden bli att den oskyldige tilltalade i stället byter till en försvarare som hjälper honom att bli fälld, respektive att den skyldige får en försvarare som hjälper honom att gå fri. Vägvisaren kommer därmed att indirekt ha medverkat till ett förfarande som går emot hennes egen övertygelse.

Vägvisarens position är, i motsats till vapendragarens, fylld av svåra avvägningar. Hennes handlande för klienten är villkorat: hon följer instruktionerna *endast om* de inte står i strid med rättsordningens intresse av materiellt riktiga domslut eller med hennes uppfattning om vad som är moraliskt acceptabelt eller förnuftigt. Man ser genast att vägvisaren därmed kommer in i mycket besvärliga områden, som till exempel skuldfrågan och frågan om den materiella sanningen (se 13.3 ovan).

Advokaten har en etisk skyldighet att tillvarata klientens intresse. Skyldigheten uttrycks i de svenska reglerna som advokatens *främsta* plikt.[93] Vägvisarens tolkning av vad klientens intresse egentligen är går i linje med hennes uppfattning om värdet av att den materiella sanningen i målet kommer fram. Vi kommer under avsnittet om vägvisarens förmyndarargument längre fram att få exempel på hur vägvisaren rättfärdigar sin inställning rörande klientens verkliga intresse.

13.5.2 *Lake Pleasant-fallet: sanningen framför allt*

> An attorney must protect his client's interests, but also observe basic human standards of decency.
> – Appellate Division of Supreme Court of New York

Jag tog ovan upp det uppmärksammade Lake Pleasant-fallet som en illustration till vapendragaridealets genomslag i praktiken. I dag, mer än 25 år senare, tycks majoriteten av amerikanska jurister anse att Lake Pleasant-advokaterna handlade rätt. Fallet ingår i undervisningen i advokatetik i amerikanska *law schools* och utgör ett exempel på tystnadspliktens omfattning. När det begav sig fanns emellertid en betydande opinion mot advokaternas agerande. En av

92. I två uppmärksammade brottmål från senare tid antydde försvararen att hans huvudman inte var tillräknelig och därför inte borde dömas till ansvar. Det var inte svårt att gissa sig till att klienterna var missnöjda med att sådana antydningar framfördes pläderingsvis. I båda fallen begärde klienterna försvararbyte. (Mål nr B 17-19/87 respektive B 7324/00, båda Stockholms tingsrätt. Båda fallen var föremål för mycket stor mediabevakning och delar av rättegångarna och pläderingarna spelades upp i radio och TV.)

93. SRGA 1 § första mom., jämför engelska Bar Code 203 (a), första mom. och europeiska CCBE 2.7.

dem, Belge, blev ju också åtalad (om än inte fälld).[94] I den debatt som fördes då fallet var aktuellt, finner man många typiska vägvisarargument hos de skribenter som kritiserade advokaterna. Än i dag finns representanter för uppfattningen att argumenten som framfördes till Lake Pleasant-advokaternas försvar faktiskt kan angripas.[95]

Kritik mot Lake Pleasant-advokaterna kan, precis som försvar för deras agerande, framföras på två plan, ett juridiskt och ett moraliskt.

Den juridiska diskussionen gick ut på att finna om det faktiskt fanns stadgade undantag från tystnadsplikten som advokaterna borde tagit hänsyn till. "The trend in judicial decisions has been away from the absolute privilege of attorney-client relations to a narrower, more strictly construed theory of the privilege", heter det i en kritisk artikel från 1980.[96]

Som exempel på en sådan trend anges ett par avgöranden från 1970-talet där USA:s högsta domstol fattat beslut om sådana undantag. Som framgår av diskussionen kring Lake Pleasant-fallet i avsnittet ovan, hänger principen om advokatens tystnadsplikt i amerikansk doktrin samman med den tilltalades konstitutionellt skyddade rätt att tiga. Rätten att tiga brukar benämnas "the Fifth Amendment privilege". I fallen som kritikerna hänvisar till hade Supreme Court funnit att rätten i femte tillägget inte hade blivit åsidosatt genom beslut om editionsplikt i skattemål. Man åberopar också undantag från tystnadsplikten då fråga är om planerad brottslighet, vilket sägs inkludera mened.[97]

En annan vanlig invändning mot advokaternas agerande är att det utgjorde brott mot hälsovårdsregler (vilket i just detta fall skulle anses vara ett perdurerande brott och därmed kunna avslöjas). Hur relevant en analogi med editionsplikt i skattemål och avslöjandet av framtida eller perdurerande brott verkligen är i förhållande till Lake Pleasant-fallet, kan emellertid diskuteras och det har man också gjort (jämför 13.4 ovan).

En analogi som förefaller mer relevant är den som kritikerna gör med ett rättsfall från 1964, *Sowers v. Olwell*.[98] Här citerar de kritiska författarna ett uttalande från staten Washingtons Supreme Court, som innehåller det ideologiskt färgade uttrycket *officer of the court*, ett epitet som för tankarna till vägvisaridealet:

> "Although the attorney-client privilege is applicable to criminal evidence, such as a knife or other weapons, given to the attorney during legal consultation for informational purposes and used in preparing the client's defense, and although such evi-

94. State of New York v. Belge, 83 Misc. 2d 186, 372 N.Y.S. 2d 798 (1975). Belge åtalades för brott mot § 4200 (1) i Public Health Law, vilken i princip stadgar att de döda skall få en anständig begravning, och § 4143 i Public Health Law, vilken i princip stadgar att var och en som känner till att en person avlidit utan närvaro av vårdpersonal, är skyldig att anmäla detta till vederbörande myndighet.

95. T.ex. Luban 1988 (a.a. *passim*), se nedan 14.2.

96. The Impropriety of the Attorney's Actions in the Lake Pleasant Case, Hobin & Jensen, Gerson s. 145 f. (s. 147).

97. Se beträffande engelska solicitors undantagsreglerna i LSG chapter 16 (där undantag bland annat kan göras då fråga är om penningtvätt och brott mot barn).

98. State ex rel. Sowers v. Olwell, 64 Wash. 2d 828, 394 P 2d 681, 16 A.L.R. – 3d 1021 (1964).

> dence may be withheld for a reasonable period of time, nevertheless the attorney, after a reasonable period, should, as an officer of the court on his own motion turn the same over to the prosecution, and the privilege does not warrant the attorney in withholding such evidence after being properly requested to produce it."[99]

I analogi med *Sowers v. Olwell* skulle alltså Lake Pleasant-advokaterna ha kunnat avslöja information om de gömda liken till domstolen och därmed som *officers of the court* ha bistått domstolen i dess sanningssökande funktion. Inte heller *Sowers*-analogin var särskilt lyckad, eftersom de normativa såväl som de materiella förutsättningarna skilde sig åt på avgörande punkter.[100]

Diskussioner som dessa handlar alla om gränserna för tystnadsplikten. Vapendragarskolans ståndpunkt är ju tvärtom den att tystnadsplikten i princip inte har några gränser (tveksamma fall skall undantagslöst tolkas till klientens förmån). Lake Pleasant-kritikerna menar däremot att tystnadsplikten alltid bör vara föremål för en avvägning. I detta fall finner vägvisarskolan att den begränsade risken att Garrows sak skulle skadas inte kunde väga tyngre än den allmänna samhällsnytta som skulle vinnas genom att advokaterna avslöjade likens belägenhet för de mördades föräldrar.

Vi ser här att man glider över från en tillämpning av rena straffrättsregler (som t.ex. brott mot en hälsovårdsstadga), till tillämpning av principer som innefattar en avvägning mellan klientens och tredje mans intresse.

Den domstol som slutligt prövade åtalet mot advokaten Belge uttryckte dilemmat så här:

> "Attorney-client privilege[101] is not all-encompassing... an attorney must protect his client's interests, but also must observe basic human standards of decency, having due regard to the need that the legal system accord justice to the interests of the society and its individual members."[102]

Ett typiskt vägvisarargument mot Lake Pleasant-advokaterna är moraliskt:

> "The attorney's duty to society had been relegated to a position of little importance in recent years. The attitude that seems to have prevailed is the negative one of 'How far can I go?' – instead of the more positive 'What should I do?'"[103]

99. State ex rel. Sowers v. Olwell, ibid.

100. Mot analogin med Sowers v. Olwell kan anföras att fallet inte anses ha prejudikatsvärde utanför den delstat där det avgjordes, samt att de materiella omständigheterna skiljer sig från de i Lake Pleasant. I Sowers v. Olwell hade försvararen från sin klient fått ta emot ett stycke konkret bevis som härrörde från ett brott för vilket klienten stod under åtal. I denna stat fanns en regel som kriminaliserade hemlighållandet av bevis rörande en pågående brottsutredning. Försvararen kom därmed att bli aktivt delaktig i en kriminell handling. Trots detta beslutade domstolen att advokaten inte behövde överlämna bevisningen förrän advokaten hunnit använda den för att förbereda försvaret och dessutom hunnit vidta mått och steg för att minimera den skada som kunde drabba klienten när beviset överlämnats till åklagaren. Även om domstolens beslut i Sowers v. Olwell tog viss hänsyn till tystnadsplikten, har beslutet kritiserats. I Lake Pleasant-fallet var fråga om bevisning för ett fullbordat brott (alltså inte pågående) för vilket ingen blivit åtalad. Advokaterna gjorde ingenting med bevisen som kunde försvåra sakens utredning.

101. Här: tystnadsplikten.

102. People v. Belge, 50 A.2d 1088, 376 N.Y.S.2d 771 (1975) (Appellate Division of the Supreme Court of New York). Domstolen fann dock ej skäl ändra underrättens beslut att ogilla åtalet mot Belge.

103. Hobin & Jensen i Gerson ibid.

Skillnaden mellan "hur långt kan jag gå?" och "vad bör jag göra?" är betydande. Den första frågan ställs av en advokat som förefaller skrupellös, en advokat som inte alls bekymrar sig om det moraliska börat utan bara vill uppnå sitt mål så länge inte priset (för henne själv eller klienten) är för högt. Den andra frågan ställs naturligtvis av en vägvisare, en advokat som inte kan tänka sig att tjäna sin klients syften till varje pris, en advokat som med Linowitz ord tillhör "the profession who can say no".[104] Den rätta frågan att ställa sig blir alltså inte "vad får jag göra", utan "what humanity, reason and justice tells me to do".[105]

Regeln om tystnadsplikt sattes således efter Lake Pleasant-affären i fokus. Vägvisarförespråkarna ville poängtera att tystnadsplikten visserligen fyllde en central rättslig funktion, men att den behövde omvärderas. Den hade kommit att bli ett hinder för sanningens utletande. Detta var ju precis vad vapendragarskolan gjorde gällande, med den avgörande skillnaden att man där fann att hinder för sanningen var det rättmätiga pris man måste betala för att kunna upprätthålla ett rättvist rättssystem. Vägvisarskolan argumenterar precis omvänt: om hinder läggs i vägen för sanningen, kommer inte rättvisa att uppnås.

Om man betraktar advokatens funktion i processen som en nödvändig hjälp för att domstolen skall kunna fatta ett riktigt beslut baserat på relevanta fakta, måste enligt vägvisarskolan den extremt klientorienterade lojalitet, som en absolut tystnadsplikt innebär, begränsas, om den leder till att sanningen urholkas.[106] "If one purpose of the adversary system is to promote a wise and informed decision of cases, adherence to rules which would deny this goal is ludicrous."[107]

Vi känner igen två centrala begrepp: "sanningen" och "the adversary system". Om vikten av att den materiella sanningen kommer fram har de båda ideologierna motsatt uppfattning; den ena finner att sanningen ibland måste offras, den andra att sanningens värde inte får offras.

"The adversary system" är däremot lika högt värderat av båda skolorna; det är närmast en ikon i amerikansk juridisk doktrin. Skillnaden mellan skolorna ligger här på ett annat plan: man har olika uppfattning om vad "the adversary system" ytterst syftar till. Vi såg i avhandlingens inledning att vapendragarideologin gärna stöder sig på systemargument som går ut på att advokaten, enligt de spelregler som systemet skapat, skall inta en ytterlighetsposition för sin klient (och detta leder till allas gemensamma bästa, förutsatt att motparten intar den andra ytterlighetspositionen).

Nu ser vi att även vägvisarskolan åberopar sig på "the adversary system", men att den tycks betrakta det med helt andra ögon. Resonemanget kan föras ungefär så här: Systemet syftar ytterst till materiellt riktiga och dessutom rättvisa domslut. Alltså skall advokaten se till att domstolen känner till alla rele-

104. Linowitz ibid.

105. Jämför Weinstein: Educating Ethical Lawyers, 47 N.Y. St. Bar J, (June 1975).

106. Jämför Noonan: The Purposes of Advocacy and the Limits of Confidentiality, 64 Mich.L.Rev. 1485 (1966).

107. Gerson s. 150.

vanta fakta. Alltså skall inte tystnadspliktsregeln följas så slaviskt att sanningen inte kommer fram.

Lake Pleasant-advokaternas dilemma är enligt vägvisarskolans synsätt en tydlig illustration av vilka problem som uppstår då man skapat regler som kan ges en alltför rigid tolkning, en tolkning vars följd blir "ludicrous".

Både vapendragar- och vägvisarskolan betraktar således regeln om tystnadsplikt som ett hinder för sanningen. Där emellertid vapendragarförespråkarna menar att detta är ett nödvändigt ont för att vi skall kunna upprätthålla det ackusatoriska systemet, menar vägvisarförespråkarna att en regel om tystnadsplikt skall tolkas på ett sådant sätt att den inte är skadlig för detta system och dess yttersta syften (materiellt riktiga domar).[108]

Den förhärskande inställningen i amerikansk rätt är att Lake Pleasant-advokaterna handlande i enlighet med grundlag och alltså egentligen inte hade något val (även om resultatet som följde medförde personlig moralisk vånda). Detta hindrar inte, som vi har sett, att fallet kritiserats.

Om man överför fallet till svenska förhållanden finns inget konstitutionellt tvång för advokaterna att upprätthålla tystnadsplikten. Enligt svensk rätt är gränsen för tystnadsplikten oklar och därmed öppen för tolkning. Här skulle vägvisaradvokaten välja att tillämpa regeln med *rätt tolkning* enligt vägvisaridealet. *Om* en regel ger uttryck för en så stark klientlojalitet att andra relevanta intressen måste åsidosättas *och* detta innebär att advokaten finner att hon därmed överträder moraliska principer (som har högt värde för henne), så kommer hon i sin avvägning att tolka den till fördel för dessa högre värden. "As recognized in the Garrow case itself, a balancing of social interests is always difficult, and there can be no hard and fast rules to cover all circumstances."[109]

Av citaten framgår att de författare som kritiserat Lake Pleasant-advokaterna vägt flera olika typer av värden mot värdet av tystnadsplikten. Det talas om god moral eller mänsklig anständighet i största allmänhet. Det talas också om typiska rättsordningsintressen som materiellt riktiga domar, att finna sanningen och rättssystemets upprätthållande. Slutligen talas om mera vaga allmänna sociala eller samhälleliga intressen. Någon inbördes rangordning mellan dessa värden går knappast att urskilja. Men vi känner igen dem alla från de idéer som ligger bakom vägvisaridealet.

Vägvisarskolan tillåter en tolkning av tystnadspliktsregeln som går ut på att den bara skall tillämpas på ett sådant sätt att tillämpningen inte leder till ett resultat som strider mot moralen, rättsordningen och/eller andra allmänna intressen.

Vi ser sammanfattningsvis att vägvisarens agerande i förhållande till klientens instruktioner är präglat av en inställning som är sammansatt. Dels anlägger vägvisaren ett synsätt på klientens uttalade önskemål som går ut på att klientens intresse inte alltid definieras av klienten själv utan ibland av advoka-

108. Jämför vad som sägs om vapendragarskolans "institutionella schizofreni" i kap. 14 nedan. Det system man påstår sig hålla i ära blir hela tiden undergrävt av advokater som är vapendragare.

109. Gerson s. 151.

ten. Dels anlägger hon ett synsätt på klientens önskemål om mål och medel i processen, som är präglat av hennes egen uppfattning om skuldfrågan och sanningsenligheten i klientens påståenden. Hon verkar för sin klients bästa, men bara om detta är förenligt med hennes egen uppfattning och med försvararens plikt att verka för god rättskipning.

Vägvisaren säger helt enkelt att ett hundraprocentigt vapendragarskap är för extremt.

13.6 Skilda handlingssätt – skilda synsätt

Eftersom alla advokater har en given plikt till lojalitet mot rättsordningen men ändå inte kommer att handla på samma sätt i frågan om klientinstruktionerna, tyder advokattypernas val på att det finns olika synsätt på rättsordningen. Dessa skilda synsätt innebär att man antingen tolkar olika eller att man prioriterar olika.

Enligt tolkningsmodellen kan det vara så, att det finns *olika* definitioner av "rättsordningens intresse" beroende på ideologisk grundinställning. Om vägvisaren tolkar rättsordningens intresse på ett visst sätt och denna tolkning står i strid med klientens intresse, så kommer vägvisaren att välja rättsordningen framför klienten. Vapendragaren tolkar enligt denna modell alltid rättsordningens intresse som klientens intresse – allt som går emot klientintresset ligger inte heller i rättsordningsintresset – och då behöver inte vapendragaren välja utan gör bara denna första tolkning och handlar därefter.

En annan möjlighet är att det *inte* finns olika definitioner; det råder konsensus om vad rättsordningens intresse betyder. Detta synsätt ger uttryck för en ren prioriteringsmodell eftersom båda idealtyperna måste prioritera. Även i detta fall prioriterar vägvisaren rättsordningen framför klienten. Skillnaden mot tolkningsmodellen blir att om vapendragaren har samma uppfattning som vägvisaren om vad rättsordningens intresse betyder, så måste även vapendragaren prioritera och kommer då att prioritera klientintresset framför rättsordningens.

I båda dessa modeller tolkar vägvisaren plikten mot rättsordningen så, att hon skulle handla i strid mot dess intressen om hon medverkade till att en oskyldig person blev fälld. Hon måste därför sätta klientens intresse av att få sin vilja fram i andra rummet.

Vapendragaren kommer i det ena fallet att tolka sådana här vaga begrepp till klientens fördel, dvs. i detta fall står det i rättsordningens intresse att advokaten gör som klienten önskar. Enligt den andra modellen kommer vapendragaren att prioritera klientens intresse framför rättsordningens, om dessa står i strid med varandra och det är möjligt att göra en sådan prioritering utan att bryta mot lag och uttryckligt reglerad god advokatsed.

Det sagda innebär att vapendragaren antingen kan göra en *moralisk* avvägning, och väga klientens intresse mot andra och ge klientens intresse företräde, eller anta ett *amoraliskt* förhållningssätt, och strunta i att väga klientens intresse mot andra intressen. Jag återkommer till denna diskussion.

14 Idealtypernas rättfärdigande

De vanligaste argumenten för att legitimera det neutrala vapendragarskapet (neutral partisanship) kan delas in i argument som rättfärdigar ett visst förhållningssätt till rättssystemet (systemargument) respektive till klienten (rättighetsargument).

Ett rättfärdigande av den motsatta idealtypen, vägvisaren, går på en helt annan argumentationslinje som också utgår från rättssystemet och försvararens funktion i detta. Vägvisarens systemargument är alltså i viss mån motargument mot vapendragarens. När det gäller vägvisaradvokatens förhållningssätt till klienten, handlar även dessa om klientens autonomi, men fokuserar, i motsats till vapendragarens, på advokatens ansvar för klienten och dennes val. Jag kallar dem förmyndarargument.

Vi skall nu först analysera vapendragarens system- och rättighetsargument och därefter vägvisarens system- och förmyndarargument. Varje avsnitt avslutas med en kritisk granskning av idealtypernas rättfärdigande.

14.1 Vapendragarens systemargument: innehåll

Grundsatsen i vapendragarens systemargument (i motsats till vägvisarens systemargument, se nedan) är följande:

Det bästa rättssystemet är ett system som förebygger att en oskyldig blir fälld.

Ett sådant system förutsätter att försvarsadvokaterna

- *följer spelreglerna (oavsett sina privata åsikter och känslor), och*
- *koncentrerar sig på att maximera den egna klientens nytta, och endast denna (oavsett sina egna åsikter om klientens skuld eller moral).*

Försvarsadvokaterna bör alltså fungera som moraliskt neutrala instrument, dvs. som vapendragare.

Det första argumentet för moraliskt neutralt vapendragarskap går ut på att systemet måste förhindra att en oskyldig döms (och det får kosta, t.ex. att tio skyldiga går fria). Argumentet grundas på uppfattningen att rättssystemet, för

att fungera som helhet, kräver att aktörerna följer de spelregler man kommit överens om och i varje situation eftersträvar att med hjälp av spelreglerna maximera sin egen huvudmans intressen och endast dessa. Ingressen till *Model Rules* är en programförklaring inspirerad av denna idé: "...when an opposing party is well represented, a lawyer can be a zealous advocate on behalf of a client and at the same time assume that justice is being done".[1]

Med sådana aktörer garanteras alla misstänkta alltid en stark och ensidigt klientcentrerad företrädare. Det innebär att en oskyldig misstänkt har ett mycket gott skydd mot att bli fälld. Eftersom även de skyldiga får ett lika gott skydd, måste ett system med vapendragaradvokater med nödvändighet också innebära att en och annan skyldig misstänkt inte blir fälld. Det är denna relation som uttrycks i sentensen "bättre att tio skyldiga går fria än att en oskyldig fälls". Priset man får betala för att skydda den oskyldige (dvs. för ett system som är rättssäkert) är alltså att vissa, eller till och med flertalet, skyldiga går fria.

Systemet är inte moraliskt neutralt, men *advokaterna* tillåts vara moraliskt neutrala. Eftersom rättfärdigandet (av moraliskt neutrala advokater) åberopar sig på systemet, är det ett moraliskt argument: vapendragarskapet kan rättfärdigas moraliskt (advokaterna behöver inte agera moraliskt, eftersom systemet gör det).

Moralisk neutralitet hos försvararen innebär att hon hävdar att hon inte handlar moraliskt fel om hon förnekar klientens skuld i rättegången trots att hon vet att klienten är skyldig. Som en direkt följd av advokatens handlande kan en skyldig massmördare komma att släppas fri. Det kan förefalla svårt att rättfärdiga att en massmördare släpps ut på gatorna för att mörda igen. Men i det rättssäkert uppbyggda systemet måste finnas en väl tilltagen marginal i bedömningarna till den tilltalades förmån – det är det pris som måste betalas. När det gäller *försvararens* roll i spelet är det viktiga att förebygga justitiemord.

Det andra argumentet, som skall hindra att advokaten halkar ner i en "slippery slope", tar ställning mot subjektiva bedömningar. Vapendragaren har en ödmjuk syn på "kunskap" och antar att advokaten inte har någon särskild expertis som ger henne ensamrätt på att veta vad sanning eller rättvisa är. Det innebär att huruvida klientens målsättning är falsk, orätt etc. är en öppen fråga. Denna inställning är ingalunda så modern som man kanske kan tro. Redan Samuel Johnson sade till sin Boswell:

> "Sir, you do not know (a cause) to be good or bad till the Judge determines it... An argument which does not convince yourself, may convince the Judge to whom you urge it; and if it does convince him, why then, Sir, you are wrong, and he is right. It is his business to judge; and you are not to be convinced in your own opinion that

1. *Model Rules*, Preamble. A Lawyer's Responsibilities [7]. Om motparten *inte* har ett sådant ombud, skall inte advokaten åläggas den tunga bördan att tvingas tillgodose andra intressen än sin klients. De andra intressena tillgodoses bäst genom att även de får effektivt juridiskt biträde. Om möjligt skall advokaten tillse att så sker.

> a cause is bad, but to say all you can for your client, and then hear the Judge's opinion."[2]

I del II talade jag om hur man i engelsk litteratur beskrivit cab rank-principen som den andra delen i en odelbar treenighet. Treenighetens första del består av den centrala princip som säger att advokaten inte uttrycker sina egna åsikter utan klientens och inte genomdriver sin egen vilja utan klientens. Den tredje och sista delen säger att utförandet av uppdraget (i enlighet med dessa principer) är nödvändigt för att domstolen skall kunna fatta ett materiellt riktigt beslut.[3] Det är viktigt att notera att det är *domstolen* som skall komma fram till ett "riktigt" beslut – advokaten fattar inga beslut om sanning eller skuld och har inget ansvar för domens materiella riktighet.[4]

Enligt detta synsätt förutsätter man, för att god rättskipning skall ske, att advokaten framför och genomdriver sin klients (och inte sina egna) önskemål (och gör detta för vem som helst). Synsättet passar väl ihop med vapendragarens systemargument. Systemargumentationen går ut på att rättsordningens intresse av att finna sanningen,[5] skipa rätt och slå vakt om medborgarnas rättigheter bäst tillgodoses genom att var och en spelar sin roll i en tydlig kontradiktion. Genom att två parter (i detta fall åklagaren respektive den tilltalades ombud) intar varsin position där de endast förespråkar sin huvudmans (statens respektive den tilltalades) intresse och prioriterar detta intresse framför alla andra, kan varje part/ombud på bästa sätt främja ett system som producerar det bästa resultatet.[6] Motorn i kontradiktionen, som gör den till en överlägsen sanningssökare, ligger i kombinationen av konfrontation och egennytta; detta mejslar fram de egentliga tvistefrågorna och de mest relevanta argumenten som skall ge svar på frågorna.

Vapendragaren kan inte på bästa sätt utföra sina arbetsuppgifter om hon samtidigt skall ta andra hänsyn än klientens. Det är omöjligt att maximera flera intressen samtidigt, om dessa intressen är motsatta. Och så fort advokaten ger sig in på att väga klientintresset mot ett annat, riskerar hon att glida utför den "slippery slope" en sådan avvägning kan leda till.

Emellertid är vapendragaren advokat och i advokatrollen – oavsett ideologisk inriktning – ligger alltid implicit ett visst mått av hänsyn till rättsordning-

2. James Boswell: Life of Johnson, 1791 (ed. R W Chapman, corrected by J D Fleeman, 1970, p 388). Johnsons yttrande har blivit klassiskt och återfinns i snart sagt all litteratur som behandlar advokatetik (ex. vis Pannick s. 152).

3. Se t.ex. Pannick s. 132.

4. Se Ekelöfs diskussion i Festskrift till Andenaes (Universitetsförlaget 1982) s. 423: Vilket ansvar bör domaren ha för brottmålsdomens riktighet?

5. En helt annan sak är att man givetvis kan diskutera huruvida "sanningens" utletande är vad rättsordningen bör sträva efter och i så fall vilken sanning. Jämför Lindblom: Rättegångsbalken 50 år, SvJT 1999 s. 500.

6. Jämför Simon: The Ethics of Criminal Defense, 91 Mich.L.Rev. 1703 f. (1993), som menar att idén bland annat går ut på att eftersom det finns en tredje aktör – en domare eller en jury – som har goda förutsättningar att ta hänsyn till även de intressen som hotas av advokatens taktik, så bör försvarsadvokaten slippa bekymra sig om sådana intressen.

en och lojalitet gentemot det allmännas intresse av god straffrättskipning.[7] På något sätt måste alltså vapendragaren – i förhållande till rättsordningens krav på lojalitet – rättfärdiga sin extrema position i klientens ringhörna.

Vapendragarens utgångspunkt blir att systemet är uppbyggt på så sätt att två parter med diametralt motsatta intressen strider på en arena inför en neutral bedömare.

För att kunna strida effektivt behöver parterna koncentrera sig på att främja *ett* intresse. En vanlig invändning mot åklagarens objektivitetsplikt är grundad just på detta argument. Åklagaren skall enligt lag ta hänsyn även till omständigheter som talar till den misstänktes fördel. Samtidigt har hon rättskipningens uppdrag att lagföra brottslingar, och när hon ger sig in i processen har hon som målsättning att få den tilltalade fälld. Åklagarens uppdragsgivare har ställt betydande resurser till förfogande för att hon skall nå denna målsättning, dvs. "vinna" målet. För att var och en av parterna skall kunna maximera det intresse hon företräder måste hon strida med blanka vapen. Annars finns det en risk att inte rätten får ta del av *alla* argument som kan finnas för och emot att den tilltalade fälls och alltså inte kan fatta ett välgrundat beslut i sin dom. God rättskipning kräver att alla argument för och emot läggs fram inför en oväldig domare. För att utfallet skall stå i samklang med god rättskipning krävs tydligen att advokaten är klientorienterad och att åklagaren är rättsordningsorienterad. Det blir då ett slags konkurrenssituation som föder ett gott resultat. Därmed står det klart – enligt vapendragartankegången – att en god advokat helt enkelt inte kan ta hänsyn till andra intressen än klientens. Följden av detta resonemang blir alltså att systemet förutsätter advokater av vapendragartypen.[8]

Ett gott rättssystem motverkar oriktiga straffdomar (laglydiga medborgare skall skyddas mot att bli dömda till straff). Försvararens viktigaste roll i spelet är att förebygga sådana oriktiga domar. Erbjuder inte systemet någon som ensidigt företräder de misstänkta, brister systemet i rättssäkerhet. Systemargumentet är därför ett starkt rättssäkerhetsargument. Subjektiva och värdeladdade omdömen som rätt och fel, gott och ont måste undvikas från advokatens sida; neutralitet och objektivitet skall garantera förutsägbarhet och likabehandling.

Det är viktigt att framhålla att det finns två nivåer i vapendragarskolans teori om systemet och dess aktörer. På den *överordnade nivån* gäller att rättssystemet, *taget som helhet,* i det stora hela fungerar bra, dvs. producerar ma-

7. Det är förmodligen ovanligt att det allmännas intresse och den misstänktes intressen sammanfaller, något som inträffade i det unika fallet NJA 1981 s. 1035, där försvararen anskaffade ett stort parti heroin i samarbete med polisen, för att hans klient skulle få en lindrigare påföljd. Advokatsamfundet (HD synes instämma) yttrade i HD att partiet avsåg narkotika av betydande mängd och särskilt farlig art och att, tack vare försvararens åtgärder, narkotikan undandrogs den illegala marknaden, vilket var i det allmännas intresse, något som i detta fall "uppenbarligen (sammanföll) med försvararens uppgift att tillvarata den misstänktes intressen" (s. 1039).

8. Att se brottmålen som ett nollsummespel, där man antingen vinner eller förlorar, är enligt Robberstad m.fl. en typiskt amerikansk tradition. Mot detta enögda synsätt kan man kontrastera med minimax-principen (give a little, get a little). Se Robberstad s. 19 med hänvisningar.

teriellt riktiga domar. Det innebär att olika aktörer mycket väl kan agera enligt olika regler utan att detta skulle vara oförenligt med en gemensam övergripande idé (t.ex. att systemet, om det fungerar väl, producerar rättvisa resultat). Det är detta förhållande vapendragaren förlitar sig på när hon intar sin klientcentrerade position.

På den lägre nivån gäller att den enskilda försvarsadvokaten inte behöver bekymra sig om sanningen (eftersom systemet på den överordnade nivån i allmänhet leder till de resultat rättsordningen har intresse av).

Synsättet innebär för vapendragarens del att advokaterna helt kan bortse från sanningen *(själva rättegången* handlar inte om sökande efter sanningen). Det innebär inte att vapendragaren förnekar att den materiella sanningen kan ha ett värde. Det är bara inte hennes uppgift att söka efter den.

En brottmålsrättegång syftar inte främst till att finna sanningen, utan att fastslå huruvida det finns tillräckligt med bevisning (i amerikansk såväl som i svensk och engelsk praxis "bortom rimligt tvivel")[9] för att den tilltalade skall kunna fällas. (Synsättet kan verka pragmatiskt, men så är inte fallet. Det kan rättfärdigas med de systemargument som ovan presenterats.) Rättssystemet har till och med utvecklat processuella hinder, eller säkerhetsspärrar, som skulle kunna betraktas som ett hinder för att sanningen avslöjas.[10] Den tilltalades rätt att tiga och försvararens tystnadsplikt är just sådana regler. Dessa rättigheter är enligt klassisk liberal tankegång individens skydd mot statligt maktmissbruk. Vi har inte längre tortyr eller insättning på bekännelse. Processens primära funktion i en demokratisk rättsstat är därför inte sanningens utletande: "...for the Supreme Court has stated: 'The Constitution of the United States is not intended as a facility for crime, it is intended to prevent oppression'."[11]

Freedman uttrycker samma idé, om än något mer nyanserat: "A trial is, in part, a search for truth".[12] De grundläggande rättigheterna (att tiga etc.) karaktäriseras ofta som processuella säkerhetsspärrar mot fel som kan uppstå i sökandet efter sanningen. Emellertid, yttrar Freedman, är en rättegång mer än blott ett sökande efter sanningen, och de grundläggande rättigheterna kan väga tyngre än värdet av att sanningen kommer i dagen. Vad skulle exempelvis kunna vara ett mer effektivt instrument för att få fram sanningen än att tvinga den tilltalade att yttra sig under ed? Nu är det emellertid så att den tilltalade har rätt att betraktas som oskyldig till dess han blivit fälld. Åklagaren bär bördan för att bevisa skuld bortom rimligt tvivel, och den tilltalade har (i USA, jämför ovan) en "absolute constitutional right" att tiga och låta staten bevisa hans skuld.[13]

Det är viktigt att skilja mellan "sanning" och "rättsfakta". Varje rättssystem har sina straffprocessuella bevisregler. Endast den som befinns vara skyl-

9. Se t.ex. Lundqvist, a.a. s. 89 f.
10. Jämför Lundquist a.a. s. 143 och *passim.*
11. Gerson s. 160. Författarna citerar Brown v. Elliot, 225 U.S. 392,402 (1911).
12. Freedman, 1974, s. 982.
13. Freedman, ibid.

dig i enlighet med dessa regler, kan dömas för brott. Den "sanning" som kommer fram är processuell, *legal truth*. "In this context the concept of legal guilt is important; it is not a search for truth that should motivate the prosecutor, so much as a search for guilt or innocence according to the law, which includes such matters as not seeking to rely on inadmissible evidence."[14]

Därför kan försvarsadvokaten mycket väl vara skyldig att rekommendera sin klient att förtiga sanningen. Flera av de författare som försvarat Lake Pleasant-advokaternas handlingssätt citerar Supreme Court Justice Jackson, som i en dom skrev: "Any lawyer worth his salt will tell the suspect in no uncertain terms to make no statement to police under any circumstances."[15] Enligt samma princip, resonerar Freedman, är försvararen skyldig att förhindra att bevisning läggs fram om den åtkommits på ett grundlagsvidrigt sätt, och detta gäller oavsett om bevisningen är aldrig så sann och adekvat, t.ex. ett mordvapen som beslagtagits i strid med fjärde tillägget eller en sanningsenlig men ofrivilligt lämnad bekännelse.[16] Polis och åklagare är skyldiga att använda bevisning som är relevant för "statens" bevistema. För advokater finns ingen sådan skyldighet. "...(D)efense counsel has no comparable obligation to ascertain or present the truth. Our system assigns him a different mission... We... insist that he defend his client whether he is innocent or guilty."[17] Systemet har inte lagt på försvararna att söka efter sanningen, utan endast att följa spelreglerna och maximera sin klients intressen.

På den överordnade nivån kan alltså den som försöker rättfärdiga vapendragaridealet anlägga det överordnade perspektiv där funktionen "att utröna sanningen" spelar en mer central roll. "Truth is a basic value",[18] säger vapendragarförespråkaren Monroe Freedman, och framhåller: "The system proceeds on the assumption that the best way to ascertain the truth is to present to an impartial judge or jury a confrontation beteween the proponents of conflicting views, assigning to each the task of marshalling and presenting the evidence in as thorough and persuasive method as possible."[19]

14. Blake & Ashworth s. 16.

15. Watts v. Indiana, 338 U.S. 49, 59 (1949) (separate opinion).

16. Skyldigheten Freedman talar om aktualiserades i det fall, som i kap. 11.2 beskrevs som "Fallet med den skyldige klienten". Den unge mördaren David hade lämnat en bekännelse då han var trött och drogpåverkad. Försvararens högst konkreta dilemma blev frågan om han skulle förhindra att denna sanningsenliga berättelse lades fram som bevisning med motiveringen att den var ofrivilligt lämnad. Här haltar jämförelsen givetvis med svenska förhållanden, eftersom vi saknar sådana bevisförbud. Advokat i Sverige får inte bestrida uppgift som hon vet är sann, jämför SRGA 45 § om den negativa sanningsplikten. Se även ovan. För en ingående studie i ämnet, se Ulf Lundqvist: Bevisförbud, Uppsala 1998. Lundqvist kritiserar principen om fri bevisföring och förespråkar en möjlighet att även i Sverige kunna avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. (Å andra sidan hörs aldrig tilltalad i svensk rättegång under ed, varför exempelvis bevisning i form av en bekännelse inte kan tilläggas samma betydelse som den har för amerikanska rättegångar.)

17. United States v. Wade, 87 S. Ct. 1926 (1967) (uttalat av en dissident som bland andra citerar just Monroe Freedman).

18. Freedman, 1974 s. 984.

19. Freedman, ibid.

Systemargumentet är ett vapendragarargument som kan användas för att legitimera ett agerande som förefaller cyniskt eller omoraliskt (till exempel att förtiga sanningen, pressa ett sanningsenligt vittne och medverka till att en skyldig mördare går fri), men som också samtidigt kan sägas syfta till samma mål som vägvisararidealen: den "goda" rättegången med det materiellt riktiga domslutet. Försvararen kan bortse från moraliska aspekter på sitt handlingssätt, eftersom hon, när hon intar sin klientcentrerade position, förlitar sig på att systemet fungerar tillfredsställande. Den "processuella rättvisan" skall finnas inbyggd i systemet och detta medför att den som verkar inom systemets handlingsfält kan legitimera varje handling så länge hon följer de processuella normerna, utan att behöva ta hänsyn till de eventuella konsekvenser som kan följa av hennes handlingar.

Argumenten som rättfärdigade Lake Pleasant-advokaternas handlande gick ut på ett sådant resonemang: advokaterna följde spelreglerna och maximerade sin klients intressen. Flera debattörer gjorde gällande att advokaterna helt enkelt inte hade något val, hur förfärliga omständigheterna i detta fall än var.

Problematiken har likheter med den som behandlades i del II: Vilka argument kan anföras för och emot att advokaten biträder "djävulen själv" med brottmålsförsvar? Det är onekligen så att vissa rättssäkerhetsprinciper blir svårare att acceptera om förutsättningarna i det enskilda fallet är upprörande ur mänsklig synpunkt. Det var just detta som försvararna av Lake Pleasant-advokaterna tog fasta på. Var och en kan förstå den moraliska skyldighet man bör ha att hjälpa de mördade flickornas föräldrar, att göra slut på deras ändlösa väntan och ångest, att medverka till att offren kan få en anständig begravning och till att föräldrarna kan få gå vidare med sina liv. Ur mänsklig synpunkt blir det naturligt att dra slutsatsen att advokaternas underlåtenhet inte bara var ett brott mot hälsovårdsstadgan, utan ett brott mot en moralisk norm.[20] En sådan slutsats är emellertid, enligt vapendragarens systemargument, felaktig. Som försvarsadvokater hade Lake Pleasant-advokaterna skyldighet att följa spelreglerna och maximera sin klients intressen. Deras handlande (som var amoraliskt) kan rättfärdigas moraliskt, därför att de följde spelregler vars yttersta syfte är att förhindra att en oskyldig person blir fälld.

20. Det är svårt att inte associera till det s.k. styckmordsfallet som skakade Sverige på 1980-talet, där ju de två åtalade läkarna friades från mordåtalet, men i tingsrättens domskäl befanns de ha styckat den mördade kroppen och därmed ha förbrutit sig mot bestämmelsen om griftefrid. Griftefridsbrottet var preskriberat då domen föll och åtal mot sådant brott var inte väckt. Allmänheten hade svårt att acceptera att en styckning av en död kropp inte var ett allvarligt brott, något som givetvis är lätt att förstå ur mänsklig och moralisk synpunkt. Se vidare om detta exempelvis Diesen: Styckmordsmålet – århundradets brottmålsrättegång? i Rättsfall att minnas – till Jan Hellner den 28 oktober 1997. (Stockholm 1997), s. 297–311.

14.2 Vapendragarens systemargument: kritik

Kritiken mot vapendragarens systemargument går ut på att grundantagandet om att systemet fungerar väl om aktörerna är moraliskt neutrala är felaktigt. Även om idén i och för sig är god, eftersom den grundar sig på väl etablerade rättssäkerhetsargument om likabehandling, fullgott försvar och förebyggande av justitiemord, så fungerar inte systemet så. I själva verket bör man inte ha försvarare av vapendragartypen, eftersom

- *systemet, lämnat åt sig självt, är fullt av imperfektioner som kan ge orättvisa, omoraliska eller orimliga resultat om advokaterna skulle följa spelreglerna slaviskt och stelbent, och*
- *ett väl fungerade system förutsätter kooperation mellan aktörerna varigenom de tillsammans tar ett helhetsansvar för samtliga berörda intressen.*

Kritiken kan skjutas in på det teoretiska eller till och med orealistiska i tron på att systemet med ett slags inbyggd *hidden hand* skulle ge ett rättvist utfall för alla misstänkta. Verkligheten fungerar inte som en idealisk nationalekonomisk modell, där "the economic man" blir "the litigious man" som handlar intelligent och rationellt.[21]

Förutsättningen för ett väl fungerande system måste vara verklig *equality of arms*. Så är dock i realiteten inte fallet. I verklighetens USA, för att ta ett exempel, får inte de fattiga och svaga lika starka och skickliga advokater som de rika och mäktiga. Klientens resurser avgör ofta ombudets styrka. Idealet i *Model Rules*, säger Rhode, utgår från ett antagande om att alla faktiskt får effektivt juridiskt biträde. Reglerna tycks vara tillkomna i ett "socialt och ekonomiskt vakuum."[22]

Här finns anledning till eftertanke ur komparativ synpunkt. Åter måste man konstatera att när den svenska lagstiftaren grundlade principen om att rätten till offentlig försvarare skulle bedömas, inte ur ekonomiska, utan "*uteslutande* ur processuella synpunkter",[23] lade man samtidigt grunden för ett system med brottmålsförsvar som jämfört med åtminstone det amerikanska än i dag står sig väl ur rättvise- och jämlikhetssynpunkt.

Kritiken som går ut på att verklig *equality of arms* inte existerar försvagas därför om man utgår från det svenska processystemet. Därför förstärks systemargumentet i motsvarande omfattning för ett system där försvarare tillsätts på processuell grund. Därmed inte sagt att fullständig *equality of arms* skulle gälla i svenska brottmål. Det är givetvis så att faktorer som kön, klass, nationalitet och annan status kan påverka den tilltalades möjligheter att kräva sin rätt till en skicklig försvarare. Emellertid råder knappast någon tvekan om

21. Se Robberstad s. 32 med noter.
22. Rhode: Ethical Perspectives on Legal Practice, 37 Stan. L. Rev 589 (1985).
23. PLB s. 274. (Min kurs.)

att förordnandet av försvarare på processuell grund i betydande omfattning lett till att den tilltalade i stora och/eller komplicerade brottmål i Sverige har lika stor möjlighet att få en erkänt skicklig försvarare, antingen han är fattig eller rik. I det amerikanska systemet kan en fattig tilltalad i princip bara få en "stjärnadvokat" om advokaten frivilligt åtar sig att arbeta gratis i fallet, t.ex. för att fallet har propagandavärde för advokaten. Statistiken från USA visar att det är långt ifrån alla mordrättegångar som har sådant propagandavärde; ett överväldigande antal av de dödsdömda fångarna tillhör de allra lägsta samhällsskikten. Englands cab rank-regel talar för att *equality of arms* gäller där i högre grad än i USA, eftersom ingen barrister har rätt att avböja ett uppdrag (se del II).

Även i ett system som det svenska (eller det engelska), som i princip ger alla misstänkta samma rätt att få försvarare, är det givetvis skillnad mellan försvarare och försvarare. Om en tilltalad i ett brottmål har en svag försvarare och ställs inför en stark åklagare och ett skickligt målsägandebiträde, råder *de facto* inte *equality of arms*.[24] Poängen med denna kritik är att ett instrumentellt försvararideal förutsätter att alla parter företräds av lika skickliga ombud eller att systemet självt reder ut ojämnheterna, men så förhåller det sig inte. Ett självreglerande system med strikt neutrala aktörer fungerar bara i teorin, i ett vakuum.

> "...neutral partisanship is based on the assumption that, by playing their allotted role in the adversarial system and in helping clients vindicate their legal rights, lawyers *ipso facto* act ethically and ensure justice. However... this makes a number of dubious assumptions about the meaning and attainability of truth and justice in the legal system. The adversarial system is assumed to ensure that correct facts are found, thus ignoring the possibility that power imbalances between adversaries will simply mean that 'truth' follows power. Moreover... legal formalism... (ignores) that truths of a moral and political nature may also be at stake in the legal process. Similarly, justice is assumed to flow from the correct application of law to the facts, thus ignoring not only that lawyer creativity in relation to facts, but also that law itself, may be unjust."[25]

En annan form av kritik går ut på att vapendragarens syn på det processuella systemet och försvararens roll däri skulle vara institutionellt schizofrent. Systemet bör rimligtvis vara konstruerat i syfte att producera resultat som baserats på en korrekt tillämpning av rättvisa lagregler på relevanta, sanna fakta, dvs. materiellt riktiga resultat. Om advokatens främsta föresats är att inom

24. Enligt den klassiska retoriken talar man om ordets makt och att frågan om detta ställs på sin spets i synnerhet när man kämpar i underläge. Enligt detta synsätt ställs högre krav på försvararen än på åklagaren. Därför skrev Quintilianus i sin *De institutione oratoria*: "Det är lätt att vara åklagare... Men en försvarsadvokat måste förneka eller bestyrka fakta, ifrågasätta olika personers kompetens, kunna urskulda, vädja om medlidande, förmildra, uttunna eller avleda anklagelsen, uttrycka förakt eller hån... Att försvara någon kräver tusen konster och strategiska grepp... Det är därför som måttligt begåvade talare duger gott som åklagare. Men ingen kan bli en bra försvarsadvokat om han inte har sann vältalighet." Ur Johannesson: Retorik eller konsten att övertyga, s. 38.

25. Nicholson & Webb, a.a. s. 278.

detta system uppnå ett resultat som är gynnsamt för den egna klienten – möjligen i rak motsats till rättvisa, lag och fakta – så har advokaten i själva verket motverkat det system, som utgör själva grunden för hennes existens.

Samuel Johnson[26] uttryckte vapendragarens tanke om att advokaten aldrig kan bedöma om klientens uppgifter är sanna, utan skall överlämna den bedömningen till domaren (som vet bättre än advokaten). Kritikerna åter kan tvivla på att Johnson hade rätt: advokaterna har visst en insyn i målet, tillgång till fakta och utsagor och bevisning, som ingen annan har.[27] I synnerhet gäller detta för amerikanska brottmål som ju till största delen avgörs genom *plea bargaining,* där advokatens värdering av fallet ofta är den avgörande, eftersom ingen annan får sådan insyn. Av mycket stor vikt är också det faktum att advokaten spelar en avgörande roll när det gäller att hjälpa klienten att definiera sitt intresse och utvärdera sina möjligheter (se 13.3 ovan om hypotesen).

Den vanligaste kritiken mot vapendragarens syn på systemet och spelreglerna är dock att den främjar orimliga resultat, som på ett uppenbart sätt står i strid med lagens anda, dvs. det rättssystem som vi alla vill ha. Den advokat som i varje situation, oavsett omständigheterna i det enskilda fallet, alltid maximerar klientens intresse och utnyttjar givna spelregler till det yttersta riskerar att främja orättfärdiga och omoraliska resultat. Aktören som blint följer spelreglerna saknar det goda omdöme som krävs för att tolka och tillämpa regler på ett sådant sätt som rättsordningen förutsatt. Denna kritik är själva grunden för vägvisarens argument och kommer att utvecklas nedan under 14.5.

En sak är att det måste finnas en marginal till den misstänktes förmån för de tveksamma fallen. I sådana fall är det ju själva osäkerheten i faktabedömningen som får försvara den frikännande domen. En annan fråga är hur vapendragaren skall kunna rättfärdiga systemet om man tänker sig att *full visshet* föreligger för att hennes klient är den skyldige mördaren. Varför skall då denne gå fri?

Vapendragaren är, har vi tidigare konstaterat, rolltypisk och håller sig i sin (klientens) ringhörna med den ständiga förklaringen till hands att detta är vad systemet kräver och så fungerar systemet bäst – dvs. någorlunda tillfredsställande. Den moraliskt neutrala vapendragaren har en pragmatisk, inte idealistisk, syn på försvararens roll i systemet. Advokater – precis som exempelvis soldater i krig – tvingas ständigt genom sin yrkesroll att handla på ett sätt som strider mot den allmänna moraluppfattningen. Argumentet för att få göra detta är att det syftar till ett allmänt gott i det långa loppet (därför att så fungerar systemet). Allt hänger på detta argument. Och det är här, mot detta argument, som kritikerna sätter in stöten. Om vapendragaridealet endast kan legitimeras med argumentet att systemet fungerar någorlunda bra – ett helt system, så komplext och mångfacetterat och mäktigt som rättssystemet – då blir det ett bräckligt argument.

26. Se 14.1 ovan.
27. Se t.ex. advokatsamfundets yttrande i heroinfallet, NJA 1981 s. 1035 (s. 1039).

I så fall kan man resonera så här: det är sant att jag gör något orätt (t.ex. hjälper en massmördare att gå fri). Men min rollplikt ålägger mig att göra som jag gör. Rollplikten faller tillbaka på min uppgift inom ramen för systemet. Min uppgift i detta system är en nödvändig del av dess struktur. Systemet i sin tur är legitimt därför att a) det finns där, eller b) det är så vi har vant oss vid att arbeta, eller c) det är inte mödan värt att ersätta det med ett annat. Moralfilosofen David Luban gör gällande att argumenten för att legitimera systemet är just så här pragmatiska.[28] Det vill säga – om hela legitimeringen för ett rolldifferentierat beteende (som medför att omoraliska handlingar utförs) ytterst vilar på ursäkten att systemet kräver det, och man inte kan anföra annat än pragmatiska argument för att legitimera systemet, blir legitimeringen svag. Som Luban uttrycker saken: "This, I think, will not do. The excuse rests on an elephant that stands on a tortoise that floats in the sky. But the sky is falling."[29]

Luban tar ett autentiskt rättsfall[30] och jämför med Lake Pleasant-fallet. En ung man, Spaulding, skadades allvarligt i en bilolycka. När han krävde skadestånd av skadevållaren lät svarandens advokat göra en extra läkarundersökning av käranden. Den nya läkaren upptäckte att Spaulding som en följd av olyckan fått ett aortaaneurysm, en livshotande skada som Spauldings egen läkare inte upptäckt. Spaulding var villig att acceptera ett förlikningsförslag om 6 500 dollar, men svarandens advokat förstod att om Spaulding fick reda på skadan skulle han begära mycket mer.

Svarandens advokat förteg vad han visste om skadan och man förliktes om 6 500 dollar. Hur kunde detta försvaras?[31] Man får förmoda att argumenten för handlandet skulle gå på samma linje som argumenten för Lake Pleasant-advokaterna. Emellertid håller inte de argumenten i skadeståndsfallet. I Lake Pleasant-fallet kunde man hävda att advokaternas handlande ytterst vilade på grundsatsen som säger att den enskilde tilltalade (enligt liberala idéer) skall skyddas från statens övermakt. I skadeståndsfallet fanns ingen tilltalad. Tystnadsplikten i skadeståndsfallet vilar inte på något mera ädelt än behovet av att spara pengar åt svaranden eller dennes försäkringsbolag. Vill man vara mindre cynisk kan man säga att systemet ålade advokaten tystnadsplikt, och systemet är som det är. Ett sådant argument är för svagt för att rättfärdiga att den skadelidandes liv riskeras. Emellertid har jag upprepade gånger i denna avhandling påpekat att advokatrollen i brottmål och i civilmål kan skilja sig åt på vik-

28. Mot Lubans ståndpunkt kan anföras att det är *aktörerna* i vapendragarsystemet som är pragmatiska, inte *systemet*! Systemet kan ju vapendragaren legitimera moraliskt genom argumentet att en oskyldig frias (vilket är gott). Därför kan man i stället säga att Luban utgår ifrån att vapendragare bara kan legitimera systemet med traditionella och strukturella argument (dvs. att systemet är som det är etc.).

29. Luban 1988 s. 149.

30. Spaulding v. Zimmerman, 116 N.W. 2d 704 (1962).

31. Domstolen fann att advokatens handlande stred mot god advokatsed och tvingades sedan, med Lubans ord "go through some remarkable argumentative acrobatics" för att kunna ogilla förlikningen. Eftersom man redan hade accepterat den gängse bilden av advokatens roll, säger Luban, "(the court) was compelled to smuggle morality in through the back door". 1988 s. 150.

tiga punkter. Flera författare som är starkt kritiska mot vapendragaradvokater medger att i brottmål kan vapendragarskap vara legitimt.

Nu skall vi emellertid ta argumenten för vapendragarskap under kritiskt beaktade i ett brottmål av alldeles särskilt slag: sexualbrott. Vi kommer se ett av de starkaste argumenten mot vapendragaridealet utveckla sig. Det är ett argument som enkelt kan sammanfattas så här: det finns inga enkla lösningar på svåra problem, "any moral theory that allows you to answer hard questions confidently is simpleminded".[32] Jag skall utveckla argumentet.

Monroe Freedman är en av de författare som anger sitt försvar för vapendragaridealet på klassiskt maner. Lake Pleasant-advokaternas handlande legitimeras med de vanliga systemargumenten.[33] Freedman gör det nu svårare för sig själv: säg, hypotetiskt, att en misstänkt våldtäktsman berättar för sin försvarare att han är skyldig. Klienten insisterar på att försvaret skall läggas upp på den falska linjen att offret gick med på sexuellt umgänge. Klienten är mycket bestämd: han har redan en gång tidigare gått fri från ett likadant brott genom att hävda ett sådant försvar. Dessutom har försvararen i sin utredning fått fram en förbittrad före detta pojkvän till offret, som bara alltför gärna är villig att vittna om hennes generösa attityd till sex. Vittnesmålet är inte nödvändigtvis falskt. Skall nu advokaten utnyttja ex-pojkvännen och försöka få offret att framstå som lösaktig? Enligt Freedman skall försvararen göra detta, och det med samma legitimation som i Lake Pleasant-fallet.

Exemplet haltar numera betänkligt, eftersom målsägandens egen sexualitet, utmanande klädsel och dylikt inte får användas som motbevisning i sexualbrottmål. Emellertid råder ingen tvekan om att den som försvarar en misstänkt våldtäktsman på olika sätt kan utnyttja offrets utsatta position till den tilltalades fördel. En kvinnlig försvarare – som själv beskriver sig som en vapendragartyp – förklarar svårigheterna i just sexualbrottmålen:

> "These cases frequently require that I, a feminist who rejects harmful stereotypes of women, exploit these same stereotypes in defense of my client. In the majority of sexual assault cases, the complainant and defendant know one another, and fabrication or consent is raised as a defense... As a consequence, in most sex cases, my role is to charge the complainant with having agreed to the sexual encounter, or having asked for it, or of being a woman scorned whose feelings of rejection caused her to cry rape as an act of revenge. Some defense attorneys believe that effective cross-examination can be done in a way that does not demean the complainant. I disagree. No matter what tone of voice is used or how politely the questions are put, a good cross-examination must still ultimately demonstrate that the complaining witness is a liar."[34]

32. Luban 1988 s. 152.

33. Här Freedman i Lawyers' Ethics in an Adversary System (Indianapolis, Ind. 1975), kap. 1.

34. Ridolfi: Statement on her representing rape defendants, July 26, 1989, i Rhode 1998 s. 206–207. Jämför Timothy Beneke: Men On Rape, a.a. s. 206: "The bottom line is in getting my client off."

Exemplet är emellertid mer komplicerat än Lake Pleasant-fallet. David Luban,[35] som motvilligt medger att Freedmans ståndpunkt är starkt grundad,[36] påpekar att sexualbrotten skiljer sig från de gängse brottmålen.[37] Luban lyckas visa detta med ett resonemang som utgår från processuella – inte moraliska! – principer.

Luban resonerar så här.[38] Det hypotetiska fallet med våldtäktsmannen illustrerar tydligt den kliché som säger att i våldtäktsmål är det offret som sitter på de anklagades bänk.

Som motbevisning mot påståendet om våldtäkt försöker försvaret förankra det faktum att kvinnan var villig att ha sex med pojkvänner från det förflutna som om detta skulle visa att hon också vill ha sex med okända våldsmän. En sexistisk idé om den hämndlystna kvinnan som är ute efter att sätta fast en man har lett till att målsäganden i sin tur som motbevisning måste visa att hon *inte* gick med på sex. Situationen blir därför mycket mer symmetrisk än vi har vant oss vid i brottmål.[39] Vi har nu två parter som var för sig konfronteras med en mäktig institution, och som behöver beskydd. Den tilltalade konfronteras av staten och kvinnan konfronteras av en tusenårig patriarkal tradition som gör klichén om offret på de anklagades bänk sann. Ur den klassiska liberalismens synvinkel, där staten är "huvudfiende", kan inte detta förhållande ha någon betydelse. Men ur vad Luban kallar "the point of view of the progressive correction of liberalism", kan varje mäktig social institution innebära ett hot, även sådana diffusa men fattbara institutioner som patriarkatet. Med andra ord medför det faktum att "offret sitter på de anklagades bänk" att våldtäktsmålen skiljer sig från andra brottmål: det delar upp fördelarna mellan parterna och jämnar ut vågskålarna på ett sätt som gör att motsättningen mer liknar ett civilrättslig tvist.

Det faktum att våldtäktsmannen faktiskt var skyldig – har vi lärt oss av vapendragarargumenten – skall inte göra någon skillnad. Även de skyldiga måste ha rätt till ett fullgott försvar, av exakt samma skäl som de har rätt att tiga och rätt att lägga bevisbördan på staten. Man kan bara garantera sådana rättigheter för de oskyldiga om man samtidigt garanterar dem för de skyldiga. Detta

35. Freedman menar i a.a. 1990 s. 103 att Luban felaktigt antar att Freedman liksom domstolen i Spaulding v. Zimmerman fann att advokaten inte handlat oetiskt.

36. Om än med en synnerligen motbjudande konklusion, vilket även Freedman tycker.

37. Jämför det hypotetiska fallet i Alan Dershowitz roman The Advocate's Devil (1995), också om en vapendragarförsvarare med en våldtäktsmisstänkt klient (som försvararen lyckas få frikänd), som faktiskt är skyldig.

38. Se Luban 1988 s. 151.

39. Därmed inte sagt att brottmålen allmänt sett alltid är perfekt balanserade. En tilltalad med en svag försvarare ställd mot en skicklig åklagare och ett skickligt målsägandebiträde, ligger definitivt under i *equality of arms*-hänseende. Och i vissa typer av brottmål, i synnerhet narkotikamålen, tycks åklagarens bevisbörda ofta vara reducerad. Se rörande Europadomstolens avgörande i fallet Salabiaku (14/1987/137/191) Träskman: Omvänt eller bakvänt? s. 354 samt Danelius: Europadomstolens domar 1961–1990 – en rättsfallsöversikt, SvJT 1991, s. 257–340. Salabiaku dömdes för smuggling av narkotika i en väska som han burit genom franska tullen. Han hävdade att han inte varit medveten om att väskan innehöll narkotika. Han presumerades ha haft uppsåt, och det var endast om han kunde visa att *force majeure* förelegat som han kunde undgå straffansvar.

måste innebära att om det är tillåtet att ifrågasätta målsägandens vandel om klienten är oskyldig, måste det vara tillåtet också när klienten är skyldig.

Man kan göra en analogi på detta resonemang ur vägvisarperspektivet. Luban menar att kvinnor har rätt till förebyggande skydd mot patriarki, varför straffprocessystemet måste tillförsäkra våldtäktsoffer möjligheten att stiga fram och anklaga sina angripare utan att deras egen sexualitet görs till rättegångens centrala tema. I annat fall kommer alla kvinnor att i sin rädsla för att anmäla överfall förbli det manliga våldets fångar. Lagen kommer då inte att kunna verka avskräckande på våldtäktsmän. Alltså, säger Luban, måste gränsen för det nitiska brottmålsförsvaret (zealous criminal defense) dras vid rätten att behandla våldtäktsoffret som en hora. Detta progressiva argument är precis lika starkt som det liberala argument som anförs för de misstänktas rättigheter. Det progressiva argumentet visar att den nämnda typen av bevisföring och förhör är moraliskt förkastlig, även om målsäganden faktiskt gick med på att ha sex med den tilltalade. Precis på samma sätt som den tilltalades rättigheter inte får begränsas om han är skyldig, får inte kvinnors rätt att utan risk för förnedring få statens hjälp mot våldtäktsmän begränsas, bara för att det finns kvinnor som missbrukar reglerna genom falska angivelser. Detta betyder att skall den tilltalades rättigheter balanseras mot målsägandens rättigheter i akt och mening att finna gränsen för ett nitiskt försvar, så måste detta göras oaktat den tilltalades skuld och målsägandens oskuld. Rättigheter är rättigheter.[40]

Lubans resonemang – varken okontroversiellt eller oantastligt[41] – är tänkt att illustrera det faktum att systemargumenten som gärna används för vapendragarskapet kan dras till sin spets och kastas tillbaka på det sätt som här i korthet redovisats.[42] Lubans resonemang kan mycket väl kritiseras, men hans poäng är väl värd eftertanke: det finns inga enkla svar på så svåra frågor som vi här har ställts inför. Medan vapendragarskolan säger oss att vi helt enkelt får dras med de systemfel som emellanåt uppstår, säger vägvisarskolan alltså tvärtom: vi skall inte behöva acceptera det oacceptabla, inte ens om vi är försvarsadvokater.

Systemet är helt enkelt inte tillräckligt gott i sig för att vi skall kunna använda det som legitimering i alla lägen: "For the adversary system is justifiable only in the weakest possible way".[43] Systemet blir vad vi själva gör det till.

40. Se Lubans resonemang mera utförligt i Luban 1988 s. 151 f.

41. Jämför kritiken mot vägvisarens argument nedan.

42. Lubans teoribygge i Lawyers and Justice går i huvudsak ut på att kritisera den typ av argument som faller tillbaka på systemet eller institutionen och de roller det skapar.

43. Luban 1988 s. 153.

14.3 Vapendragarens rättighetsargument: innehåll

De rättighetsbaserade argumenten utgår från klientautonomin och hävdar följande:

Det bästa för de tilltalade är att de garanteras rätten att aldrig tvingas agera till sin egen nackdel. För att detta skall uppfyllas krävs att försvarsadvokaterna

- *agerar som klienten skulle agerat, om han hade kunnat (och alltså låter klienten formulera och förverkliga sitt eget intresse), och*
- *aldrig medverkar till att försätta klienten i en sämre situation än han skulle varit, om han inte haft någon försvarare (advokaten finns till för att de tilltalade inte kan juridik – inte för att skyldiga eller omoraliska klienter skall bättra sig).*

Försvarsadvokaterna skall därför vara som ett instrument i klientens hand, dvs. vapendragare.

Den rättighetsbaserade legitimeringen av det neutrala vapendragarskapet faller tillbaka på vikten av klientautonomin och den därmed sammanhängande idén om försvararen som ett instrument. Det finns tre viktiga grundantaganden som tillsammans utgör rättighetsargumenten. Det första är att en advokat skall vara som ett instrument i klientens hand, därför att då motverkas den "slippery slope" som kan skapas om advokaten själv skall göra moraliska värderingar. Det andra är att brottmålsklienten har rätt att inte vittna mot sig själv eller skada sin sak. Det tredje är att klienten inte skall komma i ett sämre läge om han har försvarare, än om han inte har det. Jag skall utveckla dessa antaganden lite närmare.

Det kan rättfärdigas att en misstänkt inte skall tvingas vittna mot sig själv och att försvararen därför skall vara hans instrument (se nedan). Båda dessa skäl talar för att försvararen även skall följa den oskyldiges instruktioner att bli fälld (och inte bara den skyldiges – att bli friad).

Klientens autonomi, som hyllas i vapendragarideologin, tillgodoses bäst om försvararen uppträder som ett moraliskt neutralt instrument. Ett instrument dömer inte. Ett verktyg är precis så gott eller ont som den som håller i det.[44] Advokater är inte till för att biträda endast de goda och oskyldiga (dvs. döma). Advokater finns för att de tilltalade inte kan juridik. Enligt vapendragarens synsätt gäller ju att systemet fungerar bäst om advokaten är hängiven endast sin klients intresse. Detta måste gälla alla advokatens klienter, inte bara vissa. För att kunna vara lika hängiven alla klienter måste advokaten vara moraliskt neutral (antingen klienten är skyldig eller oskyldig, ljuger eller inte eller är sympatisk eller inte).

Advokaten har, på grund av sin utbildning och yrkeserfarenhet, ett slags

44. Se 3.3.2 om hired gun-metaforen och revolvermannen "Shane".

praktiskt monopol på tillgång till rättsväsendet och kännedom om lagen. Att advokaten informerar klienten om hans möjligheter enligt lag och medverkar till att klienten uppnår sitt önskemål är därför ofta en förutsättning för att verklig klientautonomi faktiskt kan utövas. Advokatens uppgift blir då att medverka till att maximera klientens autonomi. Utan sådan medverkan kan klientautonomin knappast utövas i någon högre grad. Om man utgår från den idé som säger att klientautonomi är det högsta goda, är det en självklar konsekvens att en god försvarare medverkar till att maximera klientens autonomi och att en dålig försvarare inte gör det: "... the attorney acts unprofessionally and immorally by depriving clients of their autonomy, that is, by denying them information regarding their legal rights, by otherwise preempting their moral decisions, or by depriving them of the ability to carry out their lawful decisions."[45]

Klienten skall vara skyddad från tvång att agera till sin egen nackdel. Denna i USA grundlagsskyddade rättighet (se 13.2) finns fastlagd i en eller annan form i alla rättsstater. Den tilltalade får inte tvingas att uttala sig och hans advokat får inte yppa något som kan skada den tilltalade sak och har skyldighet att förtiga information som klienten lämnat i förtroende. Av denna rättighet måste rimligtvis följa att advokaten inte skall försätta klienten i en sämre situation än han skulle ha varit utan advokat.

Om man applicerar ett sådant tänkande på Lake Pleasant-fallet, så ser vi att då skall också Garrows advokater handla precis som de gjorde. Garrow vet något som försvararna inte vet; nu berättar Garrow det han vet för advokaterna, men det förändrar ingenting i sak. Att den tilltalade vet något innebär varken mer eller mindre än att hans advokater också vet det. Vill Garrow att hans information skall förbli hemlig, så förblir den det. Att berätta det för advokaterna skall – på grund av tystnads- och lojalitetsplikten – vara det samma som om han hade berättat det för sig själv.

Idén går emellertid att tillämpa på mer än bara vetskap. Den går också att tillämpa på handling: det som klienten får göra, får också advokaterna göra (om det inte strider mot lag). Mera realistiskt är kanske att säga att det som klienten skulle ha gjort om han hade kunnat, skall advokaten göra, därför att hon kan göra det bättre. Man frestas nästan att ta till refrängen i Annie Get Your Gun: "Anything you can do, I can do better".

Idén kan illustreras genom ett enkelt tankeexperiment: man skalar bort advokaterna. Om den tilltalade inte hade haft någon försvarare alls, så hade det stått honom fritt att kalla vittnen, förhöra dem eller åberopa annan bevisning precis som han ville. Han hade också kunnat osant erkänna respektive förneka sin skuld. När han nu har advokat, skall han i vart fall inte komma i ett sämre läge än om han hade varit utan.

Här skiljer sig straffprocessrätten från civilprocessrätten: den tilltalade är garanterad visst skydd i lagen som andra parter inte har. "The law... explicitly gives many rights to criminal defendants that are independent of guilt or innocence. These 'intrisic procedural rights' include the right of a defendant

45. Freedman, 1990 s. 57.

who concedes guilt privately to plead not guilty and put the prosecution to proof..."[46] Argumentet kan med en enkel fras kallas "klienten själv-argumentet". Om alltså *klienten själv* har rätt att låta bli att avslöja vissa fakta för motparten, så kan inte *advokaten* tvingas avslöja sådana fakta.

Argumentet innebär inte att advokaten får göra *allt* som klienten får göra. Advokaten lyder under regler om advokatetik och andra normer som styr brottmålsförfarandet, regler som inte klienten är underkastad. Som bekant får inte advokaten medvetet ljuga eller medvetet åberopa falsk bevisning.

Det finns vissa principiella skillnader mellan svensk och angloamerikansk brottmålsprocess. Den viktigaste i det här sammanhanget är att den tilltalade i amerikansk och engelsk process vittnar under ed, om han vittnar. Amerikanska processprinciper balanserar denna hårda regel genom att ge den tilltalade det grundlagsskydd, som finns i femte tillägget av konstitutionen. Enligt detta har den tilltalade rätt att tiga, vilket är ett uttryck för "the right against self-incrimination". Detta kan tillämpas på så sätt att den tilltalade hörs under ed i rättegången men väljer att åberopa femte tillägget i stället för att svara på vissa frågor. De taktiska nackdelarna med detta system är uppenbara för var och en. En jury eller en domare drar mycket lätt slutsatser om den tilltalades skuld om han på en viss fråga åberopar femte tillägget. På grund av detta och på grund av risken för mened befinner sig ofta den amerikanska försvararen i ett oerhört svårt dilemma vid valet om hon skall låta klienten vittna eller inte: hur hon än gör kan resultatet vara förödande för klientens sak.[47]

Även i engelsk process får den tilltalade välja om han vill avge vittnesmål. Om han gör det, behandlas han som vanligt vittne, avlägger ed och kan bli föremål för korsförhör, där han löper risk att röja uppgifter som annars skulle skyddats av "the privilege against self-incrimination".[48] Även i engelsk rätt har klientens eventuella lögnaktighet mycket besvärliga följder för advokaterna. Om en klient i ett engelskt brottmål före eller under rättegången talar om för sin advokat att han har begått mened eller vilselett domstolen i något viktigt avseende under tiden för förhandlingarna, så är advokaten skyldig att frånträda målet om inte klienten går med på att avslöja sitt handlande inför domstolen.[49]

I svensk rättegång har vi som bekant inte alls något sådant problem. Den tilltalade betraktas inte som vittne och talar aldrig under ed. För svensk del är detta en viktig rättssäkerhetsprincip. Visserligen kan den tilltalade i viss mån anlitas som upplysningskälla, men det kan inte krävas av honom att han skall vara verksam för utredningens fullständigande. "Ej heller", skriver processlagberedningen, "bör det komma i fråga att genom straffhot försöka förmå den tilltalade att i sina utsagor hålla sig till sanningen. Den, särskilt i grövre brottmål, starka motsättningen mellan självbevarelsedriften och plikten att tala sanning skulle för den tilltalade medföra en obillig hårdhet."[50] Part i brottmål avlägger inte ed i Sverige, alltså inte heller målsäganden. Även detta gäller av rättssäkerhetsskäl: om målsäganden skulle tala under ed, skulle hans uppgifter tillmätas alltför stort värde i bevishänseende och den tilltalades ställning skulle försvagas.[51]

Rättighetsargumentet "klienten själv" betyder alltså inte att advokaten får göra allt som klienten får göra. Men det betyder, för aktören som är vapendra-

46. Simon: The Practise of Justice s. 170–171.
47. Se t.ex. Freedman, 1990, särskilt kapitel 6: The Perjury Trilemma.
48. Criminal Justice Act 1982 sec. 72.
49. LSG 21:13.
50. PLB s. 407–408.
51. Å andra sidan kan den fria bevisprövning som tillämpas i svenska brottmål i amerikanska ögon te sig hård för den tilltalade. Jämför Lundqvist, a.a. *(passim)*.

gare, att hon får göra allt som klienten får göra, så länge hon, i sin egenskap av advokat, inte överträder de regler hon lyder under. Annars skulle klienten lika gärna kunna försvara sig själv. Då riskerar han i alla fall inte att domstolen får ta del av information som han vill hemlighålla. Om klienten får undanhålla vissa fakta, så måste även advokaten få göra detta. Argumentet bär stark rättssäkerhetsprägel: ett system som tillerkänner en misstänkt rätt till försvarsadvokat, måste göra detta för att det är bättre för den enskilde att ha en försvarare än att inte ha det. Annars blir rätten till försvarare en chimär, ungefär så som den framställs i totalitära stater.

Tystnadsplikten ger i sin förlängning upphov till en intressant synpunkt, som jag tidigare tangerat: den sanktionerar ett tillbakahållande av sanningen. Lojaliteten medför inte bara en skyldighet för advokaten att iaktta fullständig diskretion om sin klients angelägenheter, utan den kan också innebära att advokaten *råder sin klient* att vara tyst, vilket i sin tur givetvis kan innebära att klienten förtiger sanningen. Detta kan i sin tur medföra att sanningen aldrig kommer fram i brottmålsprocessen. Funktionen aktualiseras inte minst i samband med polisförhör.[52]

> I TSA 1992 s. 324 blev en advokat, som uppmanat sin klient att tiga, anmäld till samfundet av två kriminalinspektörer. Då styrelsen inte fann skäl att vidta någon åtgärd, påkallade JK disciplinär åtgärd mot advokaten. I anmälan gjordes gällande att advokaten uppmanat klienten att vägra svara på frågor från polisen trots att denne själv inte hade något emot att delta i förhör. JK fann att advokatens agerande sträckte sig långt utöver plikten att upplysa en klient om rätten att vägra yttra sig. JK åberopade därvid särskilt RB 21:7 stycke 1.[53]
>
> *Advokaten* anförde att han fått klart för sig att klienten inte önskade svara på frågor från polisen i försvararens frånvaro. Då klienten förflyttades till ett häkte i en annan stad, fick advokaten, när han sökte sin huvudman per telefon, beskedet att denne satt i förhör med några polismän. Advokaten hade inte informerats i förväg om förhöret. Han begärde att få telefonsamtalet inkopplat till klienten, och eftersom han kände till klientens inställning informerade han honom om hur han skulle bära sig åt för att inte i försvararens frånvaro behöva besvara frågor, nämligen att "hålla munnen stängd och andas genom näsan".
>
> *Disciplinnämnden* fastlade till en början att det var tillåtet att upplysa en klient om rätten att tiga. Det är inte förenligt med god advokatsed att aktivt söka förhindra förhör, men det kunde inte anses felaktigt att uppmana en klient att tiga, om det är så att en utsaga bör ske först om försvararen är närvarande. Ärendet föranledde ingen åtgärd.[54]

52. I engelsk rätt har den misstänkte också rätt att tiga. Om denna rätt skall han informeras före polisförhör. Rätten att tiga är numera modifierad genom det livligt diskuterade och kritiserade Criminal Justice and Public Order Act 1994 sec. 34–37, som under vissa omständigheter tillåter att den tilltalades tystnad får tillmätas bevisverkan mot honom. Även om detta skall den misstänkte informeras.

53. "Försvarare skall med nit och omsorg tillvarata den misstänktes rätt och i detta syfte verka för sakens riktiga belysning." JK:s tolkning av innebörden i 21:7 1 st. är enligt min mening högst tveksam. Att verka för sakens riktiga belysning kan inte rimligtvis tolkas så att advokaten inte skall uppmana sin klient att tiga. Den tilltalade själv har som bekant ingen som helst skyldighet att aktivt medverka till sanningens utletande. Se även längre fram, kap. 17.

54. Att uppmana klienten att vid häktningsförhandling inte svara på några frågor ansågs inte strida mot 21:7 (TSA 1982 s. 306, fall 11).

Tystnaden kan vara ett effektivt skydd för den tilltalades rättigheter: "Ett för svenska förhållanden synnerligen långt fängelsestraff väntar den som på ett avancerat sätt hanterat en större mängd narkotika. Förhörsprotokollen används tyvärr i Sverige i hög grad som bevismaterial i målet och oftast av en åklagare som inte varit närvarande vid förhöret. Utformning i varje detalj har därför stor betydelse. Den misstänkte har i sin situation synnerligen svårt att uttrycka sig på ett så detaljerat sätt att det han eller hon återger är vad man i verkligheten menar. ... (Försvararen skall) i många fall när det gäller grövre och omstridda brott inte medverka till att den misstänkte underkastar sig polisförhör, om inte försvararen själv kan vara närvarande."[55]

Om man accepterar att tigande kan vara detsamma som att undanhålla sanningen, så är den advokatetiska regeln om tystnadsplikt mycket riktigt ett hinder för sanningens utletande. Det innebär alltså att inbyggt i de regler och principer som skall tillämpas i brottmålsförfarandet finns direkta hinder för att hela sanningen kommer fram.

"(I)n fulfilling his professional responsibilities, (the lawyer) of necessity may become an obstacle to truth finding",[56] konstaterar en amerikansk domare och ger därmed uttryck för uppfattningen att försvararens plikter och skyldigheter gentemot sin klient är sanktionerade av rättssystemet och gäller oaktat att vissa andra värden ibland måste åsidosättas.

Det vapendragarargument som baserar sig på klientens rättigheter är alltså till stor del grundat på gällande rätt. Själva lagen rättfärdigar ett försvararskap som hyllar klientautonomi.

14.4 Vapendragarens rättighetsargument: kritik

Kritiken mot vapendragarens rättighetsargument vänder sig mot fullständig klientautonomi och konceptet advokaten som ett instrument, och de grundläggande synpunkterna är att:

- *klientautonomi skall inte fungera på ett sådant sätt att advokaten helt förlorar kontrollen över sin klient,*
- *försvararen bör inte uppträda som ett instrument, eftersom den som styr advokaten i de allra flesta fall är en kriminell och lögnaktig person, och*
- *rolldifferentiering är i bästa fall svårt eller omöjligt att uppnå och i värsta fall omoraliskt.*

55. TSA 1993 s. 170, advokat Claës Renström: Att bidraga till sakens rätta belysning (s. 171).

56. Justice Harlan i Miranda v. Arizona (384 U.S. 436, 514) från 1966, ett fall som kom att få enormt stor betydelse för den misstänktes rättigheter, inte minst rätten att upplysas om möjligheten att få en försvarare. Rättigheten kallas allmänt "The Miranda Rights" och har t.o.m. transformerats till ett nytt verb: "to miranda".

Fullständig klientautonomi innebär inte bara att klienten själv får formulera sitt intresse. Det måste också innebära att advokaten är villig att genomdriva klientens önskemål. I annat fall skulle klientautonomin som bärande idé inte ha något verkligt innehåll.

Klientens uttalade vilja och advokatens agerande i enlighet med denna är således ett. Detta är en praktisk manifestation av den metafor som målar upp advokaten som ett instrument i klientens hand. Om advokaten är en *hired gun*, så är hon ett vapen i klientens hand – om klienten vill trycka på avtryckaren, så avfyras vapnet.

Detta innebär naturligtvis att klientens inflytande över advokatens agerande i processen är avgörande. Vapendragaren frågar aldrig om syftet med en viss handling är gott eller ont, klokt eller oklokt. De argument för vapendragarideologin, som fokuserar på individens autonomi och rättigheter, bemöts med moralargument som bland annat poängterar egennyttans nackdelar. Om man fokuserar på individens rättigheter åsidosätter man gärna hans ansvar. Advokaten har ansvar, men det har också klienten. Om det är möjligt bör advokaten göra klienten medveten om de tänkbara konsekvenser som hans handlande kan ha även för andra. En god advokat bör vara som en vän som vill sin väns (klientens) bästa och som uppmuntrar honom att göra "det rätta" och att själv inse vad som är rätt, t.ex. att tala sanning eller erkänna. Ansvar och hänsyn vidgar ramarna för advokaten etik: "It is an ethic of care, rather than an ethic of justice; unlike an ethic of justice, there are few limits to an ethic of care."[57]

De båda inledande kritiska synpunkterna vänder sig mot idén att låta klienten styra advokaten för att därigenom kunna maximera sina rättigheter. Kritiken har flera inriktningar. En är att klienten helt enkelt inte har kunskap att styra och ställa i ett brottmål. Resultatet kan bli förödande för klientens eget intresse, eller för något annat intresse. Om advokaten låter klienten bestämma allt och följer klientens instruktioner, kan kaos i rättslivet bli följden. Sådan kritik går ut på att det är opraktiskt och irrationellt att låta en lekman som klienten styra. "Once we step beyond the boundary of responsible exercise of power, even though in the client's behalf, we encounter professional inconsistency, difficulty, and possible chaos."[58]

En annan inriktning är att om försvararen upplåter sig som ett instrument i klientens hand, är risken stor att instrumentet används i ett orätt syfte. Den som styr instrumentet – tilltalad i ett brottmål – har i de allra flesta fall ett intresse som är klart oförenligt med vad lagen och den allmänna moralen förestavar. "Needs must when the devil drives", säger engelsmännen. Försvararen som regelmässigt och utan urskiljning sätter klienten på kuskbocken underkastar sig en vilja som kan tillhöra personer som pedofilen och barnamördaren Marc Dutroux eller nazisten och massmördaren Klaus Barbie.[59] Brottmåls-

57. Cochran a.a. s. 375–376.
58. Blackmun: Thoughts about Ethics, 24 Emory L.J.3, 12–13 (1975).
59. Se inledningen till del II.

klienterna är nästan alltid skyldiga.[60] Det vore naivt att förneka detta. Denna inriktning av kritiken hävdar alltså snarare att det är omoraliskt att låta klienten styra. Resultatet av klientstyrning kan lätt bli "the chaos of multiplicity of improperly planned, ultimately illegal, courses of action..."[61] Instrumentet – advokaten – kan i förlängningen bli just det *alter ego* som vapendragaren förnekar att hon är. Hon inte bara främjar klientens självklara rättigheter utan till och med manipulerar fram sådana rättigheter genom att fabricera eller vränga fakta i syfte att främja klientens intresse.[62] "...similarly, lawyers do not simply put into effect legal rights in a mechanical fashion; in many cases they manipulate or even create such rights in the first place."[63]

Den tredje kritiska synpunkten vänder sig mot advokatens moraliska neutralitet i förhållande till klientens rättigheter. Skall advokaten till varje pris maximera klientens rättigheter, måste hon vara rolldifferentierad; det blir nödvändigt med *professional detachment*. Kritiken mot rolldifferentiering och *professional detachment* går antingen ut på att den inte är praktiskt möjlig eller att den, för det fall den är praktiskt möjlig, främjar omoral. Om advokaten verkligen lyckas differentiera sin roll, kommer hon att agera omoraliskt, eftersom hon kommer att säga och göra saker som hon inte skulle göra som moralisk privatperson. I samma ögonblick som advokaten ikläder sig sin advokatroll blir hon omoralisk:

> "(Is it) right that a man should, with a wig on his head, do for a guinea what, without those appendages, he would think it wicked and infamous to do for an empire; whether it be right that, not merely believing but knowing a statement to be true, he should do all that can be done by sophistry, by rhetoric, by solemn asseveration, by indignant exclamation, by gesture, by play of features, by terrifying one honest witness, by perplexing another, to cause a jury to think that statement false."[64]

Professional detachment och rolldifferentiering, har vi lärt oss, är vapendragarens ideal. Kritikerna mot ett sådant ideal förespråkar moraliskt mod och förkastar det oansvariga och oetiska i att kasta av sig sin egen privata känsla för rätt och fel. Vilken sorts advokat blir man, vilken sorts människa blir man, om man uppträder som om det funnes vattentäta skott mellan ens yrkesroll och ens person? Roten till mycket ont i samhället är just att människor inte tar ansvar för någon annan: "Skall jag taga vara på min broder?", frågar brodermördaren Kain hånfullt.[65]

60. Något som vapendragarförsvararen Alan M. Dershowitz ständigt framhåller i "Reversal of Fortune". I genomsnitt är det endast i 6–7 procent av det totala antalet åtal i Sverige som inte resulterar i en fällande dom. Av de häktade blev år 1989 åtalet ogillat eller nedlagt i 3 procent av fallen. Ekelöf III, s. 34.

61. Simon H Rifkind: One Man's Word (New York, privat tryckning 1986) s. 502–503, cit. i Linowitz a.a. s. 3–4. Även citerad i avhandlingens inledning.

62. Se vapendragarens hantering av bevisfrågor ovan, 13.3.3 jämfört med 13.4.

63. Nicholson & Webb, a.a. s. 278.

64. G. Macauley: Works of Lord Macauley 135, 163 (England, 1900).

65. 1 Mosebok 4:9.

Konflikten mellan religiös tro och advokatetik har i amerikansk litteratur och debatt varit föremål för flera studier och även symposier.[66] Vissa författare har gjort komparativa analyser mellan etiska principer och bibliska texter, katolsk kyrkohierarki och religionsfilosofer.[67] Svårigheterna med att träffa ett val mellan vad den religiösa övertygelsen bjuder en människa att göra och vad till exempel klientlojaliteten bjuder en att göra, är uppenbart en parallell till det problem som här presenterats. Det blir en konflikt mellan privat moral och rollmoral. En intressant idé som analyserats av den amerikanske professorn Fred C. Zacharias är att göra en jämförelse mellan en "conscientous objector", dvs. en (religiös) vapenvägrare och en religiös advokat. I vilken mån skall man anses ha rätt att åsidosätta regler på grund av djupgående religiös övertygelse?[68] Kan en vapendragare vara vapenvägrare?

Att vara rolldifferentierad är att välja bort ansvaret för att träffa goda val. Att vara rolldifferentierad är att vara hänsynslös och för att klara att vara sådan måste man vara tjockhudad, cynisk och omoralisk.[69] Försvaret av Lake Pleasant-advokaterna var typiskt vapendragarinspirerat. Garrows försvarare gjorde som de gjorde därför att de blint följde reglerna oavsett vad de som privatpersoner må ha tyckt och tänkt.

Supreme Court Justice Blackmun diskuterade förhållandet mellan lag och moraliska principer:

> "Are we too much concerned always with rights – the rights of the client, our rights as persons and lawyers – and never enough concerned with duties and responsibilities to what is just, and to what is moral as well as barely legal?"[70]

Den klientcentrerade advokaten har fått lära sig att klienten skall biträdas, inte dömas, av sin advokat. Advokaten skall inte sätta sig över andra personer, och klienterna måste få möjlighet att själva avgöra huruvida de önskar följa sanningens och rättvisans väg. Detta kan inte betyda annat än att klienten av sin försvarare måste rustas för möjligheten att ljuga lika effektivt som om han

66. Symposium, Rediscovering the Role of Religion in the Lives of Lawyers and Those They Represent, 26 Fordham Urb. L.J. 821 (1999); Symposium, The Relevance of Religion to a Lawyer's Work: An Interface Conference, 66 Fordham L.Rev. 1075 (1998); Symposium, Faith and the Law, 27 Tex. Tech.L.Rev. 911 (1996). Se för vidare läsning Russell Pearce: The Religious Lawyering Movement: An Emerging Force in Legal Ethics and Professionalism, 66 Fordham L.Rev. 1075, 1076 (1998).

67. T.ex. Allegretti: A Lawyer's Miscellany: Scriptural Resources for Christian Lawyers, 26 Fordham Urb.L.J. 1183 (1999), som valt ut bibelcitat som skall kunna tillämpas av kristna advokater i deras yrkesutövning, och Martyn: Are We Moving in the Right Dimension? Sadducees, Two Kingdoms, Lawyers, and the Revised Model Rules of Professional Conduct, 34 Val. U.L.Rev. 121, 121–124 (1999), som gör ett försök att dra lärdom av bibeltexter for utformandet av regler om god advokatsed.

68. Zacharias: The Lawyer as Conscientious Objector, University of San Diego Public Law Research Paper No. 31, University of San Diego School of Law, Winter 2000–2001.

69. "I'm a professional. I live and die by my reputation. I'm going to do a good job if I think you're an asshole, if I think you're a nice guy. I try to do a good job as possible and I try to have thick skin." Rand Jack & Dana Crowly Jack: Moral Vision and Professional Decisions 104–05 (1989).

70. Blackmun, a.a. ibid. Jämför vad som sägs om rättighetsargumenten för vapendragaridealet i 14.3.

själv vore kunnig i juridik. Den som har det moraliska modet att påstå att advokaten måste ha kontroll beskylls för att vara elitistisk, arrogant och odemokratisk.

Att ge sina klienter möjligheten att ljuga och fullfölja omoraliska mål är ett krasst och andefattigt ideal. Detta är föga värdigt ett yrke som skall tjäna det allmännas intressen. Juristyrket bär med sig en mängd specialkunskap som ger makt och som kan användas för såväl goda som onda ändamål. En jämförelse kan göras mellan advokater och exempelvis läkare eller apotekare, som ju besitter specialkunskaper som gör att de har möjlighet att begå mord utan att bli upptäckta. Målsättningen måste vara att se till att antalet ohederliga och illvilliga personer inom samhällets viktigaste yrkeskategorier hålls nere till ett minimum. Även om det alltid kommer att finnas individer som missbrukar sin kunskap, finns det ingen anledning att uppmuntra ett sådant beteende.

Kritiken mot vapendragarens rättighetsargument går huvudsakligen ut på att advokaten inte skall låta klientens rättigheter styra förhållandet mellan advokat och klient, utan tvärtom skall hjälpa och vägleda klienten så att ett klokt och gott val träffas. Eftersom ett sådant resonemang går ut på att rättfärdiga advokatens förmyndarfunktion, kommer det att utvecklas nedan under 14.7.

14.5 Vägvisarens systemargument: innehåll

Vägvisarens systemargument inriktar sig, i motsats till vapendragarens systemargument, på värdet av den materiella sanningen. Ingen vill ha ett rättssystem där tio skyldiga brottslingar går fria (oavsett om det drivande intresset är att fria den elfte, som är oskyldig). Vägvisarens rättfärdigande går därför ut på följande huvudantaganden:

Det bästa rättssystemet är ett system där domarna överensstämmer med den materiella sanningen (de skyldiga fälls och de oskyldiga frias). Ett sådant system förutsätter att försvarsadvokaterna

- *främjar den materiella sanningen (alltså inte blint följer spelreglerna, utan tar sin del av ansvaret för domen), och*
- *använder sitt goda omdöme för att göra de nödvändiga avvägningarna mellan klientens intresse och andra relevanta intressen.*

Försvarsadvokaterna bör alltså agera med moralisk auktoritet, dvs. som vägvisare.

Det klientcentrerade ideal som framhålls i systemargumentet är alltför enögt och bortser från alla andra värden som finns utöver klientens intresse. Systemet förutsätter inte alls en klientcentrerad advokat, utan tvärtom en advokat som har överblick över hela förfarandet och alla aktörer och som har kontroll över hur hon själv agerar. Advokaten – inte klienten – är specialist på systemet:

"The lawyer is a professional representative who must control the trial of a case just as the surgeon, not the patient, must control an operation."[71]

Enligt vägvisarens systemargument skall advokaten främja – inte motarbeta – ett rättvist resultat i rättegångarna. Ett rättvist resultat är en materiellt riktig dom. Vi vill alla ha ett system som försöker finna sanningen, *även om* detta riskerar att komma i konflikt med en enstaka tilltalads önskemål. Ett materiellt riktigt resultat överlag är viktigare än att tio skyldiga personer frikänns. Det innebär att priset som man får betala blir att en oskyldig fälls, medan vinsten blir att samhället skyddas från tio skyldiga brottslingar som går fria. Detta kan förefalla vara ett högt pris att betala i en rättsstat. Så är dock inte fallet. Om alla advokater uppträder som vägvisare och försöker finna den materiella sanningen, är risken mycket liten att den oskyldige blir fälld. Detta fungerar givetvis också så att den oskyldige inte skall bli fälld även om han själv vill det.

Den argumentation som går ut på att systemet fungerar tillfredsställande om två lika starka parter drabbar samman bortser också ifrån att advokaten kan ha en annan roll än att uppträda som kombattant för sin klient i rätten. Med Jerome Franks ord kan man säga att det blir en motsättning som kan identifieras som *fight versus truth*.[72] Advokaten kan ha en viktig rådgivningsuppgift före själva rättegången, t.ex. verka för att en skyldig klient erkänner (se nedan under 14.7). Systemargumentet i brottmålen hävdar att staten har sitt ombud, den tilltalade har sitt, och ur deras konflikt föds en passande kombination av sanning, rättvisa och individuella rättigheter. Man tänker då inte på, att den situationen att en tilltalad erkänner efter att ha rådgjort med sin försvarare, troligen främjar ett materiellt riktigt resultat i betydligt högre grad än en rättegång utan sådan rådgivning. Sannolikheten att en skyldig klient frikänns om advokaten inte uppmuntrar erkännande är troligen mycket högre än sannolikheten att en oskyldig klient blir fälld efter att hans advokat manat fram ett erkännande. Mot detta argument invänder man med sentensen "It is better that ten guilty persons escape than one innocent suffer".[73] Resonerar man så utgår man ifrån att det enda pris som skall betalas om advokaten inte diskuterar erkännande är att några skyldiga kommer att gå fria. Man ignorerar till exempel det värde som erkännandet har för den skyldige som skulle ha erkänt.[74] Man ignorerar även att det motsatta värdet faktiskt också kan existera: värdet av att inkapacitera tio skyldiga mördare kan vara så betydande att en oskyldig kan offras.

Robberstad myntar i sin avhandling begreppet *balanseillusjonen*. Artonhundratalets föreställning om balans i processen byggde på idéer om tvekamp och dueller mellan två lika starka parter, något som aldrig kan bli fallet i en modern process mellan den allsmäktiga staten och den enskilde tilltalade.

71. Burger: Standards of Conduct for Prosecution and Defense Personnel, 5 Am.Crim.L.Q. 11, 51 (Fall, 1966).

72. Frank: Courts on Trial, 1950, s. 80–102.

73. Blackstone: Commentaries on the Laws of England 27 (1765). Se också försättsbladet till Kunen: How Can You Defend Those People?, USA 1983.

74. Cochran, a.a. s. 347. Jämför 14.7 nedan.

Robberstad gör därvid gällande att även om det teoretiskt sett skulle gå att skapa faktisk *equality of arms*, så kommer alltid den moderna straffprocessen att skilja sig från den arkaiska på en avgörande punkt: "sakens formål er nå å oppklare sannheten."[75]

Systemet, säger vägvisaren, är mer än bara ett system, så som t.ex. vapendragaren ser det. Systemet är – eller bör åtminstone vara – ett instrument för rättskipning. Rättskipning betyder att *rätt* skall skipas: domslutet skall vara rättvist och materiellt riktigt. Systemet är fullt av imperfektioner och advokaten måste, precis som övriga aktörer, ta sin del av ansvaret för att rätt verkligen skipas, trots exempelvis orättvisa och stelbenta regler. Detta innebär att man inte kan ha en så strikt pragmatisk syn på reglerna som vapendragaren har, t.ex. i Lake Pleasant-fallet. Visserligen kräver reglerna att en advokat håller på sin tystnadsplikt, men reglerna kan inte rimligtvis kräva att en advokat blir omänsklig, ett monster som ensam kan hjälpa en förtvivlad förälder begrava sitt barn men inte gör det.

Den amerikanska domaren Marvin Frankel[76] kastar handsken: man bör fråga sig om inte advokatens främsta plikt borde vara att se till att relevanta fakta – "sanningen" – kommer i dagen, snarare än att iaktta klientens intressen. Liksom legosoldaten åtnjuter vapendragaren i allmänhet föga respekt och uppskattning för sina stridsärr och sin tjänstgöring. Att "sälja" sin hypotes i stället för att eftersträva sanningen är helt enkelt inte det ädla arbete som en bildad akademiker borde syssla med. Kampen för att vinna medför att sanningen ofta åsidosätts och sammanfaller sällan med det allmännas intresse.[77]

I själva verket, säger ett av argumenten som rättfärdigar vägvisaridealet, behövs aktörer som har det moraliska modet att rätt tolka stela regler som feltolkade kan ge orimliga eller omoraliska resultat. Advokaten måste få använda sitt goda omdöme för att förhindra att andra relevanta intressen än klientens helt blir åsidosatta eller allvarligt skadas. Avvägningar måste vara tillåtna för att ett gott resultat skall kunna främjas.

Vägvisarförespråkarna framhåller gärna det ansvar som advokaten har för det arbete hon utför och också för den makt som hennes kunskap medför.[78] Advokaten har, genom sin position och sin roll i rättssystemet, fått det allmännas förtroende, och detta yttrar sig bland annat i vissa privilegier. Ett sådant privilegium är regeln om tystnadsplikt: advokattiteln medför att en myndighet

75. Robberstad, a.a. s. 17.

76. Gerson s. 115. Det är av intresse att notera att Marvin Frankel satt med i den kommission (ABA Commission on Evaluation of Professional Standards, 1977–1983) som utarbetade det nya regelverk som följde efter *Model Code*, nämligen *Model Rules*, alltså regler om god advokatsed.

77. Jämför Rhode 1998 s. 204: "not all commentators... believe that truth should rank lower than those other values. The initial version of the ABA Standards for Criminal Justice, Defense Standard 7.6(b) (1971), provided that a lawyer 'should not misuse the power of cross examination or impeachment by employing it to discredit or undermine a witness if he knows the witness is testifying truthfully." (Rhode medger dock svårigheterna med definitionen av "knowledge".)

78. Tanken på ett sådant ansvar för advokaten är inte okänd i litteraturen. Jeremy Bentham, moralfilosof och (icke-praktiserande) advokat, ansåg att en advokat som medverkade till att en skyldig klient blev frikänd därmed blev en "accessory after the fact", dvs. ansvarig för medverkan till brottet efter dess fullbordan.

inte får tvinga advokaten att yttra sig om något som täcks av tystnadsplikten. Privilegiet får inte missbrukas. Det har inte tillkommit för att advokaten skall kunna gömma sig bakom det eller slippa undan svåra etiska beslut. Advokaten har en plikt att upprätthålla en hög etisk standard i sitt arbete och när hon gör detta, gynnar hon en god rättskipning och en hög rättssäkerhet för de brottsmisstänkta. En regel som tystnadspliktsregeln får därför inte användas rutinmässigt i svåra dilemman som det, som mötte Lake Pleasant-advokaterna. Om man tänker sig att Lake Pleasant-fallet inträffade i Sverige, skulle frågan om tystnadsplikten bli ett verkligt dilemma för advokaterna, eftersom ingen grundlag gör tystnadsplikten absolut och inte ens lagen ger absolut stöd för att tiga utan kan vara öppen för tolkning.[79] Regeln måste användas med *ansvar*. I ett svårt fall, som detta, måste en avvägning ske mellan den skada som kan drabba den tilltalade och den vinst som ett avslöjande av informationen kan medföra. En god advokat kan inte åsidosätta alla sina yrkesplikter för att upprätthålla tystnadsplikten.

När det gäller hänsynen till tredje man gör vägvisarskolan gällande att i en ekvation som skall ge rätt utfall måste advokaten ta i beaktande att ett handlingsalternativ som gynnar klienten kan vara negativt för någon annan person. Ett klassiskt exempel är att om advokaten medverkar till att en skyldig person går fri, så kan resultatet bli att en oskyldig fälls för brottet.[80]

Argumentet är starkt. Om man tänker sig att en mördare går fri (med försvararens goda minne) och en person som försvararen *vet* är oskyldig (eftersom hon *vet* att det var hennes klient som begick brottet)[81] åtalas och döms till ett långt fängelsestraff, är det moraliska dilemmat för advokaten uppenbart. Än värre blir saken i stater med dödsstraff. Monroe Freedman, som under praktiskt taget hela sitt yrkesverksamma liv förespråkat vapendragaridealet[82] ger i just detta fall vägvisarskolan rätt: ju större fara för att tredje man skadas, och ju större skada, desto mer rättfärdigat är det att t.ex. avslöja en klients konfidentiella uppgifter. Freedman menar att advokater borde åläggas en plikt i de etiska reglerna att avslöja uppgifter som lämnats i förtroende, men bara precis så mycket som är nödvändigt och tillräckligt för att undvika ett dödsfall eller allvarlig, livshotande, personskada.

Freedman kritiserar de gällande reglerna för sekretessgenombrott i amerikansk advokatetik. Bland annat menar han att ett genombrott då ett människoliv är i fara mycket väl skulle kunna tillåtas, även om det egentligen strider mot grundprincipen som ligger bakom reglerna om tystnadsplikt. För det första är värdet av ett människoliv av unik vikt. För det andra är de situationer där ett behov av genombrott av detta skäl kan uppstå så oerhört sällsynta att ett undantag från tystnadsplikten i sådana fall inte skulle utgöra något verkligt

79. Jämför 13.2, 16.4.2 och 17.1.

80. Jämför Sahlin, TSA 1988 s. 260.

81. Vi måste nu bortse från vapendragarens uppfattning att advokaten aldrig kan "veta".

82. Se dock den förvånande vändningen i Freedman: Must You Be the Devil's Advocate?, Legal Times (USA 1993), där Freedman i ett öppet brev angriper en vän och kollega som försvarar en massmördare.

hot mot det systemiska värde som advokatsekretessen har för försvarar-klient-förhållandet (jämför strax ovan, rättfärdigandet av "bättre att tio skyldiga fälls...). De gällande reglerna tillåter att advokaten avslöjar *planerade* grova brott. Den regeln är enligt Freedman otillräcklig. Regeln borde vara obligatorisk, inte fakultativ, och borde gälla även i andra mål än brottmål, menar Freedman och pekar på skadeståndsfallet Spaulding v. Zimmerman som avskräckande exempel (ett civilmål där ett människoliv var i fara, se 14.2).[83]

Ett näraliggande tredjemansintresse som är värt att ta med i avvägningen är framtida målsägande. En skyldig person som – med advokatens hjälp – blivit frikänd från ett typiskt återfallsbrott är benägen att efter rättegången upprepa sin brottslighet mot nya (eller gamla) offer. Genom att hindra en dom som åtminstone tillfälligt skulle ha inkapaciterat hennes klient, har advokaten indirekt underlättat för klienten att begå liknande brott. En sådan avvägning mellan den skyldiges intresse av att bli fri och de oskyldigas intresse av säkerhet speglar också uppfattningen att det inte är bättre att fria tio skyldiga än att främja materiellt riktiga domar.

Ett tredjemansintresse av alldeles särskilt slag är hänsynen till *kommande klienter*. Genom att uppträda på ett sätt som röner uppskattning från det allmänna, rättsordningen och domstolarna, erhåller advokaten också respekt och förtroende för sin yrkesgärning. Förtroendet för advokaterna som yrkesgrupp är av stor betydelse för exempelvis lagstiftning om enrumsprivilegiet.[84] Enrumsprivilegiet i sin tur är en bestämmelse som är till det frihetsberövade klientelets fördel. Under lagföringen av terroristgruppen Baader-Meinhof i Västtyskland på 1970-talet misstänkte man att de tilltalades försvarsadvokater smugglade in vapen i fängelset, varefter tre misstänkta, däribland Andreas Baader, sköt sig i sina celler år 1977. Advokaternas handlande fick som direkt följd att man diskuterade huruvida enrumsprivilegiet skulle avskaffas eller modifieras.[85] Jämförelser kan göras med det svenska uteslutningsärende från 1991 där en offentlig försvarare medverkat till att en häktad person trots restriktioner kunde utföra banktransaktioner. Det svenska fallet föranledde inga diskussioner om lagändringar, men i HD:s beslut förekommer resonemang om förtroendet för advokatkåren, något som f.ö. ofta förekommer i advokatärenden av liknande slag.[86]

Vägvisarens systemargument går ut på att hennes handlingssätt inte får medföra att exempelvis lagstiftaren förlorar förtroende för advokaterna, efter-

83. Freedman: Lawyer-Client Confidences Under The ABA Model Rules: Ethical Rules Without Ethical Reason, Crim. Just. Ethics 3 (Summer/Fall 1984). Observera att Freedmans inställning i detta fall inte påverkar hans ståndpunkt att Lake Pleasant-advokaterna handlade rätt. Lake Pleasant-advokaterna handlade i skydd av konstitutionen. Utan sådant skydd, som exempelvis i Sverige, skulle vapendragarskolan ändå finna att advokaterna handlat rätt, medan vägvisarskolan troligen skulle ha förespråkat en tolkning som tillät sekretessgenombrott.

84. Det vill säga rätten för en frihetsberövad misstänkt att i enrum meddela sig med sin försvarare, jämför RB 21:9.

85. Se t.ex. Stefan Aust: Baader-Meinhof: sju år som förändrade förbundsrepubliken. Stockholm, 1990.

86. TSA 1991 s. 432 och NJA 1991 s. 293.

som detta skulle skada andra personer som i framtiden misstänks för brott men vars advokater inte längre åtnjuter förtroende. Argumentet återkommer ofta i vägvisarideologin, i en eller annan form. Oavsett i vilken dräkt argumentet är klätt, har det till syfte att visa vägvisarens starkt rättsordningsorienterade förhållningssätt upprätthåller det allmännas förtroende för advokatkåren och därmed på lång sikt gynnar alla brottsmisstänkta personer.

14.6 Vägvisarens systemargument: kritik

Kritiken mot vägvisarens systemargument är huvudsakligen grundad på "slippery slope"-invändningen. Visst vore det idealiskt om alla domar vore materiellt riktiga och om advokaterna inte tvingades främja exempelvis en skyldig massmördares intresse av att gå fri. Problemet är bara det att man inte kan ha vägvisaradvokater, eftersom

- *de subjektiva bedömningar om skuld, moral och sanning som advokaten gör, leder till en "slippery slope". Advokater inte är experter på sanning eller god moral.*

Det råder ingen tvekan om att ett av de starkaste argumenten för vapendragarideologin är kontrafaktiskt: en omvänd ideologi medför betydande fara för att advokaten "bestämmer" skuldfrågan: "slippery slope". Moralisk imperialism, paternalism och en advokaternas oligarki tornar upp sig som hotfulla moln på straffprocesshimlen.

Att ge advokaterna mandat att endast hjälpa de goda och oskyldiga skulle, som en författare drastiskt uttryckte saken, vara detsamma som att hävda att helgon skall ha monopol på rättssaker och att advokaterna skall ha monopol på att avgöra vad som är helgonlikt.[87] Som flera författare har framhållit,[88] är det problematiskt att tillåta att bedömningar av vad som är gott och ont görs av en advokat:

> "For the lawyer to have moral responsibility for each act he or she facilitates, for the lawyer to have a moral obligation to refuse to facilitate that which the lawyer believes to be immoral, is to substitute lawyers' beliefs for individual autonomy and diversity. Such a screening submits each to the prior restraint of the judge/facilitator and to rule by an oligarchy of lawyers..."[89]

Kritikerna av vägvisaridealet framhåller att en tydlig försvararroll, *lawyer qua lawyer,* är det bästa skyddet mot "slippery slope". Ett skäl till kritiken är att man känner oro över advokatens förmåga att rätt kunna bedöma klientens

87. Uttrycket är hämtat från en text som försvarar en framstående New York-advokats beslut att försvara två notoriska rånare. Michael Schudson: Public, Private, and Professional Lives: The Correspondence of David Field and Samuel Bowles, 21 Am. J. Legal Hist. 191 (1977).

88. T.ex. Wasserstrom, a.a. Se även detta arbete.

89. Stephen L. Pepper: The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities, 1986 Am. B. Found. Res. J. 617–618. (Rhode 1998 s. 139)

skuld. Försvarsadvokatens uppgift i rättssystemet är inte att bedöma skuld. Implicit ligger i detta argument en uppfattning om att det ackusatoriska rättssystemet är bättre skickat att bedöma skuld än en advokat.[90]

Sådan argumentation användes i Lake Pleasant-debatten för att försvara de hängivna vapendragare som satte sin klients önskemål först. Det regelsystem i vilket advokaterna verkade ålade dem att inte avslöja var kropparna fanns. Advokaterna må ha haft en personlig känsla av att reglerna var fel och borde ändras, men de var likväl skyldiga att tillämpa gällande regler till förmån för sin klient. Om advokater skulle börja med att åsidosätta regler bara för att de själva tyckte att reglerna var fel, så skulle resultatet bli just en advokaternas oligarki: advokaternas praxis skulle bli normskapande i stället för den demokratiska lagstiftningsprocess som vi har kommit överens om är den mest rättvisa metoden för normgivning. Detta är ett typiskt vapendragarargument och stämmer väl med systemtänkandet som vapendragarideologin ger uttryck för.

Som motsatsen till ett rättssystem med klientcentrerade advokater målas i amerikansk debatt gärna upp ett totalitärt (kommunistiskt) – och därmed ont – rättssystem. I Folkrepubliken Kina, argumenterar ett par skribenter[91] apropå Lake Pleasant-fallet, finns över huvud taget ingen som intar försvararens roll i brottmålsprocessen. Domaren, är det meningen, skall ta hänsyn till den tilltalades intressen, medan en "gatukommitté" representerar de lokala medborgarnas indignation över brottet. Kommittén sammanställer en rapport över brottet, offret och medborgarnas reaktion. Om medborgarnas reaktion på brottet är kraftig, blir straffet därefter. Domstolen går i regel på kommitténs linje.

Monroe Freedman[92] citerar i en uppmärksammad artikel om Lake Pleasant-fallet den styrande principen för Kubas revolutionära försvarsadvokat, nämligen att först och främst avgöra om klienten är skyldig och sedan hjälpa honom att rehabiliteras.[93] Från dåtidens Bulgarien (1974) exemplifierar Freedman ytterligare genom att citera hur en försvarsadvokat inledde talan i en förräderisak: "in a Socialist state there is no division of duty between the judge, prosecutor and defense counsel... The defense must assist the prosecution to find the objective truth in a case."[94] Försvararen i fallet hade närmast förlöjli-

90. Jämför William Simon: The Practice of Justice, (USA 1998), s. 170: "...it is more desirable to have disputed questions determined by the court at trial than by the lawyer unilaterally and in private; the lawyer can contribute more by assisting the trier to make the determination than by making it herself."

91. Se Michael S. Callahan & Hal C. Pitkow: The Propriety of the Attorneys' Action in the Lake Pleasant Case, s. 157 f. i Gersons antologi. Observera att de politiska förhållanden som författarna beskriver i Kina och andra stater gäller slutet av 1970-talet. Enligt vad som görs gällande från kinesiskt håll i dag har Kina samma typ av ackusatoriska process som vi i västerlandet, med självständiga försvarare som tillvaratar de tilltalades intressen. På grund av svårigheterna att få fullständig insyn i det kinesiska brottmålssystemet är det vanskligt att bedöma hur självständiga dessa försvarare verkligen är. Oavsett detta är det säkert klokt att ta de amerikanska skribenternas skräckexempel med en stor nypa salt.

92. Freedman 1974. Jämför även Callahan & Pitkow i Gerson (se ovan).

93. Se även nedan.

94. Citatet har Freedman hämtat från Kaplan: Criminal Justice 265–266 (Foundation press, 1973).

gat sin klients försvar och den tilltalade blev fälld och avrättad. En tid därefter befanns domen ha varit felaktig och den dömde blev "rehabiliterad" (postumt, får man förmoda, min anm.).

> De avskräckande exemplen kan hämtas från alla typer av totalitära stater och har givetvis ingenting med socialismen som ideologi att göra. Inte heller Tyskland under nazismen och Sovjetunionen under Stalinepoken upprätthöll sådana rättsstatliga principer som går ut på att skydda oskyldiga från straff.[95]

Det som slår en tydligast vid dylika jämförelser är att försvararens, domarens och åklagarens roller inte skiljer sig särskilt mycket från varandra, utan huvudsaken är att den som förbrutit sig mot "folket" eller "kamraterna" (eufemismer för makthavarna) straffas och/eller återanpassas. Försvararen tycks ha en lika inkvisitorisk inställning som övriga aktörer i processen. Dessa jämförelser gör naturligtvis författarna för att tydligt illustrera vikten av att den misstänkte företräds av en försvarare som verkligen iakttar hans intressen, och inga andra. I en liberal stat finns tydligen intressen som är så viktiga att de väger tyngre än statens. Individens värdighet skall respekteras till och med om denna individ faktiskt har begått ett fruktansvärt brott, och därför skall även han garanteras en hängiven försvarare och en opartisk rättegång.[96]

Vad kritikerna av totalitära system saknar är alltså bland annat den tydliga och kontradiktoriska rollfördelning som finns i västvärldens system, och som främjar rättssäkerhet, "rule of law".

> Argumentationen där man jämför det ackusatoriska systemet med ett totalitärt är behäftad med *strawman fallacy*-problem.[97] Det finns andra och kanske bättre sätt att legitimera ett rättssystem framför ett annat. Begrepp som rättssäkerhet definieras exempelvis olika i olika politiska system. I socialistiska system är individens rättssäkerhet förestavad av kollektiva intressen.

Eftersom advokater inte är experter på moral, skall deras roll vara "not to judge a man... (but to) defend him.[98] Och för klientens del måste detta innebära att "a client is entitled to say to his counsel, I want your advocacy, not your judgment".[99]

Som framgick av del II, visade det sig att det blev besvärligt för vägvisaradvokaten att legitimera sin vägran att acceptera vissa uppdrag. Bland annat blev oskyldighetspresumtionen en allvarlig stötesten för vägvisaren. Även vägvisa-

95. Jämför Ekelöf IV, s. 122 med noter.

96. Som synes bjuder sådana här jämförelser på en hel del okritisk propaganda för det liberala amerikanska rättsystemet som allena saliggörande. Robberstad, som i sin avhandling försvarar den europeiska, inkvisitoriska processen mot den amerikanska, är kritisk: "Den amerikanske 'adversarial process' er extrem i sin innviklethet og sit siktede-vern. Samtidig er det amerikanske systemet neppe mer 'liberalt' i praksis enn det europeiske." A.a. s. 16–17.

97. *Strawman fallacy* innebär att man mot sitt eget (starka) argument ställer ett argument som i själva verket är svagt, varför det egna argumentet förefaller mer övertygande. Man gör en halmdocka av motståndaren.

98. Clarence Darrow, citerad i John Basten: Control and the Lawyer-Client Relationship, 6 J. Legal Prof. 7, 15 (1981).

99. Julian Disney et al: Lawyers 690 (1977).

rens systemargument är behäftat med detta problem. Klienten skall ju trots allt betraktas som oskyldig till dess skulden blivit fastlagd i laga ordning.

Dessutom kan man av argumentationen ovan lätt få intrycket att vägvisaren inte i första hand värnar om sina klienter. Ur ideologisk synpunkt blir det därför en obalans mellan vägvisaren och vapendragaren, där vapendragaren möjligen kan framstå som en advokat som är aggressiv och samvetslös, men som tillvaratar klientens intressen, som sig bör, medan vägvisaren kan framstå som en advokat som visserligen är "god" men som ingen förnuftig tilltalad skulle vilja ha som försvarare.

14.7 Vägvisarens förmyndarargument: innehåll

De argument som legitimerar vägvisarens förhållningssätt till klientautonomin har inte den renodlat moraliska karaktär som vägvisarens systemargument har. Förmyndarargumenten skjuter nämligen in sig på, inte bara att advokaten bör verka för ett moraliskt korrekt resultat, utan också att advokaten i själva verket bäst maximerar klientens intressen genom följande inställning:

Det bästa för den tilltalade är att han får en advokat som främjar hans verkliga intressen och advokaten är den som är bäst skickad att bedöma vilka dessa intressen är. Det innebär att försvarsadvokaterna

- *skall främja ett klientintresse som är relevant och rationellt (som att bli friad om man är oskyldig),*
- *skall verka för ett resultat som i det långa loppet är det bästa för klienten och andra berörda (som att sanningen kommer fram), och*
- *skall hjälpa, stödja och vägleda den tilltalade att fatta rätt beslut (t.ex. lätta sitt hjärta och erkänna).*

Försvarsadvokaterna skall därför vara som goda föräldrar för sina klienter, dvs. som vägvisare.

Ytterst rättfärdigas vägvisarens förhållningssätt till klientens önskemål genom antagandet att den materiella sanningen i det långa loppet gynnar även klienten. Om han är oskyldig, riskerar han inte fängelse. Den bästa försvararen för en tilltalad som är oskyldig är en vägvisare. Om han är skyldig, vill han egentligen ha hjälp med att fatta ett gott beslut. Det råder utbredd konsensus om att sanningen är bättre än lögnen.

Klientens rättigheter kan enligt det här synsättet inte bara serveras honom: han har typiskt sett inte själv förstånd att välja rätt. Advokaten måste vägleda och skydda klienten så att resultatet blir så gott som möjligt, både för honom själv och för andra berörda.

I viss utsträckning är klientautonomi legitimt, men inte till priset av ett moraliskt eller etiskt oacceptabelt resultat. Advokaten kan inte friskriva sig från sitt ansvar för klienten. Om hon inte tar sitt ansvar, kan resultatet bli kaos, ett cyniskt främjande av egennyttan och skada för tredje man eller det allmänna (jämför kritiken mot vapendragarens rättighetsargument).

Den skräckbild som vägvisarskolan kan visa upp om sin motpol vapendragaren är just bilden av den viljelösa nickedockan och ja-sägaren som helt saknar ryggrad och moralisk resning. Den legendariske finansmannen och kapitalisten J.P. Morgan ville tydligen ha en sådan advokat: "Well, I don't know as I want a lawyer to tell me what I cannot do. I hire him to tell me how to do what I want to do."

Vi kommer ihåg att vapendragaren tolkade klientens eget intresse som det intresse klienten påstod att han hade; det subjektivt uttryckta intresset. Vägvisaren har ett mycket vidare förhållningssätt, jämfört med det strikta, snävt klientcentrerade förhållningssättet. Klientens bästa är inte nödvändigtvis det som klienten själv tror. Ett gott exempel på vägvisarens idé om klientens bästa är fallet med den oskyldige klienten som ville bli dömd.

Som ett slags förmyndare tar vägvisaren på sig ansvaret att avgöra vad som är bäst för klienten. Hon fattar helt enkelt beslutet åt klienten. Bestämningen av vad som objektivt sett[100] bör betraktas som det bästa för klienten är inte ett beslut som fattas lättvindigt eller på grundval av advokatens självtagna preferenser. När advokaten fattar beslutet väger hon in all den erfarenhet och kunskap som hennes utbildning och yrkesliv givit henne. Som advokat är hon specialist på att hantera klienter. Hennes erfarenhet har lärt henne mycket om de människor som befinner sig i den utsatta situation, som det är att vara tilltalad i brottmål. Hon vet att klienter i brottmål ofta är förvirrade. Hon vet att det händer att klienten plötsligt ändrar inställning i skuldfrågan eller påföljdsfrågan.[101] Hon vet att klientens självbevarelsedrift ibland medför att han ljuger eller förtiger fakta. Hon vet också att de flesta lekmän har dålig kännedom om rättsväsendet och helt enkelt inte förstår vad deras önskemål och instruktioner kan få för konsekvenser. Av bland annat dessa skäl ser hon som sin – ibland mycket svåra – uppgift att fatta "rätt" beslut i klientens intresse.[102]

Som synes lämnas inte i ovanstående argument mycket utrymme för klientens självbestämmande eller autonomi. Det finns emellertid en typ av argumentation som "respekterar" klientens rätt till medbestämmande, men likväl

100. "Objektivt sett" kan, beroende på advokatens förhållningssätt till sin klient, antingen betyda "typiskt sett" för alla klienter av en viss kategori (en inställning som inte kräver mycket kunskap om klientens person), eller "bäst för denna klient så som just han är" (kräver mycket information om klientens person).

101. Som en advokat uttryckte saken: "Det vore rena vansinnet att följa klientens instruktioner. Jag har varit med om att min klient ändrat inställning till åtalet i samma ögonblick som vi gått in till huvudförhandlingen – och sedan ändrat sig igen!"

102. Jämför Duncan Kennedy: Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, Maryland L.R. vol. 41, (4), (572) 1982: "All paternalist interventions involve overruling the preferences of the beneficiary in his own best interest."

ytterst syftar till att advokatens vilja skall styra klientens avgörande. Den vägvisare som säger sig hylla klientautonomi kan resonera på följande sätt. Om klienten hade vetat allt som advokaten vet, hade han fattat det "rätta" beslutet, dvs. det beslut som advokaten anser ligga i hans intresse.[103] Rättsväsendet är så komplicerat att en lekman helt enkelt inte kan utnyttja sin rätt till självbestämmande. Advokaten är, genom sin specialkunskap, sällsynt väl skickad att leda klienten rätt genom den labyrint som rättssystemet utgör. Sann klientautonomi kan det alltså inte bli, förrän advokaten finns vid klientens sida för att hjälpa honom att se klart och verkligen förstå vilket som är det "rätta" valet.

Klienten, säger förmyndarargumentet, är typiskt sett svag och behöver hjälp och stöd inför sitt svåra val (rörande t.ex. ett erkännande). Försvararens uppgift bör vara att vägleda sin klient i ett moraliskt samtal. Målsättningen för samtalet är att klienten själv kommer fram till sitt beslut. Advokat och klient talar emellertid ofta helt olika språk och är inte jämlikar i särskilt många avseenden. Förespråkare för en moralisk diskurs kan inte bortse från detta problem. Det går emellertid att finna fram till en meningsfull tvåvägskommunikation, säger exempelvis Robert Cochran.[104] Försvararen kan t.ex. eftersträva att vara som en vän. Det kan ju låta väldigt oprofessionellt. Vi skall se lite närmare på hur vägvisarskolan rättfärdigar förmyndarskapet.

Visserligen, säger vägvisaridealet, skall advokaten visa respekt för klientens självbestämmande. Men man skall inte vara så rädd för att påverka att man inte vågar ge klienten råd och vägledning. Klienten lämnas då helt ensam i sitt svåra val. Även att *inte* ge råd eller uppmuntra till ett erkännande är att utöva inflytande. Tystnad tolkas ofta som medhåll. Den kritik mot moralisk diskurs, som går ut på att skillnaderna är för stora mellan advokat och klient, kan vägvisaren bemöta genom att poängtera att vissa värden finns i alla samhällsskikt och kulturer, t.ex. värdet av sanning och värdet av ett rent samvete. Sociologen Robert Bellah skriver att "one of the main duties of friends (is) to help one another to be better persons: one must hold up a standard for one's friend and be able to count on a true friend to do likewise. Traditionally, the opposite of a friend is a flatterer, who tells one what one wants to hear and fails to tell the truth."[105]

Argumenten för den auktoritära advokatmodell som den moraliska diskursen trots allt förutsätter går i princip ut på att man ställer "rättighet" mot "sanning". De båda advokatmodellerna skiljer sig åt avseende bland annat den målsättning som finns för klient-advokatförhållandet: "the client-centered counselor's goal is client autonomy; the lawyer as friend's goal is client goodness".[106]

103. "Hvis klienten er skyldig, vil ha kunne tjene på å tilstå og ta dom... Man unngår også at retten får høre vitner som ville ha stilt ham i ett dårligere lys... Ser saken mørk ut, bør forsvararen ihvertfall ta spørsmålet om tilståelse opp med klienten..." Tor Langbach: Forsvararen, Juridisk Forlag, Oslo 1996, s. 147.

104. Cochran, a.a.

105. Bellah et al: Habits of the Heart (1985) s. 115.

106. Cochran a.a. s. 381.

Total klientautonomi förutsätter ju, som vi har konstaterat, att advokaten förhåller sig neutral i sin rådgivningsfunktion; att hon undviker att styra klienten. Sådan neutralitet vänder sig vägvisarskolan med kraft mot. Ofta innebär den förmenta neutraliteten ingenting annat än att vapendragaren ändå styr klienten, fast mot en egennyttig handling i stället för en god handling (här: att främja materiell sanning). I brottmål betyder detta att försvarsadvokaten styr klienten bort från ett erkännande: "säg ingenting, erkänn ingenting, medge ingenting!". En sådan schizofreni hos vapendragaren kan härröra från en tvetydighet rörande själva målsättningen för försvararrollen. Vapendragaren hyllar klientens frihet, men frihet från vad? Om målet är frihet från advokatens inflytande, så bör advokaten kunna ta upp även frågan om ett erkännande eller att tala sanning. Om målet är frihet från staten, så kommer försvararen att styra bort klienten från ett erkännande.

Det kan låta extremt, kanske i synnerhet i svenska öron, att rekommendera att advokaten hjälper sin skyldiga klient att erkänna och få ett fängelsestraff. Ett fängelsestraff kan väl inte rimligtvis vara i klientens intresse. Cochran menar att om man tänker så, så bortser man från den långa tradition mänskligheten har av det inneboende goda i ett erkännande. Att få bekänna och tala ut kan leda till förlåtelse och försoning. Den advokat som styr bort sin klient från ett erkännande kan därför beröva klienten det goda alternativet.[107]

Cochran är en djupt troende kristen debattör i advokatetiska frågor, vilket tydligt framgår av försoningsresonemanget.

I svensk debatt är det svårt att föreställa sig att någon på allvar skulle rekommendera en försvarsadvokat att uppmuntra klienten till försoning med Gud. Vägvisarargumenten kan emellertid söka sig andra vägar. I stället för kristna argument kan man använda andra typer av försoningsresonemang, som går ut på att framhålla bekännelsens inneboende goda konsekvenser. Man kan exempelvis resonera efter linjen att vissa typer av kriminalitet är patologiska tillstånd som kräver bot. Sexualbrotten ligger nära till hands. Om försvarsadvokaten alltså misstänker att hennes sexbrottsmisstänkta klient är skyldig, skall hon uppmuntra honom att erkänna, så han kan få den terapi och vård han behöver.

> "Visst skall en försvarare tillvarata sin klients intresse... Men dessa advokater, som har presenterat som sin affärsidé att få incestmisstänkta frikända, kan faktiskt i sin nit göra ett etiskt misstag som drabbar klienten. (...) Har i så fall försvararen på bästa sätt tillvaratagit mannens intresse? Eller kan det vara så att dessa advokater, med sin i förväg deklarerade tes att de som misstänkts för barnövergrepp alltid är oskyldiga, hindrar människor som faktiskt har begått de gärningar de misstänks för att erkänna dessa och få både det straff och den behandling som de själva inser att de bör ha?"[108]

En advokat som verkligen hjälper varje klient att fatta ett gott beslut grundat på de enskilda omständigheterna för varje fall, har träffat ett *etiskt* val, i mot-

107. Cochran, a.a. s. 382.
108. Leijonhufvud a.a.

sats till det mekaniskt amoraliska. Paradoxalt nog kan den instrumentella advokaten bli paternalistisk, eftersom hon automatiskt antar att klienten bara vill maximera sin egen nytta och aldrig gör sig besväret att verkligen gå in på djupet när klienten skall fatta sitt beslut och hjälpa honom att se andra alternativ.

> "... because of its assumptions of rational, self-seeking, and atomistic individualism, even within the context of the lawyer-client relationship itself, liberalism may ironically undermine its whole purpose – the enhancement of individual autonomy. Treating all clients as the *homo œcomomicus* of classic liberal theory may lead to paternalistic invasions of client autonomy where lawyers make unfounded assumptions about their clients' needs, desires, and interests, and treat cases as purely technical problems of how most effectively to vindicate their legal rights."[109]

14.8 Vägvisarens förmyndarargument: kritik

Den viktigaste kritiken mot vägvisarens förmyndarargument är att de förespråkar paternalism och därigenom kränker individens (den tilltalade) rättigheter. Kärnan i kritiken går ut på att:

- *en advokat kan omöjligt bestämma huruvida en annan persons val är rationellt,*
- *en advokat kan omöjligt veta vad som i det långa loppet är bäst för klienten, och*
- *en advokat som "stödjer, hjälper och vägleder" klienten kommer i själva verket att kränka klientens rätt att bestämma över sitt eget öde.*

Grundtanken hos kritikerna är att all styrning från advokatens sida kränker den tilltalades autonomi, oavsett i vilken dräkt denna styrning är klädd. Talet om att advokaten vet bäst är ingenting annat än ren och skär paternalism. Påståendet att klientens verkliga intresse i det långa loppet maximeras om advokaten får styra, grundar sig på en grov missuppfattning av försvararens roll som den tilltalades biträde. Någon jämlik diskussion mellan advokat och klient kan det aldrig bli tal om. Jag skall utveckla dessa kritiska tankar något.

Advokaten må vara expert på lagen, men klienten är expert på sitt eget liv. Det är svårt, för att inte säga omöjligt, att skilja ut de "juridiska" aspekterna på försvararuppdraget från de "mänskliga".[110] Så mycket vet man, att en betydande del av de frågor och problem som uppstår i advokat-klientförhållandet innehåller aspekter som ligger bortom lagen. Frågan huruvida den tilltalade skall erkänna ett brott eller inte är till exempel inte en fråga på vilken ad-

109. Nicholson & Webb s. 279. Jämför Eve Spanglers kritik av ett sådant krasst ideal för affärsadvokaternas del, "a rigorous calculation of self-interest", Lawyers for Hire. Salaried Professionals at Work, Yale University Press, 1986, s. 2 f.

110. Jämför 13.1 ovan om svårigheterna i exempelvis amerikanska etikregler att skilja "advokatens" område från "klientens", att skilja mellan mål och medel i processen etc.

vokaten är något slags specialist (om man bortser från de rent processtaktiska aspekter som ett erkännande för med sig). Att tala sanning eller inte kan för klienten vara en fråga om ett val mellan frihet och ett rent samvete, eller, som i fallet med sonen som ville ta faderns straff, en fråga om någonting helt annat, men mycket personligt, såsom kärlek, offervilja eller rent av rädsla. Vad, frågar sig kritikerna av förmyndarargumentet retoriskt, har försvararen för rätt att välja åt klienten?

Den som vänder sig mot paternalism betraktar klientens uttalade preferens som klientens intresse, antingen denna preferens förefaller rationell eller inte. Detta kommer hon att göra av två skäl. För det första finner man att det enda rimliga är att klientens egna preferenser betraktas som "klientens intresse" och "klientens bästa". Hur skall en utomstående person – som advokaten trots allt är – rimligtvis kunna få kunskap om klientens intresse på något annat sätt? Problemen med att förstå en annan människas preferenser blir så svåra, att man måste ta klientens önskemål för goda, hur irrationella de än må förefalla. För det andra: även om det *faktiskt vore* möjligt att få kunskap om klientens bästa och klientens intresse på någon objektiv grund, så får inte klientautonomin kränkas. Autonomin tar alltså över även i det fall där klientens preferens "är" irrationell (enligt någon annan bedömningsgrund än klientens eget uttalande).

Även om alltså klienten hellre vill bli fälld än friad eller hellre vill ha en frihetsberövande påföljd än en icke frihetsberövande påföljd, så skall försvararen betrakta detta önskemål som "klientens intresse". Klienten är en människa, en individ, och han måste själv få avgöra vilket som är bäst för honom. Den oskyldige klienten anser tydligen att det är relevant och rationellt för honom att bli fälld. Det utgör inte en brottslig gärning att erkänna i ett brottmål trots att man är oskyldig. Advokaten är därför skyldig att följa klientens instruktioner.

Advokaten, säger kritikerna av förmyndarargumenten, är varken klientens läromästare eller kompis. Respekt från försvararens sida kräver därför neutralitet. Endast genom att förhålla sig neutral i förhållande till klientens person och sak kan advokaten ge klienten det utrymme och den autonomi han som individ är berättigad till. Om advokaten väljer att främja ett intresse som går direkt emot klientens uttryckliga önskemål, t.ex. sanningen, så kan klienten komma i ett sämre läge ur sin egen synvinkel, än han hade varit utan advokat.

En advokat som aktivt skaffar sig en uppfattning i skuldfrågan – närmast pressar klienten – och sedan lika aktivt försöker förmå klienten att erkänna, har utnämnt sig själv till en guru, som talar om för klienten vad som är moraliskt korrekt att göra.[111] Försvarsadvokatens roll i förhållande till den tilltalade är att handla så som den tilltalade själv skulle ha handlat, om han hade kunnat. En klient som vill bli frikänd har rätt att kräva att advokaten hjälper ho-

111. Se Shaffer & Cochran: Lawyers, Clients, and Moral Responsibility 1 (1994), s. 30–39, som beskriver förhållandet *lawyer as guru* som ett förhållande där advokaten har kontrollen och klienten är moraliskt högtstående.

nom uppnå sitt mål. Det amerikanska fallet *State v. Taylor* är ett exempel på hur en försvarare tar fullständig kontroll över sin klient och "för hans eget bästa" förmår honom att erkänna. I slutpläderingen talade advokaten, Elliot Levine, i följande ordalag till juryn:

> "In opening arguments I told you that the decision to (plead guilty) came as a result of long hours of conversation between myself and Mr Taylor. Let me tell you a little bit about my approach as a defense attorney... (I was watching) L.A. Law. (A lawyer) was explaining to the judge an obligation as a criminal defense attorney, and that is to do what I can to get my client off. In my opinion that's a bunch of bull. You don't do yourself any good, I don't do my client any good and I don't do the system any good. I don't feel that is my task as a defense attorney. And I feel very sorry if that's how TV is portraying defense attorneys.
>
> My approach differs in that normally what I try and do, I talk to my client, I need to know whether or not they committed that crime... And if that's the case then I feel it's my obligation to get that person to take the first step, and that is to come forth, admit their wrong doing, then to get them through the system in a sense that the appropriate punishment is imposed and they live with that punishment. That's exactly what I've done in Mr Taylor's case."[112]

Advokaten i Taylor-fallet, Levine, blev entledigad i ett annat mål, Holland-fallet, på grund av att domstolen fann att han på ett fundamentalt vis hade missuppfattat försvarsadvokatens roll då han förmått en skyldig klient att erkänna. Bland annat uttryckte ett par domare i Utahs Supreme Court oro över att advokaten Levine kunde ha tillämpat samma slags rådgivningsfilosofi i Holland-fallet, som han givit uttryck för i sin slutplädering i Taylor-fallet.[113] Advokaten Levine blev starkt kritiserad för den hållning han intog i förhållande till "skyldiga" klienter. Supreme Court-domarna kritiserade Levine "for ensuring that defendants take responsibility for their crimes *(as Levine would adjudge the matter)*.[114]

Alternativet till en sådan hård styrning av klientens beslut, säger förmyndarargumentet, är att ge sig in i en moralisk diskussion med klienten i syfte att få honom själv att inse att det bästa för honom är att tala sanning. En sådan diskussion är bara ett sätt att linda in paternalismen i en förment jämlik dräkt. På grund av att advokaten nästan alltid har en överordnad ställning blir hennes "hjälp och stöd" i själva verket en styrning av klientens beslut. Man måste inse att förhållandet är ojämlikt: advokaten *är* den starkare parten.[115] En mo-

112. State v. Taylor, 947 P.2d 681 (Utah 1997).

113. Dessa båda tämligen märkliga fall är kopplade till varandra på flera sätt. Medan det äldre fallet, *Holland*, överklagades, försökte advokaten Levine att åberopa Holland som vittne i det nyare fallet, *Taylor*, för att bevisa "that, when compared to Holland, Taylor did not deserve the death penalty". Holland var däremot, enligt försvararen, "a prime candidate for the death penalty". Vad beträffar *Holland*-fallet, gjorde försvararen ingenting för att ifrågasätta åklagarens krav på dödsstraff, utan gjorde gällande att hans klient ville ha ett dödsstraff eftersom man inte får röka i fängelset och klienten kunde inte tänka sig ett liv i fängelse utan tobak.

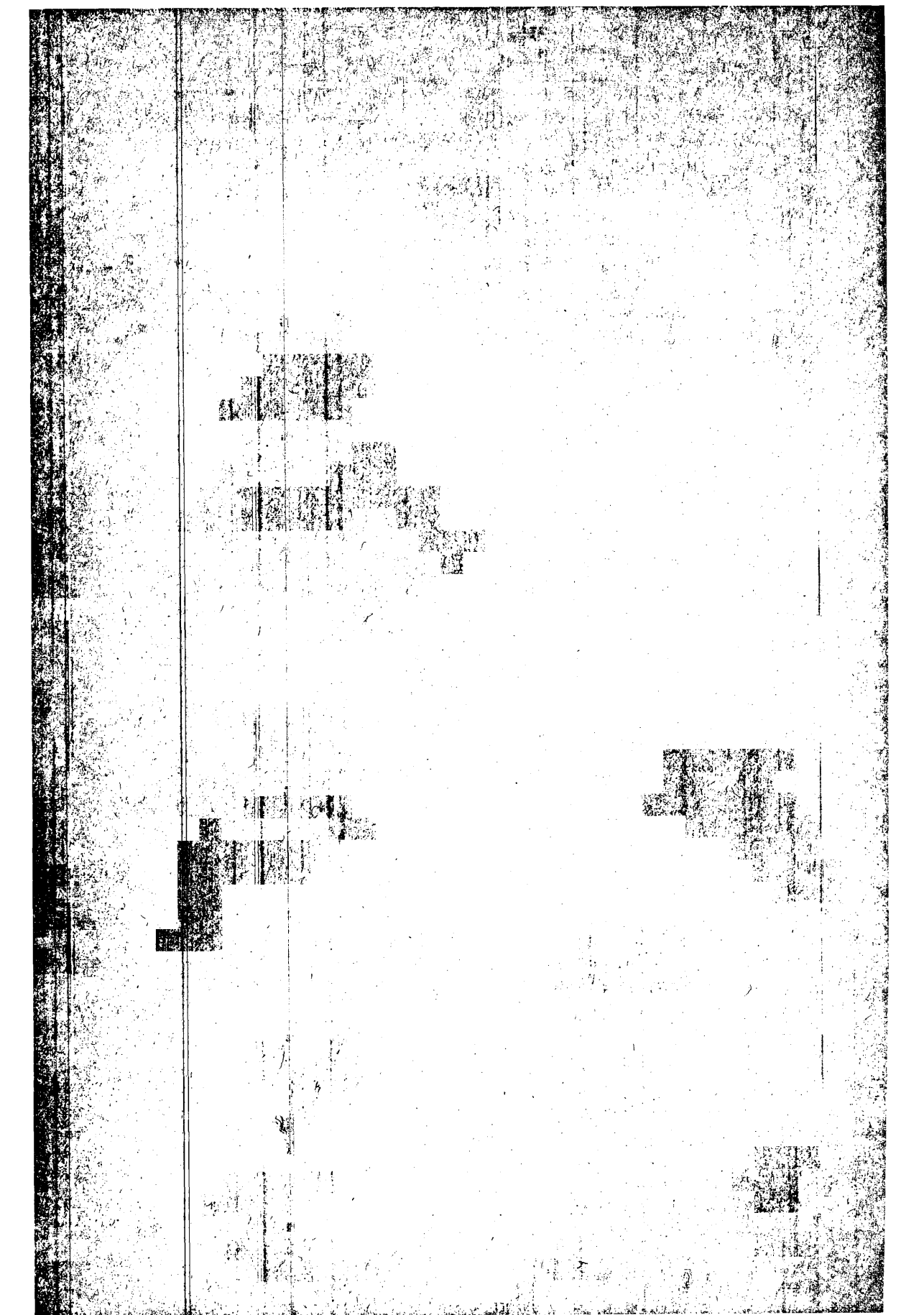
114. State v. Holland, 876 P2d 357 (Utah 1994). (Min kurs.)

115. Se t.ex. Martin Buber: The Knowledge of Man, s. 171 f. (Maurice Friedman ed. & Maurice Friedman & Ronald Gregor Smith trans., 1965). Buber konstaterar att avståndet mellan den högutbildade yrkesmänniskan och klienten är för stort för att jämlikhet skall kunna råda, "I see you *mean* being on the same plane, but you cannot".

ralisk diskussion av det slag som en gren av vägvisarskolan förespråkar, faller på ojämlikheten mellan advokat och klient. Redan Aristoteles förutsatte att en sådan diskurs i den grekiska stadsstaten skulle försiggå mellan vänner (bland de fria männen, får man förmoda) som delade samma moraliska tradition.

"Moralistiskt språk" från advokatens sida kan mycket lätt bli maktspråk; advokaten talar "ner" till klienten, som ett slags självutnämnd expert på vad som är gott, rätt och riktigt. "Where standards of right and wrong are asserted with dogmatic certainty and are not open to discussion, and, even worse, where those standards merely express the interests of the stronger party in a relationship, while clothing those interests in moralistic language, then the criticism (of the therapeutically inclined) is indeed justified."[116]

116. Bellah a.a. s. 139–140 (1985).



C. Gällande rätt och samfundsnorm

Frågan om advokatens bundenhet av klientens instruktioner har inget givet och enkelt svar. Som jag antydde redan i inledningen har inte lagstiftaren eller författarna i doktrinen tänkt på frågan eller åtminstone inte lämnat någon klar vägledning. Detta är inget ovanligt i advokatetikens värld. De två försvarsadvokater som agerade i enlighet med sin klients instruktioner i Lake Pleasantfallet utsattes för en storm av indignerad kritik från många initierade författare i amerikanska juristkretsar. Inte en enda av kritikerna kunde dock framföra något hållbart förslag på hur advokaterna skulle ha gjort i stället.

> Henry Rothblatt, amerikansk författare i straffprocessrätt och kolumnist i New York Law Journal, tyckte t.ex. att advokaterna kunde ha samrått med någon kollega. Hade de samrått med Rothblatt, framgår av hans kommentarer, hade de emellertid fått höra att frågan var "touchy and interesting" och att problemet var "an unsettled area". Professor David Melinkoff på UCLA Law School, framstående författare i *Legal Ethics*, gav ett "å ena sidan, å andra sidan-svar" och drog slutsatsen att "the lawyers seemed to be under two conflicting obligations".[1]

Observera att denna osäkerhet rådde trots att advokaterna enligt amerikansk rätt faktiskt hade grundlagsstöd för sin tystnadsplikt. Hur svårt skulle det inte ha varit för svenska advokater, ställda inför ett likadant dilemma – i Sverige råder ju långt större osäkerhet rörande tystnadsplikten!

När man skall försöka reda ut det här problemet kan man angripa det från olika håll. Man kan göra en analys av de argument som finns för och emot ett visst försvararideal. Man kan också utreda gällande rätt. Jag har valt att presentera båda dessa perspektiv för att ge bättre resonans åt en problematik som är delvis obehandlad i svensk rättsvetenskap.

Nedan följer en utredning om försvararens bundenhet av klientens instruktioner och i vilken mån den är reglerad i lag och god advokatsed. För att komplettera skriven rätt skall jag också undersöka om de regler som finns rörande försvararens ställning och agerande i brottmålsprocessen indirekt tillåter slutsatser angående frågan om klientinstruktionernas bindande verkan.

1. New York Times, 6 oktober 1974, s. 26. Jämför Freedman, 1974, s. 981.

Redan nu kan påpekas att normgivarna inte alls anlagt ett aktörsperspektiv. Utgångspunkten för regleringen har snarare varit att ge försvararen en bestämd plats i rättskipningssystemet och utifrån denna bestämma gränserna för tillåtet och otillåtet handlande. Normgivarnas synsätt har därför fått styra undersökningsmetoden i föreliggande del.

I kapitel 15 skall jag precisera vilket slags uppdrag försvararuppdraget är, vilken försvararens ställning i processen är och vem som bör betraktas som försvararens uppdragsgivare. Som vi skall se, ger inte denna metod exakt de svar vi söker, men den lämnar viktiga bidrag till det underlag som krävs för att allsidigt belysa de ideologiska aspekterna på försvararuppdraget.

I kapitel 16 skall särskilt intresse ägnas åt reglering och rättspraxis om frånträdande av försvararuppdrag. Den genomgången förmedlar viktig information om försvararens bundenhet till uppdraget som sådant.

Ovanstående undersökning ger dock inte någon särskilt tydlig vägledning om vad som betraktas som legalt eller etiskt godtagbart avseende de för min studie viktigaste handlingsalternativen, nämligen att följa respektive inte följa klientinstruktionerna. Frågan om advokaten skall följa klientens instruktioner eller inte, har i de traditionella rättsvetenskapliga texterna ofta hanterats som en fråga om klientlojalitet. Det är därför via normer och praxis kring klientlojaliteten som jag har försökt tolka normgivarens uppfattning rörande frågan om advokaten skall följa eller inte följa klientens instruktioner. Denna undersökning presenteras i kapitel 17.

Kapitel 18 ägnas åt en sammanfattning där jag också kommer att anlägga de principiellt viktiga reflektioner som undersökningen i tredje avdelningen föranleder.

15 Uppdragets art och uppdragsgivare

Man skulle kunna tänka sig att det är relativt enkelt att fastställa om advokaten är bunden av klientens önskemål eller inte. Enligt klassiskt juridiskt tänkesätt borde man helt enkelt kunna bestämma vem som bör betraktas som försvarsadvokatens uppdragsgivare. I RB 21:3 2 st. läser vi: "Försvarare utses av den misstänkte". Därmed, kan man kanske tänka sig, borde saken vara klar. Den misstänkte är försvararens uppdragsgivare. I så fall är advokaten bunden av dennes önskemål och instruktioner. Några paragrafer längre ner i samma kapitel heter det: "Offentlig försvarare förordnas av rätten" (21:4). Det är alltså inte den misstänkte som tillsätter försvararen; han bara "utser" en sådan. Endast genom ett domstolsbeslut kan ett offentligt försvararskap uppstå. Domstolen är en statlig myndighet. Är det någon annan än klienten som är uppdragsgivare – exempelvis staten – så bör advokaten vara bunden av de regler som staten satt upp för uppdragets utförande och inte av klientens instruktioner.

Det är inte så lätt att fastställa vem som är försvarsadvokatens uppdragsgivare. Man ser direkt att det finns två tänkbara kandidater, beroende på hur man ställer frågan. För svensk offentlig försvarares del kan såväl klienten som staten tänkas inta positionen som uppdragsgivare. Ett sätt att fastställa uppdragsgivare är därför att först söka "artbestämma" försvararuppdraget. Därmed kan man få vägledning i frågan om uppdragsgivare.

Som skall visa sig, ger dock inte heller denna metod något riktigt bra svar på frågan om advokaten skall följa klientens instruktioner eller inte. Den ger emellertid ett viktigt bidrag till innehållet i och ramen kring försvararuppdraget.

15.1 Försvarsadvokaten – fågel, fisk eller mitt emellan?

Om man inledningsvis ser på försvararens rättigheter och skyldigheter så som de utmejslats i svensk lag, t.ex. RB 21:7[1] och 21:8,[2] bör noteras att lagrummen avser både offentliga och privata försvarare samt såväl icke-advokater som advokater. Man får därför till att börja med konstatera att om man gör gällande att det är staten som är försvararens uppdragsgivare, är inte detta fallet för samtliga försvarare. Den av klienten engagerade och betalda privata försvararen fyller i och för sig samma funktion som en offentlig försvarare i rättssamhället, men har inte fått sitt uppdrag från det allmänna utan från klienten som privatperson. Vidare kan den privata försvararen vara icke-advokat, varvid reglerna om advokater inte gäller för denna, vare sig de i lag fastställda eller SRGA. Försvarare som inte är advokater faller utanför denna undersökning, eftersom de inte är underkastade regler om advokatetik.

Uppdragen bland försvarare som är advokater kan alltså delas in i privata och offentliga försvararuppdrag. Denna framställning koncentreras – såvitt avser svenska förhållanden – till offentliga försvararuppdrag. Det finns flera skäl till detta.

För det första utgår jag ifrån att det i svensk rätt är det offentliga försvararuppdraget som bäst står i samklang med lagens *anda*. När grunderna lades till ny rättegångsbalk och advokatyrket härmed fick sin nuvarande form, var tanken att den kontradiktoriska principen i brottmålsprocessen skulle säkras genom att den misstänkte företräddes av *advokat*.[3] Att denna skulle *utses av domstol* och, om de processuella förutsättningarna var uppfyllda, skulle *betalas av det allmänna* betraktas sedan dess som huvudregel.[4] Det som sägs i 21:3 2 st. om att den misstänkte "utser" försvarare betyder i denna kontext att den misstänkte själv utser en försvarare, om han vill ha en privat försvarare. Blir det fråga om offentlig försvarare, innebär det som sägs i lagtexten att den misstänktes *önskemål* om att få viss försvarare skall tillmätas betydelse.[5]

För det andra är det så att den överväldigande delen av försvararuppdragen i Sverige utgörs av offentliga försvararförordnanden.[6] När jag hädanefter talar om försvararuppdraget avses för svensk del offentligt försvararuppdrag, såvitt inte annat sägs.

Ett sätt att artbestämma försvararuppdraget är att göra jämförelser mellan försvararuppdraget och andra typiska advokatuppdrag. Jag har företagit en

1. 21:7 1 st.: Försvarare skall med nit och omsorg tillvarataga den misstänktes rätt och i detta syfte verka för sakens riktiga belysning.

2. 21:8. Försvarare äge under förundersökningen och målets behandling vid rätten göra framställning och vidtaga åtgärd, som erfordas för tillvaratagande av den misstänktes rätt, så ock, om målet fullföljes, biträda honom i högre rätt.

3. Se även kap. 9.3.

4. PLB s. 31 och 274 f.

5. PLB s. 274–275.

6. Se kap. 9.3.2.

sådan undersökning, där jag schematiskt jämfört försvararuppdraget med ett par näraliggande advokatuppdrag, ett av civilrättslig och ett av offentligrättslig karaktär. Vid en sådan jämförelse bör man beakta följande.

En offentlig försvarare är framför allt en processrättslig figur. Försvararen har en funktion i straffprocessen och egentligen ingen annanstans.[7] Utan en brottsmisstanke som kan leda till åtal finns ingen tilltalad och utan en tilltalad finns ingen offentlig försvarare. Försvararen skiljer sig därför på ett givet sätt från andra juridiska uppdragstagare. En "civil" advokat – en syssloman – kan visserligen ha processuella uppgifter, men verkar också inom ett stort område utanför domstolarna. En konkursförvaltare, för att ta ett annat exempel, har visserligen uppgifter som är nära knutna till konkursdomstolen, men inte heller konkursförvaltaren har som huvuduppgift att utöva sitt ställföreträdarskap inför rätta. En jämförelse mellan den offentliga försvararen å ena sidan och andra juridiska uppdragstagare å den andra, måste därför åtminstone bitvis te sig som en jämförelse mellan päron och äpplen.

En annan grund till att det kan vara svårt att rätt bestämma försvararens bundenhet till klientinstruktionerna genom att jämföra med näraliggande advokatuppdrag, är att straffprocessen och därmed brottmålsförsvaret har en särställning som rättsligt institut. Centrala processprinciper som dispositions- och förhandlingsprinciperna kan inte tillämpas på samma sätt i brottmål som i tvistemål. Domstolen har också att ta andra rättspolitiska hänsyn i ett brottmål jämfört med ett tvistemål eller ett konkursförfarande. Brottmålen är av rättspolitiska skäl underkastade unika principer såsom *in dubio pro reo, favor defensionis* och *in dubio mitius*.

Med allt detta i åtanke har jag här nedan valt ut ett par av de viktigaste kriterierna ur min jämförelse mellan försvararuppdraget och sysslomannauppdraget respektive konkursförvaltaruppdraget.

Jämförelsen säger oss något om uppdragstagarens ställning i de olika uppdragsslagen. Det finns en uppenbar likhet ur praktisk synpunkt som gäller den professionella kvalifikationen: den typiska sysslomannen är, liksom konkursförvaltaren och den offentliga försvararen, advokat. Detta innebär i och för sig att samtliga har att följa samma etiska och lagliga regelsystem. Som nedan skall visas, finns dock viktiga nyansskillnader i uppdragens karaktär, som till exempel uppdragstagarens ställning och uppdragsgivare.

Med hjälp av dessa nyansskillnader skall jag försöka identifiera den offentliga försvararen – är hon fågel, fisk eller mitt emellan? Vi skall se om klassificeringen av det offentliga försvararskapet kan föra oss närmare svaret på frågan om försvararen är bunden till klientens instruktioner.

7. Av just detta skäl jämförs försvarare med barristers i denna bok. En solicitor har inte som huvuduppgift att uppträda inför rätta, medan barristern i princip endast arbetar i domstolsförhandlingar. En försvarsadvokat i Sverige uppträder genomsnittligt sett mycket oftare inför rätta än exempelvis en affärsadvokat. Försvararen är Sveriges barrister.

15.1.1 *Sysslomannen – fågeln*

Med uttrycket "uppdrag" som specifik juridisk term avses vanligen detsamma som sysslomannaavtal. Syssloman är juridiskt sett varje mellanman som handlar enligt uppdrag och beteckningen knyter an till innerförhållandet mellan huvudman och mellanman. När man betecknar förhållandet mellan klient och advokat som ett sysslomannaskap, avser man uppenbarligen det civila advokatuppdraget, där advokaten är syssloman och klienten huvudman.

Med en smula fantasifull rubriksättning ställdes i avsnittet ovan frågan om försvararen borde betraktas som fågel, fisk eller mitt emellan. I det sammanhanget tillåter jag mig att utnämna sysslomannen till fågeln i sällskapet. Metaforen passar ganska bra på en uppdragstagare vars yrkesgärning är så fritt utformad.

En syssloman åtar sig att för annan – huvudmannen – "syssla eller uträtta något" å dennes vägnar. Lagen (HB 18 kap.) hänvisar till avtalslagens andra kapitel, dvs. fullmaktsreglerna. Till grund för förhållandet mellan huvudman och syssloman ligger alltså en överenskommelse dem emellan. Innehållet i och gränserna för uppdraget bestäms av fullmakten, alltså av parterna själva.

Själva grunden för sysslomannafigurens uppdrag är ett avtal, som ingåtts mellan huvudman och syssloman. Det finns inget offentligrättsligt inslag i ett sådant avtal, utan det är parterna och endast parterna som kommer överens om dess ingående, dess utformning och villkor i övrigt och dess upphörande. Skillnaderna mellan ett civilt uppdragsförhållande och ett offentligt försvararuppdrag är därför betydande. Visserligen kan man säga att den misstänkte förklarar att han vill bli biträdd av en viss försvarare, varvid advokaten förklarar att hon accepterar uppdraget. Dessa förklaringar från försvarare och misstänkt konstituerar emellertid inte ensamma ett försvararuppdrag. Myndighetsinflytandet över försvararuppdragets innehåll och dess begränsningar är så avgörande att det i åtminstone detta avseende närmast får offentligrättslig karaktär; avtalet kräver myndighets beslut för att gälla.

Även den normativa regleringen av sysslomannauppdrag respektive försvararuppdrag bjuder på grundläggande olikheter. För det förra gäller såväl formell som materiell avtalsfrihet, medan försvararuppdragen i formellt hänseende är helt underkastade offentligrättslig reglering.

Mellanmän av alla slag är i princip att betrakta som sysslomän, vare sig de har fullmakt eller inte. Deras rättsliga ställning bestäms av stadganden rörande sysslomän. Lagstiftningen – HB 18 kap. – är ålderdomlig och anses svårtolkad. Allmänt sett rör sig sysslomannen inom området för traditionell förmögenhetsrätt. Reglering och problemlösning baserar sig på allmänna avtalsrättsliga principer, såsom de kommit till uttryck i framför allt avtalslagen. Det genomgående för denna reglering är således avtalsfrihet och partsautonomi.

Det finns också viktiga skillnader mellan sysslomän och offentliga försvarare som avser frågan om vem som kan vara rättssubjekt. Ett sysslomannaskap kan vara ett personligt uppdrag eller lämnas till en juridisk person, t.ex. en

bank. En fullmakt anses kunna utfärdas för en juridisk person.[8] Vidare finns inget hinder i lag från att en syssloman sätter en annan syssloman i sitt ställe, så länge parterna är överens. Sådan frihet finns alls icke för försvarare. Försvararuppdraget är av strikt personlig natur och offentlig försvarare får aldrig utan rättens medgivande sätta annan i sitt ställe – inte ens om parterna är överens om sådan substitution.[9] Försvararuppdraget kan dessutom aldrig ges till en juridisk person.[10]

Dessa och flera andra jämförelser mellan de båda uppdragstagarna visar tydliga skillnader: där sysslomannaskapet präglas av partsautonomi och avtalsfrihet, är försvararskapet underkastat offentligrättslig formalia.

Allra mest "fågelfri" är sysslomannen när det gäller uppdragets uppkomst och upphörande. För sysslomannauppdraget gäller allmänna avtalsrättsliga principer och i allmänhet gäller inga särskilda formkrav. Det står advokat och klient fritt att ingå avtalet om uppdraget och utforma en fullmakt helt enligt egna önskemål. Offentlig försvarare, däremot, kan endast erhålla sitt uppdrag genom domstols förordnande.[11] Advokaten och klienten kan inte ingå ett avtal om offentligt försvar. Det finns inget krav på fullmakt i första instans, men om sådan utfärdas finns stränga formkrav för dess utformning och företeende (mer härom nedan).

På motsvarande sätt som sysslomannen och huvudmannen ingick sitt uppdragsavtal, kan de bringa det att upphöra. Uppdraget består helt enkelt under den tid parterna har överenskommit. Avtal kan träffas för en bestämd tidsperiod eller tills uppdraget slutförts, genom överenskommelse eller genom uppsägning.

I och för sig gäller för advokat generellt sett, sedan hon väl åtagit sig ett uppdrag, att hon därmed också utfäst sig att fullgöra detta. Hon får inte utan giltigt skäl frånträda uppdraget.[12] Vi kommer att få anledning att återkomma till denna fråga senare.

För offentliga försvararuppdrag gäller tvingande regler i RB. Förordnande som offentlig försvarare torde anses fortgå, om det inte upphör i förtid, till dess lagakraftägande dom föreligger i målet.[13] Varken advokaten själv eller huvudmannen har makt att bringa uppdraget att upphöra innan dess. Förordnandet måste återkallas av rätten enligt RB 21:6. Har advokaten förordnats till offentlig försvarare kan hon alltså inte på eget initiativ befria sig från detta genom att säga upp det. Vill hon frånträda, måste hon hos domstol hemställa om entledigande från förordnandet.[14]

8. Se t.ex. Hellner: Speciell avtalsrätt II:I (1993), s. 217 f. Reglerna i 18 kap. HB är i princip utformade för sysslomän som fysiska personer, men av NJA 1992 s. 16 framgår att reglerna sannolikt också kan tillämpas på företagsuppdrag.

9. RB 21:6 2 st.

10. För advokater i allmänhet gäller förbud mot att driva advokatverksamhet i bolag med annan än advokat, om inte samfundets styrelse medger undantag. RB 8:4, 2 st.

11. RB 21:4.

12. Wiklund s. 221 och SRGA 16 §.

13. Observera att jag här endast avser själva förordnandet som offentlig försvarare. Vissa lojalitetsförpliktelser kvarstår även efter det att uppdraget avslutats, t.ex. tystnadsplikten. Mer härom i avsnitten om god advokatsed.

14. Återkallande av försvararförordnanden och förutsättningar för entledigande har behandlats i såväl domstols- som disciplinnämndspraxis och kommer att belysas nedan.

15.1.2 *Partsföreträdarens ställning*

Hela avtalsrätten – och därmed mellanmansrätten – utgår från idén om partsautonomi. Ingen skall bli bunden mot sin vilja, och avtal som ingås skall bedömas efter parternas förutsättningar vid avtalsslutet. Då mellanmän används tillstöter komplikationen att mellanmannen kan ha handlat på ett sätt som inte överensstämmer med huvudmannens instruktioner. Detta föranleder att kompromisser och särlösningar blir nödvändiga i vissa fall.

En *uppdragsfullmakt*, dvs. en fullmakt som inte är synlig utåt och inte kan betecknas som självständig, grundar sig på meddelande endast till fullmäktigen. De problem som kan uppstå ur civilrättslig synpunkt med en uppdragsfullmakt är ofta knutna till behörigheten. Fullmäktigen har ju även där möjlighet att binda huvudmannen och denna förmåga är inskränkt till vad huvudmannen faktiskt givit instruktioner om.

Den *självständiga fullmakten* karaktäriseras av att fullmaktsställningen till existens och omfång framgår av en utåt synlig fullmaktsförklaring, som är avsedd för tredje man. Tredje man har här särskild anledning att lita på att den han avtalar med verkligen har den angivna fullmakten. Man tillåter därför inte att behörigheten inskränks genom interna föreskrifter till fullmäktigen som ej är synliga för tredje man. Här skyddas tredje man så länge han är i god tro.

Avtalslagens andra kapitel om fullmakt gäller för sysslomannens uppdrag i förmögenhetsrättsliga förhållanden. Syssloman som företräder sin huvudman i rättegång är underkastad reglerna om rättegångsfullmakt. Dessa kommer att genomgås strax nedan.

När det gäller försvararfullmakten och eventuella analogier med mellanmansrätten, måste man hålla isär rättegångsfullmakten från andra fullmaktsförhållanden. Man kan säga att det finns tre olika möjligheter för tilltalad som låter sig företrädas i rättegång. För det första kan den tilltalade välja att inte alls utfärda fullmakt. För det andra kan den tilltalade utfärda muntlig eller skriftlig rättegångsfullmakt, dvs. ett slags *självständig fullmakt*. En tredje möjlighet, som inte är beroende av de båda andra, är att den tilltalade ger sin försvarare en *uppdragsfullmakt*, alltså instruktioner som inte är synliga utåt. Jag kommer först att gå igenom reglerna för rättegångsfullmakt.

15.1.2.1 Rättegångsfullmakt för försvarare

Den rättegångsfullmakt som en tilltalad utfärdar för sin försvarare har i och för sig karaktär av *självständig fullmakt*, eftersom en rättegångsfullmakt ur generell synpunkt är grundläggande för ombudets behörighet att företräda huvudmannen. Kapitel 12, som behandlar rättegångsfullmakt, är emellertid i RB placerat under bestämmelserna för tvistemål. Vissa undantag måste därför göras för förhållanden som gäller brottmål. Bland annat denna systematik gör att det är svårt att med hjälp av RB:s bestämmelser om ombuds behörighet exakt bestämma försvararens ställning i processen. Jag återkommer nedan till detta.

Fullmakten kan meddelas antingen skriftligen eller muntligen. Muntlig fullmakt är alltid begränsad till att gälla i det mål i vilket den meddelats. För skriftlig fullmakt finns detaljerad reglering avseende såväl form och företeende som behörighetens omfattning (RB 12:9, 12 och 14 stycke 1). Ekelöf ifrågasätter om inte vissa av bestämmelserna är onödigt formalistiska och omständliga. Åtminstone borde, enligt Ekelöf, ett ombud som är advokat vara befriat från kravet på fullmakt.[15]

Rättegångsfullmakten kan antingen avse rättegång i allmänhet, så kallad blankofullmakt, eller visst mål, specialiserad fullmakt. När det gäller blankofullmakt görs dock i 12:14 andra stycket undantag från de allmänna reglerna om ombudets behörighet beträffande mål där förlikning inte är tillåten, dvs. bland annat brottmål. Blankofullmakt för ombud i brottmål medför inte behörighet för ombudet att väcka talan eller motta stämning. Man har menat att ett sådant mål kan vara av så avgörande betydelse för huvudmannen att ombudet bör kunna vidta dessa åtgärder endast om det av fullmakten uttryckligen framgår att huvudmannen önskar det.[16] Vanligen används för brottmål specialiserad fullmakt.

Det brukar heta att en försvarare med rättegångsfullmakt blir *rättegångsombud*.[17] Som ombud skulle försvararen då erhålla den behörighet som framgår av RB 12 kap. Sådan behörighet innebär i stort att de processhandlingar som ombudet företar i processen har samma betydelse som om huvudmannen själv utfört sin talan. Helt och fullt kan dock inte ombudsbehörigheten i tvistemål liknas vid den i brottmål. Bland annat har ombud enligt 12:14 stycke 1 mom. 5 behörighet att å partens vägnar ingå förlikning. För försvarares del skulle detta närmast innebära att hon, då hon erhållit rättegångsfullmakt, kan ingå förlikning med målsäganden. Ekelöf har funnit att så bör vara fallet i skadeståndsfrågan, medan stadgandet tycks passa mindre bra för en förlikning i ansvarsfrågan.[18]

Ett annat exempel på skillnader mellan tviste- och brottmål i behörighetsfrågan är att ombud i tvistemål äger sätta annat ombud i sitt ställe om *parten* medgivit detta (12:13). Offentlig försvarare får inte utan *rättens* medgivande sätta annan i sitt ställe (21:6 2 st.), vilket påpekats här ovan.

Rättegångsfullmakt för försvarare tycks i praktiken användas i framför allt två situationer. Den ena är då den tilltalade i mindre brottmål inte behöver infinna sig personligen till huvudförhandlingen och alltså får föra talan genom ombud (21:2). Den andra situationen är då den tilltalade blivit fälld i underrätt

15. Ekelöf II, s. 85. Jämför diskussionen i prop. 1999/2000:26, där frågan om en uppmjukning av kraven på företeende av fullmakt togs upp. Regeringen ställde sig tveksam till ett förslag att ombud som är advokat resp. biträdande jurist inte skulle behöva ge in skriftlig rättegångsfullmakt. Sådan särbehandling av vissa kategorier ansågs olämplig, s. 113 f.

16. Ekelöf II, s. 86 f. med noter.

17. Se t.ex. Ekelöf II, s. 96 och RB 21:2 5 st.: "När den misstänkte inte är skyldig att infinna sig personligen, får hans talan föras genom ombud. I fråga om ombud gäller bestämmelserna i 12 kap.".

18. Ekelöf II, s. 96.

och önskar överklaga till högre rätt. Utan fullmakt får försvararen nämligen inte underteckna fullföljdsinlagan.[19]

Att fullmakt krävs för överklagandet framgår i och för sig inte av något direkt lagstadgande som gäller försvarare i brottmål. Emellertid är principen starkt förankrad i praxis och har därför i praktiken kommit att bli gällande rätt sedan nya RB infördes. Domstolarna har varit stränga i sina bedömningar av försvarare som fullföljt talan utan huvudmannens fullmakt. Avsaknad av fullmakt har av HD i flera fall betecknats som grund för obehörighet för försvarare att fullfölja talan. I flertalet av dessa avgöranden har ingen paragrafhänvisning gjorts, utan man har endast uttalat principen att fullmakt krävs för sådan behörighet. I ett fall, NJA 1973 s. 385, har dock HD tagit stöd i RB 12:9. Stadgandet tar fasta på företeendet av fullmakt – men, som redan påpekats, gäller 12 kap. egentligen ombud i tvistemål. I 1973 års fall angav den offentlige försvararen bland annat i HD att han – bland många andra – var av den uppfattningen, att fullföljdstalan förd av advokat som är offentlig försvarare, även utan att fullmakt företes, bör prövas (i synnerhet i fråga om överklagande av häktningsbeslut, vilket var fallet i denna sak). HD fann, bland annat med hänvisning till 12:9, att försvararen var obehörig att fullfölja. I åtminstone detta avseende har tydligen HD ansett att reglerna för ombud strikt kan tillämpas på offentlig försvarare.[20]

Efter en lagändring (prop. 1999/2000:26) har man numera mjukat upp denna strikta praxis genom att slopa kravet på att originalfullmakt måste företes direkt. Rätten får ge ombudet tid att visa upp fullmakten och det går bra att ta in en bestyrkt kopia i akten i stället för original. (RB 12:9, st. 2, 3.) Med hänsyn till frågan om ombudets behörighet ansåg inte regeringen att kraven skulle mjukas upp ytterligare (prop. 1999/2000:26 s. 113 f.).

Det finns inget krav i lag på att den misstänkte måste utfärda rättegångsfullmakt för sin försvarare. Så länge målet handläggs i första instans finns ingen egentlig anledning för försvararen att lämna fullmakt och det är därför brukligt att sådan företes först då målet skall överklagas. Försvarare utan fullmakt är alltså inte att betrakta som rättegångsombud. Frågan är då om försvarare utan fullmakt i stället är att beteckna som *rättegångsbiträde*. För rättegångsbiträde gäller samma behörighetsvillkor som för ombud (RB 12:22). Biträdets behörighet är emellertid långt mer begränsad än ombudets. Det heter i förarbetena till RB att biträde, i motsats till ombud, inte intar någon självständig ställning i förhållande till parten och inte äger behörighet att i partens frånvaro handla å dennes vägnar.[21]

19. PLB s. 277: "Ej heller bör (försvararen) utan bemyndigande av den misstänkte äga att självständigt fullfölja talan mot rättens beslut."

20. Jämför NJA 1979 s. 251, där HD avvisade den fullföljda talan, då försvararen saknade fullmakt och alltså inte var behörig att fullfölja talan mot domen. Försvararen fick dock ersättning för sitt arbete med fullföljdsinlagan, eftersom HD fann att han haft fog för denna sin åtgärd. I såväl NJA 1980 s. 587 som 1973 s. 385 avvisades talan på grund av att försvararen ej var behörig då fullmakt saknades och i inget av dessa fall tillerkändes försvararen ersättning för arbetet med fullföljden.

21. PLB s. 178.

Det har i doktrinen förekommit viss diskussion om vilken ställning försvararen har i processen. Gärde[22] yttrar i sin kommentar att försvararens ställning väsentligen är densamma som ett rättegångsbiträdes och hänvisar till 12:22. Ekelöf håller inte med Gärde utan gör gällande att försvararen "i själva verket" intar en ställning mitt emellan ett rättegångsbiträdes och ett rättegångsombuds. Gärdes uppfattning om försvararen som rättegångsbiträde speglas i förarbetena, där det genomgående talas om försvararens ställning som *biträde* åt den tilltalade.[23] Jag återkommer till diskussionen i svensk doktrin nedan.

15.1.2.2 Analys av försvararens ställning i formellt hänseende

För egen del håller jag med Ekelöf om att försvararen, med tanke på undantagen från både reglerna om ombud och biträde, intar en ställning mitt emellan de båda. Jag skall ge några exempel. I 12:22 fastslås att part äger anlita *biträde* och att detta bland annat medför att rättegångshandling, som biträde i partens närvaro företagit, skall anses av parten godkänd om han inte genast gör gensaga däremot. För försvarare i brottmål gäller emellertid inte så vid behörighet. Lagrådet anförde i denna del att en dylik regel inte torde kunna utan vidare tillämpas på försvarare. Ett medgivande av försvararen i ansvarsfrågan torde således inte kunna tillerkännas samma verkan som om det gjorts av den misstänkte, även om denne inte gjort gensaga däremot.[24] I åtminstone ett avseende har alltså försvararen mer begränsad behörighet än rättegångsbiträde.

I andra avseenden har försvarare vidare behörighet än rättegångsbiträde. Så till exempel gäller för biträde att detta endast är behörigt att *inför rätta* handla å partens vägnar i *dennes närvaro*.[25] En försvarare äger agera i vidare mån. Om ingen fullmakt finns har nämligen försvararen likväl de befogenheter som fastslås i 21 kap. RB. Hon kan således vid rätten göra framställning och vidtaga åtgärd som fordras för tillvaratagandet av den misstänktes rätt (21:8), t.ex. lämna bevisuppgift och genmäle. Under förundersökningen har hon rätt att göra framställning om komplettering av utredningen (23:18). Däremot har jag inte kunnat finna att försvarare har rätt att utan fullmakt "vara aktivt verksam vid huvudförhandlingen, även om den tilltalade uteblivit", vilket Ekelöf tycks göra gällande.[26] Möjlighet till avgörande i parts utevaro ges visserligen i RB 46:15 stycke 2, då den tilltalade inställt sig endast genom ombud. Såvitt jag kan förstå måste emellertid försvararen då förete fullmakt från den tilltalade för att betraktas som ombud.[27]

22. Gärde s. 271.
23. Se t.ex. PLB s. 276 och NJA II 1943 s. 286.
24. Gärde ibid.
25. Ekelöf II, s. 89 med noter.
26. Ekelöf II, s. 95 med noter. Av systematiken i avsnittet om försvarares processuella ställning kan jag inte dra någon annan slutsats än att Ekelöf menar att försvarare utan fullmakt kan vara aktivt verksam vid huvudförhandling i den tilltalades utevaro, jämför a.a. s. 96.
27. RB 21:2 5 st. jämfört med 12 kap. Se även Christian Diesen: Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål, s. 169.

Som ovan påpekats, har *rättegångsombud* väsentligen samma ställning som sin huvudman, vilket alltså *rättegångsbiträde* inte har. Försvarare utan fullmakt har, vilket också konstaterats, inte ställning av ombud. Likväl heter det i förarbetena till RB: "Försvarare åtnjuter, såvitt ej annat stadgas, under den förberedande undersökningen och rättegången samma befogenheter som den misstänkte eller tilltalade. Försvarare skall i allmänhet vara berättigad att för misstänkt eller tilltalad utföra sådana processuella åtgärder, som icke, enligt vad bestämmelserna om sådana åtgärder framgår, bero på den misstänkte eller tilltalade personligen."[28] Processkommissionens uttalande har citerats i all doktrin och får anses utgöra en ännu gällande princip. Bland annat bör enligt min mening reglerna i RB 21 kap. betraktas som ett uttryck för denna inställning.

Den formella regleringen av behörigheten för rättegångsombud, rättegångsbiträde och försvarare erbjuder som synes en betydande begreppsförvirring. Man tvingas konstatera att lagstiftaren helt enkelt inte har givit uttryck för någon entydig bestämning av försvararens ställning i processen. Försvararen intar enligt Ekelöf ställning som partsrepresentant av speciellt slag.[29] Detta är naturligtvis i och för sig riktigt, men uttrycket "partsrepresentant av speciellt slag" säger oss likväl inte mycket om försvararens ställning i alla avseenden. Man kan fråga sig om denna tingens ordning är tillfredsställande, eller om det vore till gagn för rättstillämpningen att försvararens ställning gavs en noggrann bestämning i lag. Möjligen finns inget större behov av en sådan precisering för det praktiska rättslivet. Offentlig försvarares behörighet att företräda sin huvudman ifrågasätts knappast i brottmålsprocesserna.

Detta lagstiftningsmässiga lappverk medför dock att det kan uppstå svårigheter att med hjälp av behörighetsbegreppen rätt bestämma exempelvis frågan om försvararens bundenhet till klientens instruktioner. Som synes har försvararens processuella ställning varit föremål för skilda meningar i doktrinen. Inte minst har ifrågasatts om inte försvararen har en friare ställning gentemot den misstänkte än den som i tvistemål tillkommer ett rättegångsombud gentemot huvudmannen.[30] Just denna senare fråga kan sägas vara föremål för undersökningen i denna del av avhandlingen. Jag har under föreliggande rubrik sökt begränsa problematiseringen till de formella frågorna, medan jag längre fram kommer att belysa försvararuppdraget ur flera andra aspekter.

Vad avser frågan om fullmaktens betydelse kan jag inte annat än konstatera att rättegångsfullmakt för försvarare knappast fyller den funktion, som institutet fullmakt är tänkt att fylla. Som ovan påpekats, har försvarare med fullmakt i doktrinen betecknats som rättegångsombud, men försvararens behörighet sammanfaller inte exakt med rättegångsombudets. Frågan är alltså vad fullmakten egentligen fyller för funktion. Enligt min mening skulle rättegångsfullmakt inte alls behöva företes av offentlig försvarare som är advokat. Det

28. Processkommissionens betänkande rörande rättegångsväsendets ombildning II (SOU 1926:31–33), (nedan cit. processkommissionen), s. 56.

29. Ekelöf II, s. 95.

30. Ekelöf II, s. 96 med noter.

borde räcka med en fullmakt som ger försvararen behörighet att överklaga, då överklagande är aktuellt.

Bakom uppfattningen att uppställa krav på fullmakt för försvarare att fullfölja talan, kan man spåra en idé om klientens autonomi. Lagstiftaren anser tydligen att ett beslut att överklaga har så stor betydelse för den enskilde, att det krävs bemyndigande av denne.[31] I detta avseende skymtar en viss ideologisk inställning rörande advokat-klientförhållandet fram.[32] PLB:s uttalande om ett sådant bemyndigande från tilltalad kom inte att inflyta i lag, utan är uttryckt i en kommentar: "...ej heller *bör* (försvararen) utan sådant bemyndigande...".[33] Emellertid har, som ovan visats, domstolarna tagit fasta på uttalandet och varit mycket stränga i sin bedömning av behörighetsfrågan i formellt hänseende. I just detta avseende ger svensk rättstillämpning alltså uttryck för en försvararideologi där klientens ställning blir stark på så sätt att klientens uppfattning bör gälla framför advokatens. Som skall visas nedan, är det inte i alla sammanhang som svensk lag och praxis rörande försvararfrågor ger klienten den starkare ställningen.

15.1.2.3 Uppdragsfullmakt för försvarare

En uppdragsfullmakt är, som ovan sagts, en fullmakt som lämnas av huvudmannen till sysslomannen. Uppdragsfullmakten är inte synlig utåt utan avser endast förhållandet mellan huvudman och syssloman. För här aktuellt förhållande kan en sådan fullmakt till exempel ta sig uttryck i muntliga instruktioner, som den tilltalade ger sin försvarare. Det kan gälla önskemål om att försvararen skall införa eller underlåta att införa viss bevisning i målet. Det rör sig i sådana fall således om instruktioner rörande vilka medel försvararen skall begagna sig av i arbetet. Klienten kan också uttrycka önskemål om att han vill bli fälld respektive friad i brottmålet eller att han föredrar en viss påföljd framför en annan, som han kan förväntas få. I detta fall rör det sig alltså om instruktioner rörande vilket mål försvararens arbete skall resultera i.

På uppdragsfullmakten ställs givetvis inga formella krav. I lag sägs ingenting om försvararens plikt att följa klientens instruktioner. I stället ges i lagen en ganska allmänt hållen vägledning för utförande av försvaruppgiften. Dessa lagregler ger ett visst utrymme för försvararens egen tolkning av ganska öppna begrepp. Lagstiftaren använder uttryck som "nit och omsorg", "tillvarata den misstänktes rätt" och "redbart och nitiskt utföra de uppdrag som anförtrotts".

31. Jämför disciplinnämndens inställning i TSA 1987 s. 356 fall 3, där fråga var om felaktigt förfarande av försvarare som underlät att efter domstols avgörande efterhöra med klienten om denne önskade överklaga domen. Advokaten tilldelades erinran.

32. Sådana här tolkningar av lagstiftarens uppfattning skall troligen göras med stor försiktighet. Man kan exempelvis knappast med fog påstå att motsatsvis skulle gälla att klienten inte alls skall ha bestämmanderätt över andra frågor än fullföljden.

33. PLB s. 277, se ovan.

Uppdragsfullmakten rör sig inom området för förtroendeförhållandet mellan advokat och klient, vilket är underkastat advokatetiska regler.[34] Detta innebär bland annat att advokaten, då hon tar del av och eventuellt genomför klientens instruktioner, är skyldig att iaktta tystnadsplikt och sanningsplikt.[35] Det innebär också att advokaten är skyldig att gentemot klienten iaktta trohet och lojalitet.[36] Samtliga dessa begrepp – i synnerhet de senare – är öppna för advokatens tolkning i mer eller mindre omfattande mån, vilket bör framgå av denna avhandling. Begreppen har också varit föremål för disciplinnämndens tolkning i praxis, vilket skall redovisas längre fram.

15.1.3 *Konkursförvaltaren – fisken*

Uttrycket fågel, fisk eller mitt emellan antyder att vi har tre entiteter, varav två är kända – alla vet vad en fågel och en fisk är – medan den tredje representerar något mera svårdefinierat, det okända "mitt emellan". Om man tillåter sig att leka med dessa metaforer, är sysslomannen alltså att jämföra med fågeln.

Konkursförvaltaruppdraget kringgärdas numera av ganska genomgripande lagstiftning och förvaltaren intar den centrala ställningen i konkursförfarandet. Eftersom konkursförvaltaren rör sig i ett väl avgränsat element och knappast lämnar detta, kan vi kalla henne för fisken i sammanhanget.

Konkursförvaltarskapet är inte ett civilrättsligt uppdrag. Att arbetsuppgifterna kan ha både civilrättslig och offentligrättslig karaktär är en annan sak. Uppdraget emanerar från staten. Förvaltaren har ingen klient. Hon har visserligen skyldighet att beakta fordringsägarens intressen, men hon kan varken begära eller bindas av instruktioner för sina beslut och åtgärder i konkursboets angelägenheter. Det typiska för förvaltarskapet är att här inte är fråga om ett förtroendeförhållande mellan *en* advokat och *en* huvudman. Förvaltaren skall tillvarata borgenärernas gemensamma rätt.

Wiklund hänför konkursförvaltaren till kategorin *förvaltningsuppdrag*.[37] Konkursförvaltning som handhas av advokat – vilket i praktiken är det normala – faller under advokatverksamhet, varför sådan konkursförvaltare är underkastad disciplinnämndens verksamhet och bestämmelser i lag rörande advokater.

De finns flera likheter mellan konkursförvaltaren och den offentliga försvararen. Kvalifikationskraven sammanfaller.[38] Den som utses är i allmänhet advokat och båda sysslorna kännetecknas av en hög grad av professionalisering. Ett annat gemensamt drag kan sägas vara att såväl konkursförvaltarens som

34. Jämför RB 8:4 1 st. mom. 1.
35. SRGA 19 § och 45 §.
36. SRGA 18 §.
37. Wiklund s. 12–13.
38. Till offentlig försvarare och till förvaltare utses den som uppfyller lämplighetskrav uppställda i lag och för båda uppdragen gäller att domare inte kan utses, KL 7:1 2 st. resp. RB 8:2 jämfört med 21:5 mom. 1.

den offentliga försvararens ställning varit föremål för diskussion.[39] Typiskt för doktrinen kring både förvaltare och försvarare är att man ofta får stanna vid att konstatera uppdragstagarens åligganden och själva institutets funktion i rättsväsendet och därmed koncentrera frågan om uppdragstagarens ställning till det lagligen grundade uppdraget. Således finns en likhet i svårigheterna att fastställa ställningen hos såväl förvaltaren som försvararen.

Regler som behandlar konkursförvaltare är präglade av offentlighet och rigiditet. Normerna har fastslagits i offentligrättslig lagstiftning, såsom denna kommit till uttryck i konkurslagen (KL). Såväl de stränga kompetenskrav som ställs på förvaltaren som regler för utseende och entledigande av denna och hennes åligganden under hela förfarandet, är angivna in i minsta detalj.[40] Kontrollen av förvaltarens arbete utövas av tillsynsmyndigheten enligt KL 7:25. Tillsynsmyndigheten har långtgående befogenheter att begära insyn i och granskning av allt som rör konkursboet och förvaltningen.[41]

Konkursförvaltare utses, precis som offentlig försvarare, alltid av domstol.[42] I lag har vidare uppställts krav på att tillsynsmyndigheten skall höras innan förvaltare utses. Konkursförvaltarskap kan inte uppkomma utan myndighets förordnande. Uppdraget är således offentligt och privata uppdragsavtal om konkursförvaltarskap kan inte ingås. En konkursförvaltare kan inte heller frånträda sitt uppdrag på annat sätt än genom domstols beslut, KL 7:5. Hon kan själv begära att få avgå, varvid rätten skall entlediga henne om hon kan visa skäl härför. Hon kan också entledigas på grund av olämplighet, vilket rätten kan göra på begäran av tillsynsmyndigheten, en granskningsman, en borgenär eller gäldenären. En förvaltare får inte entledigas utan att tillsynsmyndigheten har hörts. Om någon annan än förvaltaren själv begärt entledigande skall rätten i normalfallet pröva frågan vid en förhandling, dit tillsynsmyndigheten, förvaltaren och den som begärt entledigandet skall kallas. I avvaktan på förhandlingen får rätten försätta förvaltaren ur tjänstgöring.

Inte heller offentlig försvarare kan frånträda sitt uppdrag utan rättens beslut, RB 21:6. Medan konkursförvaltaren kan bli entledigad om hon "visar skäl", krävs för försvararens del att hon "visar giltigt skäl". I praxis har uppställts tämligen stränga krav för att försvarare skall få skiljas från uppdraget på egen eller andras begäran (mer härom längre fram).

Karaktäristiskt för lagstiftningen kring försvararfrågor är att den i högre grad än vad som är fallet för konkursförvaltare har lämnats öppen för utfyllnad i praxis och i viss mån advokatens tolkning. Jämförelsevis är förvaltarskapet strängt formaliserat, t.ex. i form av kravet i lag på att förhandling i vissa fall skall hållas och att tillsynsmyndigheten skall höras för att förvaltaren skall kunna entledigas.

39. Se t.ex. Millquist: Konkursförvaltarens skadeståndsansvar, SvJT nr 1, 1991 s. 2. För försvarares del se ovan om fullmaktsförhållandena samt t.ex. Gärde s. 271, Motiven s. 286 och Ekelöf II, s. 95.

40. KL 7–13 kap.

41. KL 7:27, 28.

42. KL 7:2.

Likheterna mellan de båda uppdragen är dock betydande så till vida att endast domstol kan bringa uppdraget att upphöra och att likartade grunder skall föreligga för beslutet, såsom egen motiverad begäran eller olämplighet. Beslutsrätten ligger helt i myndighetens händer och kontrahenterna själva kan inte avtala bort lagbuden.

En mycket viktig skillnad mellan de här aktuella uppdragstagarna ligger emellertid i förhållandet till huvudmannen. Medan förvaltaren inte har någon klient, utan ett slags opersonlig massa av juridiska och fysiska personer vars intressen hon skall tillgodose, så är försvararens uppdrag starkt präglat av det mycket personliga och förtroendefyllda förhållandet mellan henne och klienten. Försvararskapets inslag av personligt förtroende manifesterar sig på ett flerfaldigt vis i såväl lagstiftning som praxis.

Vad beträffar försvararens uppdragsförhållande i övrigt – vårt okända "mitt emellan" – konstaterades inledningsvis att detta är föremål för betydligt striktare reglering än sysslomannens. Vid en jämförelse mellan försvararuppdraget och konkursförvaltaruppdraget ter sig förhållandet motsatt. Båda uppdragen är visserligen föremål för offentligrättslig lagstiftning och myndighets förordnande, men försvararuppdraget framstår som mera fritt från såväl detaljreglering som insyn.

Skälen till denna relativa frihet är av två slag: yrkesetiska och yrkespraktiska. För det första lägger etiska hänsyn såsom tystnadsplikt och lojalitetsplikt hinder i vägen för en alltför långtgående insyn i och kontroll av försvararens arbete. För det andra gäller ur praktisk synpunkt att försvarsadvokatens arbete är av sådant slag att såväl lagstiftare som advokatsamfund funnit det omöjligt att i detalj reglera alla de skiftande förhållanden och frågor som kan uppkomma i verksamheten.[43]

15.1.4 *Försvararen – inte riktigt mitt emellan*

Med hjälp av ovanstående, högst översiktliga presentation, kan man se att försvararuppdraget i jämförelse med två näraliggande typiska advokatuppdrag tycks vara ett uppdrag av blandad karaktär, som lånat drag både från principer i civilrätt och i offentlig rätt.

Av de kriterier jag tagit upp i en mer extensiv (opublicerad) undersökning har konkursförvaltaren och den offentliga försvararen det största antalet gemensamma nämnare.[44]

43. Jämför RB 8:4 med PLB s. 131 samt ingressen till SRGA.

44. Det rör sig om kriterierna uppdragsbegrepp, rättssubjekt, uppdragets personliga karaktär, uppdragets ingående, redovisningsplikt samt grunden för uppdraget, där offentlig försvarare och konkursförvaltare schematiskt sett har exakt samma uppgift, samt ett ytterligare antal kriterier (lagreglering, formkrav, ansvar mot huvudman, uppdragets upphörande, regler om arvode och fullmakt, styrande central princip och offentlig kontroll), där uppdragstagarna har liknande eller korresponderande uppgift.

Sysslomannens kriterier stämmer överens med försvararens endast i något enstaka fall. Om man ändrar förutsättningarna på så sätt att man tänker sig ett avtal mellan försvararen och klienten vid sidan av det utåt synliga uppdraget från staten, så kan man kanske få fler kriterier att korrespondera med sysslomannens. Frågan är hur meningsfull en sådan fiktion skulle vara. Grunden för uppdraget och den centrala princip som reglerar det skiljer sysslomannen från försvararen på ett avgörande sätt.

Grunden för konkursförvaltarens uppdrag och dess centrala principer överensstämmer på ett slående sätt med försvararuppdragets. Både offentlig försvarare och konkursförvaltare är figurer som sprungit ur ett offentligt, allmänt behov i rätts- och samhällslivet och därför har staten tagit på sig att skapa, kontrollera och reglera båda uppdragsslagen. Centrala principer som frågor om avtalsfrihet, partsautonomi och krav på myndighetsförordnande är samstämmiga.

Om man gör gällande att det offentliga försvararuppdraget är ett mellanting mellan ett civilrättsligt och ett offentligrättsligt uppdrag kommer man alltså inte att ha beskrivit det faktiska förhållandet på ett adekvat sätt. Därtill är de civilrättsliga inslagen alltför få. Å andra sidan uppvisar försvararuppdraget flera säregna drag som inte återfinns i det typiska offentligrättsliga uppdraget.

Därför bör det offentliga försvararuppdraget betecknas som ett uppdrag *sui generis*. Det kan inte enkelt inordnas under någon annan känd uppdragstyp.

15.2 Slutsats rörande uppdragets natur

Som framgår av vad ovan sagts, uppvisar regleringen av försvararuppdraget en splittrad bild av uppdraget som gör att det är svårt att rätt bestämma dess natur. En så översiktlig studie som den jag gjort ovan tjänar i och för sig inte till mycket annat än att underlätta överblicken över försvararens åligganden och regleringen av vissa aspekter på uppdraget jämfört med de båda andra uppdragstagarnas. Vissa slutsatser kan dock dras om försvararens ställning på grundval av vad som framkommit.

Allt tyder på att ett offentligt försvar är att betrakta som ett statligt, offentligt uppdrag. Viktigt för bestämningen av försvarares ställning är att denna ytterst *stöder sig på ett lagbud*. Av denna anledning är uppdraget att betrakta som mer offentligrättsligt än privaträttsligt.

Emellertid kännetecknas försvararuppdraget på ett fullständigt avgörande sätt av *förhållandet till klienten*. Bland annat detta förhållande, med sina inslag av professionsetiska hänsyn som tystnadsplikt och lojalitetsplikt, har fört med sig en frånvaro av detaljreglering och ett tolkningsutrymme såväl i praxis[45] som för den enskilda advokaten. En sådan normativ elasticitet, med vaga, mångtydiga eller obestämda rekvisit, tillhör inte vanligheterna för regler

45. Med praxis avses i detta sammanhang tillämpningen både i domstolar och disciplinnämnd.

med funktion i straffprocessen och i offentlig rätt. Det offentliga försvararuppdraget är även av denna anledning att betrakta som ett uppdrag av ett alldeles säreget slag.

För att rätt förstå uppdragets natur bör man alltså väga samman den offentligrättsliga reglering, som rör försvararens ställning i *formellt* hänseende, med det närmast unika tolkningsutrymme som regleringen lämnar i *materiellt* hänseende.[46] Det är bland annat just detta tolkningsutrymme som är föremål för föreliggande undersökning. Det må räcka att här konstatera att försvarsadvokaten, innanför den rigida ramen, har mycket stor frihet att själv bestämma på vilket sätt hon bäst skall tjäna klientens intressen (se argumentationsanalysen ovan).

I formellt hänseende har försvararen att tillse att allt går rätt till under förundersökning och rättegång: att den misstänkte behandlas i enlighet med reglerna i RB och i vissa fall speciallag.[47] I materiellt hänseende gäller, enligt Olivecronas analys, att försvararen skall tillvarata den misstänktes rätt enligt RB 21:7 1 st.[48]

Det råder ingen tvekan om att försvararen enligt bl.a. RB 21:7 1 stycket har lojalitetsplikt gentemot sin klient.[49] Det heter också i RB 21:3 1 st. att det är den misstänkte som utser försvarare, vilket innebär att klientens önskemål om att få en viss försvarare skall tillmätas betydelse. Detta innebär dock inte att det är klienten som bör betraktas som uppdragsgivare eller att uppdraget i något annat avseende utgått från klienten. När det gäller klassificeringen av juridiska uppdrag återkommer doktrinen ständigt till vissa viktiga punkter. Det rör sig om uppdragets *grund* i lagbud och *uppkomst* på grund av myndighets förordnande.

Försvararförhållandet kan enligt detta synsätt uttryckas så, att *staten är uppdragsgivare*, att *offentligt försvararskap är en samhällsuppgift* och att inom ramen för detta uppdrag finns en lagstadgad *plikt till lojalitet mot klienten*. Denna lojalitetsplikt har givits vissa ramar i lag, god advokatsed och praxis, men är innanför ramarna öppen för tolkning.

Låt oss nu sammanfattningsvis se vad vi kommit fram till.

Vi har sett ett klassiskt exempel på hur man kan försöka artbestämma uppdraget. Detta har lett fram till svaret att försvararuppdraget är ett uppdrag *sui generis*, eller, mindre elegant uttryckt, ett uppdrag som varken är fågel eller fisk och inte heller riktigt mitt emellan.

I formellt hänseende kan det inte råda någon tvekan om att det för svensk offentlig försvarares del är staten som bör betraktas som uppdragsgivare. Klienten kan inte förordna sin offentliga försvarare och inte heller entlediga henne. Redovisning av arbetet med det offentliga försvaret sker inför domstolen och arvodet betalas i första hand av staten.

46. Enligt Olivecronas analys: Rättegången i brottmål enligt RB, 2 uppl. (1961), s. 102 f.
47. T.ex. Lag (1976:371) om behandlingen av häktade och anhållna m.fl. (HL).
48. Jämför Olivecrona, ibid.
49. Lojalitetsplikten i allmänhet och 21:7 i synnerhet kommer att bli föremål för ingående analyser längre fram.

Konstaterandet att staten är uppdragsgivare säger oss dock inte mycket. Vi får inte veta om uppdragsgivaren anser att advokaten skall följa sin klients instruktioner. Allt vi vet är att staten genom lag givit advokaten vissa instruktioner. I lagen finner vi emellertid inte något annat än att advokaten skall visa nit och omsorg i sitt arbete och i övrigt handla i enlighet med god advokatsed.

En sådan här artbestämning ger tydligen inte svar på frågan om försvararens bundenhet vid klientinstruktionerna. Det vi får är en utgångspunkt för en annan typ av undersökning. Som kommer att visa sig längre fram är detta förhållande typiskt när man med hjälp av klassisk dogmatisk metod söker svaret på en fråga som försvararens bundenhet. De offentliga normerna är helt enkelt framtänkta ur ett annat perspektiv och ger därför svar på frågor som är ställda på ett annat sätt.

16 Bundenheten till försvararuppdraget

16.1 Introduktion

Ovan har jag konstaterat att försvararuppdraget är ett offentligt uppdrag vars funktion är att tillgodose det allmännas intresse av god straffrättskipning. Det är ett uppdrag som utgår från staten enligt offentligrättslig lag och myndighets bud. Robberstad går så långt att hon gör gällande att försvarare "først og fremst"[1] tillvaratar statens intresse: "Forsvarerposisjonen er instiftet like mye for statens som for siktedes egen del."[2]

Inom ramen för detta statliga uppdrag finns en lagstadgad plikt till lojalitet mot klienten.

Det faktum att det är staten som bör betraktas som uppdragsgivare är inte helt oproblematiskt.[3] Staten intar också ställning som försvarets motpart. Det är staten som genom åklagaren väcker åtal mot den misstänkte och det är staten som betalar försvararens arvode och som genom domstolen har möjlighet att "pruta ner" detta. Den plikt till lojalitet mot klienten som det allmänna kräver av advokaten kan av dessa och andra skäl balansera på en ganska tunn egg. Ett viktigt sådant "annat skäl" är att i uppdraget som offentlig försvarare implicit ligger en plikt till lojalitet gentemot rättsordningen. Försvarsadvokaten anses böra medverka till den goda rättskipning som det allmänna har intresse av. Det är tydligen inte bara så att själva institutet offentlig försvarare är en *del i* den goda rättskipningen, utan försvararen förväntas arbeta på ett sätt som *främjar* god rättskipning.[4]

Främjande av god rättskipning är i och för sig ett öppet begrepp som kan kräva precisering, men grundidén är uppenbar och konkreta exempel på rättskipningslojalitet kan vara att inte missbruka domstolarnas tid, att inte maximalt utnyttja "kryphål" i lagen, att inte slösa med allmänna medel, att inte föra domstolen bakom ljuset och att inte uppträda på ett sätt som minskar all-

1. Robberstad kap. 7 not 9.
2. Robberstad s. 105 med noter.
3. Se vidare t.ex. Ebervall: Der Strafverteidiger zwischen freiem Beruf und Organ der Rechtspflege i band 183 (1997), Arbeiten zur Rechtsvergleichung, samt däri återgiven diskussion.
4. Jämför idealtypernas argument i kap. 14 ovan.

mänhetens eller domstolarnas förtroende för advokatkåren. Tanken på en sådan lojalitet är inte främmande utan har diskuterats ganska ingående, exempelvis i engelsk doktrin, där man betecknar en barrister som en *officer of the court*, vilket skall tolkas som en klart definierad lojalitetsplikt mot domstolen oaktat den starka lojalitetsplikten mot klienten.

En fråga som diskuterats i olika sammanhang är om bland annat dessa förutsättningar medför att en *offentlig* försvarares lojalitet ligger hos det allmänna i första hand och hos klienten i andra hand. I samband med införandet av de allmänna advokatbyråerna i Sverige uttryckte vissa remissinstanser oro över detta. Bland annat advokatsamfundet ifrågasatte om en offentliganställd advokat skulle kunna stå fri och oberoende från staten.[5]

I USA har man livligt diskuterat vilken typ av lojalitet som driver *public defenders*, som ju är statsanställda försvarsadvokater.[6] Intressant nog har vissa debattörer intagit den ståndpunkten beträffande *public defenders* att denna typ av försvarare skulle vara urtypen för vapendragarförsvararen, eftersom argumenten för att rättfärdiga *public defenders* är just klientcentrerade argument och systemargument.[7] Som synes är inställningen den diametralt motsatta mot den, där man befarar att en statsanställd advokat skulle vara alltför lojal mot statens intressen.

Detta innebär tydligen att en statsanställd advokat eller en offentlig försvarare kan förutsättas tolka lojalitetsplikten antingen på ett sätt som främst tar hänsyn till det allmännas intressen, eller på ett sätt som främst tar hänsyn till klientens intressen. Frågan är inom vilka skolor dessa tolkningssätt hör hemma. Klientintresset bör höra hemma i vapendragarideologin. Hänsynen till det allmänna är inte lika enkelt att sätta etikett på. Å ena sidan har vi tagit del av vapendragarens typiska systemargument. Vapendragaren måste, för att rättfärdiga sitt handlingssätt, förlita sig på att rättssystemet fungerar. Å andra sidan har även vägvisarskolan drag som visar lojalitet gentemot det allmänna. Det är därför viktigt att reda ut begreppet "hänsynen till det allmänna". Dels handlar det om definitionen av "hänsyn", dels om definitionen av "det allmänna".

För egen del tror jag det är viktigt att i detta sammanhang undvika en tolkning av begreppet "det allmänna" som ett statligt intresse som skulle stå i något slags motsatt position mot privata eller individuella intressen. Alla medborgare i ett samfund har intresse av att medborgerliga rättigheter inte åsidosätts, av att straffrättskipningen är förutsägbar och enhetlig och av att maktmissbruk förebyggs. Det spelar därför här inte så stor roll om "staten" är socialistisk eller liberal, eller om det är "det allmänna" i form av regering och parlament eller starka privata intressen, som har det avgörande inflytandet över de samhälleliga institutionerna. Som framgår av stycket strax ovan blir diskussionen om advokaternas lojalitet mot det allmänna – beroende på om de

5. Se prop. 1972:4 med förslag till rättshjälpslag m.m., s. 62 f.

6. Se kap. 9.2 om amerikanska förhållanden.

7. Se Charles J Ogletree, Jr.: Beyond Justifications: Seeking Motivations to Sustain Public Defenders, 106 Harv.L.Rev. 1239 (1993).

är statsanställda eller inte – ganska poänglös om man inte först definierar det allmännas intresse i andra termer än partipolitiska. Det blir annars lätt att glida in i resonemang om att en statsanställd advokat i ett socialistiskt land aldrig är lojal mot individen, medan fallet skulle vara det motsatta i en liberal stat.[8]

"Hänsyn" innebär inte det samma som lojalitet. Hänsyn behöver inte betyda något annat än att man kalkylerar med en viss företeelse, exempelvis av taktiska skäl. Jag skall ge ett exempel.

Vapendragarideologin grundar sig på ett utpräglat instrumenttänkande. Som vi har sett har vapendragaren ett närmast mekaniskt sätt att lösa olika dilemman i förhållande till klienten, saken eller rättsordningen. Som det effektiva instrument vapendragaren skall vara i sin klients hand, måste hon räkna med alla de ramar eller hinder, som kringgärdar hennes yrkestillvaro. Hon måste "ta hänsyn till" det allmänna, på samma sätt som hon måste ta hänsyn till vad lagen stadgar eller vad åklagaren anför för bevisning – allt för att främja sin klients intressen. Vapendragaren förlitar sig på systemet och spelar sin utstakade roll inom ramen för detta. Vapendragarens förhållningssätt till det allmänna kan därför definieras så att hon, för att kunna främja sin klients intressen, också måste se till det allmänna som en kraft att räkna med. Detta behöver inte nödvändigtvis innebära vapendragaren är *lojal* med det allmännas intressen. För att rättfärdiga att hon accepterar alla slags uppdrag, kan vapendragaren anföra det kraftfulla argument som tar sin utgångspunkt i den medborgerliga rättigheten att få försvarare. Denna rättighet är givetvis ett "allmänt intresse". Som visades i diskussionen kring cab rank-regeln, behöver emellertid inte vapendragarens inställning till uppdragen ses som ett uttryck för höga rättssäkerhetsideal, utan kan lika gärna ges en mer pragmatisk förklaring. Vapendragaren kan enkelt uttryckt sägas *använda sig av* systemet, av lagen och av det allmännas intresse av rättssäkerhet, allt för att maximera klientnyttan och legitimera sitt klientcentrerade förhållningssätt.

Vägvisarens beslut i svåra valsituationer präglas däremot av avvägningar där en form av intresse vägs mot en annan. I sin lojalitet mot klienten har vägvisaren en plikt även gentemot samhällets eller det allmännas intresse av god rättskipning. I engelsk och amerikansk doktrin framställs vägvisarorienterade advokater som *officers of the court*.[9] Enligt vägvisarens tolkning av begreppet skall en god advokat fungera som ett slags rättsstatens eller till och med rättvisans tjänare. Vägvisaren har på denna grund en lojalitetsplikt gentemot det allmänna.

8. Detta är en tes som med viss förtjusning drivs av amerikanska författare, se t.ex. Jesse Berman: The Cuban Popular Tribunals, 69 Columbia L.Rev. 1317 (1969): "The first job of a revolutionary lawyer is not to argue that his client is innocent, but rather to determine if his client is guilty and, if so, to seek the sanction which will best rehabilitate him." Berman citerar en kubansk advokat och yttrandet återges ofta i arbeten som diskuterar advokatens funktion i en demokrati. Se även II B, särskilt kap. 14.

9. Jämför tysk rätt, där försvararen betecknas som "Organ der Rechtspflege", dvs. intar ställningen som ett självständigt rättsvårdande organ, som inte anses ha någon ensidig bevakning av klientens intressen som främsta skyldighet. Se t.ex. Arbeiten zur Rechtsvergleichung a.a.

Det allmännas intresse kan också ses som ett samhällsekonomiskt intresse. Den försvarare, vars arvode betalas av det allmänna, såsom offentlig försvarare i Sverige och *public defender* i USA, kan i varierande grad ha skyldighet att ta hänsyn till kostnaderna för arbetet med försvaret. Sådan skyldighet åligger i och för sig, åtminstone för svensk räkning, alla försvarare som får ersättning enligt RB 21:10. Det är svårt att med fog påstå att en viss typ av advokat skulle vara mer försiktig med allmänna medel än en annan typ. För här aktuellt fall skulle man kanske kunna tänka sig att vägvisaren skulle se även till de ökade kostnader, som ett materiellt felaktigt domslut skulle kunna medföra, om det till exempel sedermera blev föremål för resning.

Det är inte svårt att föreställa sig att lojalitetsplikten mot klienten kan ges ganska olika prioritet, bl.a. under beaktande av att försvararen dessutom har att iaktta intresset av god rättskipning. Det är naturligtvis omöjligt att mäta ett sådant abstrakt begrepp som lojalitet, men om man ändå för illustrationens skull tänker sig en skala där lojaliteten mot klienten mäts mot lojaliteten mot det allmänna, så kan följande resultat vara tänkbara. Om de båda typerna av lojalitet verkligen står mot varandra och lojaliteten sammanlagt inte kan vara mer än 100 procent, så kan klientlojaliteten ta större eller mindre utrymme beroende på den bakomliggande uppfattningen om försvararens roll i processen och i rättssamhället.

Det skulle rent hypotetiskt kunna vara så att mätningen enligt det allmännas synsätt (manifesterat genom normgivningen) ger ett resultat där lojaliteten mot det allmänna ligger på 60 procent och lojaliteten mot klienten på 40 procent. Ur praktikernas egen synvinkel kan procenttalen också skifta, beroende på till vilken advokatideologi man kan hänföras. Vägvisare skulle kanske låta vardera lojalitetsplikt ta 50 procent i anspråk, medan vapendragare skulle låta klientlojaliteten överväga, kanske ända upp till 60–70 procent.

Eftersom en exakt mätning åskådliggjord på en grafisk kurva enligt min mening är orealistiskt och dessutom går stick i stäv med syftet med denna avhandling, får jag emellertid lägga fram saken på ett annat sätt.

Jag skall fortsättningsvis söka precisera klientlojaliteten ur olika aspekter. I detta kapitel skall en undersökning göras som syftar till att utröna normgivarens uppfattning om försvararens bundenhet till uppdraget.

I exemplen under rubriken "Försvararens dilemma" ovan (kap. 11) berättades om en försvarare som avseende själva arbetet i processen ställdes inför fyra olika handlingsalternativ, då klienten gav instruktioner som inte överensstämde med advokatens egen uppfattning i målet. Advokaten kunde antingen I) följa instruktionerna eller II) gå emot dem eller III) försöka med ett mellanting. Om hon fann att inget av alternativen var möjligt, fanns ingen annan utväg än IV), att avsäga sig uppdraget.

Alla exemplen illustrerar på olika sätt graden av bundenhet vid uppdraget och klienten. De tre första alternativen befinner sig helt inom området för det inre försvarar-klientförhållandet och är därför underkastade regler om god advokatsed såsom tystnadsplikten. Endast i undantagsfall kommer dylika frågor upp till öppen bedömning i domstol och disciplinnämnd. Av denna anledning

måste dessa alternativ undersökas främst med hjälp av doktrin och debatt kring advokatideologiska spörsmål, vilka vi har tagit del av i argumentationsanalysen ovan.

Det sista alternativet, frånträdande från försvararuppdrag, kräver däremot domstolsbeslut och är därför föremål för reglering i såväl lag som SRGA, en reglering som är tolkad i praxis. Tillämpningen av reglerna kring frånträdande från offentliga försvararförordnanden kan ge en bild av såväl det allmännas som advokatsamfundets uppfattning om graden av försvararens bundenhet vid uppdraget och därmed om en viktig aspekt av uppdragets innehåll såvitt avser lojaliteten mot klienten. Jag kommer därför till att börja med göra en utredning kring frågan om advokatens frånträdande från offentligt försvararuppdrag.

Undersökningen har alltså två syften: den ger oss kunskap om den ram normerna sätter upp för advokaten och den ger oss ett visst underlag för en tolkning av normgivarens uppfattning om försvararens roll i förhållande till klienten och det allmänna.

16.2 Att frånträda försvararuppdraget

Frånträdandet som handlingsalternativ finns givetvis belyst i praxis och är därför av intresse att studera. Vad vi vill veta är ju egentligen normgivarens uppfattning om försvararens bundenhet av klientinstruktionerna. Detta kan man inte alltid se direkt i judikaturen om frånträdandet från försvararuppdraget. Vad man däremot kan se är normgivarens uppfattning om försvararens bundenhet i andra avseenden. Det gäller bundenheten till försvararuppdraget som sådant, vilket man kan se i reglerna om entledigande. Det gäller också bundenheten till klienten, vilket man kan läsa in i exempelvis bestämmelserna i god advokatsed om att försvararen får finna sig i att klienten är betungande och besvärlig.

Den etiska problematiken i fallet med advokaten som väljer att frånträda uppvisar likheter med de problem som diskuterades i del II av denna avhandling. Där tog jag bland annat upp det problem som i amerikansk doktrin kallats för *last lawyer in town*. I det fallet inträffande ju den situationen att advokat efter advokat blev tillfrågad om ett försvararuppdrag men avböjde, varför den misstänkte till slut stod utan försvarare.

Parallellerna med det fall som diskuteras i detta kapitel är uppenbara: klienten lämnar sin försvarare instruktioner som kräver ett besvärligt ställningstagande. Försvararen väljer att inte ta ställning för eller emot, utan undviker i stället problemet genom att frånträda. Klienten går till nästa försvarare, varvid samma procedur upprepas. Hypotetiskt sett kan den situationen till slut inträda att ingen försvarare finns kvar som kan eller vill genomföra uppdraget. Frånträdandet som handlingsalternativ innehåller därför – åtminstone på ett teoretiskt plan – betydande ideologiska problem. Den som rutinmässigt från-

träder får svårt att rättfärdiga sin position, eftersom den förutsätter att inte alla andra gör likadant.[10]

Normgivaren – lagstiftare och advokatsamfund – har knappast tagit ställning till denna problematik. I frågan om accept av försvararuppdrag berättades i del II att Sverige har mycket liberala bestämmelser för advokaten jämfört med exempelvis de två utländska system jag valt att studera. I England får baristern över huvud taget inte tacka nej till uppdrag och i USA rekommenderas hon att inte tacka nej, medan svenska advokater får avböja av vilket skäl som helst. Att svenska regler om advokater över huvud taget inte berör problematiken med avböjandet, kan tolkas på olika sätt, vilket också gjorts i föregående del av avhandlingen. En möjlig tolkning är att normgivaren inte tänkt på problemet och en annan är att normgivaren insett att problemet är svårt att lösa på ett enkelt sätt och därför överlåtit det till praktikerna.

När det gäller instruktionsproblematiken och advokatens frånträdande är det också svårt att se någon klar och entydig linje i lagstiftarens och advokatsamfundets regler och kommentarer. Som vi skall se, har advokatsamfundet tagit ställning i vissa (ibland självklara) fall, som till exempel att advokaten inte skall tillmötesgå klientens önskan om att hon skall göra något olagligt.[11] I andra fall, som ligger inom gråzonen för ett tillåtet beteende, har dock advokatsamfundet genom disciplinnämnden givit uttryck för olika synsätt.[12]

Jag har konstaterat att advokat i Sverige är fullständigt fri att avböja uppdrag som offentlig försvarare och inte behöver ange skälen för avböjandet. Annorlunda förhåller det sig sedan advokaten väl accepterat uppdraget, vilket kommer att framgå nedan. När en advokat mottagit förordnande som offentlig försvarare skall hon som huvudregel stå fast vid att genomföra försvararuppdraget och på ett lojalt sätt biträda sin klient, oavsett eventuella meningsskiljaktigheter eller personligt obehag eller motvilja mot klienten. I synnerhet gäller denna princip om advokaten från början varit medveten om att klienten kunde bli besvärlig att ha att göra med eller saken kunnat innefatta svårigheter av speciellt slag.

Ett problem i sammanhanget är att advokaten är bunden av sin tystnads- och lojalitetsplikt gentemot klienten – oavsett vad som förevarit dem emellan – och därför är förhindrad att avslöja uppgifter, som kan skada klienten och dennes sak. [13]

10. Se del II. Vägvisarens val att inte företräda den avskyvärde klienten kan inte upphöjas till allmän lag (jämför Kant).

11. SRGA 15 §, 2 st. 2 och 3 p. Reglerna kommenteras längre fram.

12. Så t.ex. var åsikterna delade i disciplinnämnden i TSA 1975 s. 366 om en advokat som medverkat till att upprätta ett överklagande utan utsikt till framgång, för att klienten skulle få anstånd med verkställighet av utdömt straff. En minoritet i nämnden fann att advokaten visserligen handlat felaktigt men inte åsidosatt sin klients intressen. Fallet kommenteras i kap. 17, där fler exempel ur praxis genomgås.

13. Ett formellt problem kan vara begränsad fullföljdsrätt i vissa fall: om (enbart) entledigande begärts men ej vunnit bifall, kan beslutet härom enligt praxis inte överklagas särskilt. NJA 1977 s. 137.

Resultatet av min undersökning tycks ge vid handen att det allmänna – försvararens uppdragsgivare – i Sverige står för ett förhållningssätt där försvararen har en stark eller mycket stark lojalitetsförpliktelse mot sin klient. Det skall, enkelt uttryckt, föreligga starka skäl för att en offentlig försvarare skall bli befriad från sitt uppdrag. Inte ens om försvararen kan visa att uppdraget medfört starkt personligt obehag för henne är det säkert att ett entledigande beviljas. Det synes som om klientens intressen alltid sätts i första rummet. I den beskrivning av gällande rätt som följer, kommer detta synsätt att framgå ganska tydligt.

Innebär detta att klientlojaliteten ur det allmännas synvinkel är viktigare än till och med lojaliteten mot rättsordningen? Det är inte säkert. Det finns åtminstone två andra möjligheter.

För det första kan det finnas en pragmatisk förklaring till statens till synes hängivna omsorg om de brottsmisstänktas intressen. Processekonomiskt är ett försvararbyte alltid olyckligt. I ett komplicerat brottmål kan det innebära att den nytillträdda försvararen måste läsa in ett stort material och att rättegången kan behöva skjutas upp – samtidigt som givetvis den avträdande försvararen skall ha betalt för det dittillsvarande arbetet i målet. I värsta fall kan den misstänkte och den nya försvararen inte heller samarbeta, varvid det blir ytterligare ett byte.[14]

För det andra finns det naturligtvis olika sätt att tolka begreppen "klientlojalitet" och "rättsordningslojalitet". Detta är just en av anledningarna till att det knappast går att mäta lojaliteterna, vilket ovan konstaterats.

En tolkningsmöjlighet är att se de båda som en enhet: lojalitet mot klienten är detsamma som lojalitet mot rättsordningen; de står inte alls i motsatsställning. Kanske är det så det allmänna ser på saken. En sådan definition medför problem ur försvararens perspektiv. Om rättsordningslojalitet är detsamma som klientlojalitet, innebär då detta att advokaten skall bevaka sin klients intressen på ett sätt som ytterst syftar till en god rättstillämpning? Som visats i argumentationsanalysen kan vissa typer av advokater ha en sådan uppfattning. Framför allt passar synsättet väl in på vägvisartypen.

Kanske kan man också se på rättsordningslojaliteten som ett stort och sammansatt pussel, av vilket advokaten bara skall ta ansvar för sin lilla pusselbit: klienten. Staten kan tänkas resonera så, att om advokaten bara sköter sin klient och håller fast vid sitt uppdrag, så finns det andra aktörer som sköter sina delar, såsom åklagare, polis och domare. Tillsammans tar de alla lojalt ansvar för sin del av rättsordningen. En sådan tankegång finns framför allt i vapendragarideologin.

Det tycks finnas möjligheter att förena båda uppfattningarna med gällande rätt.

14. Detta skedde ett flertal gånger i det s.k. lasermålet, NJA 1995 s. 75. När den tilltalade var inne på sin sjunde och åttonde försvarare i målet och på nytt begärde försvararbyte, fann hovrätten att gränsen var nådd för ytterligare byte. Fallet kommenteras nedan.

Jag kommer först att genomgå bestämmelserna i lag och deras tillämpning i domstolarna avseende frånträdande av försvararuppdrag. I avsnittet därpå presenteras reglering och tillämpning enligt begreppet god advokatsed, där jag med hjälp av praxis i såväl domstol som disciplinnämnd försöker ge en bild av hur tillämparen har argumenterat avseende graden av bundenhet vid försvararuppdraget.

16.3 Frånträdandet och lagen

Som tidigare nämnts, kan inte en advokat enligt svensk rätt självmant frånträda ett offentligt försvararuppdrag. Endast rätten kan skilja henne från uppdraget. Rätten kan återkalla sådant förordnande på olika grunder. Enligt RB 21:6 får rätten återkalla förordnande av offentlig försvarare om *behovet* av försvarare *upphör* eller något *annat giltigt skäl* därtill förekommer. Stadgandet är bland annat att se som ett uttryck för rättens tillsynsfunktion i fråga om försvararens kvalifikationer och utövande av sitt uppdrag. Det har förutsatts att rätten skall kunna ingripa *ex officio*.[15]

Som exempel på att behovet av offentlig försvarare upphör anges i förarbetena att förordnandet meddelats innan åtal väckts och det senare visar sig att åtalet inte omfattar det brott som motiverade förordnandet. Ett annat exempel är att efter överklagande prövningen i högre instans omfattar frågor som inte kräver biträde av försvarare.[16] I motiven framhålls att stor försiktighet bör iakttas när det gäller att återkalla ett förordnande som meddelats efter det att åtal väckts.[17]

Jag skall nedan utreda de *andra giltiga skäl* som kan finnas för att återkalla ett förordnande som offentlig försvarare. Giltiga skäl kan antingen röra försvararens olämplighet eller också kan uppdraget återkallas på någon annan grund, som inte har med försvararens olämplighet att göra.

Förutom ett återkallande enligt 21:6 torde rätten i och för sig ha möjlighet att enligt 12:5 (jämfört med 21:3 *in fine*) *avvisa* försvarare som ombud i målet, om hon visar oredlighet, oskicklighet eller oförstånd eller eljest finnes olämplig. Enligt 12:22 gäller 12:5 även för rättegångsbiträde, vilket alltså innebär att försvarare med eller utan fullmakt kan avvisas. Sådan avvisning av ombud som är advokat skall enligt 12:6 andra stycket av rätten anmälas till advokatsamfundet. Jag har emellertid inte kunnat finna något stöd i kommentarerna eller doktrinen för att avvisning skulle ske vid sidan av återkallande enligt 21:6 av advokat som är försvarare. Så länge endast är fråga om offentligt försvar i

15. NJA II 1943 s. 136 och 285 samt Gärde: Nya RB s. 155, 265 f. och 269.

16. Jämför dock utgången i NJA 1995 s. 625, där en utländsk medborgare (utan biträde) i tingsrätten dömdes för stöld till villkorlig dom samt utvisades ur riket. Den tilltalade överklagade utvisningsbeslutet till hovrätten och begärde samtidigt offentlig försvarare, vilken begäran lämnades utan bifall. HD förordnade offentlig försvarare i målet i hovrätten, som enbart rörde utvisning. Som skäl angavs bl.a. att utvisning är en särskild rättsverkan av brott och att i flertalet fall av utvisning den misstänkte redan biträds av offentlig försvarare på sedvanliga grunder.

17. Prop. 1983/84:23 s. 22 f.

brottmål torde inte rätten ha någon anledning att även använda sig av avvisning enligt 12 kap. Annat kan förhållandet vara om försvararen även biträder den misstänkte i andra frågor än brottmålet, t.ex. skadeståndsfrågan. Om domstolen i sådant fall skulle finna att advokaten är olämplig som ombud i både brottmålet och i övriga frågor, bör domstolen kunna använda sig av såväl återkallande enligt 21:6 som avvisning enligt 12:5.

16.3.1 *Försvararens olämplighet*

Rätten kan återkalla försvararförordnandet på grund av att försvararen inte uppfyller de krav på redbarhet och lämplighet som lagen ställer. Frågan om försvararens olämplighet är mycket intressant ur ideologisk synpunkt, eftersom praxis säger oss något om domstolarnas uppfattning om hur en god försvarare bör vara, inte minst ur klientlojalitetssynpunkt. Det finns ett par signifikanta fall att tillgå i svensk praxis. Dessa kommer att analyseras längre fram, i avsnitt som behandlar klientlojaliteten.[18] Jag kommer här endast att referera fallen i all korthet.

I RH 1983:78[19] återkallade tingsrätten förordnandet för en advokat att vara offentlig försvarare på den grunden att försvararen i utredningssyfte haft samröre med en misstänkt person och att detta i hög grad rubbat förtroendet för advokaten att vara försvarare i målet. Hovrätten undanröjde sedermera tingsrättens beslut och advokaten återfick med omedelbar verkan sitt förordnande som offentlig försvarare. De olika utgångarna i tings- och hovrätt tyder i vart fall på att domstolarna kan ha olika uppfattning om klientlojaliteten. Där tingsrätten fann att advokaten förfarit i hög grad olämpligt genom sina utredningsmetoder, fann hovrätten tvärtom att en försvarare i denna situation var oförhindrad och efter omständigheterna skyldig att på egen hand skaffa utredning i saken och att en annan syn på försvararens uppgift skulle kunna hämma eller avhålla ifrån motiverade insatser för den misstänktes sak. Advokatsamfundet fann för sin del vid ärendets behandling i disciplinnämnden att advokaten inte vid sina utredningsförsök handlat i strid med god advokatsed.

Fallet illustrerar en advokatideologi som är starkt klientorienterad och kommer därför att analyseras i det avsnitt som längre fram behandlar det handlingsalternativ där advokaten följer sin klients instruktioner. [20]

I TSA 1978 s. 109 återkallade tingsrätten enligt RB 21:6 stycke 1 p. 1 förordnandet att vara offentlig försvarare för en advokat. Tingsrätten fann att advokaten på grund av osanna uppgifter inte längre kunde omfattas med det förtroende som en offentlig försvarare i brottmål måste åtnjuta. Advokaten hade i 1978 års disciplinärende låtit sin häktade klient ta del av sådant förundersökningsmaterial som denne med hänsyn till häktningsskälen inte utan tillstånd av åklagaren borde få del av.

18. Se i synnerhet kapitel 17 om den svenska normgivarens uppfattning om klientlojaliteten, specifikt om klientinstruktionerna i praxis.

19. Samma fall behandlas också i kap. 13.3.1 *in fine* ovan och kap. 17 nedan.

20. Samma fall har även behandlats i NJA 1983 s. 200 (i HD var fråga om åklagares talerätt), respektive som disciplinfall i TSA 1986 s. 60.

Advokaten hade låtit klientlojaliteten väga alltför tungt i förhållande till rättsordningslojaliteten.

> Slutligen hade i TSA 1975 s. 359 tingsrätten återkallat ett förordnande att vara offentlig försvarare på grund av att advokaten visat bristande aktivitet i försvaret av två pensionärer som var åtalade för otukt med barn. Disciplinnämnden fann senare att advokaten låtit sin egen uppfattning i skuldfrågan påverka sitt arbete med försvaret och tilldelade honom erinran.[21]

16.3.2 *Begäran om entledigande från försvararförordnandet*

En annan möjlighet att återkalla ett förordnande som offentlig försvarare kan vara att domstolen finner giltiga skäl för att advokaten skall entledigas från uppdraget efter att advokaten eller klienten eller båda begärt detta. Begäran om entledigande framställs i princip alltid i samband med en begäran om att rätten skall utse en annan person till offentlig försvarare. I undantagsfall kan den misstänkte begära att den offentliga försvararen skall entledigas på grund av att han har anlitat en privat försvarare. Sådan begäran kan bifallas om inte synnerlig olägenhet uppstår genom återkallandet. Om rätten alltså skulle finna att sådan olägenhet kan uppstå, bifalles inte begäran om entledigande. Detta hänger samman med att det enligt 21:3a åligger rätten att – oberoende av den misstänktes begäran – förordna offentlig försvarare om det behövs.

Begäran om försvararbyte skall endast bifallas om det finns giltiga skäl för ett sådant byte. Giltiga skäl till entledigande har i dessa sammanhang varit av dels av praktiskt slag, dels skäl som rört lojalitetsförhållandet mellan advokat och huvudman.

Praktiska skäl för entledigande har knappast i fråga om offentliga försvararuppdrag varit av ekonomisk art, vilka dock kan ha betydelse för civila advokatuppdrag och privata försvararuppdrag. Däremot kan laga förfall i form av t.ex. sjukdom, liksom bristande tid, utgöra giltigt skäl av praktisk natur. Begäran om entledigande på grund av laga förfall torde i allmänhet bedömas från fall till fall, bland annat med hänsyn till om det kan bli fråga om att huvudförhandlingen i målet skall uppskjutas. Här måste en avvägning göras mellan å ena sidan den tilltalades intresse av att biträdas av den försvarare han önskar och å andra sidan domstolens arbetsförhållanden och intresset av att brottmål avgörs så skyndsamt som möjligt.

Jag konstaterar i avhandlingen att den s.k. cab rank-regeln kan sättas ur spel om en barrister uppger att hon på grund av bristande tid eller sjukdom är förhindrad att ta sig an uppdraget, dvs. laga förfall föreligger. På liknande sätt kan givetvis svensk advokat ange praktiska skäl för att få bli entledigad från ett uppdrag som är betungande, exempelvis på grund av att klienten lämnar instruktioner som advokaten inte riktigt vet hur hon skall hantera. Det som utåt ser ut som praktiska skäl kan helt enkelt vara ett sätt att dölja etiska skäl

21. Fallet förekommer även i kap. 11 ovan och kap. 17 nedan.

som advokaten av någon anledning inte kan eller vill avslöja för domstolen. Jag återkommer längre fram till denna problematik.

När det så gäller begäran om entledigande på grunder som rör lojalitetsförhållandet mellan advokat och huvudman, kan dessa grunder delas in i några typiska fall. Det kan röra sig om motstridiga intressen mellan flera tilltalade; advokatens bristande tro på klienten eller dennes sak;[22] meningsskiljaktigheter i fråga om uppdragets utförande; bristande förtroende från klientens sida samt olämpligt uppträdande från klientens sida. Dessa grunder är föremål för olika bedömningar avseende huruvida de utgör giltiga skäl för entledigande.

Även när det gäller begäran av entledigande som rör lojalitetsförhållandet, kan en sådan utgöra ett försök att dölja det verkliga förhållandet. Vissa typer av advokater kan tänkas konstruera en förtroendeklyfta mellan sig och klienten för att komma ur ett dilemma som har sin grund i en instruktionsproblematik. Även till denna fråga har jag anledning att återkomma.

16.3.2.1 Motstridiga intressen

När det gäller motstridiga intressen mellan flera tilltalade anses dessa numera alltid utgöra giltigt skäl i de fall där samma försvarare förordnats för flera misstänkta och dessa senare får motstridiga intressen i målet.

I NJA 1989 s. 540 hade en advokat förordnats som offentlig försvarare för två tilltalade mot vilka åtal väckts för brott vid ett och samma tillfälle. Båda tilltalade fälldes i tingsrätten och båda fullföljde talan till hovrätten, där den ene anförde att han var missnöjd med att advokaten företrädde såväl honom som den andre, och önskade bli företrädd av en egen offentlig försvarare. Hovrätten ansåg inte giltiga skäl för försvararbyte föreligga och lämnade begäran utan bifall, men HD biföll begäran och yttrade att utseende av en försvarare för flera tilltalade borde undvikas när risk föreligger för uppkomst av motstridiga intressen.

I NJA 1990 s. 156 förelåg en liknande situation med två tilltalade. Den ursprunglige gemensamme försvararen blev i hovrätten entledigad från uppdraget att försvara den ene tilltalade och sedermera i HD entledigad även från uppdraget att försvara den andre tilltalade, eftersom risken för lojalitetskonflikt bedömdes som giltigt skäl.

22. Advokatens bristande tro på klienten eller dennes sak är ett skäl som inrymmer etiska problem av ett annat slag de övriga. En försvarare i brottmål är ålagd sträng tystnads- och lojalitetsplikt och har aldrig rätt att avslöja uppgifter som kan skada klienten och dennes sak. Lagstiftaren har inte närmare kunnat reglera denna fråga, eftersom den typiskt sett rör det inre förhållandet mellan försvaren och klienten. Det råder i och för sig skilda meningar i doktrinen om huruvida en försvarare bör begära sitt entledigande eller fortsätta företräda den tilltalade om hon exempelvis skulle få reda på eller misstänka att klienten ljugit i skuldfrågan. Jag har i del III B ovan inventerat de olika ideologiskt grundade argument som kan förekomma för eller emot att advokaten tar ställning i skuldfrågan. Känner advokaten bristande förtroende för klienten som person eller för klientens sak, måste hon i vart fall framföra sin begäran om entledigande på ett sätt som inte skadar klientens intresse. Mer härom längre fram.

Denna praxis kan ses som en illustration av domstolarnas uppfattning om försvararens lojalitet mot klienten. Man kan i och för sig, som Wiklund, hävda att en sådan här praxis är tämligen självklar.[23] Det är mycket svårt att tjäna två herrar, vilket konstateras redan i Bibeln.[24]

Det är emellertid inte så länge sedan HD uttalade att ekonomiska skäl ibland kan motivera att en advokat utses till offentlig försvarare för flera tilltalade i ett och samma mål; yttrandet står att läsa i det något äldre av de båda fallen som ovan angivits, 1989 års fall. I det senare fallet, från 1990, bestred domstolsverket att försvararbyte skulle få ske på den grunden att motstridiga intressen uppkommit. Vi ser alltså att de bevekelsegrunder som rättsordningens representanter kan ha, av naturliga skäl ofta är av ekonomiskt slag.

Är det då så att den frikostigare praxis som kommit att gälla under senare år är resultatet av en avvägning mellan ekonomiska intressen och den tilltalades intressen, en avvägning som vägt över till den tilltalades fördel? Så kan det naturligtvis vara. Man bör emellertid inte bortse från det faktum att kortsiktig ekonomi ibland kan vara förödande för den långsiktiga; om man i brottmålets inledande skede endast förordnar en advokat för två tilltalade och sedermera tvingas entlediga den gemensamma försvararen för att förordna två nya, blir kostnaderna för försvaret givetvis mycket högre än om man från början förordnat varsin advokat för de tilltalade.

Att domstolarna och domstolsverket är tvingade att ta ekonomiska hänsyn och därmed väga dessa mot rättssäkerhetshänsyn, är en självklarhet. En förklaring till ett visst synsätt kan vara pragmatisk utan att därför också betraktas som cynisk. En intressant aspekt av detta synsätt är emellertid frågan om man kan spåra det även i en advokatideologi. En ideologi som bland annat har ett betydande inslag av rättsordningslojalitet, kan också innebära att den enskilda advokaten bör ta hänsyn till det allmännas kostnader.

16.3.2.2 Meningsskiljaktigheter i fråga om uppdragets utförande

Meningsskiljaktigheter i fråga om uppdragets utförande har enligt ett par avgöranden i civilmål inte godtagits som giltigt skäl att entlediga advokaten. Ombud i civilmål grundar som bekant sin behörighet på fullmakt och inte på förordnande, varför skillnader kan finnas i graden av bundenhet till klientinstruktionerna. För civilmål gäller, i motsats till brottmålen, att advokaten – åtminstone under vissa förutsättningar – för domstolen kan avslöja anledningen till meningsskiljaktigheten utan att ställa klienten i ogynnsam dager. Även om civil praxis här endast kan användas analogivis med skillnaderna mellan brottmål och civilmål i åtanke, kan en sådan jämförelse ändå vara belysande. När ombudet är förordnat som rättshjälpsbiträde blir beröringspunkterna med försvararuppdraget fler.

23. Wiklund s. 188.
24. Matteus 6:24.

I NJA 1990 s. 264 uppkom motsättningar mellan ett rättshjälpsbiträde i ett familjemål och hennes huvudman. Motsättningarna gällde möjligheterna att med framgång föra talan mot tingsrättens dom. Rättshjälpsbiträdet begärde redan i tingsrätten att på grund av motsättningarna få bli entledigad, men tingsrätten biföll inte hennes begäran. Sedan även hovrätten vägrat entlediga biträdet kom målet upp i HD. I beslutsskälen konstaterade HD bland annat rörande biträdets skyldigheter att det av handlingarna framgick att motsättningar uppkommit mellan klient och advokat och att hovrätten avslagit advokatens begäran om entledigande. I det uppkomna läget hade det ålegat biträdet att även fortsättningsvis bevaka klientens intresse, fann HD, och yttrade: "Vid bedömandet av vad som därvid ankommit på (advokaten) är det en viktig utgångspunkt att (hon) inte kunde utåt agera på ett sätt som strider mot (huvudmannens) önskemål. När (advokaten) misslyckades med att övertyga klienten om att hans vadetalan knappast kunde vinna bifall, var (hon) på grund av sin lojalitetsplikt mot honom förhindrad att på egen hand bestämma grunderna för hans vadetalan. Självfallet kunde (hon) inte heller ge till känna för hovrätten att det enligt (hennes) uppfattning inte fanns någon grund för överklagandet."[25]

I RH 1995:2 fann hovrätten att det för biträdesbyte i ett allmänt tvistemål måste krävas *åtskilligt* mera än att parten har en annan uppfattning om hur målet skulle ha förts och framdeles skall föras för att så djupgående motsättningar skall anses vara för handen som avses i 21 § andra stycket rättshjälpslagen (min kurs.).[26]

Fallen visar att advokater även i civilmål anses vara pliktiga att slutföra sina uppdrag oavsett meningsskiljaktigheter, åtminstone om de är förordnade som rättshjälpsbiträden. För brottmålens del kan man lägga till ytterligare ett par aspekter. Dels finns en generell idé som genomsyrar reglerna om god advokatsed, och den går ut på att de ganska strikta lojalitetsförpliktelser som är ålagda advokat i civilmål i allmänhet gäller än mer för brottmål. Detta kan innebära för försvarsadvokatens del att det för ett entledigande bör krävas *betydligt* mer (jämför "åtskilligt" mer ovan) än att hon och huvudmannen har olika uppfattning om hur målet skall föras. Som vi skall se strax nedan, har domstolarna också varit restriktiva med försvararbyte på sådana här grunder.

Å andra sidan tycks det vara så att för just brottmålens del kan sådana här meningsmotsättningar utgöra giltig grund för biträdesbyte. Det kan ju verka inkonsekvent. Emellertid visar min studie att domstolarna funnit skäl att bifalla begäran om försvararbyte i särskilda fall, som skiljer sig från "typfallen".

Avseende brottmål har alltså i vissa fall entledigande beviljats på nu anförd grund. Det är troligt att det tillmäts betydelse att både advokat och klient förenar sig om hemställan, det vill säga då meningsskiljaktigheterna är så djupa att både tilltalad och försvarare hävdar att det inte går att samarbeta.

I notisfallet 1972 C 445 hade den tilltalade i Gotlands tingsrätt hemställt att en viss stockholmsadvokat måtte förordnas till offentlig försvarare. Tingsrätten förordnade en advokat från Gotland i stället för den begärde med hänvisning till att en stock-

25. NJA 1990 s. 264. Inte heller i RH 1983:128 godtogs meningsskiljaktigheter som skäl för entledigande av rättshjälpsbiträde.

26. I RhjL 21 § 2 st. stadgas att byte av biträde bara får ske efter särskilt tillstånd. Sådant tillstånd får lämnas om djupgående motsättningar uppstått mellan biträdet och den rättssökande eller om eljest särskilda skäl föreligger.

holmsadvokat skulle medföra avsevärt ökade kostnader.[27] Hovrätten fastställde tingsrättens beslut. I HD yrkade den tilltalade att gotlandsadvokaten måtte entledigas och namngav fyra olika stockholmsadvokater han i stället önskade som försvarare. Föredraganden i målet angav att gotlandsadvokaten i skrift till tingsrätten begärt sitt entledigande, med åberopande av att det syntes honom omöjligt att samarbeta med den tilltalade. På grund av det anförda återkallade HD förordnandet för gotlandsadvokaten och återförvisade ärendet till tingsrätten, som hade att företrädesvis förordna advokat enligt RB 21:5 stycke 1, dvs. i detta fall att välja en advokat från tingsrättsorten.[28]

I ett nyare rättsfall, NJA 1995 s. 75 (här även kallat lasermålet), var HD:s bedömning strängare. Man fann där att – trots stora motsättningar mellan klient och försvarare – det faktum att den tilltalade och hans försvarare har olika meningar om hur försvaret bör skötas inte nödvändigtvis innebär att brist i förtroendet föreligger. Fallet är närmast unikt i svensk praxis, eftersom den tilltalade vid tillfället för HD:s bedömning var inne på sin sjunde och åttonde försvarare i målet. Avseende frågan om entledigande bör därför fallet tolkas med försiktighet. Fallet kommenteras mera ingående längre fram.

I övrigt gäller att ett frånträdande aldrig får ske på ett sådant sätt att klientens sak skadas. I ett sådant fall visade HD hänsyn mot den tilltalade:

I notisfallet 1976 C 96 hade en person, som dömts och nöjdförklarat sig avseende påföljden i tingsrätten, sedan sökt erhålla biträde av sin dåvarande försvarare för överklagande av ett beslut om förvisning, men försvararen vägrade hjälpa honom eftersom han felaktigt utgått från att nöjdförklaringen avsåg även utvisningsbeslutet. Försvararen begärde sitt entledigande i hovrätten under anförande att en förtroendeklyfta uppstått mellan honom och hans klient. Hovrätten avvisade därefter en ansökan av den tilltalade om återställande av försutten tid för fullföljande av talan såvitt angick förvisningen. HD biföll emellertid ansökan om återställande av försutten tid på grund av de svårigheter som uppkommit för den tilltalade i samband med bytet av offentlig försvarare.

16.3.2.3 Bristande förtroende från klientens sida

Bristande förtroende från klientens sida är en betydligt vanligare förekommande grund för entledigande än de övriga som här redovisats. Man bör emellertid vara observant på att endera är gränserna för de kriterier som här räknas upp i vissa fall flytande eller terminologin eufemistisk. Mellan meningsskiljaktigheter och bristande förtroende är således gränsen svår att dra. Vidare kan ordvalet "bristande förtroende från klientens sida" vara en eufemism för något helt annat.

Det finns enligt min uppfattning huvudsakligen två skäl till att man så ofta använder sig av grunden bristande förtroende från klientens sida. Det ena skälet är kopplat till advokatens lojalitetsplikt mot klienten, medan det andra sna-

27. Jämför RB 21:5 1 st. *in fine*. Se härom även nedan under tolkning av föreliggande lag och praxis.

28. Jämför notisfallen från 1992 C 34 samt C 58, där försvararen "biträdde" den tilltalades begäran genom att meddela att han inget hade att erinra mot att han entledigades, varvid HD ändrade hovrättens beslut och biföll begäran om entledigande.

rare tar sin utgångspunkt i vad som kan vara taktiskt klokt för att vinna bifall i entledigandefrågan.

Bristande förtroende från *advokatens* sida går således knappast att ange som skäl för entledigande (jämför ovan). En sådan begäran skulle kunna uppfattas som bristande tro på klienten eller dennes sak och därmed betraktas som ett illojalt förfarande från advokatens sida. Begäran kan till exempel lätt ge upphov till spekulationer från domstolens sida i skuldfrågan. Även om det i själva verket kan vara advokaten som tar initiativet till ett entledigande, torde därför advokaten av lojalitetshänsyn se till att begäran utformas som om det vore klienten som begärde entledigande på grund av bristande förtroende. Något annat skulle kunna skada klienten och dennes sak, vilket inte är förenligt med god advokatsed.[29] Skälet "bristande förtroende från klientens sida" kan därför också användas som ett skenskäl av advokater som i själva verket känner bristande förtroende för sin klient.

Ett annat skäl till att begäran ofta framställs som om det vore klienten som kände bristande förtroende är att domstolarna, i synnerhet i vissa typer av brottmål, tagit fasta på vikten av att den tilltalade känner förtroende för sin offentliga försvarare. Lagen utgår från att det är den tilltalade som utser sin försvarare och i lagens anda ligger att man utgår från den tilltalades behov i frågor om försvararförordnande.[30] Däremot finns inget stöd i lag eller doktrin för att försvararen skall känna förtroende för sin klient.[31] En annan sak är att det kan finnas skilda uppfattningar i fråga om vikten av sådant förtroende och också om huruvida advokaten över huvudtaget skall ha någon uppfattning om klienten och dennes sak. Jag återkommer till denna diskussion längre fram.

Min tankegång beträffande entledigandeskälen bekräftas av såväl lag som praxis. Typsituationen som regleras i lag är just att den tilltalade önskar att advokaten skall befrias från sitt uppdrag. Den omvända situationen – att advokaten själv vill bli entledigad – tycks endast i ringa omfattning ha förutsetts. Detta bör ses som ett uttryck för två grundläggande principer, som illustrerar normgivarens inställning i frågan. För det första gäller, vilket ovan framhållits, att försvararförordnandet som rättsligt institut utgår från den tilltalades behov. För det andra gäller – vilket kan utläsas både i lag och i god advokatsed – som huvudregel att advokat, när hon väl tagit sig an ett uppdrag, skall slutföra detta.[32]

29. Se nedan i genomgång av god advokatsed beträffande här aktuell fråga.

30. Jämför PLB:s kommentar s. 273. Att lagen utgår från den tilltalades behov och att PLB och RB uttrycker att "den tilltalade utser" försvararen, motsäger inte att det är staten som i själva verket bör betraktas som uppdragsgivare. Lagstiftarens ordval är grundat på den tilltalades behov, men det är som bekant inte den tilltalade som ger försvararuppdraget till en advokat, utan domstolen.

31. I vart fall finner man knappast något uttalat stöd i modernare doktrin. Det går att hitta citat i äldre advokatlitteratur om klienter som kan vara "en bakslug och lismande typ eller en förljugen person med flackande ögon" och för vilka advokaten har svårt att känna förtroende, men sådant framstår i dag som kuriosa. I dag skulle andra typer av argument anföras, argument som i och för sig kan ha samma bakomliggande idé, men som är mera politiskt korrekta. (Se del III B om vägvisare.) (Cit. ur Heuman & Lassen: Brottets beivrande, Stockholm 1952).

32. Jämför RB 8:4 och 21:7 samt SRGA 16 § och Wiklund s. 220 f.

I PLB talas således om den situation där den misstänkte önskar att hans försvarare skall entledigas. Sådan begäran bör villfaras "allenast om han kan anföra något giltigt skäl härför".[33] Om advokatens eget initiativ att fränträda uppdraget sägs i PLB endast att försvararen inte utan rättens medgivande skall äga rätt att sätta annan i sitt ställe.

Rörande frågan om vad som skall utgöra giltigt skäl för den misstänktes begäran har just bristande förtroende varit föremål för HD:s prövning i ett flertal fall. Av äldre praxis framgår att domstolarna tidigare var restriktiva när det gällde försvararbyte.[34] Från mitten av 1970-talet blev det något vanligare att domstolarna godtog "bristande förtroende" som giltigt skäl för försvararbyte. Det var dock långt ifrån alla som vann bifall. Huvudregeln var fortfarande helt klart att den tilltalade fick nöja sig med den offentliga försvarare som domstolen förordnat.[35]

Emellertid kom i början av 1980-talet ett par rättsfall som blivit vägledande och som fastställt principen att försvararbyte på förtroendegrunden godtas i betydligt högre grad i fråga om grov brottslighet på vilken långa frihetsstraff kan följa.

I NJA 1980 s. 177 fann HD att brist på förtroende för den offentlige försvararen bör tillmätas särskild betydelse i mål där den tilltalade riskerar ett långt frihetsberövande och frågan om vilken bevisning som skall förebringas kan vara föremål för delade meningar.

I NJA 1981 s. 1080 ansågs bristande förtroende från den tilltalades sida utgöra skäl för försvararbyte i fall då den tilltalade mot sitt bestridande i två instanser dömts till fängelse på livstid.

Om någon trend går att skönja i domstolspraxis under årens lopp, skulle den därför vara att domstolarna blivit mer generösa med att tillåta försvararbyte under de senaste decennierna, i synnerhet om man jämför med äldre fall från 1960-talet. Ett flertal exempel visar att bifall lämnats då det antingen varit fråga om allvarlig brottslighet på vilken långa frihetsstraff kan följa, eller brottslighet av särskild art såsom sexualbrott, där förtroendet mellan advokat och klient är särskilt viktigt.[36] Ett tecken i samma riktning ger de prejudikat som ovan illustrerat vilken praxis som skall gälla då samma försvarare förordnats för flera tilltalade. Som påpekades i det sammanhanget, kan det vara ekonomiska skäl som ligger bakom praxis rörande flera tilltalade och deras försvar.

33. PLB s. 275–276.

34. Av en egen studie av HD-praxis (inklusive notisfall) rörande entledigandefrågor har jag dragit slutsatsen att från 1960 till 1973 blev utfallet i cirka 75 procent av fallen att begäran om entledigande eller byte ej vann bifall.

35. Notisfallet 1973 C 290 är ett typfall: amerikanske medborgaren Martin hemställde i tingsrätten att hans offentlige försvarare måtte entledigas och att en annan, namngiven advokat, skulle förordnas i hans ställe. Tingsrätten lämnade hemställan utan bifall, Svea hovrätt fastställde tingsrättens beslut och HD lämnade besvären utan bifall. Se även 1979 C 39; 1985 C 10; 1985 C 127; 1988 C 194; 1989 C 62 och 1989 C 114.

36. Se från senare tid t.ex. 1993 C 136, där HD biföll då fråga var om allvarlig brottslighet; 1992 C 58, där, trots att inget skäl för försvararbyte angavs, HD biföll begäran p.g.a. att målet rörde allvarlig brottslighet; 1992 C 50 där HD biföll försvararbyte då fråga var om sexualbrott där förtroende mellan advokat och klient är särskilt viktigt.

Frågan är vilka intressen som ligger bakom den ökade generositeten med försvararbyte i allvarliga brottmål. Sannolikt är det en kombination av processekonomi och rättssäkerhet. I komplicerade mål, där exempelvis frågan om vilken bevisning som skall föras fram kan vara föremål för diskussion, är det av vikt för målets effektiva handläggning att försvararen och den tilltalade kan samarbeta. Tillika talar humanitära- och rättssäkerhetsskäl med kraft för att den tilltalades förtroende är särskilt viktigt om han riskerar ett mycket långt frihetsberövande.

Sambandet mellan förtroendefrågan och långa frihetsstraff må vara lätt att försvara ur vissa humanitära synvinklar, men den är ingalunda oproblematisk ur andra. Om man vänder på förutsättningarna kan ju omständigheterna kring de enklare brottmålen föranleda misstankar om att förtroendet mellan försvarare och tilltalad i sådana mål inte är så viktigt. Vilket slags inställning till försvararrollen kan detta implicera? Är försvararen i s.k. bagatellmål bara en marionett som är där för att uppfylla de lägsta tänkbara rättssäkerhetskrav? Jag har delvis berört denna frågeställning i argumentationsanalysen ovan. [37]

Slutligen har det i några fall varit advokaten själv och inte den tilltalade, som begärt entledigande. De flesta rättsfall i dylika ärenden ger föga vägledning. Det ligger i sakens natur, vilket ovan påpekats, att en advokat på grund av tystnads- och lojalitetsplikterna är förhindrad att anföra utförliga skäl varför hon inte vill kvarstå som försvarare. I ett flertal fall har det varit fråga om notisfall där man endast kan konstatera att advokaten begärt sitt entledigande men ej fått bifall.[38]

I andra fall har advokaten vunnit bifall men det framgår inte på vilka grunder.[39] Man kan med visst fog spekulera i att det i dylika fall varit så att domstolen lämnat bifall där det i målet varit fråga om grov brottslighet och där domstolen fått intrycket att advokaten och klienten inte kan samarbeta men att tystnadsplikten hindrar advokaten från att lämna närmare uppgifter. I en sådan situation har uppenbarligen sådana motsättningar uppstått att advokaten inte längre med nit och omsorg kan tillvarata klientens intressen.

16.3.2.4 Olämpligt uppträdande från klientens sida

Olämpligt uppträdande från klientens sida kan möjligen under vissa förutsättningar grunda rätt till frånträdande. Under 1995 kom ett par fall av säregen karaktär, där advokaten hade särskilda skäl att begära sitt entledigande eftersom den egna säkerheten var i fara.

37. Jämför dock Sahlin i TSA 1988 s. 260 som argumenterar för högre beviskrav ju strängare straff brottet kan ge (delvis i polemik med vad Ekelöf säger i IV § 25a).

38. Se exempelvis 1973 C 260 (frågan gällde i HD ersättning till offentlig försvarare), där en advokat i ett narkotikamål hos hovrätten hade begärt sitt entledigande från uppdraget som offentlig försvarare. Hovrätten fann i beslut ej skäl att entlediga advokaten.

39. I 1974 C 154 hade en offentlig försvarare i mål om grovt narkotikabrott begärt sitt entledigande i hovrätten, som inte biföll yrkandet, medan HD "med hänsyn till de skäl (advokaten) anfört" fann att han borde befrias från uppdraget.

NJA 1995 s. 75 (i denna avhandling även kallat lasermålet)[40] rörde försvararna av den s.k. lasermannen, John A. Denne hade i tingsrätten dömts för mord, försök till mord, grovt rån, rån och olaga vapeninnehav till fängelse på livstid. Vidare prövades genom domen omfattande skadeståndskrav mot den tilltalade. För John A var två försvarare förordnade och ett flertal försvararbyten hade redan skett på hans initiativ. John A attackerade under pågående förhandling i hovrätten sina offentliga försvarare och träffade bland annat den ena advokaten i ansiktet med en bandspelare, så att skador uppstod. Direkt efter överfallet yrkade John A att han skulle tillåtas att byta försvarare eller alternativt att han skulle få sköta sitt eget försvar. Som grund för yrkandet uppgav den tilltalade att han saknade förtroende för advokaternas förmåga att förbereda och utföra försvaret. De båda advokaterna hemställde samtidigt om entledigande från förordnandena som offentliga försvarare.

Hovrätten konstaterade *att* John A vid tillfället hade sina sjunde och åttonde försvarare i målet, *att* han redan vid tidigare byten åberopat bristande förtroende och samarbetssvårigheter, *att* all hänsyn tagits till John A:s behov av tid för samråd med nya försvarare *samt att* den eller de försvarare John A själv utsett också hade förordnats. Mot den bakgrunden var inte John A:s skäl tillräckliga för att tillåta ytterligare ett försvararbyte.

John A hade vidare gjort gällande att det för advokaterna förelåg en jävsituation, eftersom polisanmälan skett efter hans eget fysiska angrepp på dem. För försvarare finns ingen uttrycklig jävsregel för denna situation. För domare gäller emellertid enligt RB 4:13 att en domare som kommit i sådan motsatsställning till en part inte blir jävig, om parten sökt sak med honom för att göra honom jävig. Hovrätten fann att det var uppenbart att John A angripit försvararna för att kunna åberopa detta som grund för nytt byte av försvarare. Även med beaktande av det speciella förhållande som måste råda mellan försvarare och klient, menade hovrätten att man inte kunde uppställa en strängare jävsregel för försvarare än för domare. Inte heller på den grunden kunde John A:s yrkande om försvararbyte bifallas.

Konstaterandet att det inte förelåg någon jävsituation blev utgångspunkten även för övervägandena rörande advokaternas yrkanden om entledigande. Fråga uppstod om omständigheterna ändå vore sådana att de skulle befrias från sina uppdrag. Hovrätten noterade i det sammanhanget att varje ny försvarare för John A åtagit sig uppdraget med vetskap om de tidigare bytena och de speciella förhållanden som gällt. Advokaterna hade också varit medvetna om att de närmast föregående försvararna befriats från sina uppdrag på grund av fysiskt angrepp från John A. De hade därför varit införstådda med de risker uppdraget rymt. Mot den bakgrunden vore det "inte alltför hårt att begära" att de fullföljde sina uppdrag. Advokaterna hemställan om entledigande bifölls inte.[41]

Endast John A överklagade hovrättens beslut. (Den delen som avsåg överklagande av hovrättens beslut att inte bifalla begäran om entledigande avvisades, eftersom sådant beslut inte får överklagas särskilt.) HD meddelade prövningstillstånd såvitt avsåg frågan om byte av offentlig försvarare. HD lämnade överklagandet utan bifall och anförde i skälen bland annat att den tilltalades förtroende för sin offentlige försvarare visserligen bör tillmätas särskild betydelse i mål som det föreliggande, där det var fråga om risk för långt frihetsberövande och där frågan om vilken bevisning som skall förebringas kan vara föremål för delade meningar. Emellertid, konstaterade HD, var inte den tilltalades rätt att själv få välja och byta offentlig försvarare obegränsad. Utrymmet för att tillåta sådant byte var normalt mindre i fall där den tilltalade fått sådan försvarare förordnad som han själv föreslagit, åtminstone när inte åtgärd eller underlåtenhet av försvararen som varit ägnad att minska den tillta-

40. Målet rörde åtal mot en person som misstänktes för att ha siktat på personer av utländsk härkomst med en laserpistol, varför han i pressen gick under namnet "lasermannen".

41. NJA 1995 s. 75 (s. 76–77).

lades förtroende för försvararen påvisats. Om byte till annan av den tilltalade föreslagen försvarare redan skett, fick än högre krav ställas för att giltigt skäl till byte skall anses föreligga. I regel, framhöll HD, fick i sådana fall sannolikheten anses vara mindre att den tilltalades önskemål om försvararbyte verkligen bottnade i bristande förtroende för försvararen.

Målets beskaffenhet krävde en stor arbetsinsats och hovrättens huvudförhandling avsågs ta minst tjugofem dagar i anspråk. John A hade redan i målet varit häktad sedan mer än två år tillbaka och handläggningen hade fördröjts bland annat på grund av upprepade försvararbyten. HD yttrade bland annat mot denna bakgrund att fastän stor vikt måste fästas vid den tilltalades önskemål, fick detta inte drivas så långt att konsekvenserna blev orimliga. Hänsyn måste också tas till andra berättigade intressen, särskilt det allmänna intresset av att straffrättskipningen försiggår på ett tillfredsställande sätt, bland annat så att brottmål, i synnerhet där någon är häktad, blir skyndsamt handlagda.

HD fann inte stöd för John A:s påstående om bristande förtroende för advokaterna utan fann att John A snarare själv syntes ha skapat den konflikt med försvararna som han åberopat som skäl för byte.

Av 1995 års fall om försvararbyte kan följande tolkning göras. I mål som gäller grov brottslighet som kan föranleda långa frihetsstraff och som dessutom innehåller komplicerade bevisfrågor, lägger domstolarna mycket stor vikt vid den tilltalades önskemål om offentlig försvarare. Man kan säga att den tilltalades önskemål väger tyngre ju fler av dessa omständigheter som är för handen. Det råder ingen tvekan om att den tilltalade i lasermålet hade goda förutsättningar att inte bara få den offentliga försvarare han önskade, utan dessutom att få byta till en annan försvarare han önskade, vilket också skedde vid upprepade tillfällen. Mot den tilltalades önskemål står emellertid ett annat, allmänt, intresse: en tillfredsställande straffrättskipning. I och för sig existerar alltid detta andra intresse, men det ställs, så vitt jag kan bedöma, sällan mot den tilltalades intresse av att få den försvarare han önskar i fall då de särskilda omständigheterna är för handen. I ett så extremt fall som det föreliggande kan emellertid den tilltalades dispositioner närmast ses som sabotage mot straffrättskipningens intressen. I lasermålet kom domstolen fram till att John A för det första sökt sak med sina försvarare för att kunna grunda jäv och för det andra fann man att sannolikheten att John A kände bristande förtroende var lägre eftersom han redan bytt försvarare så många gånger. Bland annat mot denna bakgrund kom straffrättskipningens intressen att väga tyngre än den tilltalades önskemål.

I RH 1995:64 hade en person dömts i tingsrätten och överklagade domen till hovrätten. Den tilltalade begärde i hovrätten att få byta offentlig försvarare, vilket lämnades utan bifall. Härefter begärde den offentlige försvararen i särskild skrift till hovrätten att få bli entledigad från uppdraget. Som skäl för sin begäran angav advokaten att han hade blivit hotad av en person med utländsk härkomst genom att denne lämnat ett meddelande på hans telefonsvarare av den innebörden att, om han inte omgående skulle se till att bli entledigad, skulle personen i fråga komma upp till honom på ett personligt besök och diskutera saken.

Den tilltalade bereddes tillfälle att yttra sig men avhördes inte. Svea hovrätt lämnade advokatens begäran utan bifall med motiveringen att den som förordnats som offentlig försvarare har ett uppdrag av särskild karaktär. Ett sådant förordnande får

återkallas bara om det finns något giltigt skäl för det. Omständigheter av det slag som advokaten åberopat kunde i och för sig tänkas utgöra giltigt skäl, inte minst om de innebar att försvararens förmåga att tillvarata den misstänktes intressen skulle försämras. Vad advokaten anfört gav enligt hovrättens mening dock inte tillräcklig grund för att anse att det vore motiverat att förordnandet på begäran av denne återkallades.

En skiljaktig ledamot anförde att advokaten utsatts för ett anonymt hot, som enligt hans mening kunde uppfattas som åsyftande brottslig gärning. Ingenting tydde på att han åtagit sig uppdraget med kännedom om någon risk för ett sådant hot. Som offentlig försvarare saknade han det särskilda skydd mot förgripelser i och för hans utförande av uppdraget, som domare och åklagare åtnjuter genom reglerna i 17 kap. 1 och 2 §§ BrB. Under angivna förhållanden kunde det inte skäligen krävas av advokaten att han skulle kvarstå som försvarare.

Hovrättens beslut i hotelsefallet kom i maj 1995, knappt tre månader efter HD:s beslut i lasermålet. Den skiljaktige i Svea hovrätt gjorde ett uttalande som tyder på att det bör tillmätas betydelse vilken kännedom om klienten advokaten hade när hon tog sig an försvaret. Tankegången känns igen från lasermålet, där hovrätten (Svea även i detta fall; dock ej med samma domare) påpekade att advokaterna från början varit medvetna om de speciella svårigheterna med försvaret av John A och att det inte vore "alltför hårt att begära" att de fullföljde sina uppdrag.

16.3.3 *Gällande rätt avseende frånträdande: slutsats*

Ovan har redovisats vilka bestämmelser som finns i lag för entledigande (i allmänhet kombinerat med en begäran om försvararbyte) samt ett par rättsfall som illustrerar domstolarnas tolkning av begreppet "giltiga skäl". I tolkningen av praxis bör man skilja mellan fall där den tilltalade begär försvararbyte och där advokaten begär att få bli entledigad.

Vad beträffar de vanligast förekommande fallen, nämligen att den tilltalade begär försvararbyte, kan följande slutsatser dras. Domstolarna har att i sin bedömning ta hänsyn till intressen på två olika nivåer.[42] På ett övergripande plan ligger generella processprinciper som framför allt tar sin utgångspunkt i rättssäkerhet. På ett individuellt plan måste domstolen väga in omständigheter som rör den tilltalade och saken i övrigt i det enskilda fallet.

På det övergripande planet gäller att utgångspunkten för domstolarnas bedömning alltid i första hand rör de brottsmisstänktas behov av offentlig försvarare och det speciella förtroendeförhållande som skall råda mellan klient och advokat. Av centrala stadganden i RB och uttalanden i förarbetena framgår att det är den tilltalade som utser sin försvarare och att den tilltalades önskemål om att få en viss försvarare skall tillmätas betydelse.[43]

42. Vilket givetvis inte på något sätt är unikt för föreliggande fall.
43. 21:3 1, 2 st. och 21:5 2 st. samt PLB s. 274–275.

Mot den centrala principen om den tilltalades behov och önskemål och förtroende för försvararen ställs en annan, allmän princip. I all straffrättskipning gäller av rättssäkerhetsskäl att brottmålsprocessen generellt sett skall präglas av omedelbarhet och skyndsamhet. Det står exempelvis inte i samklang med dessa principer att den tilltalade i målet får sitta häktad under mycket lång tid. Här står med andra ord två rättssäkerhetsprinciper mot varandra.

Förutom att slå vakt om de centrala rättssäkerhetsprinciperna skall domstolen också tillse att processen inte fördyras i onödan.[44] Som ovan redan konstaterats på flera ställen, kan man spåra ekonomiska intressen bakom flera beslut som rör försvararbyte.

På det individuella planet gäller att domstolen har att väga in brottslighetens art i det aktuella målet. Till brottslighetens art är knutet frågan om det misstänkta brottet är allvarligt eller av speciell karaktär som kan ha stor betydelse för den misstänkta individen,[45] frågor om komplicerad bevisföring och frågan om påföljd. Generellt sett kan sägas att om brottet är grovt, bevisfrågorna komplicerade och långa frihetsstraff riskeras, bör den tilltalades önskemål tillmätas större betydelse än om sådana omständigheter inte är för handen. I samklang med denna princip gäller *e contrario* enligt praxis enligt 21:5 2 st. för förordnande av önskad försvarare att domstolen av ekonomiska skäl inte förordnar en försvarare som skulle medföra avsevärt ökade kostnader i målet, om brottsligheten är av mindre grov karaktär och utredningen i målet enkel.[46]

Av uttalandena i lasermålet framgår, mot bakgrund av övrig praxis, att den princip som överväger i bedömningen av huruvida giltiga skäl för försvararbyte föreligger är knuten till den tilltalades intresse av att få den offentliga försvarare han önskar. Detta gäller såväl på det övergripande planet som på det individuella planet, då de speciella omständigheterna som ovan uppräknats är för handen.[47] Först i andra hand kommer domstolen att väga den tilltalades intresse mot intresset av en effektiv straffrättskipning. Detta torde endast bli aktuellt om den tilltalade i betydande omfattning utnyttjat sina möjligheter att framställa önskemål och detta gjorts på ett sätt som dels medfört att processen dragit ut på tiden, dels minskat sannolikheten för att den tilltalade har giltiga skäl för försvararbyte.

När det gäller frågan om advokatens möjligheter att få bli entledigad från sitt uppdrag som offentlig försvarare, gäller andra principer. Advokater åtnju-

44. Jämför 21:5 2 st.

45. NJA 1991 s. 38. Den tilltalade hade i tingsrätten fällts för otukt med barn och otukt med avkomling till 1 år och 6 månader. HD biföll försvararbyte och uttalande att i mål rörande brottslighet av dylikt slag var det särskilt viktigt med ett förtroendefyllt samarbete mellan klient och försvarare. Det är i och för sig anmärkningsvärt att det anses viktigare med ett förtroendefyllt samarbete i sexmål än i andra mål. En rättspolitisk analys rörande sådana här förhållanden skulle säkert vara intressant.

46. Jämför NJA 1980 s. 177, NJA 1981 s. 1080, se ovan föreliggande avsnitt.

47. Principen kan ses som ett uttryck för lagstiftarens ordval "den tilltalade *utser* försvarare", se bland annat 16.3.2.3 ovan. Jag tolkar uttrycket så, att den tilltalade får *välja* försvarare, men inte *förordna*; uppdraget lämnas av staten.

ter inte det skydd mot förgripelser som lagen uppställer för domare och åklagare. För advokater gäller i första hand den mycket speciella funktion i rättsordningen som institutet offentlig försvarare medför. Som har påpekats på flera ställen i denna avhandling, fyller försvarsadvokaten en central rättssäkerhetsfunktion. Hela grunden för förordnandet av offentlig försvarare ligger i den tilltalades behov av försvarare. I den mån försvararens förtroende för eller samarbetsmöjligheter med sin klient över huvudtaget är relevant, gäller detta troligen bara i den mån försvararen inte längre på bästa sätt kan tillvarata sin klients intressen i målet.

Det sagda innebär inte att en försvarare inte på egen begäran kan få bli entledigad. Det innebär emellertid att advokaten, för att få bli entledigad, torde behöva visa att hon inte kan tillvarata sin klients intressen. Hon kan inte i sin begäran om entledigande uttrycka saken som att hon saknar förtroende för klientens person eller sak. Ett sådant skäl kan uppfattas som skadligt för den tilltalade. Tystnads- och lojalitetsplikten begränsar även i övrigt advokatens möjligheter att närmare redogöra för skälen.

I stället får advokaten uttrycka skälet för sin begäran på ett annat sätt. Hon får antyda att mellan henne och klienten finns motsättningar i fråga om hur försvaret skall genomföras. Sådana motsättningar bör dock vara så djupa att de innebär att det brister i förtroendet mellan försvarare och klient. Ett annat giltigt skäl för entledigande kan vara att advokaten själv känner sig hotad av klienten eller i målet. Sådant hot, antingen det förverkligats eller inte, måste dock vara av allvarlig art. Det räcker till exempel inte att advokaten mottagit ett förtäckt hot i andra hand. Hotet måste troligen vara mer påtagligt än så. Slutligen gäller, enligt de rättsfall som ovan presenterats, att även om hotet har realiserats, utgör inte ens detta giltigt skäl för entledigande om advokaten från början varit medveten om att uppdraget kunde medföra svårigheter av sådan art. Detsamma torde gälla för hot som inte realiserats men som inte kan uppfattas på annat sätt än som ett uppenbart hot som innefattar brottslig gärning.[48]

Sammanfattningsvis tyder lag och lagtillämpning på att den advokat som förordnats som offentlig försvarare för en misstänkt enligt svensk rätt som huvudregel skall anses ha förbundit sig att slutföra uppdraget. Endast i undantagsfall kan advokaten få bli befriad från uppdraget. Bland undantagsfallen gäller i sin tur som regel att advokaten får entledigas endast om omständigheterna tyder på att hon inte längre på rätt sätt kan tillvarata sin huvudmans intressen. Om advokaten tagit sig an ett uppdrag där hon utsätts för hot eller angrepp och hon inte från början hade vetskap om att uppdraget kunde innefatta sådana svårigheter, torde hon också kunna bli entledigad från uppdraget; dock troligtvis inte på grund av att sådant hot eller angrepp alltid skulle vara att betrakta som jäv.

48. Enligt exempelvis den skiljaktige ledamotens resonemang i RH 1995:64 eller *a fortiori* jämfört med lasermålet.

Ett par reflektioner förtjänar att framhållas mot bakgrund av vad som ovan sagts. Oavsett omständigheterna i det enskilda fallet, har advokaten[49] alltid goda möjligheter att få bli befriad från uppdraget om hon antingen gör gällande att omständigheterna medför att hon inte på ett adekvat sätt kan tillvarata sin klients intressen[50] eller om advokaten och klienten gemensamt hemställer om ett entledigande och försvararbyte på den grunden att klienten saknar förtroende för sin försvarare. I båda dessa fall ökar möjligheterna till ett entledigande om fråga är om grov brottslighet, komplicerade bevisfrågor eller långa frihetsberövanden eller en kombination av dessa.

Försvarsadvokatens uppdragsgivare – staten – tycks alltså via domstolarna ha givit uttryck för en inställning som går ut på att "den som sig i leken ger, han får leken tåla". Inställningen är troligen inte unik. Det är av allt att döma en utbredd uppfattning att just brottmålsförsvarare är och bör vara mer "hårdhudade" än andra advokater. Såväl lagstiftning och domstolspraxis som – vilket skall visas – god advokatsed och doktrin kring försvararfrågor tyder på detta.

Kanske är detta en av anledningarna att försvarare ofta betraktas med misstänksamhet av allmänheten och pressen och inte sällan utsätts för angrepp. Vi såg redan i del II av denna avhandling vilka svårigheter som kan möta den advokat som tar på sig kontroversiella försvararuppdrag. Svårigheten för den advokat som försöker finna sin roll i rättsmaskineriet ligger tydligen bland annat i denna, som det kan tyckas, inkonsekvens: Samtidigt som det allmänna förväntar sig att advokater skall ta kontroversiella uppdrag (för att uppfylla försvarargarantin) och dessutom hålla fast vid sin klient oavsett betydande svårigheter, så har det allmänna undvikit att ta ställning i många av de svåra etiska dilemman som kan uppstå. I stället förväntar sig det allmänna att advokaterna själva skall finna sin roll som "goda advokater" och lösa sina problem med delikata moraliska avvägningar praktisk taget utan vägledning.

Som bör framgå av föreliggande kapitel har inte lagstiftare och domstolar skapat sina normer ur det perspektiv som jag anlägger. Normerna svarar på vissa frågor men inte på andra. Försvararen bör av rättssäkerhetsskäl och processekonomiska skäl hålla fast vid sitt uppdrag, så mycket kan vi se. Men vad händer om klienten ställer krav som försvararen inte vet hur hon skall hantera?

Som synes är det inte svårt att tolka lagstiftarens och domstolarnas inställning i en för försvarsadvokaterna negativ riktning. Det är inte direkt en "försvararvänlig" bild som tonar fram. Som bestämmelserna ser ut, tvingas advokaterna att mörklägga sina verkliga skäl om de vill befrias från ett svårt dilemma. Ur ideologisk synpunkt kan ingen annan idealtyp än vapendragaren passa in i detta mönster riktigt bra. Å andra sidan är inte manöverutrymmet när det gäller klientinstruktionerna lika stort som vapendragartypen skulle önska.

49. I praktiken brukar det vara den nytillsatta advokaten som hjälper klienten med försvararbytet och alltså formulerar skälen. Den fråträdande advokaten yttrar sig sedan om domstolen begär det, och instämmer då med vad som anförts.

50. Jämför vad som framkom i del II, kap. 9, rörande amerikanska advokaters möjligheter att avböja ett uppdrag som förordnats av domstol.

Vad, kan man retoriskt fråga sig, är det egentligen för tulipanaros som det allmänna vill ha? En vägvisare som tvärs emot sin ideologi är beredd att ta sig an varje klient och aldrig avsäga sig uppdraget? Jag skall längre fram försöka reda ut dessa och andra ideologiska spörsmål.

16.4 Frånträdandet och den goda advokatseden

Avseende frånträdande av uppdrag mot bakgrund av reglerna i god advokatsed, bör man skilja mellan vissa inbördes olika utgångspunkter.

För vad jag i denna avhandling kallat civila uppdrag, dvs. uppdrag som lämnats av klienten, gäller vissa regler i god advokatsed som fått utfyllnad i TSA-praxis. För de civila uppdragen gäller således att advokat, då vissa förutsättningar är för handen, kan ha *rätt* att frånträda uppdrag och då vissa andra förutsättningar är för handen, att advokaten är *skyldig* att frånträda uppdrag.

För uppdrag som är förordnat av domstol eller annan myndighet gäller i första hand vad som är stadgat i lag. Även för dylika fall kan emellertid reglerna om god advokatsed tillämpas analogivis, om än med vissa modifikationer. Generellt kan sägas att för uppdrag grundat på förordnande krävs starkare skäl för rätt till frånträdande, jämfört med de civila uppdragen. Redan här ser vi en parallell till uppdragsgivarens och domstolarnas inställning om den som sig i leken ger. Vi kan också göra en återkoppling till kapitel 15, där vi såg skillnaderna mellan det fria sysslomannauppdraget och det bundna försvararuppdraget.

Jag kommer i föreliggande avsnitt att gå igenom regleringen i SRGA. Avsnittet koncentreras till skrivna regler om god advokatsed och frånträdande av försvararuppdrag.

I samband med frågor om frånträdande framkommer just den problematik som är aktuell för denna del av avhandlingen, nämligen klientinstruktionerna och frågan om försvararen skall följa dessa eller inte. Denna problematik innehåller ideologiska drag och är öppen för tolkningar som kan utgå från sinsemellan olika typer av argumentation (se del II B).

16.4.1 *Inledning*

I första hälften av föreliggande kapitel har jag gått igenom lag och domstolspraxis avseende frånträdande från försvararuppdrag. Som framgår av det sagda ger inte lagen uttryck för vilka skäl som skall grunda rätt att frånträda sådant uppdrag. I stället har via domstolspraxis utbildats vissa principer som kommit att bli vägledande, såsom bristande förtroende – explicit från klientens sida – och allvarliga samarbetssvårigheter. Den viktigaste grunden för att sådana skäl godtas torde vara att det föreligger en betydande risk för att advokaten inte kan tillvarata sin klients intressen på bästa sätt. Med andra ord

skall omständigheterna i det enskilda fallet grunda en intressekonflikt som på något sätt kan befaras skada klientens sak.

Som vi skall se nedan utgör intressekollisioner, som kan påverka försvararens lojalitet mot klienten, även i den goda advokatseden grund för frånträdande. Klientlojaliteten är därför ett centralt begrepp i dessa sammanhang. I nästa kapitel kommer jag att analysera detta begrepp och de olika tolkningar som det kan ges, såväl ur lagstiftarens och den klassiska processdoktrinens som ur samfundets och praktikerdoktrinens synvinkel. Redan här kan dock framhållas att lagstiftaren och advokatsamfundet inte tolkar begreppet riktigt på samma sätt. Mycket förenklat kan man säga att samfundets tolkning är mer klientvänlig. Frågan är nu om dessa olika tolkningssätt också påverkar frånträdandefallen. I viss mån kan man säga att det är så. Åtminstone blir problematiken kring intressekollisionerna många gånger mer nyanserad i advokatseden än i judikaturen. Detta är föga förvånande. Advokatseden är specialiserad just på förhållandet mellan klient och advokat, vilket lagstiftningen definitivt inte är.

För all lagstiftning kring försvararuppdraget gäller, vilket framhållits upprepade gånger i denna avhandling, att lagen huvudsakligen ägnas åt försvararuppdragets formella funktion, medan den materiella funktionen endast detaljreglerats såvitt avser försvararens möjligheter att tillvarata den misstänktes rätt i processen. I övrigt uppställs knappast några detaljerade bestämmelser i lag, eftersom lagstiftaren genom att ange den goda advokatseden som ram har givit mandat åt advokatsamfundet att i SRGA och disciplinpraxis utfylla tolkningen av detta begrepp.

I ett fall har emellertid lagstiftaren angivit en materiell omständighet som rör försvarar-klientförhållandet, något som alltså hör till undantagen i RB. Omständigheten grundar obehörighet att vara försvarare. I RB 21:3 3 st. finns bestämmelsen som säger att en person inte får vara försvarare om han har eller har haft uppdrag åt den misstänkte eller ekonomiska förbindelser med denne och omständigheterna är ägnade att minska förtroendet för hans förmåga att iaktta vad som åligger en försvarare.[51] Bestämmelsen reglerar det s.k. försvararjävet och tillkom i samband med en lagändring 1982.[52] Försvararjäv innebär att en olämplig bindning har uppkommit mellan försvararen och hennes klient. Regeln riktar sig mot försvarare som på grund av sitt samröre med den misstänkte inte kan väntas utföra ett försvararuppdrag på ett korrekt sätt.[53] I samband med att försvararjävsregeln infördes i lag, införde advokatsamfundet i SRGA en generalklausul som stadgar att advokat inte får främja orätt.[54]

51. Åliggandet avser i detta fall bestämmelsen i 21:7 1 st. om att försvarare med nit och omsorg skall tillvarataga den misstänktes rätt och i detta syfte verka för sakens riktiga belysning.

52. Prop. 1981/82:57.

53. Försvararjävsproblematiken kommenteras också såväl ovan som nedan.

54. SRGA 1 § 2 st. Klausulen har försetts med en kommentar som bland annat påpekar att av en advokat måste fordras att han handlar på ett sätt som främjar hederlighet och redbarhet inom rättslivet, inte på ett sätt som verkar i motsatt riktning. Se vidare HD:s yttrande om dessa regler i anslutning till genomgången av praxis nedan.

Försvararjävsregeln i 21:3 3 st. innefattar således en specifik intressekonflikt. I detta fall är det dock inte fråga om en bindning mellan försvararen och något utomstående intresse, utan en bindning mellan försvararen och hennes klient. Bindningen skulle i detta fall kunna medföra att förtroendet för försvararens förmåga kan minska, men – och detta är viktigt – det är inte *klientens* förtroende för advokaten som avses, utan snarare är det fråga om det allmännas förtroende för advokaten. Bakom regeln finns ett syfte att skydda samhällets intresse av att förebygga brott av främst ekonomisk natur, där advokater på något sätt kan komma att främja brottsligheten.

I motiven sägs bland annat att regeln skall utgöra ett stöd för domstolen att avvisa en viss försvarare.

Försvararjävsregeln är en ovanlig bestämmelse inte bara på grund av att den i detalj anger vad som grundar olämplighet för en person att inneha ett försvararuppdrag, utan också för att den har ett annat syfte än andra regler om intressekonflikt som grund för avvisning eller entledigande. Regeln syftar på det allmännas och domstolarnas förtroende för advokaten, alltså ett i förhållande till försvarar-klientkonstellationen *utomstående* intresse.[55] I och för sig står syftet i samklang med regler om försvararens *olämplighet* som grund för avvisning. Skillnaden är att andra olämplighetskriterier knappast grundas på intressekonflikter mellan det allmänna och försvararen.[56] Det är signifikativt att en av de få regler i rättegångsbalken som i detalj handlar om försvarares lämplighet, tar fasta på samhällets intresse av att stävja och lagföra ekonomisk brottslighet.[57]

Om en advokat accepterat ett uppdrag och det först senare framkommer sådana omständigheter att advokaten med kännedom därom skulle vara skyldig att avböja uppdraget, så är advokaten enligt SRGA skyldig att frånträda detta.[58] I analogi härmed torde gälla att risk för försvararjäv inte bara grundar möjlighet för domstolen att avvisa en försvarare utan också grundar *plikt* för försvararen att frånträda redan mottaget uppdrag.

Som skall visas nedan råder, när det gäller frågan om försvararens rätt eller plikt att frånträda uppdrag, även i advokatseden brist på detaljregler. SRGA hänvisar till bestämmelser i lag och lagen, med ovan nämnda undantag, hänvisar till god advokatsed. Av denna anledning är man hänvisad till SRGA:s bestämmelser om frånträdande från civila uppdrag. Emellertid har i domstolspraxis stränga krav uppställts för att en advokat skall få bli entledigad från uppdrag som offentlig försvarare. Analogier med reglerna som rör civila upp-

55. Jämför med det yttersta syftet bakom att ha regler om god advokatsed, nämligen att skydda allmänheten från inkompetenta advokater. Se del I.

56. Se avsnittet 16.3 ovan om domstolspraxis.

57. I skrivande stund föreligger ett direktiv som bland annat har till syfte att se över reglerna om advokats tystnadsplikt. Direktivet behandlar den nya lagstiftningen om penningtvätt och tar upp frågan om man skall införa en upplysningsplikt för advokater rörande sådan brottslighet. Det är intressant att konstatera att lagstiftaren kan tänka sig att tystnadsplikten kan brytas för ekonomiska brott men inte för exempelvis mord. Mer härom längre fram. Jämför LSG chapter 16 (se ovan kap. 8).

58. Se nedan.

drag måste därför göras med försiktighet. Dock kan man genom att tillämpa en sådan analog metod tillsammans med de riktlinjer som givits i domstolspraxis med fog anta att exempelvis en intressekollision mellan en tidigare klient och klienten i det aktuella målet grundar plikt för försvararen att frånträda uppdraget. (Se nedan.)

Argumentation i disciplinärenden rörande försvarare bör alltså utgå från en kombination av analogier med civiluppdragen och principer i domstolspraxis.

16.4.2 *Frånträdandet och tystnadsplikten*

En central aspekt av den goda advokatseden återkommer ständigt i detta kapitel. Det gäller det hinder som tystnadsplikten lägger i vägen för den advokat som exempelvis vill frånträda uppdraget. Med tystnadsplikten sammanhänger den s.k. negativa sanningsplikten. Den senare skall genomgås i nästa kapitel, som behandlar klientlojaliteten.

Tystnadsplikten är ett konkret uttryck för lojalitetsplikten gentemot klienten. Detta innebär *dels* att tystnadsplikten kan betraktas som en del av lojalitetsplikten, *dels* att det kan vara svårt att bestämma vad som är tystnadsplikt (som en del av lojalitetsplikten) och vad som är ren lojalitetsplikt. Rent dogmatiskt är tystnadsplikten lätt att innehållsbestämma och reglera (även om svensk gällande rätt brister härvidlag). Lojalitetsplikten är däremot mycket svårare att innehållsbestämma och reglera och betydligt mer öppen för tolkning. Denna avhandling handlar till stor del om att söka precisera just lojalitetsplikten.

När det gäller frånträdandet som konkret handlingsalternativ aktualiseras både tystnads- och lojalitetsplikterna. För att tydliggöra och avgränsa de båda plikterna kan man se till de möjliga konsekvenserna av ett frånträdande. Jag skulle vilja konkretisera problemet så här: om frånträdandet innebär ett obehörigt röjande av uppgifter som klienten i förtroende lämnat sin försvarare, aktualiseras tystnadsplikten. Om frånträdandet medför att klientens sak på något annat sätt skadas – alltså utan att något röjande av uppgifter äger rum – aktualiseras lojalitetsplikten. Exempel på sådan skada kan vara att advokaten frånträder i ett för sent skede[59] eller att klientens sak framstår i ogynnsam dager.[60]

Tystnadsplikten för advokater i allmänhet och försvarare i synnerhet är mycket långtgående i Sverige och i alla jämförbara länder.[61]

59. TSA 1993 s. 45 fall 3 (dock ej offentligt försvar).

60. Det kan exempelvis inte anses förenligt med god advokatsed att advokaten bibringar rättten uppfattningen att hon känner bristande förtroende för klienten eller dennes sak. Se även Wiklund i TSA 1965 s. 376 f. och 16.3 ovan.

61. Se t.ex. Lake Pleasant-fallet. För engelsk del jämför Bar Code 603 som stadgar tystnadsplikt för barristers. Undantag från tystnadsplikten gäller endast om klienten samtycker samt om information som är nödvändig för arbetet i målet måste lämnas till en kollega som samarbetar med barristern. Bar Code har också en särskild regel om förbud att kommentera fakta i ett mål till media, (604).

Enligt rambestämmelsen i RB 8:4 är advokat skyldig att förtiga vad han får kännedom om i sin yrkesutövning när god advokatsed kräver detta.[62] Åter ser vi att för att kunna tolka ett RB-stadgande om advokat, måste vi gå till den goda advokatseden. I SRGA 19 § heter det: "Advokat skall iaktta diskretion om sina klienters angelägenheter och får inte, med mindre laglig skyldighet att lämna upplysning föreligger, utan vederbörligt samtycke yppa något, som i hans verksamhet förtrotts honom eller som han i samband med sådant förtroende erfarit." Följaktligen måste man undersöka om och när laglig plikt att lämna sådan upplysning föreligger.

Tystnadsplikten för advokater måste därför kopplas till reglerna om vittnesplikt. Wiklund drar med fog slutsatsen att lagstiftaren har utgått ifrån att advokatens tystnadsplikt i vart fall sträcker sig minst lika långt som förbuden mot advokatens hörande som vittne. Man måste kunna utgå ifrån att om inte ens ett så beaktansvärt intresse som det allmänna intresset av att sanningen skall komma fram i en rättegång får föranleda ett brytande av advokatsekretessen, finns så mycket mindre skäl att tillåta en advokat att bryta denna sekretess i situationer där det inte är fråga om vittnesförhör.[63]

Det s.k. frågeförbudet i RB 36:5 reglerar bland annat advokaters tystnads- och vittnesplikt. Rättegångsombud, biträden eller försvarare får enligt stycke 3 höras som vittnen om vad som anförtrotts dem för uppdragets fullgörande endast om parten medgivit det.

Förutsättningen är alltså att uppgiften skall ha anförtrotts advokaten för uppdragets fullgörande, den s.k. förtroendesekretessen. För att uppgiften skall anses vara meddelad i förtroende krävs inte att den meddelats under uttryckligt förbehåll om diskretion. Det räcker med att uppgifterna lämnats under sådana omständigheter att det skäligen kan antagas ha skett i förtroende.[64] Wiklund framhåller att advokaten *in dubio* alltid bör utgå ifrån att en uppgift från klienten skall behandlas konfidentiellt.[65]

Utan hinder av frågeförbudet får emellertid rättegångsbiträden och rättegångsombud höras i mål angående grova brott,[66] 36:5 4 st.[67] Endast försvarare är undantagna från denna vittnesplikt. Som synes gäller tystnadsplikten vare sig ombudet är advokat eller inte. Innebörden av detta fjärde stycke har varit föremål för delade meningar ända sedan 1960-talet.[68] Ekelöf och Wiklund me-

62. Brott mot sådan tystnadsplikt är straffsanktionerat och får endast åtalas av JK, RB 8:7, st. 6.

63. Wiklund s. 301 f. Jämför del II B ovan om Lake Pleasant-fallet, där flera författare tar upp frågan om inte reglerna om tystnadsplikt för försvarare egentligen är att betrakta som ett lagenligt hinder för att sanningen kommer fram.

64. PLB s. 392.

65. Wiklund s. 302 f. Wiklund ansåg t.o.m. att själva det faktum att en viss klient anlitat advokaten ofta kan vara av sådan natur att ett yppande av detta kan innebära ett obehörigt röjande av ett förtroende (s. 305).

66. Brott för vilka inte är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i två år.

67. Sedan en lagändring gjordes 1997 hänvisar bestämmelsen till sekretesslagen i syfte att öppna möjlighet att bryta igenom frågeförbudet i mål om brott enligt 3, 4 eller 6 kap. BrB, när brottet begåtts mot någon som inte fyllt 18 år. SFS 1997:314; prop. 1996/97:124.

68. Welamson i TSA 1962 s. 295, Wiklund s. 312, Ekelöf IV, s. 175. Se även Fitgers kommentar till 36:5, även Shaughnessy *passim*.

nar att försvarare som är advokat inte heller kan vittna om vad han i samband med utförande av sitt uppdrag som försvarare "erfarit".

Oavsett hur fjärde stycket tolkas, är det viktigt att hålla i minnet att den omständigheten att advokat enligt 36:5 i vissa fall får höras som vittne inte är något skäl för henne att bryta tystnadsplikten, när det inte är fråga om hennes hörande som vittne, något som Wiklund poängterar. God advokatsed påbjuder försiktighet med att yppa upplysningar från klienten och blir det fråga om att vittnesförhör begärs med advokaten, bör hon avböja att uttala sig och i stället låta rätten avgöra om hon är skyldig att vittna eller ej.[69]

Som synes är inte frågan om försvararens tystnadsplikt så alldeles enkel att utreda.[70] Blomkvist skriver helt enkelt att försvarare aldrig är skyldig att vittna om vad han erfarit i samband med uppdraget, om inte klienten medger det.[71]

Frågan om försvarares skyldighet att avslöja planerade brott har inte heller fått något entydigt svar för svensk del.[72] Den härskande uppfattningen tycks dock vara att advokat, precis som andra (BrB 23:6), är skyldig att avslöja straffbar förberedelse eller stämpling eller straffbart försök att begå grovt brott.[73] Två intressanta frågor uppkommer i detta sammanhang. Den ena gäller diskussionen som förts huruvida en advokat i enlighet med god advokatsed till och med skulle ha en längre gående plikt att avslöja brott än andra samhällsmedborgare.[74] En annan relevant fråga är i vilken omfattning försvarsadvokatens särskilda ställning och hennes tystnadsplikt föranleder *begränsningar* av denna skyldighet.[75] Frågorna – som utan tvekan belyser två skilda advokatideologier – är dock för omfattande för att kunna utredas här.

Sekretessen omfattar även vad huvudmannen i angivet syfte meddelat advokaten innan hon åtog sig uppdraget.[76] Tystnads- och lojalitetsplikterna kvarstår även efter att uppdraget upphört.[77] Detta medför bland annat att advokaten, när hon exempelvis begär sitt entledigande, inte får avslöja några uppgifter som lämnats henne i förtroende, varken vid tidpunkten för frånträdandet eller vid en senare tidpunkt.[78]

Tystnadsplikten är inte absolut i den meningen att det inte finns några undantag. Förutom reglerna om vittnesplikt och avslöjande av planerade brott, finns bestäm-

69. Jämför Wiklund s. 312.

70. För närvarande finns inte heller några konkreta planer på att se över reglerna om advokats tystnadsplikt. (Muntlig uppgift från handläggare hos Justitiedepartementet våren 2001.)

71. Blomkvist s. 11.

72. Wiklund s. 313–314, jämför även Westman i TSA 1963 s. 395.

73. Wiklund s. 313.

74. Wiklund ibid. Se vidare rörande 1960-talets uppfattningar exempelvis Lous: "Sakføreres taushetsplikt – En utvikling og vurdering" (1960) och "Edisjonsplikten" (1962) *passim*.

75. Se Westmans starkt kritiska anmälan av Lous arbeten i ämnet, TSA 1963 s. 395. För egen del håller jag med Westman.

76. Motiven (NJA II 1943) s. 468.

77. TSA 1987 s. 355.

78. I vissa amerikanska delstater har advokaten möjlighet att rådgöra med en domare som ej tagit befattning med saken i ett *in camera*-samtal. Domaren har sedan möjlighet att fatta beslut om entledigande utan att avslöja skälen.

melser om uppgiftsskyldighet i vissa andra fall.[79] Wiklund gör också gällande att tystnadsplikten inte bör hindra att advokaten lämnar vissa uppgifter i en nödfallssituation[80] eller om hon är tvungen att försvara sig mot angrepp från klientens sida. Om advokaten behöver försvara sig mot en allvarlig beskyllning från klienten, är det viktigt att hon inte yppar något som inte är nödvändigt. Stor försiktighet anbefalls och det är ofta bättre att advokaten "sväljer förtreten" än yppar något som kan vara menligt för klienten. Wiklund återger följande sedelärande historia som härrör från en advokat. Vid en rannsakning frågade rättens ordförande den tilltalade hur denne kunde säga så och så. "Det var advokaten som sa till mig att jag skulle säga så." Advokaten ifråga berättade att "min spontana reaktion bjöd mig att rusa upp och förklara att karlen ljög, men jag satte mig igen med tanken: 'Jag är ju icke här för att försvara mig själv utan för att hjälpa honom.'[81] Wiklund konstaterar torrt att han inte tror att han själv skulle vara mäktig en sådan självbehärskning och att man knappast skulle klandra en advokat som försvarar sig i ett sådant läge.[82]

Sammanfattningsvis kan vi konstatera följande. Alldeles oavsett de oklarheter som kan finnas i tolkningen av gällande rätt avseende försvarsadvokaters tystnadsplikt i vissa fall, kan det inte råda någon tvekan om att den advokat som väljer att frånträda sitt uppdrag måste iaktta största diskretion beträffande skälen till frånträdandet i följande fall:

a) då skälen är knutna till något som klienten i förtroende yppat för sin försvarare (p.g.a. tystnadsplikten).
b) då avslöjandet av skälen på något annat sätt kan skada klienten eller dennes sak (p.g.a. lojalitetsplikten).

Uppenbarligen täcker de båda fallen in ett mycket stort område. Utanför området faller i princip endast sådana skäl som att advokaten är hindrad att slutföra uppdraget på grund av giltigt förfall eller på grund av sådana samarbetssvårigheter som ovan utreddes i avsnittet 16.3. En tänkbar följd av dessa bestämmelser är alltså att advokaten, för att kunna frånträda, måste uppge sådana godtagbara skäl, antingen dessa är med verkligheten överensstämmande eller inte.

16.4.3 *Frånträdandet i SRGA*

I första delen av detta kapitel såg vi att lagen skiljer mellan skyldighet respektive rätt att frånträda ett försvararuppdrag, vilket framgår av reglerna om av-

79. RB 8:6 2 st. stadgar att advokat är skyldig att lämna samfundet de uppgifter som behövs för dess tillsyn. Motsvarande stadgande i samfundets stadgar är 46 §, som fastslår att ledamot är skyldig att lämna uppgifter och tillhandahålla räkenskaper m.m. Enligt Welamson kan inte tystnadsplikten åberopas mot sådan uppgiftsskyldighet. I SRGA 52 § sägs också att advokat utan hinder av tystnadsplikten är skyldig att fullständigt och sanningsenligt besvara framställda frågor och lämna begärda uppgifter som begärs av samfundets organ och dess företrädare.

80. Om exempelvis klienten är i trängande behov av psykiatrisk hjälp eller hotar att begå självmord.

81. Episoden berättas av Sven Hallström i TSA 1945 s. 23.

82. Wiklund 317.

visning respektive entledigande på egen begäran. Även i reglerna om god advokatsed skiljer man mellan skyldighet och rätt att frånträda.

Rent allmänt gäller att advokaten genom att acceptera ett uppdrag också anses ha förbundit sig att slutföra detta. Redan i äldre svensk advokatsed klargjordes att en advokat endast då god advokatsed så tillät hade rätt att frånträda mottaget uppdrag.[83]

Den nu gällande bestämmelsen gör också rätten till frånträdande beroende av vad god advokatsed kräver, men anger inte vad detta krav innebär. I stadgarna heter det, på ungefär samma sätt som i äldre advokatsed, att ledamot icke, där detta strider mot god advokatsed, må frånträda mottaget uppdrag.[84] I detta fall finns emellertid bestämmelser såväl i stadgarna som i de vägledande reglerna om god advokatsed, SRGA. I de senare anges riktlinjer för vad god advokatsed kräver.

I SRGA 16 § fastslås att advokat inte är berättigad att mot klientens önskan frånträda uppdrag, med mindre advokaten enligt 15 § är skyldig att frånträda eller eljest giltigt skäl kan åberopas. Skäl som kan ge advokaten *rätt* att frånträda uppdrag kan föreligga bland annat:

- om klienten i orimligt hög grad betungar eller besvärar advokaten och inte kan förmås till rättelse;
- om klienten lämnar advokaten instruktioner att vid uppdragets utförande förfara på ett sätt, som uppenbarligen strider mot klientens intressen, och trots påpekande vidhåller dessa instruktioner;
- om klienten i väsentliga avseenden handlar i strid mot advokatens råd eller eljest klart ger till känna att han förlorat förtroendet för advokaten, eller
- om klienten trots påminnelse underlåter att inbetala förskott eller ersättning, som advokaten i anledning av uppdraget har rätt att fordra.

Jag har i kap. 9.3 angivit de skäl som enligt SRGA grundar skyldighet för advokaten att *avböja* erbjudet uppdrag. Den aktuella paragrafen, SRGA 14 §, behandlar främst frågor om intressekonflikt som kan uppstå då advokaten i saken kan ha ett intresse som strider mot uppdragsgivarens eller då advokaten tidigare biträtt motparten eller någon annan omständighet föreligger som kan utgöra hinder för advokaten att obundet hävda uppdragsgivarens intressen. Som skall visas strax nedan kan sådana omständigheter i vissa fall grunda skyldighet även för försvarare att frånträda uppdrag.

83. "Ledamot må, där god advokatsed så tillsträder, frånträda mottaget uppdrag." 4 § i 1936 års stadgar för Sveriges advokatsamfund, som då fortfarande var en privat sammanslutning. Med bestämmelsen ville man dels för allmänheten klargöra att en avsägelse i och för sig inte strider mot en advokats yrkesplikter, dels hos samfundets ledamöter inskärpa att en advokat inte utan vidare äger avsäga sig ett mottaget uppdrag, se TSA 1936 s. 100.

84. Stadgar för Sveriges advokatsamfund § 37.

Slutligen fastslås i SRGA 15 § att om advokat efter mottagande av uppdrag finner sådan omständighet föreligga som skulle ha grundat skyldighet att avböja uppdraget, är han *skyldig* att frånträda detta. Detsamma skall gälla om

- advokaten på grund av laga förfall och därmed jämförliga omständigheter blir förhindrad att fullfölja uppdraget;
- klienten begär att advokaten skall handla brottsligt eller i strid mot god advokatsed och trots påpekande vidhåller sin begäran, eller
- om klienten undertrycker eller förvanskar bevis eller handlar svikligt.

Reglerna om plikt respektive rätt att frånträda mottaget uppdrag gäller, som inledningsvis påpekats, för civila uppdrag, dvs. uppdrag som lämnats av klienten. För förordnade uppdrag gäller som bekant att advokaten inte kan befria sig från dessa genom en avsägelse. Hon måste hos domstol hemställa om entledigande från uppdraget. Av denna anledning har i SRGA 16 § *in fine* framhållits att om entledigande från förordnande gäller vad för varje fall är stadgat i lag.

Fram till dess domstolen eller myndigheten entledigat advokaten, kvarstår hennes skyldighet att biträda klienten.

> I TSA 1987 s. 355 innehade en advokat uppdrag som biträde enligt rättshjälpslagen. Advokaten underlät att söka prövningstillstånd mot en dom mot klienten på grund av att klienten inte hade inbetalat rättshjälpsavgiften. JK påkallade disciplinär åtgärd mot advokaten och disciplinnämnden yttrade bland annat följande. Advokaten var i tvisten biträde enligt rättshjälpslagen. Advokatens avsägelse av uppdraget som ombud innebar inte att hans plikt att ta befattning med målet utan vidare upphörde. Uppdraget som biträde enligt rättshjälpslagen kvarstod alltjämt eftersom han inte entledigats. Det hade därför ålegat honom att biträda klienten med överenskommen fullföljd av talan, och advokaten tilldelades erinran.

Vill advokaten frånträda mottaget uppdrag, är hon enligt SRGA 17 § skyldig att för klienten uppge skälen till frånträdandet. Hon skall enligt samma § också bereda klienten skälig tid att anlita annan advokat. Advokaten får inte frånträda uppdraget i ett alltför sent skede och i övrigt inte heller på ett sådant sätt att frånträdandet kan skada klienten eller dennes sak.[85]

Den ledande synpunkten är att advokaten – även om giltigt skäl till avsägelse föreligger – inte får avsäga sig uppdraget med så kort varsel att klienten vållas skada. Denna synpunkt leder till att advokaten ibland kan bli nödsakad att tills vidare kvarstå, med skyldighet att vidta de åtgärder som är erforderliga för att klienten inte skall lida rättsförlust. Samma tankegång kan spåras i det stadgande i RB 12:18 2 st., som säger att rättegångsombud som vill avsäga sig partens talan har skyldighet att på grund av fullmakten bevaka partens rätt, till dess denne har hunnit vidtaga åtgärd för utförande av sin talan. Bestämmelsen torde gälla för försvarsadvokat även om fullmakt saknas. Så till exempel bör en försvarsadvokat, som frånträtt sitt uppdrag i samband med att un-

85. I TSA 1989 s. 81, fall 4, tilldelades en advokat erinran för att han åtagit sig ett (civilt) uppdrag och sedan låtit en annan advokat ta hand om det, utan att meddela klienten någon önskan att frånträda uppdraget och enligt klienten utan att inhämta något godkännande för ombudsbyte.

derrättens dom fallit, ändå biträda klienten med upprättandet av handlingar för överklagande till högre rätt, om klienten begär det.[86]

16.4.4 *Frånträdandet i praktiken: exemplifiering och tolkning*

Intressekollision i form av lojalitetsplikt mot tidigare klient[87] är en av de allra vanligaste omständigheter, som av disciplinnämnden ansetts utgöra skäl för att advokat bort frånträda uppdrag.[88] Ett typiskt sådant fall är TSA 1990 s. 364, fall 13, där anmärkning riktades mot en advokat för att han först varit försvarare i ett brottmål för en person och därefter varit ombud för dennes hustru i ett mål angående äktenskapsskillnad mellan dem. Advokatens lojalitetsplikt mot klienten i brottmålet borde enligt disciplinnämnden ha avhållit honom från att åtaga sig uppdraget för hustrun. Fallet illustrerar alltså principen om att tystnads- och lojalitetsplikten kvarstår även efter att uppdraget upphört, vilket givetvis är anledningen till att en advokat bör frånträda i ett sådant här läge.[89]

En variant på samma tema är att en advokat företräder en juridisk person i ett ärende, samtidigt som hon företräder en part som har andra intressen i samma ärende och sedan åtar sig ett offentligt försvar för den person som varit inblandad i det civila ärendet. Så bör man inte blanda och ge bland sina klienter, vilket disciplinnämnden noterat.[90]

> I TSA 1991 s. 374 fann disciplinnämnden att uppdrag som offentligt biträde i LVU-mål åt målsägande som misstänktes ha blivit sexuellt utnyttjad utgjorde hinder för senare uppdrag såsom offentlig försvarare åt den misstänkte gärningsmannen. Det hade därför ålegat advokaten att, så snart hon insett att klienten i brottmålet var samme person som förekommit i LVU-målet, begära sitt entledigande från uppdraget som offentlig försvarare. Då så ej skett hade advokaten brustit i sina åligganden och tilldelades erinran.[91]

Lojalitetsplikten mot en klient i brottmål är alltså stark och kvarstår, liksom tystnadsplikten, även efter målet är avslutat. Det etiska problemet i sådana här fall är ofta att man kan anta att advokaten i sitt biträde åt en viss person, på grund av förtroendeförhållandet dem emellan, fått kännedom om personens

86. Se TSA 1978 s. 379, TSA 1975 s. 366, TSA 1973 s. 102 och s. 103. Fallen kommenteras nedan.

87. Principen är internationell. Jämför exempelvis LSG Rule 15.02 (1996 års uppl.).

88. En annan vanlig omständighet, som utgör en särskild form av intressekonflikt, är det s.k. byråjävet, där alltså en advokat företräder en part i ett mål, medan en kollega på samma byrå företräder ett annat intresse i samma mål. I sådant fall är advokaten som huvudregel skyldig att avböja, SRGA 14 §, respektive frånträda (om hon senare inser att hon bort avböja enligt 14 §), SRGA 15 § 1 st. I engelsk rätt gäller att om ett byråjäv uppstår på grund av att två advokatbyråer går samman och det vore till nackdel för de respektive klienterna om advokaterna frånträdde på grund av fusionen, kan advokaterna få kvarstå under förutsättning att man reser "osynliga murar" mellan sig. Förfarandet går under namnet "Chinese wall".

89. Jämför Wiklund s. 309 f. och Shaughnessy *passim*.

90. TSA 1990 s. 49, fall 1. Advokaten tilldelades erinran.

91. Jämför TSA 1990 s. 317, fall 10.

förhållanden, vilket senare skulle kunna användas mot vederbörande. Disciplinnämnden har därför i allmänhet funnit att försvarare inte bör ta sig an uppdrag i mål mot en tidigare klient. I TSA 1998 nr 7, fall 2, hade en advokat åtagit sig ett försvar för en person som misstänktes ha begått brott mot en person, som var advokatens klient i ett tidigare mål. Advokaten hade därvid brustit i lojalitet mot sin gamla klient, då han i en överklagandeskrift lämnat uppgifter om hennes person som han fått kännedom om när han var hennes försvarare. Disciplinnämnden såg allvarligt på förfarandet och advokaten tilldelades varning.

Inställningen är, som alltid i advokatärenden, principiell. Särskilda omständigheter kan medföra att ingen åtgärd vidtas mot advokat som förfar på det här sättet. I TSA 1991 s. 310 hade en advokat åtagit sig ett uppdrag där motparten var en före detta klient. Då den f.d. klienten hade bytt såväl efternamn som adress och cirka sju år hade förflutit mellan de båda uppdragen, fann disciplinnämnden att advokaten inte kunde lastas för att hon inte upptäckte den föreliggande intressekonflikten. Just tidsaspekten har disciplinnämnden tagit hänsyn till även i andra fall. Har det gått några år, överser man ibland med att advokat inte frånträder trots risken för intressekollision.[92] Detta är ganska intressant med tanke på att tystnadsplikten anses kvarstå under mycket lång tid. Den kvarstår efter att uppdraget upphört och den anses kvarstå även efter att klienten avlidit.[93] Detta bör innebära att även om advokaten har rätt att ta sig an ett nytt ärende där hon företräder intressen som kan stå tvärt emot de intressen hon en gång företrätt för en annan klients räkning, så får hon i vart fall inte yppa något som den gamla klienten anförtrott henne. Frågan kan då uppstå om hon verkligen förmår tillvarata den nye klientens intressen till fullo, samtidigt som hon bevarar den gamle klientens förtroende. Till undvikande av att en sådan lojalitetskonflikt uppstår borde enligt min mening advokater aldrig ta sig an uppdrag mot före detta klienter.

Två disciplinfall i TSA 1999 (nr 2) tyder på att disciplinnämnden är medveten om dessa problem, men likväl har man här inte varit sträng i sin bedömning. I båda fallen var nämnden oenig; majoriteten nöjde sig med ett uttalande medan minoriteten ville fälla till ansvar.

> I fall 1 1999 hade en advokat först varit förordnad som offentlig försvarare för en viss NN i ett mål angående våld mot tjänsteman, försök till grov misshandel m.m. Två år senare åtog sig samma advokat uppdrag som biträde åt målsäganden i ett brottmål mot samme NN angående grov misshandel. Omständigheterna visar således stora likheter med 1991 års fall om LVU-biträdet. Det var som synes också fråga om samma typ av brottslighet. Trots detta lät alltså disciplinnämnden saken bero med ett uttalande om att försvararen inte borde ha åtagit sig målsägandeuppdraget. En skiljaktig ledamot fann att advokaten borde tilldelas erinran.

92. I TSA 1990 s. 364, fall 13, vilket inledde detta avsnitt, inträffade just detta. Disciplinnämnden fann visserligen att advokaten inte bort åta sig det senare uppdraget, men lät saken bero med ett uttalande just på grund av att relativt lång tid förflutit mellan de båda uppdragen.

93. Vägledande får anses vara vad man kan anta att klienten önskat. I nordisk praktikerdoktrin har diskuterats huruvida de anhörigas samtycke kan ersätta den avlidnes, men den ledande uppfattningen synes vara att så inte bör vara fallet. Se Wiklund s. 310–311.

I fall 2 1999 var omständigheterna än mer flagranta, eftersom den tidigare klienten på grund av situationen kände så stark olust mot sin förra advokat att hon vägrade inställa sig vid huvudförhandlingen. I det fallet var tre ledamöter skiljaktiga, medan disciplinnämndens majoritet inte fann skäl att meddela någon påföljd. Advokaten A hade i två brottmål varit målsägandebiträde åt Anna (fingerat). Enligt Anna hade A därvid fått en mängd uppgifter om hennes personliga förhållanden. Nu hade A åtagit sig att vara offentlig försvarare för Sven (fingerat), en man som var misstänkt för misshandel av och olaga hot mot Anna. Anna påtalade därför att det förelåg en jävssituation,[94] eftersom A som offentlig försvarare kunde dra nytta av sin kännedom om Annas personliga förhållanden. A meddelade dock att hon ansåg sig oförhindrad att uppträda som offentlig försvarare i det aktuella brottmålet. I det läget meddelade Anna tingsrätten att hon saknade möjlighet att inställa sig till rättegången.

Advokaten A anförde att hon under 1994 varit målsägandebiträde åt Anna, men att hon också sedan 1985 sex gånger varit offentlig försvarare för Sven. Sven hade inte varit inblandad i ärendena där Anna varit målsägande. När nu Sven och Anna förekom i samma utredning, gjorde advokaten, efter vissa överväganden, bedömningen att hon som målsägandebiträde åt Anna inte fått kännedom om sådana förhållanden som kunde ha betydelse vid utförandet av försvararuppdraget. Då advokaten fick reda på att Anna ansåg henne som jävig, tog hon med Sven upp frågan om hon inte borde avträda för att tillmötesgå Annas önskemål. Sven förklarade att han absolut ville att A skulle kvarstå som hans offentliga försvarare. A meddelade därför Annas nya målsägandebiträde att hon inte hade för avsikt att begära sitt entledigande, varvid Anna uteblev från huvudförhandlingen.

Efter att advokaten A redogjort för sin inställning, beslutade tingsrätten att inte avvisa A som offentlig försvarare i målet, att inställa förhandlingen och att Anna skulle hämtas till nästa rättegångstillfälle.[95]

Disciplinnämnden fann att A, så snart hon fick kännedom om att Sven var misstänkt för brott mot Anna, borde ha frånträtt sitt uppdrag som offentlig försvarare för Sven. Man lät saken bero med detta uttalande. De tre skiljaktiga ledamöterna fann att A genom att ej frånträda hade åsidosatt sina plikter som advokat och att hon borde tilldelas en erinran.

Jag håller för troligt att tingsrättens bedömning av de speciella omständigheterna i det här fallet hade stor betydelse för disciplinnämndens ställningstagande. Det är också viktigt att notera att nämnden var oenig.

Som ett viktigt rekvisit i förbudet att frånträda uppdrag anges i SRGA 16 § att sådant *frånträdande inte skall ske mot klientens önskan.* Som vi har sett tas om möjligt större hänsyn till klientens önskemål i brottmål än i civilmål.

Om man nu i stället vänder på förutsättningarna och tänker sig att omständigheterna i målet i och för sig utgör grund för försvararens plikt att frånträda uppdraget, men klienten uttalar en stark önskan att ändå få bli företrädd av den förordnade advokaten, är då klientens önskan ett skäl som väger över skälet till frånträdande? I detta fall som i andra beror naturligtvis utgången på

94. Det finns som bekant ingen möjlighet att "anmäla jäv" mot en försvarare. Förordnandet får återkallas av rätten om giltigt skäl föreligger (RB 21:6), vilket tingsrätten hade att ta ställning till i just detta fall. (Jämför vad som sägs om 21:6 i kap. 16.3 ovan.)

95. Troligen har tingsrätten i detta fall beaktat de speciella omständigheterna kring målsäganden Anna. Av tingsrättens arkiv framgår att Anna var alkoholist och vid upprepade tillfällen anmält att hon blivit utsatt för samma typ av brott, fast från en rad olika män. Se Alingsås tingsrätt B 289/97, B 360/94 och B 698/93.

omständigheterna i det enskilda fallet. Ett skäl som grundar plikt att frånträda är att risk för intressekonflikt föreligger. Disciplinnämnden har i ett avgörande funnit att detta skäl väger tyngre än klientens önskemål.

> Det var i TSA 1997 s. 28 fall 14, som en advokat förordnats till offentlig försvarare för en person misstänkt för grovt koppleri. Någon vecka före huvudförhandlingen inkom en uppgift till rätten om att advokaten tidigare varit förordnad som ombud i ett LVU-mål för den kvinna som nu var målsägande i brottmålet, varvid advokaten bland annat fått reda på att kvinnan tvingades prostituera sig. Chefsrådmannen tog i anledning härav kontakt med advokaten och förklarade att hon ansåg att advokaten inte längre kunde kvarstå som försvarare. Advokaten ansåg inte att det förelåg skäl för honom att avträda men gick efter flera samtal med på ett försvararbyte två dagar före huvudförhandlingen. Såväl tingsrätten som hovrätten fann, i samband med avgörande om ersättning till advokaten, att denne förfarit försumligt och antingen borde ha avböjt uppdraget eller begärt sitt entledigande på ett tidigt stadium.
>
> *Advokaten anförde* att han visserligen inte ansåg att hans lojalitetsplikt kunde ifrågasättas, men att han ändå överlagt med sin klient om ett försvararbyte. Han uppgav vidare att klienten, som förnekade brottet, var i utomordentligt dåligt psykiskt skick, grät förtvivlat, klängde sig fast vid advokaten och förklarade att denne inte skulle överge honom då advokaten biträtt honom i skilda angelägenheter sedan början av 1980-talet.
>
> *Disciplinnämnden fann* att advokaten bort, så snart han insåg att hans tidigare klient nu var målsägande i målet, ha anmält att han med hänsyn till omständigheterna inte kunde kvarstå som offentlig försvarare. Advokaten tilldelades erinran.

Disciplinnämnden ger ingen annan motivering än denna. Man kan emellertid dra ett par slutsatser av fallet, en av praktiskt och en av mer ideologiskt slag.

En enkel praktisk förhållningsregel kan vara att advokaten bör frånträda omedelbart, innan en sådan bindning hinner uppstå som gör att det blir svårt att dra sig ur. Advokaten kände tydligen sin klient väl och borde kanske ha kunnat förutse att denne skulle "klänga sig fast" vid honom, om han redan hunnit påbörja förberedelserna med försvaret. Om advokaten redan från början avböjt uppdraget, hade situationen inte behövt bli så tillspetsad. En sådan regel står i samklang med den grundläggande principen som säger att en advokat generellt sett inte skall frånträda i ett sent skede.

Den andra slutsatsen går ut på att plikten att frånträda ett försvaruppdrag, då risk för intressekonflikt föreligger, väger tyngre än klientens eventuella önskemål. I detta fall kan frågan om klientautonomin alltså tolkas på så sätt att klientens objektiva intresse i målet skall tillmätas större betydelse än klientens subjektiva intressen och önskemål. Tanken bakom en sådan princip är att klienten – den tilltalade – skall skyddas från faran för att hans försvarare inte är så lojal som man kan kräva. Ur ideologisk synpunkt väger detta förhållningssätt över mot en paternalistisk, beskyddande syn på klienten, ett vägvisartänkande. Klienten förstår helt enkelt inte att hans försvarares lojalitet mot honom kan vara i fara, så domstolen måste ta över och fatta ett beslut som syftar till hans eget bästa.

Fallet kan jämföras med TSA 1999 fall 2 ovan, där den tilltalade Sven i brottmålet var en gammal välkänd klient, som inte heller ville att advokaten skulle frånträda, trots risken för intressekonflikt. I det fallet var ju disciplin-

nämnden dock mer eftergiven. Den skillnad, som kan ha varit avgörande för de olika bedömningarna i dessa båda fall, ligger i domstolarnas inställning. Det ligger nära till hands att anta att där domstolen varit mindre sträng mot advokaten, har disciplinnämnden följt efter.[96]

Plikt att frånträda advokatuppdrag föreligger också om *klienten begär att advokaten skall handla brottsligt* eller i strid mot god advokatsed eller klienten undertrycker eller förvanskar bevis eller handlar svikligt (SRGA 15 §). För försvarares del gäller naturligtvis förbud mot att handla brottsligt enligt principer i god advokatsed, som finns uttryckta i generalklausulen SRGA 1 § 2 st. (Advokat får inte främja orätt). Så långt råder samma regel för försvarare som för advokat med civilt uppdrag. Det finns visserligen nyanser även i fråga om brottsligt handlande, varom mera nedan. Om klienten ställer krav på advokaten som kan leda till att advokaten handlar brottsligt eller oetiskt, kommer man nämligen in på den konkreta problematik som skall behandlas längre fram.

När det gäller frågan om *klienten som begär att advokaten skall handla i strid mot god advokatsed*, kan man naturligtvis tänka sig att inte heller en försvarare får handla på sådant sätt; inte ens för att främja sin klients intressen. Denna fråga kan emellertid inte besvaras på något enkelt sätt. Den goda advokatseden kräver ju i första hand att advokaten tillgodoser sin klients intressen inom ramen för bland annat god advokatsed. Innebär detta att vissa maximer i den goda advokatseden väger tyngre än andra, om de ställs emot varandra? Man kan till exempel tänka sig att främjandet av klientens intresse (SRGA 1, 18 §§) ställs mot principen om god kollegialitet (SRGA 48 §).[97] Vid dylika värdekollisioner kan advokatideologierna tjäna till vägledning. Det samma gäller frågan om *klienten som undertrycker eller förvanskar bevis*. Det är en fråga som, likt flera andra som här tagits upp, erbjuder större eller mindre nyansskillnader mellan försvarare och advokat med civilt uppdrag.

Avseende advokatens *rätt* att frånträda försvararförordnande bör man med än större försiktighet göra analogier med civila uppdrag.

Om klienten i orimligt hög grad *betungar eller besvärar* advokaten och inte kan förmås till rättelse kan detta således grunda rätt till frånträdande från civilt uppdrag. Denna grund ligger nära den som i avsnitt 16.3.2.4 ovan behandlats. Där konstaterades att inte ens misshandel eller hot alltid anses utgöra giltigt skäl för advokaten att få bli befriad från uppdraget. *A fortiori* bör gälla att

96. Antagandet skall inte tolkas så att disciplinnämnden alltid följer domstolarnas uppfattning. Så är inte fallet. Det finns många exempel på motsatsen, av vilka ett par redovisas i denna avhandling. I just TSA 1999 fall 2 ("Sven och Anna") beror troligen disciplinnämndens mildhet i bedömningen på de alldeles speciella omständigheterna och de enskilda personerna, inte minst målsäganden Anna. Tyvärr framgår inte detta riktigt av disciplinnämndens referat. Därför tvingas man se till tingsrättens bedömning för att få resonemanget klart för sig, vilket jag också gjort (se not vid referatet ovan). När man läser tingsrättens och sedan disciplinnämndens avgörande, får man intrycket att nämnden tagit domstolens bedömning för god; det är ju trots allt domstolen som får ett förstahandsintryck av omständigheterna i ett fall som detta.

97. Jämför TSA 1991 s. 38 fall 1 och s. 92 fall 6 om bristande måttfullhet vid uttalande om kollega och 1991 s. 378 fall 43 om förment förgripliga uttalanden om motpartsombud.

en besvärlig brottmålsklient, som betungar sin försvarare exempelvis genom ständiga påringningar eller krav på att få träffa advokaten, knappast är godtagbart som skäl för rätt till frånträdande från uppdraget.

Försvararuppdraget är, till skillnad från många andra advokatuppdrag, helt präglat av det faktum att klienten befinner sig i en utsatt situation och ofta är isolerad från omvärlden och endast har sin försvarare att tala med. Medan många civiluppdrag också medför att klienterna är upprivna och oroliga, är skillnaden likväl uppenbar i förhållande till brottmålen. Alla brottmålsklienter är inte frihetsberövade, men alla frihetsberövade är klienter, dvs. har försvarare.[98] Frihetsberövandet i sig innebär att de flesta av de medborgerliga fri- och rättigheterna sätts ur spel. Redan detta faktum innebär att brottmålsklienten är utsatt och under stor psykisk press. Är klienten anhållen eller häktad beror detta ofta på att brottet är av allvarlig karaktär och den misstänkte riskerar fängelsestraff. Många brottmålsklienter kommer från socialt missgynnade grupper i samhället. Allt detta påverkar givetvis försvararens funktion i hög grad. Försvarsadvokatens materiella funktioner är därför ofta vidare än andra advokaters. Försvararen får till exempel också en kurativ funktion vid sidan av de typiskt professionella funktionerna, såsom den bevisefterforskande funktionen. Innebörden av dessa vidare funktioner kan variera ur aktörens perspektiv, beroende på ideologisk inställning. Ur normgivarens perspektiv, vilket är vad vi undersöker i detta kapitel, råder emellertid ingen tvekan om att de vidare funktionerna anses ha ett existensberättigande.

Till intäkt för mitt antagande kan exempelvis tas ett par prejudikat som rör försvararens kuratorsfunktion. I NJA 1977 s. 577 och NJA 1984 s. 877 prövade HD frågan om ersättning till offentlig försvarare kunde utgå även för annat arbete än sådant som hade direkt samband med talan i brottmålet. Advokaterna i de aktuella fallen hade besökt klienterna i häktet främst av kurativa skäl på grund av att klienterna varit deprimerade och oroliga inför den stundande rättegången. I 1977 års fall uppgav försvararen bland annat att arbetet hade varit mycket tidsödande därför att klienten varit deprimerad och tagit kontakt med advokaten för diskussioner angående diverse personliga frågor. HD har, liksom lagstiftaren och advokatsamfundet i dessa och liknande mål, uttryckt att kurativa insatser kan vara nödvändiga i förtroendeskapande hänseende.[99]

Det finns också avgöranden som visar att såväl domstol som advokatsamfund anser att försvararen har en bevisefterforskande funktion att fylla. Denna kan yttra sig så att advokaten anses ha en rätt eller till och med en skyldighet att på egen hand efterforska åklagarens bevisning eller anskaffa egen bevisning, t.ex. i form av vittnen, även under ganska extrema omständigheter. I RH 1983:78 återkallade tingsrätten förordnandet för en advokat att vara offentlig försvarare på den grunden att försvararen i utredningssyfte haft samröre med

98. De har åtminstone rätt till försvarare, RB 21:3a, jämför kap. 9.3.

99. PLB s. 131; samt förutom 1977 och 1984 års prejudikat även HD i NJA 1991 s. 293 generellt i domskälen samt särskilt s. 313 1 stycket.

en misstänkt person och att detta i hög grad rubbat förtroendet för advokaten att vara försvarare i målet. Hovrätten undanröjde sedermera tingsrättens beslut och advokaten återfick med omedelbar verkan sitt förordnande som offentlig försvarare. Där tingsrätten fann att advokaten förfarit i hög grad olämpligt genom sina utredningsmetoder, fann hovrätten tvärtom att en försvarare i denna situation var oförhindrad och efter omständigheterna skyldig att på egen hand skaffa utredning i saken. Hovrätten underströk att en annan syn på försvararens uppgift skulle kunna hämma eller avhålla ifrån motiverade insatser för den misstänktes sak. Advokatsamfundet fann för sin del vid ärendets behandling i disciplinnämnden (TSA 1986 s. 60) att advokaten inte vid sina utredningsförsök handlat i strid med god advokatsed.[100]

Det finns uttryck för liknande tankegångar i samband med preciseringar av förutsättningarna för försvararförordnanden. Där har lagstiftaren uttryckt att ett särskilt skäl för att förordna offentlig försvarare skulle vara att den misstänkte hade svårt att klara sitt försvar p.g.a. exempelvis hög ålder eller psykisk eller allvarlig fysisk sjukdom. Offentlig försvarare bör också regelmässigt förordnas då rättspsykiatrisk undersökning kommer i fråga.[101]

Av bland annat uttalanden som dessa kan man dra slutsatsen att en försvarsadvokat helt enkelt får utgå ifrån att ett försvararuppdrag kan vara betungande och besvärande i högre grad än många civila uppdrag.[102] I lasermålet uttalade ju hovrätten bland annat att advokaterna redan från början måste ha varit medvetna om att uppdraget skulle bli betungande, och i och med att de trots detta accepterade att försvara den misstänkte, borde man kunna kräva att de skulle slutföra uppdraget.[103] Advokatsamfundets generalsekreterare gjorde apropå lasermålet ett uttalande av samma innehåll som hovrättens: advokaterna visste vad de gav sig in på när de tog sig an försvaret och hade inte rätt att sedan frånträda detta.[104] När det gäller olämpligt uppträdande från klientens sida har t.ex. Wiklund gjort antagandet att en del offentliga försvarare torde visa en långt gående tolerans jämfört med advokater i andra typer av uppdrag, vilka knappast behöver finna sig i att klienten uppträder grovt ohövligt eller oförskämt.[105]

Om min tolkning stämmer kan detta tyda på en inställning som går ut på att då försvararens intresse[106] ställs mot klientens på så sätt som här visats, skall klientens intresse överväga. Annorlunda uttryckt väger klientens förtroende för sin försvarare tyngre än försvararens förtroende för klienten. Ur ideologisk synpunkt tonar därför en klientcentrerad och klientneutral bild fram. Vem klienten är, hur klienten beter sig och för vilket brott han är misstänkt

100. Se referat även i 13.3.1 och 16.3.1.

101. Prop. 1983/84:23 s. 18. Se rörande förordnandeförutsättningarna även 9.3.2.

102. De civila uppdragen erbjuder givetvis en stor nyansrikedom härvidlag; den s.k. humanjuridiken, med familjerätten som främsta exempel, innefattar ofta svårigheter av liknande slag.

103. Se 16.3.2.4 ovan.

104. Intervju med Lars Bentelius i Dagens eko, P 1, Sveriges Radio, 31 januari 1995.

105. Wiklund s. 238.

106. I detta fall exempelvis det trots allt berättigade intresset av arbetsro och en anständig arbetsmiljö.

har ingen betydelse för frågan om frånträdande. Advokaten skall i alla fall stå fast vid sitt uppdrag och tillvarata klientens intressen. Vi ser alltså en parallell till de idéer om försvararrollen som jag tolkat in i lag och lagtillämpning i föregående avdelning. Intressant är att notera att den idealtyp som allra tydligast ger uttryck för en sådan inställning inte är vägvisare utan vapendragare. Ovan har vi sett exempel på vägvisaridéer hos normgivaren. Tydligen kan flera – sinsemellan olika – advokatideal spåras i normgivarnas föreställningar om den goda försvararen.

Rätt att frånträda uppdraget föreligger vidare enligt SRGA om klienten lämnar advokaten instruktioner att vid uppdragets utförande förfara på ett sätt, som uppenbarligen *strider mot klientens intressen*, och trots påpekande vidhåller dessa instruktioner.

Detsamma skall gälla om klienten i väsentliga avseenden *handlar i strid mot advokatens råd* eller eljest klart ger till känna att han *förlorat förtroendet för advokaten*. Båda dessa grunder ger prov på en komplicerad problematik och innehåller element av de frågor som utgör kärnan för undersökningen i föreliggande del av avhandlingen. Ur försvararsynpunkt ger dessa skäl för frånträdande upphov till ett flertal framför allt ideologiska problem. Jag har tidigare resonerat kring denna problematik med utgångspunkt från aktörernas uppfattning om klientintresset samt den argumentation som kan läggas upp kring problemet med klientens instruktioner och advokatens råd. Föreliggande avsnitt blir därför en kortfattad inventering av frågan ur frånträdesynpunkt.

Grunderna som angivits strax ovan återfinns, som redan sagts, i SRGA 16 § pp 2 och 3. (Den sista punkten, att klienten underlåter att betala ersättning, bortser jag ifrån eftersom den knappast är aktuell för offentliga försvararuppdrag.) Reglerna gäller som sagt för uppdrag som lämnats av klienten, "civila uppdrag".

Meningsskiljaktigheter i fråga om uppdragets utförande anses i enlighet med svensk god advokatsed således i allmänhet utgöra ett godtagbart skäl för avsägelse. Såväl Wiklund som flera äldre författare[107] har ofta påpekat att advokaten inte skall uppfattas som något slags betalt skrivbiträde som bara skall rätta sig efter klientens önskemål, utan advokaten skall – om än med beaktande av vad klienten önskar – självständigt bilda sig en uppfattning om vilket handlande som bäst tillgodoser klientens intressen. Wiklund gör dock i detta sammanhang ett uttryckligt undantag från försvararuppdragen.[108]

Om klienten uttrycker allvarliga tvivel i fråga om advokatens förmåga att sköta uppdraget skall även detta kunna utgöra giltigt skäl för advokaten att frånträda. Ger klienten klart och tydligt denna sin uppfattning till känna, kan detta förhållande enligt Wiklund också utgöra ett starkt skäl för bifall till en hemställan om entledigande från uppdrag som offentlig försvarare. Som har visats ovan tar också domstolarna hänsyn till sådant bristande förtroende från klientens sida, åtminstone då vissa omständigheter är för handen. Den goda

107. Se bl.a. Vinge s. 36.
108. Wiklund s. 237.

advokatseden torde för övrigt kräva att advokaten, då klienten begär att advokaten entledigas, inte motsätter sig detta.[109]

Om *advokaten känner bristande förtroende för klienten* eller dennes sak, kommer saken i ett annat läge. Innehar advokaten uppdraget direkt från klienten kan bristande förtroende i vissa fall grunda rätt till frånträdande, även om förutsättningarna i det enskilda fallet kan uppvisa stora variationer. I vissa fall kan advokaten redan på grund av andra omständigheter ha skyldighet att frånträda uppdraget, nämligen om ett fortsättande av detta skulle innebära ett främjande av orätt eller eljest strida mot god advokatsed.[110] Som jag redan ovan antytt under avsnittet som behandlar domstolspraxis, torde försvarare i brottmål sällan – om ens någonsin – vara berättigad att frånträda uppdraget av sådana skäl som att hon själv tror eller starkt misstänker att klienten lämnar osanna uppgifter eller mot bättre vetande förnekar sanna påståenden.

109. Se Wiklund s. 238 med noter.
110. SRGA 15 §.

17 Klientlojaliteten ur normgivarens perspektiv

I exemplen som inleder denna del av avhandlingen ställdes försvararen inför ett begränsat antal handlingsalternativ avseende själva processen. Ett alternativ innebar att advokaten följde klientens instruktioner. De andra alternativen innebar att advokaten gick emot klientens instruktioner och fortsatte försvaret i enlighet med sin egen uppfattning eller att hon sökte applicera ett mellanting. Det alternativ som redan studerats var det, där advokaten frånträdde uppdraget.

I de närmast föregående kapitlen tecknades en dogmatisk bakgrund till själva försvararuppdraget: vilket slags uppdrag är det; vem bör betraktas som uppdragsgivare och hur kan man tolka de regler som finns i lag och god advokatsed om uppdragets uppkomst och upphörande.

Vi skall nu tränga längre in i problemets kärna. Vi vet nu att uppdraget är ett uppdrag *sui generis* som företer alltför få likheter med det traditionella advokatuppdraget (lämnat av klienten), för att man skall kunna säga att klienten är uppdragsgivare; det är ett offentligt uppdrag och staten är uppdragsgivare.

Vi vet emellertid också att försvararuppdraget innehåller flera unika drag som gör att det skiljer sig från andra offentliga uppdrag. Bland annat finns i försvararuppdraget en mycket betydande kärna som utgör ett slags "okänd massa": advokat-klientförhållandet. Om detta förhållande har normgivaren sagt att advokaten är skyldig att vara lojal, nitisk och omsorgsfull gentemot klienten. Om denna lojalitet vet vi inte mycket mer än att advokaten inte får lämna sitt uppdrag mot klientens vilja om inte särskilda skäl finns och domstolen godkänner frånträdandet; att det är av avgörande vikt att klienten känner förtroende för sin försvarare men inte vice versa och att försvararen är skyldig att förtiga allt vad hon får veta om klienten och saken i sin yrkesutövning, även om uppgifterna innefattar grov brottslighet. Tystnadsplikten är lätt att definiera i detalj medan lojalitetsplikten är mer svårgripbar; båda formerna av plikt är emellertid intimt sammanknippade med varandra och båda bidrar, var och en på sitt sätt, till att dra en slöja över kärnan i försvararuppdraget.

När nu försvarsadvokaten i de inledande exemplen ställs inför sina handlingsalternativ, har hon, liksom vid all sin yrkesutövning, att ta hänsyn till två olika slags normer. Det rör sig för det första om skrivna eller på annat sätt

etablerade normer såsom lag, domstolspraxis, SRGA och disciplinpraxis och auktoritativ doktrin i ämnet god advokatsed. För det andra rör det sig om det individuella etiska förhållningssätt som vägleder advokaten vid varje svårt beslut och som jag kallar advokatideologier. Vilka handlingsalternativ som dessa ideologier pekar på framgår av argumentationsanalysen i kap. 14.

I de följande avsnitten skall jag gå igenom vilken inställning som kan spåras i de etablerade normerna vad avser försvararens bundenhet vid klientinstruktionerna.

Som bör framgå av vad som hittills sagts om normgivaren, har denne givit sin inställning till känna avseende försvararens bundenhet till uppdraget eller klienten, medan bundenheten till klientens instruktioner varit svårare att precisera ur dogmatisk synpunkt. När det gäller handlingsalternativen I och II, att följa respektive inte följa instruktionerna, går det visserligen att skaffa sig en bild av normgivarens uppfattning. Det gäller emellertid att tillägna sig normgivarens vokabulär. Lagstiftare, advokatsamfund och doktrin talar i dessa sammanhang om *advokatens lojalitetsplikt*. För att få reda på normgivarens inställning till instruktionsproblematiken måste vi alltså undersöka hur normgivaren tolkar lojalitetsplikten.

Jag kommer därför först att säga något om normgivarens uppfattning om klientlojaliteten ur generell synvinkel. Det blir i stort sett en utredning kring lagtolkning och uppfattningen i doktrinen om lojalitetsplikten. Därefter följer en studie av normgivarens uppfattning om lojalitetsplikten ur specifik synpunkt, illustrerad med hjälp av domstols- och disciplinnämndspraxis kring advokater som på ett eller annat sätt tagit ställning till instruktioner från sin klient.

17.1 Klientlojaliteten generellt

Om försvararens generella yrkesplikter visavi klienten finns egentligen bara två stadganden i lag. I RB 8:4 heter det att en advokat i sin verksamhet redbart och nitiskt skall utföra de uppdrag som anförtrotts honom och iaktta god advokatsed. I RB 21:7 1 st. stadgas att försvarare med nit och omsorg skall tillvarata den misstänktes rätt och i detta syfte verka för sakens riktiga belysning.

Det ena som går att läsa ut beträffande nu aktuell fråga (alltså att klienten lämnar vissa instruktioner angående uppdragets utförande) är att försvararen skall utföra sitt uppdrag redbart, nitiskt och omsorgsfullt. Ingenting sägs om huruvida försvararen skall utföra uppdraget på det sätt klienten önskar. Av uttrycket redbart kan man dra slutsatsen att advokaten – hur hon nu än väljer att genomföra uppdraget – inte får främja orätt. Att uppdraget skall utföras nitiskt och omsorgsfullt innebär givetvis att det inte får utföras slarvigt, okunnigt eller med oskäliga dröjsmål.

Det andra som kan utläsas är mera öppet för tolkning. Det sägs att advokaten skall iaktta god advokatsed och att hon skall tillvarata den misstänktes rätt och i detta syfte verka för sakens riktiga belysning. Begreppet god advo-

katsed tolkas och belyses i TSA, framför allt genom referat av disciplinnämndsavgöranden. Lokutionen "tillvarataga den misstänktes rätt och i detta syfte verka för sakens riktiga belysning" har också varit föremål för viss uttolkning i TSA och den sparsamma doktrin som finns att tillgå för svensk del. Båda dessa åligganden kräver således inblick i den goda advokatseden för att rätt kunna förstås. De citerade paragraferna är närmast att betrakta som ett slags programförklaringar och är ytterst sällan föremål för direkt tillämpning i domstolarna. Detta innebär att RB 8:4 och 21:7 som lagstiftningsprodukter, såväl som deras tillämpning, inte ger någon särskilt god vägledning för här aktuellt problem.

Det finns emellertid andra möjligheter att utröna lagstiftarens inställning, om än mera indirekta. Det gäller dels lagförarbetena till 8:4 och 21:7, dels viss annan lagstiftning som finns kring försvararens yrkesutövning. Jag tänker därvid till exempel på försvararjävsregeln, som nämnts ovan. Även lagregler som rör försvarares arvode respektive försvararbyte (se ovan) blir emellertid med jämna mellanrum föremål för diskussioner i HD, varvid man ibland kan få vägledning för tolkningen av lagstiftningen kring försvarargärningen.

I PLB:s kommentar till 8:4 framhålls att advokat, som anlitas som ombud eller biträde i rättegång, bör söka främja en god rättskipning. Med detta avses exempelvis att advokaten inte skall förhala rättegången eller hindra eller försvåra utredningen. Närmare än så kunde inte PLB ange advokatens skyldigheter; man fann att det mötte stora svårigheter att göra detta på grund av de olika uppgifter som kan anförtros advokat.[1] Om man över huvud taget skall våga sig på en tolkning av så knappa uttalanden, skulle den kanske för här aktuell fråga kunna ges den innebörden att advokaten inte skall följa klientens instruktioner. Åtminstone bör detta gälla om ett utförande av instruktionerna leder till att rättegången förhalas (genom att den tilltalade och försvararen förtiger sanningen), att utredningen hindras eller försvåras (dito) och att god rättskipning i generell mening inte främjas (genom att följden av advokatens medverkan blir en materiellt oriktig dom). Å andra sidan kan begreppet "främjande av god rättskipning" ges skilda tolkningar, vilket framgår av argumentationsanalysen ovan.

För att utröna lagstiftarens inställning räcker det dock givetvis inte med ett så generellt uttalande som RB 8:4, som dessutom avser advokat i allmänhet och inte försvarare. Jag har redan ovan konstaterat att på försvarares yrkesgärning kan man inte rakt av tillämpa principer som rör advokater i allmänhet. RB 21:7 gäller däremot just försvarares skyldigheter gentemot den misstänkte.

Tillvaratagandet av den misstänktes rätt enligt 21:7 1 st. förtydligas av PLB[2] så att försvararen under förundersökningen och målets behandling vid rätten intar ställningen av biträde åt den misstänkte. Försvararen skall därvid

1. PLB s. 131. I den mån någon mera detaljerad vägledning finns beträffande 8:4 rör denna nästan undantagslöst det sista momentet i paragrafen som stadgar att advokaten är skyldig att hålla klientmedel avskilda från egna medel., se PLB s. 132 och NJA 1973 s. 42.

2. PLB s. 276.

"främja den misstänktes intressen". På detta ger PLB tre exempel. Försvararen skall vara den misstänktes rådgivare. Försvararen skall också vidta åtgärder som är erforderliga för bevakande av den misstänktes rätt. Vidare skall försvararen åberopa omständigheter och bevis som talar till den misstänktes förmån. Detta skall försvararen göra på ett sådant sätt att hon "å den tilltalades sida" verkar för sakens riktiga belysning. Eftersom denna sista lokution skall prägla allt arbete försvararen utför, skall jag först söka precisera vad den står för.

17.1.1 *Den negativa sanningsplikten*

Att å den misstänktes sida verka för "sakens riktiga belysning" har i såväl förarbeten som doktrin framför allt givits den innebörden att försvararen skall vara *aktivt verksam* för att föra fram allt som talar *för* den misstänkte, men *aldrig* får verka aktivt för att föra fram något som talar *mot* den misstänkte. Såväl försvararens tystnadsplikt som sanningsplikt präglar denna princip. PLB fastslår således att försvararen inte får genom oriktiga påståenden och uppgifter söka föra domstolen bakom ljuset. Däremot är försvararen inte skyldig att vara positivt verksam för utrönande av sanningen, om detta skulle komma i konflikt med försvararuppgiften. Sålunda är försvararen inte skyldig att åberopa omständigheter och bevis, som talar mot den misstänkte.[3] Den senare principen brukar kallas den negativa sanningsplikten.[4] Ytterligare lagstöd finns *e contrario* i reglerna om försvarares tystnadsplikt.[5]

Blomkvist skriver att med "sakens riktiga belysning" menas *inte* åklagarens uppfattning om eller aspekt på saken och *inte* heller vad rätten tror eller kan tänkas tro vara det riktiga förhållandet. Liksom åklagaren ur åtalets synvinkel, dvs. i realiteten från sin partssynvinkel, skall belysa sakens ena sida, skall försvararen ur klientens synvinkel och på grundval av dennes version belysa den andra sidan. Försvararen skall då ge en, med utgångspunkt från klientens version, riktig belysning av saken, "sådan klienten alltså vill se den".[6] Blomkvist tar i detta sammanhang också upp den negativa sanningsplikten.

Wiklund tar utgångspunkt i den straffprocessuella princip som säger att den misstänkte eller tilltalade inte har någon positiv sanningsplikt, och kopplar den till försvararens skyldighet att tillvarata klientens intresse, varvid således inte heller försvararen har någon positiv sanningsplikt. Wiklunds koppling till den tilltalades skyldigheter känner vi igen från vapendragarargumenten: om klienten har vissa rättigheter (t.ex. att ljuga) om han är utan försvarare, skall han i vart fall inte komma i ett sämre läge (dvs. tvingas tala sanning) om han har försvarare.[7]

Olivecrona talar i detta sammanhang om försvararens formella respektive materiella uppgifter. I materiellt hänseende utgör, enligt Olivecrona, det som

3. PLB ibid. I 1943 års motiv togs PLB:s kommentar in ordagrant (NJA II 1943 s. 286).
4. Även etablerad som advokatetisk regel i SRGA 45 §, jämför nedan.
5. RB 8:4 1 st. och 36:5. Se dessutom advokatsamfundets stadgar 34 § 2 st.
6. Blomkvist s. 15–16.
7. Wiklund s. 535 f. Se dock av Wiklund refererade äldre uppfattningar. Se även 14.3 ovan.

sägs i 21:7 1 st. försvararens viktigaste uppgift. Om den misstänkte nekar till gärningen, har försvararen att kritiskt pröva det bevismaterial som åberopas emot honom, påvisa luckor i bevisningen och omständigheter som gör vittnesutsagor mindre tillförlitliga osv. samt, om det finns möjligheter till det, dra fram kompletterande material. Olivecrona understryker att försvararens verksamhet för sakens belysning endast skall sträcka sig så långt som krävs av den misstänktes intressen. Därutöver har försvararen att iaktta passivitet. Som exempel anger Olivecrona att försvararen inte skall lägga fram bevis och argument som talar emot den misstänkte. Det är åklagarens sak att göra detta.[8] Med andra ord tar även Olivecrona fasta på den negativa sanningsplikten.

17.1.2 *Saklighet*

I vilken utsträckning försvararen bör följa klientens instruktioner, med utgångspunkt tagen i 21:7, är föremål för skilda uppfattningar, vilket kommer att visas nedan. Så mycket torde emellertid vara ostridigt att tillvaratagandet av den misstänktes rätt och verkandet för sakens riktiga belysning i vart fall skall ske med hänsyn till den negativa sanningsplikten och samtidigt på ett sådant sätt att de åtgärder försvararen vidtar skall tala för men aldrig emot klientens sak.

Normgivaren kräver lojalitet mot klienten, men inom vissa gränser, som exempelvis givetvis lag och myndighets bud. Även andra gränser finns. Sanningsplikten är en sådan gräns. En annan, mindre tydlig och svårare att definiera – vilket också innebär att den är svårare att "beivra" – är sakligheten. Det heter i SRGA 2 §: Advokats uppträdande skall vara sakligt och korrekt samt sådant att förtroendet för advokatkåren upprätthålls.

Med saklighet sammanknippas kanske framförallt två ting: att man inte påstår något som är osant (t.ex. en illa grundad beskyllning, se nedan), och att man inte påstår något som är ovidkommande (t.ex. ett personangrepp eller en anmärkning om något som inte har med saken att göra). Ett gränsfall är om man påstår något som i och för sig kan vara sant och relevant men som är oförskämt, förklenande eller dylikt. Hur elak får en advokat vara?[9]

En advokat behöver inte vara överdrivet hänsynsfull eller eftergiven gentemot exempelvis polis och åklagare (jämför ovan), men hon får inte gå så långt i sitt nit för klienten att hon väcker ont blod i onödan. "I onödan" är nyckelordet: handlingen skall, för att hamna på rätt sida om gränsen, vara "påkallad för utförande av klientens talan eller eljest för ett behörigt tillvaratagande av klientens intresse".[10] Att en försvarare t.ex. säger till sin klient att hålla munnen stängd och andas genom näsan under ett polisförhör må vara irriterande för förhörsledaren men ansågs tillåtet i klientens intresse under de omständigheter som rådde i TSA 1992 s. 324 (se 14.3 ovan).

8. Olivecrona, Rättegången i brottmål s. 106.

9. Vi bortser här från de allmänna reglerna i BrB 15–16 kap. och RB 5:9 och 9 kap.

10. Lokution använd av disciplinnämnden i ärenden av denna art. Jämför Lars Laurin: Klientens intresse utgör den viktigaste gränsen för handlingsfriheten, TSA 1983 s. 201.

Att en försvarare skarpt kritiserar en länsåklagare för ett beslut om frihetsberövande som enligt advokaten stred mot Europakonventionen, uppfattades av åklagarmyndighetens chef som grovt oaktsamt, illvilligt och kränkande. Disciplinnämnden fann att uttalandena inte gjorts i avsikt att kränka utan som ett led i en längre argumentation, i syfte att förmå åklagaren och domstolen till ingripande och beslut, som legat i klientens intresse. Nämnden vidtog ingen åtgärd mot advokaten (TSA 1987 s. 79 fall 16).

Däremot ansåg disciplinnämnden att en advokat hade "överskridit gränsen för det måttfulla" i en plädering i ett brottmål (TSA 1991 s. 138). Här gick en gräns för vad en advokat får anses vara skyldig att göra på klientens begäran (dvs. en gräns för bundenheten vid klientinstruktionerna).

> Målet i TSA 1991 s. 138 gällde bl.a. olaga jakt av varg. För att angripa polisens arbetsmetoder och ifrågasätta dess trovärdighet redogjorde advokaten i sin slutplädering för ett fall där två poliser avlivat en älgko. Poliserna hade, sade advokaten, skjutit en älgko utan att först undersöka henne. "Först därefter upptäckte de en kalv som stod lite bakom kon. Dessutom såg de att det var ytterligare en kalv på väg ut. Kon var inte sjuk, den höll på att kalva. Poliserna ställde sig på kon och hoppade för att få ut den ofödda kalven. Sen grävde de ner både kon och kalvarna och lade locket på. Men jag har så ordentligt på fötterna att jag kan berätta den här historien för rätten." Rättegången var enormt uppmärksammad och bevakades av den lokala pressen. Enligt polisen byggde historien helt på byskvaller och saknade grund.
>
> Advokaten anförde att det i brottmål var utomordentligt angeläget att advokaten vågar ifrågasätta polisens och åklagarens arbetsmetoder. Han hade berättat historien för att angripa polisens arbetsmetoder och förringa indiciernas värde mot den tilltalade. Huvudmannen riskerade ett kännbart fängelsestraff. Det var försvararens plikt att utan rädsla slåss för sin klients oskuld, särskilt när den tilltalade nekar och bevisningen består av indicier.
>
> Disciplinnämnden bedömde att advokatens påståenden i slutpläderingen varit ovidkommande och inte erforderliga för tillvaratagande av klientens intressen. Påståendena hade därjämte överskridit gränsen för det måttfulla. Advokaten tilldelades erinran.

I ett fall från 1989 fann man också att advokaten överskridit gränsen, även om i mitt tycke advokatens uttalanden tyder mer på humor än på illvilja:

> Ordföranden i ett tvistemål anmälde en advokat till samfundet för kränkande uttalanden i brev till tingsrätten. I brevet beskyller advokaten ordföranden för att vara partisk och okunnig och skriver vidare bl.a.: "Att en ordförande under långa stunder suger på karameller gör ej saken bättre. Om fotografer hade varit närvarande så hade de kunnat ta kort som visade en ordförande kastande hatfulla blickar mot kärandens bänk." Disciplinnämnden fann att advokaten, även om han kunde ha haft fog för att framföra sin klients uppfattning om målet, hade brustit i balans vid sina formuleringar, något som inte varit påkallat för ett behörigt tillvaratagande av klientens intresse. Advokaten tilldelades erinran (TSA 1989 s. 382 fall 2).[11] Även detta fall visar att här går en gräns för vad ett ombud är skyldig att göra för klienten.

Saklighet i ett uttalande innebär bland annat att uttalandet inte får vara grundlöst, som t.ex. ett påstående att någon gjort sig skyldig till brott utan att ha tillräckligt underlag, som skedde i TSA 1997 s. 28 fall 28. Att i klientens in-

11. Jämför TSA 1990 s. 88 fall 5, kränkande uttalande om socialarbetare.

tresse förtala tredje man är inte heller lämpligt *om det inte är påkallat*, t.ex. påstå att någon har psykiska problem, vilket också skedde i samma fall (min kurs.). Det sagda tyder på att advokat i vissa fall kan ha rätt att uttala sig kränkande om någon, om det är påkallat av klientintresset. Så var t.ex. fallet i ett brottmål som kom upp till bedömning 1990.

> I TSA 1990 s. 362 hade en försvarare i ett mål om övergrepp i rättssak fällt påståenden om målsäganden, bland annat om att dennes "pedantiskt förda anteckningar tyder på att han lider av förföljelsemani" och att "(målsäganden) har låtit en fantasi som företer sjukliga drag skena iväg och inbillat sig att (den tilltalade)... fällt yttrandet".
>
> Advokaten förklarade för advokatsamfundets styrelse, dit målsäganden anmält saken, att hans bedömning i målet var att ett frikännande av klienten förutsatte att advokaten kunde påvisa en rimlig förklaring till att målsäganden lämnade oriktiga uppgifter. Advokaten kunde inte underlåta att argumentera kring frågor om målsägandens mentala hälsa. Uttalandena var därför påkallade för ett behörigt tillvaratagande av klientens intresse.
>
> Styrelsen fann att ingen åtgärd var föranledd. JK utnyttjade då sin möjlighet att påkalla disciplinär åtgärd mot advokaten. Enligt JK var inte advokatens uttalanden i målet sådana som var påkallade för att tillvarata klientens intressen, varför de stred mot god advokatsed.
>
> Disciplinnämnden gjorde därefter bedömningen att uttalandena om målsäganden kunde ha uppfattats såsom kränkande eller förklenande. Med hänsyn härtill borde advokaten ha undvikit dem, såvida de ej varit påkallade för ett behörigt tillvaratagande av huvudmannens intressen. Det kunde emellertid inte hållas för visst att uttalandena varit opåkallade och under sådana förhållanden kunde advokaten inte klandras för att han i försvaret av sin huvudman gjort uttalandena. Ärendet föranledde ingen åtgärd.

Förklenande uttalanden får inte användas om de inte är påkallade för tillvaratagandet av klientens intresse:

> I TSA 1976 s. 373 fall 15 blev i ett tvistemål en advokat anmäld för att han i en slutplädering sagt om ett vittne att det var betecknande för denne att han läste "den kända skvallertidningen Hänt i Veckan" och genom att påstå att någon kallat vittnet en "fjabb".
>
> Advokaten uppgav att uttalandena varit av betydelse för tilltron till vittnet och därmed hade avgörande betydelse i målet.
>
> Styrelsen fann att uttalandena inte varit påkallade för talans utförande eller eljest för ett behörigt tillvaratagande av klientens intresse, men lät saken bero med detta uttalande.

Vi ser att advokaten även vad beträffar kravet på saklighet måste "träffa rätt" inom den tillåtna zonen. Vi ser också – precis som i alla advokatärenden – att det är fråga om *in casu*-bedömningar och att särskilda omständigheter kan göra att en handling som strider mot god advokatsed i ett visst fall, är tillåten i ett annat.

Advokattyperna kommer att tolka kravet på saklighet på olika sätt. Enligt vapendragarskolan kan saklighet helt enkelt vara ett krav på att advokaten inte får vara oseriös och oprofessionell: en professionell försvarare är lojal mot klienten och dennes sak och det är rätten som skall avgöra om exempelvis en utsaga är materiellt riktig. I klientens intresse kan det därför vara i sin ordning

att advokaten exempelvis förringar eller förvirrar ett vittne (hur sanningsenlig vittnets utsaga än må vara, se 13.3.3). Vägvisaren å sin sida skulle, som vi sett ovan, inte ifrågasätta en uppgift som hon betraktar som sann.

Ur normgivarens synpunkt, vilket är utgångspunkten i detta kapitel, är en intressant fråga om det även i detta avseende är så att försvararuppdragen skiljer sig från övriga advokatuppdrag. Är det mera legitimt att vara hård mot exempelvis motparten, ett vittne eller någon myndighetsrepresentant i en brottmålsklients intresse än i övriga typer av mål? Vi har ju lärt oss av vad som hittills framkommit i doktrin och judikatur, att försvarare allmänt sett får finna sig i att tåla mer än advokater i civilmål, vara mer "hårdhudade". I rättvisans namn borde kanske rättsväsendet då också tåla mer "hårda tag" från en försvarare.

Tanken är inte främmande i doktrin och normer. Vi har t.ex. sett att flera författare är av uppfattningen att en aggressiv form av processföring är mera legitim i brottmål än i civilmål.[12] Det är inte helt ologiskt att tänka sig att normgivaren godtar ett vapendragarbeteende från advokatens sida i den misstänktes eller häktades intresse, som man inte skulle tolerera i ett civilmål. Exemplen från praxis ovan talar inte emot denna tanke. De processprinciper som lagstiftaren inrättat till den tilltalades förmån i brottmålen visar att lagstiftaren givit den tilltalade vissa "vapen" till utjämning i processen, *equality of arms*.[13] Som vi redan konstaterat står det ju den tilltalade fritt att ljuga respektive tiga genom hela förfarandet. Vidare framgår av RB 9 kap., 1 och 3 §§, att straffregler om rättegångsförseelser som ohemul talan och illojal processföring inte äger tillämpning på den tilltalade. Detta betyder att den tilltalade mycket väl kan erkänna mot bättre vetande för att skydda den verklige gärningsmannen, som i exemplet i inledningen.[14] Av dessa och andra "vapen" som givits den tilltalade, anser till exempel Ekelöf[15] att rätten till försvarare har en allt överskuggande betydelse. Att man i enlighet med denna tankegång skulle kunna tillåta vissa aggressiva grepp i processen från en försvarares sida som inte anses vara *comme il faut* i en civilprocess, är inte otänkbart.[16]

17.2 Diskussionen i doktrinen

Svensk doktrin i advokatfrågor är som bekant sparsam. Svenska processualister har i stort sett undvikit diskussioner om frågor av yrkesetisk art, möjligen eftersom sådana med nödvändighet innefattar värderingar.

12. Se t. ex. Luban 1988, s. 59.
13. T.ex. *in dubio pro reo, favor defensionis.*
14. Se Ekelöf I s. 179 f. samt TSA 1976 s. 192.
15. Ekelöf I s. 66 f, II s. 90.
16. En annan sak är naturligtvis att en advokat måste hålla sig till regler i lag och god advokatsed, som inte gäller för den tilltalade. RB 9:1–3 §§ äger t.ex. enligt 4 § tillämpning på ställföreträdare, ombud eller biträde. Ekelöf anser med rätta att stadgandet bör tillämpas restriktivt, Ekelöf I s. 179–180.

De klassiska processrättsförfattarna, Gärde, Olivecrona och Ekelöf, har därför framför allt analyserat rättegångsbalkens regler. Det är via dessa analyser man får försöka spåra doktrinens uppfattning om problemen med klientinstruktionerna. Vi ser parallellen till de metodproblem jag berörde i avhandlingens inledning. Doktrinen har, precis som lagstiftaren, angripit problemen ur en dogmatisk synvinkel. I den mån problemet inte "syns" i lag, har det knappast behandlats.

Gärde tar således, precis som Ekelöf och Olivecrona, sikte på försvararens ställning i processen (jämför min analys i kap. 15), och finner att försvararens ställning väsentligen är densamma som ett rättegångsbiträdes i tvistemål.[17] Gärde yttrade i samband med sin definition att försvararen syntes "åtminstone i viss utsträckning *böra även mot den misstänkte företräda hans intressen,* medan å andra sidan ett av försvararen i ansvarsfrågan gjort medgivande inte torde kunna tillerkännas samma verkan som om det gjorts av den misstänkte själv, även om denne inte gjort gensaga däremot" (min kurs).

Ekelöf höll inte med om Gärdes och lagrådets definition av försvararens ställning, utan fann att försvararen utgör ett mellanting mellan ett rättegångsbiträde och ett rättegångsombud.[18] Frågan är om försvarare som har rättegångsfullmakt (och alltså är att betrakta som ombud i formell mening) är mer eller mindre bunden av klientens instruktioner än hon skulle vara om ingen rättegångsfullmakt fanns. Ekelöf menade att försvararen skulle ha *friare ställning gentemot den misstänkte* än den som i tvistemål tillkommer ett rättegångsombud gentemot huvudmannen. Ekelöf apostroferar lagrådet när han säger att en försvarare skulle, åtminstone i viss utsträckning, kunna tillvarata den misstänktes intressen *även i strid mot dennes egna önskemål* (mina kurs.).

Ekelöf hänvisar också till Olivecrona, som hävdar att försvararen är "naturligen *icke bunden vid instruktioner* från den misstänkte". Olivecrona ansåg att försvararen bör verka för ett frikännande om det finns en möjlighet att den tilltalade av något skäl tar på sig gärningen utan att vara skyldig.[19] Ekelöf anger som utgångspunkt för sitt resonemang ett fall där svaranden i ett kravmål anser att skulden är betald, men inte kan bevisa detta. Hans ombud råder honom att ändå åberopa betalning, medan svaranden vill medge käromålet. Det blir då klientens vilja som blir bestämmande.[20] Gärde är av samma uppfattning när det gäller tvistemål, och yttrar att, för det fall partens och ombudets processföring inte skulle överensstämma, följer av fullmaktsförhållandets natur att parten är den bestämmande.[21]

Denna situation jämför Ekelöf med det fallet att en försvarare misstänker att klientens erkännande inte stämmer med det verkliga förhållandet. Ekelöf vill ifrågasätta om inte försvararen i detta läge borde meddela rätten att han ej

17. Gärde s. 271. Definitionen har hämtats från lagrådets yttrande, Motiven s. 286–287. Se även 15.1.2.1 och 15.1.2.2.

18. Ekelöf II, s. 95. Se även avsnittet 15.1.2.

19. Olivecrona: Rättegången i brottmål enligt RB (3 uppl.) s. 108.

20. Ekelöf II, s. 97.

21. Gärde s. 124.

känner sig övertygad om att erkännandet är riktigt och att den tilltalade ej bör fällas utan att det finns annan bevisning för hans skuld. Den härskande uppfattningen, fortsätter Ekelöf, synes emellertid vara att *försvararen är bunden av den misstänktes instruktioner*, även om dessa uppenbarligen är till dennes skada (min kurs.). (Jag utgår ifrån att Ekelöf här avser försvarare som är ombud.) Med uttrycket "den härskande uppfattningen" synes Ekelöf avse god advokatsed så som den kommit till uttryck hos Wiklund och i ett par artiklar i TSA.[22]

Sammanfattningsvis tyder dessa kommentarer på att Olivecrona är av uppfattningen att försvararen inte är bunden av den misstänktes instruktioner, och att Ekelöf anser att försvararen, oavsett den härskande uppfattningen, åtminstone i vissa situationer inte borde vara bunden. Det handlingsalternativ som dessa båda auktoriteter tycks förespråka, i den tillspetsade situation som vi här analyserar, blir då att försvararen går emot sin klients instruktioner och verkar för ett frikännande i strid mot dennes egna önskemål.

Gärdes och lagrådets inställning är inte helt klar, men närmast till hands ligger även här en rekommendation för försvararen att gå emot instruktionerna. Man yttrar att försvararen bör kunna även mot den misstänkte företräda hans intressen, även om ett medgivande av försvararen i ansvarsfrågan inte skall tillerkännas samma verkan som om det gjorts av den misstänkte själv. Skall uttalandet tolkas så att lagstiftaren menar att fullständig klientautonomi skall gälla för ansvarsfrågan, medan försvararen i andra frågor skall fälla avgörandet? Som vi såg i kapitel 13, är uppdelningen i mål och medel långt ifrån främmande i doktrinen, inte minst i den utländska; den anses av många författare ha avgörande betydelse för graden av klientautonomi.

För egen del är jag av uppfattningen att Gärde och lagrådet inte direkt tänkte sig någon total klientautonomi i ansvarsfrågan. Snarare har man gjort en jämförelse mellan reglerna för tvistemålsbiträdets processuella handlande och försvararens handlande. För tvistemålsbiträdet gäller enligt RB 12:22 att en rättegångshandling som gjorts i partens närvaro skall anses av parten godkänd om han inte genast gör gensaga däremot. En sådan regel kan "icke utan vidare tillämpas å försvarare", påpekade lagrådet, dock utan närmare motivering.[23] Vad man har tänkt på har säkert varit ombudets behörighet att företräda en part. Härvid har man, förmodligen av rättspolitiska skäl, tagit hänsyn till att tvistemålsregeln om krav på gensaga är alltför rigid för att kunna tillämpas på en misstänkt i brottmål. Ett medgivande i ansvarsfrågan i brottmål kan medföra mycket allvarliga konsekvenser för en tilltalad som är okunnig eller ouppmärksam på vad hans försvarare sysslar med.

Det är typiskt för svensk doktrin att på detta sätt koncentrera analysen till formella frågor.

För att nu återvända till det konkreta sätt på vilket försvararen skall "främja den misstänktes intressen", så gavs, som tidigare sagts, i PLB följande tre exempel: försvararen skall vara den misstänktes rådgivare. Försvararen skall

22. Wiklund s. 288 f. och TSA 1976 s. 99 och 192 med hänvisningar.
23. Motiven s. 287.

också vidtaga åtgärder som är erforderliga för bevakande av den misstänktes rätt. Vidare skall försvararen åberopa omständigheter och bevis som talar till den misstänktes förmån.

Att försvararens rådgivande funktion uttryckligen nämns i lagförarbetena kan möjligen tilläggas någon betydelse: lagstiftaren kan ha haft en uppfattning om advokaten som en vägledande auktoritet snarare än som ett instrument i klientens hand. Lagrådets och Gärdes kommentar ovan tyder på en sådan idéinriktning. I den rådgivande rollen ligger en självklar auktoritet. Kanske kan man dra slutsatsen att man tänkt sig att det är försvararen som är experten och det bör vara försvararens uppfattning om vad som ligger i klientens intresse, som skall vara rådande. En sådan slutsats säger dock ingenting om försvararens bundenhet av klientens instruktioner. Försvararen skall ge den misstänkte råd om vilka åtgärder som kan vara i den misstänktes intresse, men om den misstänkte, som i det inledande hypotetiska fallet, vägrar följa advokatens råd, ges ingen vidare vägledning om hur advokaten skall förfara.

Att försvararen vidtager åtgärder som är erforderliga för bevakande av den misstänktes rätt innebär t.ex. att advokaten skall tillse att klienten varken vid förundersökningen eller huvudförhandlingen blir föremål för någon otillbörlig behandling. Vidare skall försvararen tillse att missförstånd undanröjs och att ledande frågor från åklagaren till vittnen och sakkunniga förebyggs när de inte är tillåtna. Hon bör också utverka att en frihetsberövad klient försätts på fri fot när detta är motiverat. Alla sådana åtgärder kan enligt Olivecronas definition räknas till försvararens uppgifter i formellt hänseende.

Formella uppgifter kan vid en första anblick te sig helt självklara och okontroversiella. Som bör framgå av vad som sagts i tidigare kapitel, kan emellertid även sådana formella åtgärder åtminstone till viss del vara avhängiga av försvararens inställning till den tilltalades person och till saken. En sådan formell åtgärd kan vara att den tilltalade önskar att försvararen skall verka för ett försättande på fri fot vid en häktningsförhandling. Om man tänker sig att den tilltalade är misstänkt för mordförsök och har tillkännagivit för sin försvarare att han tänker fullborda brottet när han blir frisläppt, bör försvararen då följa klientens instruktioner?[24] Om detta säger inte doktrinen något. Olivecrona säger att försvararen bör söka utverka ett försättande på fri fot, "när frihetsberövande åtgärd mot (den tilltalade) icke är motiverad".[25] Uttalandet tyder på att Olivecrona tänker på att förutsättningarna för frihetsberövande skall vara uppfyllda (numera i RB 24 kap.). Eftersom det är rätten som beslutar om häktning, måste det vara rättens bedömning av häktningsförutsättningarna som är relevanta. Om försvararen anser att förutsättningar saknas, skall hon då fram-

24. Advokaten är skyldig att avslöja planerad grov brottslighet, jämför 16.4.2. Advokaten får vidare inte medverka till brottslig handling (SRGA 1 § 2 st., 15 § samt BrB 23 kap.). Oklarhet råder trots detta om hur tystnadsplikten bör tillämpas, jämför 16.4.2 ovan. Frågan om advokats eventuella medverkansansvar i klientens brottslighet är bl.a. på grund av dylika oklarheter inte klart preciserad. Problemområdet kräver en grundlig genomgång. Svea hovrätt hade nyligen att ta upp frågan om huruvida en advokat, som var behjälplig med återställande av stöldgods, gjort sig skyldig till medhjälp till försök till grov utpressning. Åtalet ogillades. Svea hovrätt B 5974-01.

25. Olivecrona, andra uppl. s. 102.

föra detta till rätten på grundval av sin egen bedömning i skuldfrågan (dvs. hon anser att sannolika skäl saknas) eller på grundval av att hon följer klientens instruktioner (dvs. hon gör som klienten vill och bortser från sin egen uppfattning om häktningsskälen)?[26]

Slutligen skall försvararen åberopa omständigheter och bevis som talar till den misstänktes förmån. Bevisfrågor och det praktiska arbetet med sådana hänförs enligt Olivecronas definition till försvararens materiella uppgifter. Det säger sig självt att prövandet av utsagor, införandet av bevisning – exempelvis på den misstänktes begäran – och liknande åtaganden till stor del beror på hur försvararen förhåller sig till den misstänkte och saken. Det är svårt för försvararen att helt bortse från sin uppfattning i skuldfrågan då hon skall åberopa viss bevisning. Olivecrona anger till exempel att försvararen, då den misstänkte nekar till gärningen, har att kritiskt pröva det bevismaterial som åberopas av åklagaren. Härvid uppkommer den punkt i förberedelserna då försvararen måste besluta sig för om hon skall använda den misstänktes uppgifter som arbetshypotes eller inte. Det går därför knappast att undvika ideologiska undertoner vid beslutsfattande rörande bevisfrågorna i målet. Principerna om negativ sanningsplikt och tystnadsplikt drar upp vissa gränser för åberopande respektive bestridande av bevisuppgifter, men innanför dessa gränser har försvararen att självständigt fatta beslut rörande bevisningen. Är försvararen därvid bunden av klientens instruktioner? Därom säger lagen intet.

Jag har här ovan sökt precisera vad lagen ger advokaten för ramar avseende genomförandet av klientens instruktioner och önskemål. Som synes är området innanför dessa ramar fortfarande tämligen otydligt. Såväl lagstiftaren som advokatsamfundet har framhållit att det är omöjligt att i regelform uppställa uttömmande exempel rörande försvarares skyldigheter.[27] Någon ytterligare form av utfyllnad krävs.

17.3 Diskussionen i "praktikerdoktrinen"

Under rubriken "Särskilt om försvararens lojalitetsplikt" tar Wiklund upp frågan huruvida försvararen kan anses berättigad att handla i strid mot klientens instruktioner eller önskemål, vilket enligt författaren – för det fall frågan besvaras jakande – skulle betyda att advokaten som försvarare inte har samma plikt till lojalitet mot den misstänkte som han har mot andra klienter.[28] Som vi ser har just här aktuell fråga även i den goda advokatseden kommit att falla in under lojalitetsplikten.

Wiklund redogör för uppfattningen i äldre litteratur och anger några citat om försvararen som rättsordningens tjänare, som i dag ter sig tämligen förlegade.[29] Även om dessa äldre tiders uppfattning mycket väl kan förekomma

26. Jämför kap. 13.
27. Se t.ex. PLB s. 276 och ingressen till SRGA.
28. Wiklund s. 288 f.

fortfarande, skulle man knappast uttrycka sig på samma sätt utan ange andra typer av argument, exempelvis sådana som i kapitel 13 ovan redovisats för vägvisarens inställning. Samma äldre tiders författare som ansåg att försvararen i främsta rummet skulle tjäna samhällsintresset, hävdade kuriöst nog att klienten skulle få sin vilja fram i just det fall, som studeras i detta kapitel. Om alltså klienten ville ta på sig ett brott, var det hans ensak, ansåg Stjernstedt och Vinge. Försvararen borde i så fall inte bestrida erkännandets riktighet, hävdade man.

Bo Westman[30] var i en längre artikel i TSA starkt kritisk till Stjernstedts och Vinges uppfattning. Han tog bland annat ställning till frågan om var gränsen går mellan lojaliteten mot klienten och lojaliteten mot samhället: "Man hör i detta sammanhang stundom sådana uttalanden som att en försvarare är ett organ för rättsvården eller en funktionär i rättegången vid sidan om domaren och åklagaren. Innan man går att göra denna gränsdragning, kan det vara skäl att undersöka vilket samhällsintresse försvararen skall tillgodose. På det vill jag svara att försvararen över huvud taget icke skall tillgodose något samhällsintresse."[31]

Westman underströk i ett annat sammanhang[32] att i brottmål kravet på lojalitet gentemot klienten är "utomordentligt starkt". Lojaliteten tar sig enligt Westmans uppfattning det uttrycket att försvararen i brottmål helt står på den tilltalades sida och skall respektera dennes önskemål. Om den tilltalade alltså vill ha en villkorlig dom, får inte advokaten plädera för skyddstillsyn, och om den tilltalade hellre vill ha ett kort fängelsestraff skall advokaten verka för att påföljden inte stannar vid skyddstillsyn. Om klienten motsätter sig en sinnesundersökning skall advokaten försöka förhindra en sådan. "Den tilltalade har ju rätt att söka åstadkomma den påföljd som han föredrar, alldeles oavsett hur hans bedömning ter sig ur objektiv synpunkt."

Westman sammanfattar: *"När advokaten står mellan klienten och samhället, är det klientens önskemål advokaten skall tillgodose. Inte därför att de syftar till klientens 'verkliga gagn', utan därför att de* är *klientens önskemål."*[33] (Min kurs.) Westman uttrycker sig tillspetsat och uppfattningen kan förefalla tendentiös eller till och med radikal, inte minst om man betänker att uttalandet

29. Georg Stjernstedt gjorde gällande att brottmålsadvokaten i främsta rummet bör uppfatta sig själv som "en rättsordningens och samhällsintressets tjänare" och betecknade det som "brist på socialt sinne" att en försvarare yrkar villkorlig dom i ett fall där han inser att en sådan skulle innebära "ett uppenbart missbruk av institutet". Brottmålsadvokaten (1928) s. 32, 64–65. Uttalandet om försvararen som rättsordningens tjänare citerades med gillande av Vinge i Om god advokatsed (1944), s. 43. Det återfinns också i Brottets beivrande, Heuman & Lassen (1952).

30. Bo Westman var advokat, under en tid redaktör för TSA och debattör i advokatfrågor.

31. Westman i TSA 1953 s. 297.

32. Westman: Advokater – behövs dom?, s. 17. (Informationsskrift rörande advokatverksamheten utgiven av Sveriges advokatsamfund 1969.)

33. Westman, 1969 s. 42.

gjordes för flera decennier sedan. Icke desto mindre förefaller det som om många tongivande advokater höll med Westman.[34]

Wiklund anslöt sig "obetingat" till Westmans uppfattning. "En sak är att advokaten, om han anser klientens önskemål oförnuftiga och stridande mot dennes bästa, bör råda klienten att ändra ståndpunkt, men om klienten vidhåller sitt önskemål, kan jag inte se att advokaten – utan att åsidosätta sin lojalitetsplikt mot klienten – kan få handla stick i stäv mot vad denne önskar. Den grund på vilken man byggt tesen om att en försvarare skall få handla i strid mot klientens önskemål synes mig inte särskilt stark."[35]

Enligt Wiklund har en försvarare samma plikt till lojalitet mot klienten som en advokat har i andra fall och en konsekvens av detta är att en försvarare inte kan få handla på ett sätt som strider mot klientens önskemål. Författaren menar att det förtroende för försvararen, som alla är överens om att klienten skall kunna hysa, inte kan upprätthållas om försvararen handlar mot den misstänktes uttryckliga önskemål.

Wiklund och i synnerhet Westman tycks framför allt sikta in sig på den situationen där den tilltalade ger tillkänna önskemål om påföljden. Sådana önskemål är inte på långt när lika kontroversiella, som det fall som behandlas i detta kapitel. Det fall där den misstänkte erkänner ett brott som han inte begått behandlas emellertid av Wiklund i en artikel i TSA.[36] Artikeln föranleddes av att Wiklund fått förfrågan från en försvarare som hamnat i den brydsamma situationen att hans klient – som var åtalad för fyra olika brott – hade erkänt samtliga brott men inför huvudförhandlingen i enrum förklarade för sin advokat att han endast var skyldig till tre av brotten. Han önskade emellertid ta på sig skulden för det fjärde brottet för att skydda en kamrat, som annars riskerade fängelse. Själv skulle han ju ändå få fängelse för de tre brotten, resonerade han.

Wiklund rådde advokaten att – om det inte gick att övertala klienten att säga sanningen inför rätta – avsäga sig uppdraget. Klienten vägrade kategoriskt att göra som advokaten uppmanade honom, varför advokaten avsade sig uppdraget.[37]

I sin artikel menade Wiklund att fallet utgjorde en motsvarighet till det klassiska exemplet med den tilltalade som erkänner inför advokaten men nekar inför domstolen. Wiklund förklarade det resonemang som låg till grund för hans råd på följande sätt. Det fanns endast tre sätt att lösa samvetskonflik-

34. Först och främst Wiklund, men se även Penser i TSA 1976 s. 99 med genmäle av Westman själv på s. 192. Diskussionen gällde här om försvararen borde vidta en processhandling som klienten begärde (framföra domarjäv). Westmans uppfattning var att försvararen först skulle försöka övertala klienten att avstå (om processhandlingen föreföll advokaten meningslös eller oklok), men om inte detta lyckades, hade försvararen "auktorisation" att vidta processhandlingen. Domstolen – antog Westman – skulle nog så småningom identifiera processhandlingen och inte räkna försvararen den till last, då arvodesräkningen skulle bedömas.

35. Wiklund s. 291.

36. TSA 1965 s. 376–379.

37. Historien förtäljer inte hur frånträdandet gick till. Jämför angående frånträdande kapitel 16 ovan.

ten: 1) Att fortsätta försvaret som om ingenting hänt, 2) Att fortsätta försvaret och i strid med klientens önskan omtala för rätten hur det i verkligheten förhåller sig, eller 3) Att avsäga sig uppdraget.

Den andra lösningen är enligt Wiklunds mening omöjlig, eftersom detta förfaringssätt skulle innebära ett svikande av klientens förtroende och inte skulle överensstämma med god advokatsed. Valet mellan de två andra lösningarna fann Wiklund svårare. Möjligen kunde man till stöd för den första lösningen kunna anföra att advokaten inte kan veta om klienten talat sanning när han "erkänt" brottet. Dilemmat med den lösningen är, som Wiklund också påpekar, att följden blir att advokaten medverkar i ett förfarande varigenom en orätt sker: en oskyldig person blir dömd. I ett vidare perspektiv – som författaren anlägger – måste man fråga sig t.ex. hur advokaten skall plädera rörande ett brott som klienten inte har begått eller i vilken dager advokaten kommer om sanningen så småningom kommer fram och det blir resning i målet och åtal mot den i verkligheten skyldige.

Wiklund menar alltså att det kan överensstämma med god advokatsed att i detta läge frånträda försvaret; åtminstone finner han ett sådant förfarande förståeligt. Problemet som då uppstår – vilket jag redan gått in på – är att en begäran om entledigande kan skada klientens sak. Som författaren säger, kan rätten då föranledas att tro att klientens sak ligger sämre till än vad rätten vet, men i verkligheten ligger den ju bättre till.

På artikeln om den oskyldiga klienten följde ett diskussionsinlägg där en advokatkollega anmärkte att advokaten enligt den första lösningen kunde fortsätta försvaret och lägga ner arbete på att förringa eller utplåna bevisningen, så att erkännandet skulle förefalla domstolen tveksamt eller osannolikt. Det kan ju vara så att det krävs mer bevisning än bara ett erkännande, i synnerhet om brottet är grovt.[38] Skribenten påpekade att ett frånträdande inte var någon egentligen lösning, eftersom problemet kan återkomma med nästa försvarare.[39]

I en efterskrift tog Wiklund avstånd från advokatkollegans förslag om ett mellanting och framhöll bl.a. att även ett sådant tillvägagångssätt skulle ha inneburit handlande i strid mot klientens intresse, som ju gick ut på att bli dömd för brottet.[40] Några år senare vidhöll Wiklund sin uppfattning i frågan i God Advokatsed: "Advokaten kan inte biträda klienten i dennes strävan att föra domstolen bakom ljuset, men han kan enligt min mening inte heller agera direkt i strid mot vad klienten vill, och då finns ingen annan lösning än att frånträda uppdraget. Att advokaten skulle få handla i strid mot klientens önskan redan därför att han 'misstänker' att dennes erkännande är oriktigt betraktar jag som uteslutet."[41]

38. Jämför RB 35:3 och Gärdes kommentar s. 479.
39. TSA 1966 s. 23 f.
40. TSA 1966 s. 25 f.
41. Wiklund s. 292.

Praktikerdoktrinen i god advokatsed – om man får kalla den så – tycks alltså motsätta sig Ekelöfs m.fl. uppfattning att försvararen skulle kunna gå emot klientens uttryckliga önskemål.

17.4 Klientlojaliteten specifikt; instruktionerna och praxis

Eftersom ståndpunkten i denna avhandling är att det går att tolka in ideologiska principer även i *in casu*-bedömningar, skall några fall ur domstols- och disciplinnämndspraxis presenteras och tolkas här nedan.

Med hjälp av fallen ur praxis här nedan och även vad som sagts ovan, skall vi försöka placera in klientlojaliteten på en skala, sådan normgivaren vill se den. Om man tänker sig att klienten är placerad i ena änden på skalan och rättsordningen i den andra, hur långt anser normgivaren att klientlojaliteten skall sträcka sig?

17.4.1 *När advokaten följer klientinstruktionerna*

I TSA 1975 s. 366 hade en advokat, A, gjort sig skyldig till flera (i HD anhängiggjorda mål) fall av underlåtenhet att efterkomma domstols förelägganden. Dessutom hade advokaten i ett revisionsmål angående ocker m.m. varit offentlig försvarare för revisionskäranden X. Målet hade pågått vid tingsrätten under 16 huvudförhandlingsdagar, varvid 68 målsägande och ett vittne hörts, och i hovrätten under 12 huvudförhandlingsdagar, varvid 11 målsägande och två vittnen hörts. Advokatens revisionsinlaga hade följande lydelse.

"X yrkar att HD måtte, med ändring av hovrättens dom, frikänna honom från ansvar beträffande åtalspunkterna (...). X yrkar jämväl att han befrias från skadestånd till målsäganden Y. X yrkar vidare att påföljden bestämmes till (...)."

A förelades att komplettera revisionsinlagan enär det inte uppgetts några grunder för X:s talan. A underlät att iaktta föreläggandet. I anmälan till advokatsamfundet anmärktes mot A att denne underlåtit att – särskilt i ett så omfattande mål – ange grunderna för revisionstalan. Närmast gav underlåtenheten intryck av att fullföljd av talan inte varit allvarligt menad, och det kunde ifrågasättas om X:s intressen blivit tillvaratagna på tillfredsställande sätt.

A *uppgav* i sitt yttrande bl.a. att han haft X:s uppdrag att överklaga hovrättens dom. Vid diskussionen härom hade A förklarat för X att någon möjlighet att "få upp" målet i HD inte fanns. Detta hade X förstått men hade ändå hemställt att A skulle göra ett formellt överklagande för att få så lång tidsfrist som möjligt med att avtjäna straffet. A hade i denna del således inte handlat mot X:s intressen.

Disciplinnämnden gjorde bedömningen att X:s skäl för det gagnlösa överklagandet stod i strid med vad god rättskipning kräver, vilket även A borde ha insett. På av de X anförda skälen borde A inte ha åtagit sig att ansöka om revision. Skulle X trots allt ha vidhållit sitt önskemål, hade A i egenskap av offentlig försvarare visserligen haft att bistå denne med upprättande och ingivande av inlagan men också haft att samtidigt begära sitt entledigande från försvararförordnandet. Han hade inte varit skyldig eller ens berättigad att ställa sig som ombud för X. Genom att likväl som

ombud för denne föra en ohemul talan mot hovrättens dom hade A åsidosatt sina plikter som advokat och tilldelades därför en varning.

Nämndens beslut var inte enhälligt. Omröstning företogs dels i skuldfrågan, dels i påföljdsfrågan. I skuldfrågan förenade sig fyra av nämndens sju ledamöter om beslutet ovan. Tre ledamöter var av skiljaktig mening beträffande frågan om ohemul talan och anförde bland annat följande.

A hade informerat sin klient om att talan förmodligen skulle vara utsiktslös, men hade handlat på klientens uttryckliga uppdrag, för att denne skulle få så långt uppskov som möjligt med verkställighet av hovrättens dom. Med hänsyn härtill fann de skiljaktiga att A inte åsidosatt X:s intressen genom att underlåta att utveckla grunderna för talan. I övrigt gjorde de skiljaktiga bedömningen att god advokatsed kräver att advokat i den föreliggande situationen skulle avböja att medverka till sådan ohemul talan. Advokat som är offentlig försvarare kan emellertid – så länge förordnandet kvarstår – inte undandra sig att biträda den tilltalade med att upprätta och inge vadeinlaga eller revisionsinlaga men är skyldig att sedan så skett begära sitt entledigande från försvararuppdraget. Genom att efter det att revisionsinlagan ingetts kvarstå som ombud och därmed inge HD den oriktiga uppfattningen att X förde en allvarligt menad revisionstalan hade A handlat felaktigt. Med hänsyn till omständigheterna lät de skiljaktiga vid detta uttalande bero.

Omröstningen i påföljdsfrågan utföll så att påföljden av nämndens ledamöter bestämdes till varning.

När det gäller tolkningen av 1975 års disciplinfall kan vissa slutsatser beträffande disciplinnämndens inställning dras. Avseende tolkningen av vad som skall förstås med "klientens intresse" tycks disciplinnämndens ledamöter ha olika uppfattningar. En uppfattning – majoritetens – går ut på att advokaten kan ha åsidosatt klientintresset genom att företa en handling som står i strid med god rättskipning. Denna inställning är präglad av vägvisarens förhållningssätt till klientintresset. Minoritetens uppfattning tycks emellertid vara den motsatta – att handla enligt klientens önskemål (i ett syfte som i och för sig inte är i enlighet med god rättskipning) – är inte i strid med klientens intresse (även om det alltså är i strid med något annat intresse). Detta är en uppfattning som sammanfaller med vapendragarideologins tolkning av "klientintresset", där detta skall förstås som klientens subjektiva intresse (alltså det intresse som klienten själv ger uttryck för att han har, jämför argumentationsanalysen ovan).

En av frågorna som nämnden tar upp utgör etablerad advokatsed och är ostridig. Advokat – i synnerhet offentlig försvarare – bör inte undandra sig att biträda den tilltalade med att upprätta till exempel ett överklagande, även om detta kan framstå som gagnlöst. Detta framgår såväl av föreliggande fall som flera andra avgöranden.[42]

Det intressanta i 1975 års disciplinfall är att det var ostridigt att advokaten verkligen fört en gagnlös talan. Därmed hade han handlat felaktigt – illojalt –

42. Se nedan. Jämför dock ett nytt avgörande i TSA 1999 nr 7 s. 26, fall 10, där disciplinnämnden var oenig i frågan om skyldighet för offentlig försyarare att överklaga hovrätts dom. Majoriteten ansåg att advokaten – trots att han bedömde ett överklagande som meningslöst – inte bort mot klientens uttryckliga begäran motsätta sig detta, medan minoriteten fann att advokaten ägt vägra att medverka, eftersom han gjort bedömningen att det var lönlöst att försöka erhålla prövningstillstånd. Minoriteten ger här uttryck för en inställning som bryter mot hittillsvarande praxis.

mot rättsordningen. Han hade medverkat till ett missbruk av statens och domstolens resurser. Mot denna illojala handling ställs emellertid i fallet det faktum att han hade handlat på sin klients uttryckliga uppdrag och i klientens intresse. Även detta intresse – att få uppskov med verkställigheten – stod i direkt strid mot rättsordningens.

Nämndens ledamöter fann i och för sig att handlandet stod i strid med god advokatsed. Man måste dock ta hänsyn till det faktum att tre skiljaktiga ledamöter ville låta saken bero med ett uttalande, vilket är den minst ingripande åtgärd disciplinnämnden kan företa. Såväl majoritet som minoritet var ense om att advokat i denna situation skall medverka till upprättandet av inlagan på sin klients begäran men därefter begära sitt entledigande.

Emellertid anser majoriteten att advokaten handlade felaktigt då han inte i första hand nekat till att åta sig uppdraget. Först om klienten trots advokatens nekande vidhållit sin begäran, skulle advokaten ha upprättat inlagan och samtidigt begärt sitt entledigande. Genom att föra en ohemul talan hade försvararen åsidosatt sina plikter som advokat. Man ifrågasatte till och med om advokaten hade åsidosatt klientintresset genom sitt handlande.

Minoriteten fann dock att advokaten inte åsidosatt klientens intressen genom att upprätta inlagan. Detta bör innebära att man fann att advokaten inte brutit mot god advokatsed i denna del. Minoriteten fann vidare att advokaten "handlat felaktigt" genom att kvarstå som ombud och därmed inge HD uppfattningen att talan var allvarligt menad. Genom att inte välja lokutionen "åsidosatt sina plikter som advokat" markerar disciplinnämndens minoritet att advokatens handlande inte når upp till det klandervärda beteende som skall föranleda anmärkning.[43]

Disciplinnämnden får alltså anses ge uttryck för olika förhållningssätt avseende vad som egentligen skall förstås med "klientintresset".

Fallet med det gagnlösa överklagandet är, åtminstone såvitt avser handlandet i klientens intresse, att betrakta som något av ett gränsfall. Nämnden var ju oenig just i frågan om huruvida advokaten åsidosatt klientintresset. I ett fall från 1974 var disciplinnämndens inställning desto mera bestämd. Det är ett fall som visar att en advokat med all rätt kan följa sin klients instruktioner i processuella frågor i så hög grad att han nästan driver domstolens ledamöter till vansinne.

Under rubriken "Offentlig försvarares skyldigheter" refererades i TSA 1974 s. 45 en anmälan av följande intresseväckande innehåll. En advokat, A, hade varit förordnad som offentlig försvarare i ett mål mot Z angående grov stöld m.m. Det var nämndemännen i målet som i en anmälan av advokaten till samfundet gjorde gällande att denne vid utförandet av sitt uppdrag uppträtt på sådant sätt att allmänhetens förtroende för svenskt rättsväsen och i ännu högre grad för advokatkåren blivit allvarligt rubbat.

43. Jämför RB 8:7 2 st.

Anmälarna anförde närmare bland annat följande. Under hela rättegången hade A till alla delar följt sin huvudmans intentioner och önskningar hur illa dessa än rimmat med åklagarens, domstolens och övriga inblandades strävan att få ansvarsfrågorna i målet klarlagda. A hade avsevärt förlängt rättegången genom att ideligen komma med obefogade invändningar om bristande objektivitet, domstolens förutfattade mening i målet samt övriga medverkandes sammanhållning för att få de "huvudåtalade" dömda. Vidare hade A ingripit så snart hans huvudman i något hänseende blivit utfrågad eller för denne obehagliga uppgifter hade lämnats. A hade gått så långt att han till och med ifrågasatte landets främsta expertis i fråga om fingeravtryck.

(Nämnas kan att domstolen prutade advokaten A:s arvode från 45 000 till 25 000 kronor bland annat med motiveringen att A genom olika åtgärder försenat målets handläggning.)

Advokatsamfundets styrelse fann inte skäl att underställa ärendet disciplinnämndens bedömning, vilket alltså innebär att samfundet inte fann anledning att misstänka att advokaten A brutit mot god advokatsed i sin processföring.

Justitiekanslern begärde emellertid disciplinnämndens bedömning och desavouerade alltså samfundsstyrelsens beslut.[44] Till stöd åberopade JK ett yttrande av den tingsdomare som tjänstgjort som ordförande under rättegången. Tingsdomarens yttrande målar upp en bild av en mycket besvärlig försvarsadvokat: A:s klient hade framställt jäv redan vid en häktningsförhandling. När jävsinvändningen ogillades och talan mot beslutet inte fick föras förrän i samband med dom, hade A protesterat och gjort gällande att tingsrätten inte kunde meddela ett sådant förordnande. – A hade begärt vittnesförhör med en lång rad personer utan att alltid lämna någon tillfredsställande uppgift om vad vittnesmålen skulle styrka, annat än "yviga fraser om målets vikt för Z". – A hade ifrågasatt praktiskt taget all bevisning, exempelvis bevisning i form av fotografier, "trots att det varit uppenbart för envar" vad fotografierna föreställde. – A hade motsatt sig att ett av åklagaren kallat polisvittne använde en förteckning från en husrannsakan som stöd för minnet. – A hade yrkat att tingsrätten skulle infordra allt det förundersökningsmaterial som kunde finnas i syfte att A och Z skulle få ta del därav. A hade i samband med detta uppgivit att han påföljande dag kl 9 skulle få ta del av polisens material. I anledning härav hade tingsrätten beslutat påbörja nästa dags förhandling något senare än vanligt. Enligt uppgift från polisen hade A inte infunnit sig på överenskommen tid. – A hade vidare förklarat att Z inte kunde yttra sig om skäligheten av fordrade skadeståndsbelopp. – Då slutanförandena skulle hållas, hade A förklarat att Z bett honom att inte plädera samt att A ansåg sig bunden av denna önskan.

Domaren räknar upp ännu en rad handlingar som han finner anmärkningsvärda. Det står helt klart att A uppträtt på ett sätt som upprört domstolen i hög grad.

A uppgav själv bland annat att det var hans klient som ville framställa jäv och anmäla missnöje med beslutet att ogilla jävsinvändningen. – Klienten hade vidare begärt att A skulle påkalla vittnesförhör med ett stort antal personer. På inrådan av A hade klienten Z sedermera avstått från att begära förhör med flertalet av dessa. Emellertid hade Z oundgängligen velat höra vissa vittnen. Det var riktigt att A måhända haft en del svårigheter att motivera Z:s begäran om förhören. Detta hade sammanhängt med att A haft en annan uppfattning om värdet av bevisningen än Z. Det hade emellertid ålegat A i hans egenskap av offentlig försvarare att framställa begäran om de aktuella vittnesförhören. – Z hade även begärt att ett antal kriminaltekniska experter skulle höras i målet. Detta hade varit ett absolut krav från Z:s sida, och A hade vidarebefordrat Z:s yrkande till domstolen. – Z hade ett oavvisligt önskemål att få ta del av allt utredningsmaterial i målet. Det hade överenskommits

44. RB 8:6 3 st. JK:s rätt att begära sådan prövning har nyligen utretts, se Advokatkommitténs betänkande (JU 1997:3).

att A tillsammans med Z skulle få ta del av materialet viss angiven dag kl 9. A hade emellertid inte kunnat inställa sig, eftersom han på Z:s begäran måst ta kontakt med en person som skulle vara beredd att avge vittnesmål till Z:s förmån. – Trots att A påpekat för Z att denne lämpligen borde ta ställning till skäligheten av fordrade skadeståndsbelopp, hade Z vidhållit att han inte ville binda sig för något belopp. – Z hade uttryckligen förklarat att han inte önskade att A skulle hålla någon plädering i målet. En sådan skulle – hade Z ansett – ha varit fullständigt meningslös. A hade inte ansett sig kunna hålla något slutanförande mot sin klients önskan.

Disciplinnämnden uttalade i sitt beslut följande. "Enligt 21 kap. 7 § rättegångsbalken skall försvarare med nit och omsorg tillvarata den misstänktes intressen och i detta syfte verka för sakens riktiga belysning. I sin egenskap av biträde åt den misstänkte under förundersökningen och i målets behandling vid rätten har försvararen således att främja den misstänktes intressen. Han skall sålunda vara den misstänktes rådgivare och vidta åtgärder som är erforderliga för bevakande av den misstänktes rätt samt åberopa omständigheter och bevis som talar till den misstänktes förmån. Härvid har försvararen att på den misstänktes sida verka för sakens riktiga belysning."

Disciplinnämndens yttrande är, som synes, praktiskt taget ordagrant citerat ur förarbetena till 21:7. I sak anförde nämnden vidare, såvitt angick A:s utförande av Z:s talan, att vad domaren och anmälarna lagt A till last – även sett som en helhet – inte vore att anse som att A för ett behörigt tillvaratagande av Z:s intressen så brustit i sina allmänna skyldigheter som offentlig försvarare att han därigenom förskyllt disciplinär påföljd. Nämnden fann alltså att ingen åtgärd var föranledd mot A.

Disciplinnämndens inställning till A:s handlande måste sägas vara ett inlägg till förmån för en mycket självständig försvararroll. A är utan tvekan en försvarartyp som lånat framträdande drag från vapendragaren. Det är värt att notera disciplinnämndens användning av förarbetena till 21:7. Lagrummet får, som redan påpekats, sägas vara den enda definition som finns i svensk lag på försvarares lojalitetsplikt mot klienten. Om man här tillämpar en strikt *in casu*-bedömning skulle alltså A:s agerande i sitt biträde av Z utgöra ett konkret exempel på hur försvararens lojalitetsplikt i brottmål kan yttra sig. Skulle agerandet upphöjas till en allmän regel, skulle den ha ett innehåll som gick ut på att försvararen har rätt att i sin klients intresse vidta åtgärder som kan uppfattas som ett åsidosättande av vissa principer i vad som allmänt brukar anses vara "god rättsordning". Ur aktörens perspektiv kan regeln sammanfattas så här: om valet står mellan lojalitet mot klienten och lojalitet mot rättsordningen, får rättsordningen stryka på foten.[45]

Enligt en uppfattning som står i motsats till vapendragarideologin skulle man nämligen kunna beteckna A:s förfarande som snudd på rättegångssabotage. Advokater är skyldiga att främja god rättskipning. Jag har ovan givit förslag på en möjlig tolkning av "främjande av god rättskipning". Som exempel angav jag att advokaten inte skall missbruka domstolarnas tid; inte maximalt utnyttja "kryphål" i lagen; inte slösa med allmänna medel; inte föra domstolen

45. Observera att hela tiden gäller givetvis att handlandet inte får innebära att lag eller uttryckliga regler i god advokatsed överträds. Det är hela tiden fråga om att precisera försvararens "spelrum" i den gråzon, som normerna ger henne.

bakom ljuset; inte uppträda på ett sätt som minskar allmänhetens eller domstolarnas förtroende för advokatkåren.

De ursprungliga anmälarna av advokaten A i 1974 års fall var ledamöter av tingsrättens nämnd. Dessa gjorde gällande just att A uppträtt på ett sätt som minskade allmänhetens förtroende för advokatkåren. Samfundet syntes inte ta nämndemännens anmälan särskilt allvarligt och företog därför ingen åtgärd att hänskjuta ärendet till disciplinnämnden. Den ursprungliga anmälan förefaller inte heller särskilt väl underbyggd. Att en försvarare uppträder på ett sätt som "rimmar illa" med åklagarens intentioner att få saken utredd är väl närmast en truism. Anmärkningen att advokaten ifrågasatt landets främsta fingeravtrycksexperter får nästan ett löjets skimmer över sig. Annorlunda förhåller det sig med JK:s anmälan och yttrandet från domaren. Advokaten A hade verkligen, om inte utnyttjat "kryphål" i lagen, i alla fall på ett ytterst offensivt sätt nyttjat alla de till buds stående medel som RB ger, för vinnande av syften som inte riktigt kan förstås eller försvaras. Enbart det förhållandet att A hade kallat ett så stort antal vittnen som inte tycktes tillföra saken särskilt mycket, kan betraktas som ett missbruk av domstolarnas tid. Tingsrätten satte ju också ned arvodet till nära hälften av det begärda.

Enligt vägvisarideologin är A:s förfarande i TSA 1974 s. 45 knappast att betrakta som ett främjande av god rättskipning, åtminstone inte med den tolkning som ovan angivits. Men som jag också antytt ovan, kan innebörden i uttrycket "främjande av god rättskipning" ges andra tolkningar. Enligt vapendragarideologin kan man tolka främjande av god rättskipning ur ett instrumentellt systemperspektiv. Försvarsadvokatens främsta uppgift är att nitiskt främja sin huvudmans intressen och tillvarata dennes rätt. Vid genomförandet av denna sin uppgift får försvararen inte främja orätt eller bryta mot regler i god advokatsed, men det är inte hennes sak att i valet mellan klientens intresse och andra intressen ta hänsyn till andra intressen än klientens. Även enligt vapendragarens rättighetsargument har A handlat rätt. Genom att följa sin huvudmans – individens – önskemål och instruktioner och genomföra dessa, möjligen till domstolens stora irritation, men dock utan att bryta mot uttryckliga normer, har han visat respekt för individens integritet och autonomi och ett förhållande grundat på lojalitet och tillit.

Betyder dessa avgöranden att normgivaren står för ett förhållningssätt där advokaten lugnt kan följa sin huvudmans instruktioner oaktat dessa kan ha ett syfte som inte främjar god rättskipning? Vi skall undersöka ett par fall ur domstolspraxis.

Prejudikat i advokatärenden är, bland annat på grund av tystnadsplikten, inte ofta förekommande. Viss vägledning står att finna i HD-beslut rörande uteslutning av advokat ur samfundet. I ett sådant mål, NJA 1991 s. 293, hade en offentlig försvarare medverkat till att befordra brev och instruktioner från sin häktade klient till utomstående.

> Klienten G hade till sin försvarare, S, framfört önskemål om att S skulle tillvarata hans intressen så att han inte orsakades rättsförluster eller andra svårigheter under häktningstiden. Klienten G skickade därefter några brev och fax via försvararens

byrå, med instruktioner till en bank att vidta vissa kontodispositioner. Disciplinnämnden fann att försvararen grovt åsidosatt sina plikter som advokat och han uteslöts ur samfundet. Inför ärendets behandling i HD yttrade advokatsamfundet bland annat rörande försvararens förhållande till den misstänkte, att försvararen bör ha en viss distans till den misstänkte och dennes sak. "Likaledes skall han inte tjänstgöra som springpojke åt klienten."[46] Advokaten S uppgav i HD bland annat att en försvarare hade såväl rätt som skyldighet att vidta åtgärder för att tillvarata en frihetsberövad klients ekonomiska och personliga rättigheter. I konsekvens härmed ansåg sig S böra tillgodose ett önskemål från G:s sida om att han skulle tillvarata dennes intressen under häktningstiden så att inte G orsakades några rättsförluster.[47]

HD gjorde bland annat sin bedömning mot bakgrund av regeln om försvararjäv. Enligt förarbetena (NJA II 1982 s. 97 f.) tar regeln sikte på fall där samröret mellan försvarare och klient får till följd att försvararen inte intar den fria och obundna ställning gentemot den misstänkte som krävs. I förarbetena redovisades även ett inom advokatsamfundet då pågående utredningsarbete i vilket prövades tanken att i SRGA införa en etisk generalklausul av innehåll att en advokat inte får främja orätt. Generalklausulen infördes i SRGA 1 § 2 st. och förseddes med en kommentar i vilken anges bl.a. att det måste fordras av en advokat att han handlar på ett sätt som främjar hederlighet och redbarhet inom rättslivet, inte på ett sätt som verkar i motsatt riktning. HD konstaterade att klausulen medför begränsningar i advokatens handlingsfrihet vid tillvaratagandet av klientens intresse. Generalklausulen ger enligt HD inte bara uttryck för att en försvarare är förhindrad att medverka i ett handlande som på något sätt kan befaras störa den pågående brottsutredningen utan också för att han inte får exempelvis underlätta för huvudmannen att undanhålla egendom för sina borgenärer.

Mot bakgrund av detta fann HD att S "uppenbarligen ej ägt förlita sig" på klienten G:s uppgifter angående dispositionerna. Vidare anmärker HD att S inte haft erforderlig uppsikt över hur biträdet åt G utvecklades och att G:s "uppgifter synes genomgående ha tagits för goda utan närmare kontroll". HD fann att S inte bort medverka till att vidareförmedla instruktionerna och meddelandena från G. HD fann i likhet med disciplinnämnden att S skulle uteslutas ur advokatsamfundet. Bland annat ansågs att S:s förfarande att utan vidare ta G:s uppgifter för goda innefattade ett mycket allvarligt åsidosättande av god advokatsed.[48]

Av HD:s uttalande kan följande slutsats dras beträffande klientinstruktionerna. Då advokaten tar emot instruktioner från sin klient får deras genomförande inte medföra att advokaten verkar på ett sätt som strider mot hederlighet och redbarhet inom rättslivet. HD har i rättsfallet inte givit uttryck för någon tolkning av 8:4 eller 21:7, men väl uttryckt vad god advokatsed bjuder då försvararen får instruktioner av sin klient. Av särskild vikt är tydligen också att advokaten inte utan vidare godtar klientens uppgifter. HD har på flera ställen i rättsfallet anmärkt på just advokatens brist på kontroll.

Eftersom HD tar upp just advokatens kontroll över klientens uppgifter, är det här på sin plats att återknyta till SRGA 45 §, som inledningsvis stadgar att advokat inte, med mindre särskild anledning därtill föreligger, är skyldig att kontrollera riktigheten av de uppgifter som hans klient lämnar honom. I 1991 års fall var fråga om grov ekonomisk brottslighet av komplicerad karaktär och

46. NJA 1991 s. 293 (s. 304).
47. NJA 1991 s. 293 (s. 307 f).
48. NJA 1991 s. 293 (s. 310 f).

den misstänkte var i målet häktad och belagd med fullständiga restriktioner. Med tanke på dessa omständigheter och med tanke på att de dispositioner klienten vidtog rörde penningmedel som kunde ha haft samband med brottsligheten i målet, utgår jag ifrån att såväl HD som disciplinnämnden i detta fall ansåg att särskild anledning till sådan kontroll förelåg.[49]

Som nämnts i andra sammanhang införde advokatsamfundet på riksdagens initiativ en generalklausul i SRGA med innehåll att advokat inte får främja orätt.[50] Bakom lagstiftningsärendet låg bland annat oro för att advokater skulle vara i synnerhet ekobrottslingar behjälpta med råd och dåd. En så allmänt hållen regel kan betyda nästan vad som helst. Att advokater inte får bryta mot lag är självklart. Men att advokat inte får främja orätt, vad betyder det? Betyder det att en ideologi av vägvisartyp ligger bakom införandet av regeln?

HD yttrade i 1991 års fall att "generalklausulen ger uttryck inte bara för att en försvarare är förhindrad att medverka i handlande som på något sätt kan befaras störa den pågående brottsutredningen utan också för att han inte får exempelvis underlätta för huvudmannen att undanhålla egendom för sina borgenärer".[51] HD:s uttalande är att se som en exemplifiering av uttrycket "främja orätt". I de lagförarbeten som bland annat ledde fram till generalklausulen, tog initiativtagarna framför allt fasta på problem med ekonomisk brottslighet och advokaters eventuella medverkan i sådan.[52] HD:s resonemang om att klausulen är tänkt att förhindra att en försvarare underlättar för sin huvudman att undanhålla egendom från borgenärer bör ses mot bakgrund av tankegången i förarbetena. Emellertid fann ju HD också att generalklausulen skulle ge uttryck för att en försvarare är förhindrad att medverka i handlande som på något sätt kan *störa den pågående brottsutredningen.* Denna tolkning kom att bli central för utgången av 1991 års fall och ger uttryck för just försvararens plikt mot rättsordningen. Det är en plikt som alltså inte direkt framgår av lagens bokstav.[53] Längre fram i 1991 års fall ger HD åter uttryck för detta synsätt. Man konstaterar att advokaten inte hade underlag för att bedöma bland annat om den häktade klientens dispositioner kunde försvåra utredningen, och konkluderar att advokaten "hade därför, med *hänsyn till de intressen som ligger bakom* häkteslagen, inte bort medverka till att vidareförmedla de ifrågavarande instruktionerna och meddelandena", varför advokatens medverkan vore att betrakta som ett åsidosättande av god advokatsed. Uttalandet kan tolkas så, att i fall då advokaten saknar utredning, skall hon presumera att motstående intressen kan komma att skadas och därmed inte följa klientinstruktionerna. HD yttrar avslutningsvis i skarpa ordalag att den advokat som inte respekterar lagstiftarens och advokatsamfundets *synsätt*

49. Se vidare om brevcensur och enrumsprivilegiet Elwing: Anteckningar om brevcensur beträffande häktad, Festskrift till Ulla Jacobsson, s. 69–80 (Stockholm 1991).

50. SRGA 1 § 2 st.

51. NJA 1991 s. 293 (s. 311).

52. Se den allmänna motiveringen i prop. 1981/82:57 s. 4.

53. RB 23:18 kan i och för sig ses som ett uttryck för idén om att försvararen (och den misstänkte) inte får störa den pågående brottsutredningen. 23:18 nämns dock inte i 1991 års fall.

(rörande försvararnas arbete med ekobrottsutredningar) på ett mycket allvarligt sätt bryter mot god advokatsed (mina kurs.).[54]

1991 års fall är knappast någon klockren illustration av oskrivna regler om hänsynen till rättsordningen.[55] Advokaten i fallet hade medverkat till en handling som kunde betraktas som en överträdelse av en skriven regel (häkteslagen), varför handlandet inte kan betraktas som enbart ett åsidosättande av "rättsordningens intressen". Det är emellertid ett av de få advokatärenden i Sverige som fått en mycket ingående behandling i HD. Det erbjuder därför en sällsynt inblick i HD:s tolkning av god advokatsed och HD:s ordvändningar är mycket intressanta i sig. Rättsfallet kan läsas så, att det faktiskt finns "intressen" och till och med "synsätt" som advokaterna har att ta hänsyn till, trots att de inte finns uttryckta i någon konkret och tydlig regel. Vägvisaren skulle mycket väl kunna tänkas anföra just att "en advokat som inte respekterar lagstiftarens och advokatsamfundets synsätt på ett mycket allvarligt sätt bryter mot god advokatsed". HD får här anses ge uttryck för (frånsett att det i detta fall fanns en specifik lag med lagmotiv att ta hänsyn till) att en försvarsadvokat har en skyldighet att ta hänsyn till rättsordningens intressen och inte bara till lagens bokstav. En sådan slutsats är ju varken särskilt sofistikerad eller upplysande. Den tjänar därför i princip endast det syftet att man kan konstatera *att* försvarsadvokaten har en sådan skyldighet, *men att* rättsordningens intressen antagligen är ett så vagt begrepp att advokaterna kan tolka det olika.

Vägvisarskolans uppfattning att en advokat inte får handla på ett sätt som står i strid med rättsordningens intressen blir därför ett påstående som är tämligen substanslöst, eftersom det centrala begreppet är så pass vagt. I stället får vägvisarskolan konkretisera genom att i ett praktiskt exempel visa att ett annat intresse än klientens – ett intresse som kan kallas för rättsordningen – skall *prioriteras.*

Sammanfattningsvis är advokaten skyldig att tillvarata den misstänktes rätt i såväl formellt som materiellt hänseende. Innanför den ram som gives i lag och god advokatsed har försvararen i och för sig möjlighet att följa klientens instruktioner rörande försvarets genomförande.

Lag och lagkommentarer kring advokatens yrkesplikter visar dock att det finns begränsningar i advokatens handlingsfrihet då hon skall fatta beslut om huruvida hon skall följa klientens instruktioner. Hon får således inte åberopa bevisuppgift som hon vet är osann eller bestrida uppgift som hon vet är sann. Hon får inte, vid genomförandet av instruktionerna, främja orätt, utan skall verka på ett sätt som främjar hederlighet och redbarhet inom rättslivet. Slutligen är hon skyldig att, då särskild anledning föreligger, kontrollera riktigheten av klientens uppgifter. Huruvida försvararen får utnyttja givna regler, exempelvis i RB, till klientens förmån men på ett sätt som kan störa rättsordningen,

54. NJA 1991 s. 293 (s. 314).
55. Jämför Laurin, TSA 1983, s. 201–206 (s. 204).

är svårt att säga. Som vi har sett ovan har man i vissa fall översett med en försvarares aggressiva processtaktik.[56]

17.4.2 *När advokaten går emot klientinstruktionerna*

Ovan har konstaterats att instruktioner från klienten till advokaten att överklaga en dom eller ett beslut, i enlighet med god advokatsed skall genomföras. Detta skall advokaten göra oaktat sin egen uppfattning i sak. Det finns ett flertal disciplinnämndsavgöranden som pekar på detta.

> I exempelvis TSA 1978 s. 379 (15) tilldelades en advokat, som var offentlig försvarare i ett mål om bl.a. narkotikabrott, erinran därför att han underlåtit att fullfölja talan mot tingsrätts dom. Klienten hade givit sin försvarare i uppdrag att överklaga domen, men advokaten hade bedömt X:s utsikter att frikänd som praktiskt taget obefintliga. Disciplinnämnden fann att advokaten genom sin underlåtenhet att genomföra klientens uppdrag hade åsidosatt sina plikter som advokat.
>
> Jämför TSA 1973 s. 102 f. (fall I och II), där båda fallen rörde offentliga försvarare som underlåtit att fullfölja talan mot dom. Båda tilldelades erinran. I fall I hade advokaten fått i uppdrag av sin klient att överklaga domen och advokaten hade därvid begärt att klienten skulle skaffa fram behövliga vittnen. Då klienten sedan inte avhördes, drog advokaten slutsatsen att denne givit upp och inte ville fullfölja talan. Nämnden fann att advokaten förfarit felaktigt.
>
> Även i fall II hade försvararen fått klientens uppdrag att överklaga tingsrätten dom. Advokaten hade sedan väntat på att klienten skulle översända en fullmaktsblankett. Det var oklart huruvida advokaten sedan fått ta emot fullmakten eller inte. Först dagen efter tiden för fullföljd hade gått ut, återfanns fullmakten i akten. Nämnden fann att advokaten senast dagen före fullföljdstiden gick ut, bort förvissa sig om huruvida fullmakten inkommit och att advokaten, om fullmakten då inte inkommit, med hänsyn till klientens uttalade önskan att överklaga, haft att upprätta och inge en vadeinlaga som senare skulle kompletterats med fullmakt. Genom att inte efterkomma klientens begäran att fullfölja, hade försvararen åsidosatt sina plikter som advokat.

De tre disciplinfall som refererats ovan har alla det gemensamt, att klienten hade givit försvararen i uppgift att överklaga en brottmålsdom. Advokaterna hade av – som synes – helt olika skäl gjort egna bedömningar som resulterade i att man underlät att genomföra uppdraget. I ett fall gjorde advokaten en bedömning ur materiell synpunkt att det vore utsiktslöst att överklaga. I de båda andra fallen drog advokaterna egna slutsatser av klienternas underlåtenhet att agera på ett visst sätt och antog att klienterna inte önskade fullfölja. Trots de inbördes olikheterna fann disciplinnämnden i alla tre fallen att advokaterna genom att inte efterkomma klienterna begäran att fullfölja, hade förfarit felaktigt och åsidosatt sina plikter.

För att rätt förstå föreliggande problematik, bör man skilja mellan två olika situationer i fråga om advokatens uppdrag att överklaga. En sak är att advo-

56. Jämför NJA 1992 s. 139, där en advokat av processtaktiska skäl lämnade huvudförhandlingen.

katen uppfattar klientens agerande, uttalande eller underlåtenhet som ett slags viljeförklaring att överklagande inte skall ske. I en sådan sak är det alltså fråga om klientens vilja och uppfattningen av denna. Så mycket står klart att om det föreligger en klart uttalad önskan från klientens sida att fullfölja talan, så får inte advokaten underlåta att efterkomma denna. Finns det någon form av oklarhet rörande klientens önskemål, är advokaten skyldig att själv vara aktiv för att utröna hur klienten vill göra.

En annan sak är om advokaten själv gör bedömningen att det är utsiktslöst att överklaga. I ett sådant fall handlar det inte om hur advokaten uppfattar klientens önskemål, utan det handlar om att advokaten har en annan uppfattning än klienten. I denna fråga inryms intressanta problem på flera nivåer. I två disciplinfall, TSA 1975 s. 366 (revisionsinlagan; det först refererade fallet i föregående avsnitt) respektive 1978 s. 379 (narkotikabrottet, strax ovan) finner vi just detta problem. Starkt förenklat kan man säga att i 1975 års fall gjorde försvararen som klienten ville och i 1978 års fall gjorde försvararen inte som klienten ville.

I 1978 års fall rörde det sig om ett narkotikabrott där försvararen underlät att överklaga eftersom han bedömde möjligheterna till förändring som utsiktslösa. Advokaten tilldelades erinran. Även i 1975 års fall bedömde advokaten överklagandet som gagnlöst, men sökte trots detta revision på klientens begäran. Disciplinnämnden (såväl majoriteten som de skiljaktiga) uttalade där att en advokat i denna situation skall medverka till upprättandet av inlagan på klientens begäran, trots att talan framstår som gagnlös.[57]

Om narkotikafallet känner vi inte till de faktiska omständigheterna. Vad gäller brottmål generellt sett framhåller bl.a. Wiklund att det torde vara ytterligt sällsynt – med den variation av påföljder som BrB erbjuder – att en tilltalads överklagande av en dom kan betraktas som ohemul klagan, även om utsikten att vinna ändring i det speciella fallet skulle vara utomordentligt minimal.[58] Här gäller det uppenbarligen att först och främst skilja ut sådan talan som verkligen är rent ohemul från talan som ter sig svår att nå framgång med. Rent ohemul talan innebär en överträdelse av RB och står därmed också i strid med god advokatsed.

> Med detta i åtanke kan man ändå diskutera frågan om hur advokaten bör ställa sig – i enlighet med principer i god advokatsed och lag – till en begäran om fullföljd när advokaten anser ett överklagande vara helt ogrundat och obefogat. Med tanke på vad här ovan har redovisats om lagstiftarens uppfattning[59] och även vad som allmänt sägs i god advokatsed[60] bör advokaten först klart och tydligt delge klienten

57. Jämför RB 12:18 om skyldighet för rättegångsombud att bevaka partens rätt till dess denne hunnit vidtaga åtgärd för utförande av sin talan. Frågan är om försvararen skall vara sin klient behjälplig med att överklaga ett beslut även om försvararen är av uppfattningen att ett överklagande är formellt otillåtet. I notisfallet 1976 C 96 trodde försvararen att klienten hade nöjdförklarat sig avseende ett beslut om utvisning och vägrade därför hjälpa klienten. HD fann att klienten hade rätt till återställande av försutten tid. Se ovan avsnitt 16.3.2.2.

58. Wiklund s. 169.

59. Exempelvis PLB:s kommentar till 21:7 (s. 276) om försvararens rådgivande funktion.

60. Exempelvis Wiklund s. 168 f.

sin uppfattning. Det svåra dilemmat uppstår när klienten ändå framhärdar med sina önskemål.

Det stadgande som härvid har diskuterats är RB 9:2 och 4. RB 9:2 innehåller ett straffstadgande mot part som mot bättre vetande för talan mot dom eller beslut. För den tilltalade finns inte någon bestämmelse om straff för rättegångsmissbruk. Enligt de diskussioner som förts rörande god advokatsed bör advokaten avböja uppdrag att biträda med en fullföljd som innebär ohemul klagan.[61] Enligt Wiklund inträder en komplikation om advokaten är förordnad till offentlig försvarare, eftersom 9:4 hänvisar till ombud och biträde men inte uttryckligen nämner offentlig försvarare.

Såvitt angår offentlig försvarare har frågan behandlats i en uppsats av Bo Westman.[62] Utgångspunkten för uppsatsen var att en advokat begärt samfundsstyrelsens uttalande huruvida han som offentlig försvarare vore skyldig att fullfölja talan eller kunde vägra att efterkomma den tilltalades begäran. Klienten hade fällts i hovrätten där ett av den tilltalades vittnen medgivit att han talat osanning i tingsrätten. Advokaten ville inte dra saken inför HD utan bedömde talan som utsiktslös. Westman fann att frågan var svår att besvara. En del av svårigheterna ligger i försvararens processuella behörighet och i vilken mån reglerna som gäller ombud kan tillämpas på försvarare.[63]

Frågan är om ombud, som önskar avsäga sig uppdraget, kan åberopa risken för ansvarspåföljd enligt RB 9:2 jämfört med 9:4 för den som mot bättre vetande för talan mot dom. Westman är av den uppfattningen att en försvarare (offentlig eller inte och med eller utan fullmakt) kan fällas till straff för ohemul klagan men att straff inte bör komma i fråga i andra fall än sådana där "den sökta ändringen icke lagligen kan göras i domen".[64] Som påpekades ovan, torde sådana fall vara sällsynta i brottmål.

Wiklund är inte helt ense med Westman om att fullmakten inte skulle ha betydelse för tillämpligheten av 9:4. För egen del håller jag med Wiklund, eftersom en offentlig försvarare inte är behörig att fullfölja talan utan fullmakt. Så snart försvararen fullföljt med stöd av fullmakt, handlar hon som ombud. Som ombud kan man enligt 9:4 ådra sig böter.

Frågan är emellertid om 9:4 över huvud taget gäller offentlig försvarare. Jag har här ovan betecknat det offentliga försvararuppdraget som ett uppdrag *sui generis* och påpekat att det inte går att undantagslöst tillämpa regler om rättegångsombud på offentliga försvarare. Wiklund påpekar också mycket riktigt att RB 9:4 innehåller ett straffstadgande och som ett sådant skall det tolkas restriktivt. Om stadgandet skulle ha varit tillämpligt på offentlig försvarare, skulle detta utsagts.

Som redan har påpekats, är det på grund av förtroendeförhållandet mellan advokat och klient ovanligt att oenighet i andra än formella frågor, som till exempel ett överklagande, kommer i öppen dager. Ett belysande fall ur disciplinnämndens praxis finns dock, och det rör just ansvarsfrågan. Av fallet framgår i och för sig inte uttryckligen att försvararen gått emot klienternas instruktioner i ansvarsfrågan, men det framgår att de tilltalade i målet hade förnekat skuld och att advokaten misstänktes ha tagit ställning mot sina klienter. Fallet illustrerar alltså den spegelvända problematiken jämfört med den som uppstår då klienten vill bli dömd.

61. Är klagan inte ohemul finns det enligt exempelvis Wiklund inte någon grundad anledning till anmärkning mot en advokat som åtar sig uppdraget. Wiklund s. 168 f.

62. TSA 1955 s. 97–102.

63. Här för Westman ett resonemang kring samma frågor som jag tagit upp i kap. 15 ovan.

64. Westman 1955 s. 100 och Wiklund s. 169.

I TSA 1975 s. 359 hade pensionärerna X och Y åtalats för otukt med barn respektive otuktigt beteende. Advokaten A var förordnad som offentlig försvarare. Som bevisning i målet förekom uppspelning av förhör med barnen samt vittnesförhör med behandlingspersonal och en kriminalinspektör. X dömdes för den åtalade gärningen till skyddstillsyn, medan åtalet mot Y ogillades. I fråga om domen mot X var tre nämndemän skiljaktiga och ville ogilla åtalet mot denne. De yttrade bl.a. följande.

"Sammantaget finns det enligt vår bedömning så många omständigheter som försvagar tilltron till barnens berättelser att det inte kan komma ifråga att med stöd av den bevisningen fälla X för så allvarliga brott som åklagaren har lagt honom till last. Det har visserligen i tingsrätten gjort ett egendomligt och för försvaret ofördelaktigt intryck att X:s och Y:s försvarsadvokat uppträtt som om han gett sina klienters sak förlorad på förhand. Han har inte bidragit till utredningen genom egna frågor till målsäganden och vittnen och beträffande X har han i huvudsak nöjt sig med att yrka mildaste möjliga straff. Den omständigheten att försvaret skötts oskickligt får emellertid inte belasta hans klienter, och vi har inte tillräcklig anledning att ifrågasätta äktheten i X:s upprördhet när han under huvudförhandlingen konsekvent och enständigt förnekat gärningarna."

I domen intogs ett beslut där tingsrätten återkallade A:s förordnade som försvarare för X och Y. *Tingsrätten anförde* som skäl följande.

"Såsom framgår av domen och den skiljaktiga meningen har tingsrätten funnit skuldfrågan – särskilt vad gäller X – svårbedömd. Värderingen av bevisningen har måst ske med stor försiktighet. Det oaktat har A i sin egenskap av försvarare inte vidtagit några positiva åtgärder för att bidra till utredningen i målet. Sålunda har han i samband med de i målet hållna förhören i stort sett avstått från att ställa egna frågor. Slutanförandet beträffande X var huvudsakligen inriktat på påföljdsfrågan. Tingsrätten finner A:s bristande aktivitet vid utförandet av försvaret ha varit av så allvarlig beskaffenhet att han, om målet skall fullföljas, inte bör biträda de tilltalade härmed eller i högre rätt. Tingsrätten finner därför det honom som offentlig försvarare meddelade förordnandet böra återkallas."

Advokaten själv anförde att varken X eller Y vid något tillfälle gjort något erkännande. Advokaten hade dock en annan uppfattning i ansvarsfrågan än tingsrätten beträffande Y och beträffande de tre skiljaktiga nämndemännens mening beträffande X. Uppfattningen var enligt advokatens uppgift baserad på ingående samtal med klienterna. Han menade inte att hans uppfattning berodde på "oskicklighet, försummelse eller ens dåligt omdöme". Han hade själv gjort flera av de överväganden som tingsrätten och de skiljaktiga redovisat, men inte funnit att dessa överväganden var bärande.

Disciplinnämnden konstaterade att advokaten inte motsatt sig rättens påstående att han brustit i aktivitet. Det kan visserligen förekomma situationer då en försvarare i klientens intresse bör förhålla sig passiv, men detta var enligt nämndens uppfattning troligen inte det effektivaste försvaret för X och Y. Tvärtom talade omständigheterna i målet för att A bort "aktivt och energiskt ha engagerat sig i bl.a. förhören med målsäganden och vittnen." A:s overksamhet kunde förklaras av hans egen uppgift att han trots de tilltalades förnekande var övertygad om deras skuld. "Det är emellertid inte en försvarares sak att sätta sig till doms över den tilltalade, och försvararens uppträdande får med hänsyn till vad god advokatsed kräver inte präglas av hans egen uppfattning om de tilltalades skuld. Så länge den tilltalade förnekar den åtalade gärningen skall försvararen till iakttagande av lojalitet med den tilltalade med nit och omsorg tillvarata dennes rätt." Nämnden fann att A åsidosatt sina plikter som advokat och tilldelade honom erinran.

Uppfattningen i skuldfrågan innehåller flera mycket komplicerade etiska spörsmål, vilket framgår av argumentationsanalysen ovan. En sak står emel-

lertid klar: försvararen får inte låta sin uppfattning om klientens skuld skina igenom i sin processföring, så länge klienten förnekar brott. Disciplinnämndens yttrande i 1975 års fall om otukt lämnar inget utrymme för tvekan härvidlag. En av de tilltalade fälldes mot sitt nekande. Samtidigt kan inte advokatens uttalande tolkas på något annat sätt än att han hade uppfattningen att båda tilltalade var skyldiga.

Hur blir det då, om man applicerar denna princip på frågan om den oskyldige klienten som vill bli dömd? Om försvararen tvärtom är övertygad om klientens oskuld, men klienten vill bli dömd, får försvararen då låta sin uppfattning skina igenom, trots att hon angivit ifråga om inställningen till åtalet att den tilltalade är skyldig? Ett av handlingsalternativen som presenterades i kap. 11, innebar att försvararen skulle försöka tillämpa ett mellanting mellan att följa och gå emot klientinstruktionerna; den s.k. passiva processföringen. Wiklund vände sig som sagt med kraft emot denna lösning. Kan det vara så att Wiklunds motvilja grundas på ett fall som 1975 års fall om otukt? Wiklund utvecklar inte några närmare etiska synpunkter på "mellantinget", utan yttrar bara att handlandet ytterst står i strid med klientens önskemål, vilket, liksom alternativet att direkt gå emot klientens instruktioner, enligt honom är förkastligt (se ovan).

Den passiva processföringen är, så som den skall förstås i detta fall,[65] utan tvekan problematisk ur många synpunkter. Ett par av dessa har jag redan berört i kap. 11: det är en processföring som ställer stora krav på advokatens förmåga att "kryssa runt" besvärande fakta som talar i den ena eller andra riktningen.

Det är också en processföring som enligt min mening kan kritiseras som manipulativ. Den kan betraktas som manipulativ ur två perspektiv; såväl ur klientens som domstolens. Enkelt uttryckt kan man säga att advokaten lurar sin klient. I exempelvis otuktsfallet kan man tänka sig att advokaten – förmodligen efter en hel del diskussioner, men dock *i samråd* med sina klienter – kommit fram till att man skulle förneka skuld. Advokaten gick emellertid in i processen övertygad om huvudmännens skuld och detta framgick tydligt för domstolens ledamöter. Hade klienterna på förhand vetat att advokaten skulle förfara på detta vis, kan man med fog anta att de skulle ha begärt ett försvararbyte. Vid en jämförelse med de båda andra handlingsalternativen ter sig alltså detta som "farligare" för klienten. En vägvisare som väljer alternativ II, att gå emot instruktionerna, skulle öppet redovisat sin inställning och sedan begärt sitt entledigande.[66] Vapendragaren skulle inte bildat sig en egen upp-

65. Notera att passiv processföring kan användas i många olika syften av en advokat. I vissa situationer kan det ligga i klientens intresse att advokaten förhåller sig passiv, exempelvis i en förhörssituation. Det är emellertid då inte fråga om att advokaten inte tror på klienten, utan det kan t.ex. vara så att advokaten måste undvika att för klienten besvärande fakta kommer i dagen. Syftet är då att tillvarata klientens intresse, inte att kullkasta det.

66. Detta måste vägvisaren göra, eftersom hon inte mot bättre vetande kan medverka till att en skyldig tilltalad blir frikänd. Där vägvisaren är övertygad om klientens *skuld* måste hon alltså antingen övertala klienten att erkänna eller frånträda. I fallet som utgör det andra huvudproblemet i denna avdelning – att advokaten blir övertygad om klientens *oskuld* – kommer saken i ett annat läge för vägvisaren. Se kap. 14.

fattning i skuldfrågan över huvudtaget utan företrätt klienterna på det sätt de önskade. Lojalitetsplikten mot klienten åsidosätts därför av en advokat som förfar som i otuktsfallet, vilket även disciplinnämnden fann.

Emellertid kan man också finna att passiv processföring av detta slag är manipulativ gentemot domstolen och därmed också gentemot rättsordningen. Anta att advokaten i inledningen av rättegången på ordförandens fråga om inställningen till åtalet gör gällande – i enlighet med klientens instruktioner – att hennes huvudman förnekar skuld. Under processens gång låter emellertid advokaten sin egen uppfattning i skuldfrågan skina igenom så att domstolen får intrycket att advokaten har en inställning som står i rak motsats till huvudmannens. Domstolens ledamöter måste i ett sådant läge finna advokatens handlande förvirrande. Vilken är försvarets inställning egentligen? Det kontradiktoriska förfarandet går ut på att två helt olika ståndpunkter intas av parterna, varefter domstolen tar ställning till dessa. Om åklagaren påstår skuld och försvaret någonting mitt emellan, har rollerna blivit otydliga och obalans uppstår.

Ytterligare en aspekt kan anläggas. Jag talade i inledningen till del III A om försvararens dilemma. Ett dilemma kännetecknas av att ett svårt val mellan två olika värden måste träffas. Advokaten som "talar med kluven tunga" har inte gjort sitt val, utan överlämnar det till domstolen. Detta kan ju vid ett första påseende verka vara helt i sin ordning. Domstolens uppgift är ju just att väga och välja. Emellertid är tanken bakom tvåpartsprocessen att domstolen, för att kunna träffa sitt val, först tagit del av allt som talar *för* och sedan allt som talar *emot* ett visst förhållande, i detta fall den tilltalades skuld. Åklagaren skall (om inte objektivitetsprincipen hindrar detta) lägga fram allt som talar för den tilltalades skuld. Advokatens uppgift måste då vara att lägga fram allt som talar emot (givetvis under förutsättning att klienten förnekar skuld).

Sammanfattningsvis finns det flera argument som talar mot den sortens processföring som advokaten i otuktsfallet ägnade sig åt. Detta gäller i de fall där klienten yrkar på frikännande dom. Om förhållandet är det motsatta och klienten alltså vill bli dömd, kommer handlingsalternativen att ha andra bevekelsegrunder. Därmed blir också förutsättningarna för passiv processföring något annorlunda. Som jag i förbigående nämnde ovan, skulle vägvisaradvokaten i ett fall som otuktsfallet ha valt att frånträda försvaret (om det inte gick att övertala klienten att erkänna). Passiv processföring – liksom för övrigt att direkt gå emot klientens instruktioner – ter sig förkastligt då det framgår att advokaten tror att huvudmannen är *skyldig*. Sådan processföring är lättare att legitimera ur moralisk synpunkt med hjälp av vägvisarens argument, om advokaten tror att klienten är *oskyldig*. Vägvisaren kan då anföra kraftfulla argument som t.ex. att det är orätt att en oskyldig döms.

17.5 Klientlojaliteten i utländsk doktrin

I del III B ovan, som behandlar aktörerna vapendragare respektive vägvisare, gjordes flera kopplingar till diskussionerna i amerikansk och engelsk rätt. I föreliggande del, III C, tecknas en mera normativ bild. Efter att den svenska generella uppfattningen studerats, skall nu de utländska uppfattningarna om klientlojaliteten översiktligt studeras.

17.5.1 *Klientlojaliteten i amerikansk advokatsed*

I studiet av vilka uppfattningar som finns om innebörden av klientlojaliteten, närmare bestämt om försvararen bör följa klientinstruktionerna, har turen nu kommit till amerikansk doktrin och advokatsed.

På grund av den stora mångfalden litteratur, debattinlägg och etiska regler av olika årgångar och dignitet, kan det vara svårt att skaffa sig en ordentlig överblick. Som ett exempel kan sägas att bara om tystnadsplikten i amerikansk rätt har man skrivit, forskat och diskuterat i en omfattning som är svindlande. "The controversial discourse surrounding the attorney-client privilege can be expected to continue rather than to abate. Matters of privileges have been the subject of literally thousands of reported cases in the United States, have been written about in hundreds of legal articles and continue to spark controversy in legislative forums. No other area of non-constitutional evidentiary law has been considered as often by the United States Supreme Court in recent times", skriver t.ex. Shaughnessy.[67] Det säger sig självt att min ambition i denna sammanfattning inte kan sträcka sig längre än till att ge en högst överskådlig bild av de viktigaste inriktningarna i de amerikanska advokatreglerna.

Reglerna kan faktiskt tolkas i än den ena, än den andra riktningen, antingen som ett vapendragarideal eller ett vägvisarideal, och tycks sträva efter att finna en gyllene medelväg. Det har inte varit lätt för normgivaren att hitta lösningar som tillfredsställer de viktigaste etiska inriktningarna (vilka dessutom inte sällan står i bitter motsatsställning till varandra) och som samtidigt är praktiska och går att tillämpa i rättslivet.

Det generella intryck som reglerna och kommentarerna ger, är att advokaten framför allt skall uppträda som representant för juridisk sakkunskap. Advokaten skall avgöra juridiska frågor och skall inför övriga former av avgöranden endast peka ut vilka möjliga lösningar som kan finnas, varvid klienten skall få fälla avgörandet. Klienten tilldelas snarare rollen som den som på lekmannamässig grund styr arbetet. Med lekmannamässigt förstås framför allt så kallade mänskliga aspekter, dvs. känslomässiga, moraliska eller personliga.

Frågan blir då om uppfattningen i de amerikanska regelverken är att advokaten – som ju faktiskt också är en människa och givetvis har moraliska, käns-

67. Shaughnessy, a.a. s. 50.

lomässiga eller personliga uppfattningar – helt skall bortse från dylika aspekter i sin yrkesroll. Vi känner igen problematiken från diskussionerna om *professional detachment* och rolldifferentiering. Jag har i argumentationsanalysen diskuterat de ideologiska aspekterna på denna fråga. I föreliggande avsnitt skall jag försöka spegla de etiska regelverkens inställning och de vägledande författarnas uppfattning.

Vissa kritiska inlägg tyder på att vapendragaridealet är helt dominerande i den amerikanska advokatkåren (och att detta är av ondo). Luban menar att den allt överskuggande principen i amerikanska advokatregler är *partisanship,* dvs. vapendragarskap. Det verkliga lackmusprovet är följande hypotetiska fråga: vad händer om klienten instruerar advokaten att inte vara "juste" mot alla parter utan uppmanar henne att spela offensivt, *play hardball?* Svaret som gives i ABA:s *Model Code* och *Model Rules* är enligt Luban entydigt: klientens önskemål skall ha företräde framför advokatens – om inte advokaten vill göra som klienten instruerar henne, får hon frånträda.[68]

Det är vanligt att vägledande amerikansk doktrin utmålar ett klient-advokatförhållande som vilar på den grund som utgörs av advokatens närmast totala lojalitet gentemot klienten och dennes intressen.[69]

Wolfram påpekar att lojalitetsförhållandet inte liknar något annat förhållande i samhällslivet. Det är t.ex. inte helt jämförbart med ett kontraktsförhållande. En advokat har tystnadsplikt om vad som förevarit i ett samtal mellan henne och en person som hon haft ett inledande samtal med på sin byrå, men som sedan bestämmer sig för att anlita en annan advokat. I motsvarande situation enligt avtalsrättsliga principer hade man helt enkelt konstaterat att inget avtal kom till stånd.[70] En advokat i USA kan vidare komma överens med en klient om att inte ta ut något arvode för sitt arbete, men är trots detta bunden av lojalitets- tystnads- och kompetensprinciperna. Förtroendeförhållandet mellan advokat och klient är därför både långtgående och tämligen, om än inte helt, unikt jämfört med samhällslivet i övrigt.[71]

Det kan finnas olika idéer om vilken den teoretiska grunden för detta långtgående förtroendeförhållande egentligen är. Ett sätt att se på saken är att lojalitetsplikten utgör ett slags *skydd för klienten;* klienten är sårbar i sin okunnighet om juridik och på grund av den press han är utsatt för. En annan synvinkel är mera neutral i förhållande till klienten; oavsett klientens personliga förutsättningar krävs *absolut tillit.* Klienten måste kunna lita på advokatens hjälp och kunnande och diskretion. Man talar också om det personliga i klient-advokatförhållandet. Förhållandet har så starkt personlig karaktär att den klient som önskar avsäga sig sin advokat inte kan sägas ha begått ett kontraktsbrott. Dessutom kan man anlägga en kostnadseffektiv syn: rättssystemet fungerar ef-

68. Luban 1988 s. 12.

69. T.ex. Wolfram, a.a. s. 146 f.

70. Givetvis har frågan om kontraktsförhållandets egentliga uppkomst diskuterats i doktrinen, vilket emellertid inte förtar poängen i Wolframs resonemang.

71. Jämför vad som sägs om den "fågelfria" sysslomannen i förhållande till den bundna försvararen i kap. 15.

fektivast om klienterna kan ha ett förtroende för sina advokater som till och med är mera långtgående än vad som är stadgat i andra typer av lagstiftning.

Även om det som sägs ovan är uttryck för ett amerikanskt synsätt, känns tankegångarna igen från svensk rättspraxis. I fall som gäller försvararbyte har domstolarna i Sverige tagit fasta på det personliga förtroendeförhållandet mellan advokat och klient. Man har också talat i dessa sammanhang om vikten av kostnadseffektivitet i så måtto att det är olyckligt att förordna en försvarare för två medtilltalade då framtida intressekonflikter kan leda till att nya försvarare måste förordnas i målet.

En aspekt på denna fråga är advokatens processuella ställning och behörighet att agera å klientens vägnar. Amerikansk doktrin har konstaterat att advokaten som agerar på klientens vägnar genom detta också har större frihet än om hon agerat på egen hand. Många handlingar som en advokat på så sätt vidtar, skulle ha bedömts som exempelvis ohemul talan eller något annat slags otillbörligt beteende om de inte gjorts för klientens räkning: "... absence of express or implied authorization of client to file suit would amount 'prima facie' to filing suit without probable cause and with malice; crimes of champerty, maintenance, embracery, and barratry may also thus be committed; 'sudden showers... may drench the attorney when he ventures out as a principal without the protective umbrella of his client." [72]

I amerikanskt rättsliv accepteras i allmänhet en advokats påstående om att hon har behörighet att företräda en viss klient. En advokat som uppträder i domstol för en viss person presumeras alltså ha behörighet att företräda denna person och har därmed långtgående möjligheter att binda klienten på olika sätt. Wolfram förklarar denna presumtion med det faktum att domstolarna har betydande kontroll över advokaterna och har möjligheter att sanktionera advokater som saknar behörighet.[73]

Omfattande diskussioner har förts i amerikansk doktrin rörande olika idealmodeller för klient-advokatförhållandet. Wolfram, som får räknas till den skola som är delvis kritisk till vapendragarideologin (åtminstone i dess mer utrerade form), talar om tre sådana modeller. En modell är vapendragarinspirerad och målar upp bilden av ett klientdominerat förhållande, där klienten leder och kontrollerar advokaten. Dess motsats enligt Wolfram är en modell där advokaten dominerar fullständigt och antingen ignorerar klientens önskemål eller mer eller mindre topprider och manipulerar klienten så att advokaten egentligen endast främjar sina egna intressen. En tredje och bättre modell anser Wolfram vara den där advokat och klient samarbetar och uppnår bästa möjliga resultat genom öppenhet och samförstånd.[74]

Vapendragaridealet, menar Wolfram, betraktas lätt som en praktisk och naturlig följd av de grundläggande idéer som finns om advokater generellt sett. En sådan idé är principen om advokaten som ombud eller biträde och klienten

72. Huene v. Carnes, cit. ur Wolfram s. 149.

73. Wolfram s. 151.

74. Jämför modellen med den moraliska diskursen, som Cochran förespråkar, se ovan, bl.a. i 14.7.

som den huvudman som dikterar advokatens arbete. Vapendragaridealet medför också att det finns en viss distans mellan advokatens egen moral och klientens; advokatens roll kan sägas vara att utföra klientens instruktioner oavsett det omoraliska i klientens mål eller medel. Enligt Wolfram är vapendragaridealet en beskrivning av hur de flesta advokater faktiskt arbetar; åtminstone när det gäller affärsadvokater som arbetar för stora företag och förmögna klienter.[75]

Det advokatdominerade förhållandet har blivit föremål för omfattande studier och diskussioner i amerikansk doktrin. Det finns en betydande mängd författare och praktiker, inte minst domare, som är av den uppfattningen att det är advokaten som bör ha kontroll över alla de viktiga aspekterna i advokatuppdraget.[76] I synnerhet tycks detta i USA gälla för advokatuppdrag som inte är privata – dvs. där inte klienten betalar advokaten.[77] Brottmål där arvodet inte betalas av klienten räknas dit. I dessa typer av uppdrag är klientens ställning ofta svag ur såväl social som ekonomisk synpunkt och man räknar därför med att det saknas utrymme för "aggressivitet" från klientens sida.[78] Det advokatdominerade förhållandet (vägvisaridealet) försvaras ofta med argument om advokatens överlägsna kunnande och erfarenhet, något som klienten saknar på grund av sitt känslomässiga tillstånd och sin förvirring inför juridikens mysterier. Ett annat argument går ut på att advokaten är en *officer of the court* och som sådan inte skall tillåta klienten att styra advokatens arbete på ett sätt som är oacceptabelt för en domstol. Wolfram menar dock att den advokatdominerade modellen, i den mån den går utöver vad advokaten enligt lag måste avböja att medverka till, är baserad på paternalism eller t.o.m. manipulation och därför kan ifrågasättas ur moralisk synpunkt.

Den modell som Wolfram kallar samarbetsmodellen uppmålas som ett idealiskt mellanting där advokat och klient tar gemensamt ansvar för arbetet. Wolfram antar att det är samarbetsmodellen som speglas bäst i regelverken *Model Rules* och *Model Code,* men medger att det förmodligen går att tolka in såväl *hired gun*-idealet (vapendragaren) som det advokatdominerade (vägvisaren) idealet i regelverken.

Om det nu är så att förhållandet mellan advokat och klient bygger på samarbete, är det klart att inte båda två kan ha lika omfattande ansvar för varje del av arbetet. Klienten anlitar advokaten för dennas speciella yrkeskunnande, men detta behöver inte innebära att klienten anlitar advokaten för att hon skall tala om för honom huruvida han skall erkänna ett brott. I samspelet mellan advokaten och klienten när det gäller fattandet av beslut måste man ta hänsyn till en rad aspekter som kan ha betydelse. Exempel på sådana aspekter är

75. Wolfram s. 154.

76. Se t.ex. Mindes & Acock: Trickster, Hero, Helper, A Report on the Lawyer Image, 1982, Am B. Foundation Research J. 177, 215; D Rosenthal: Attorney and Client: Who's in Charge? (1974); Frankel: Partisan Justice (1980).

77. T.ex. vissa personskademål; s.k. contingency fee-mål; äktenskapsmål där arvodet utbetalas av domstolen eller ur boet och brottmål där arvodet betalas av det allmänna.

78. Wolfram s. 155.

förhållandet i sig – huruvida det är grundat på förtroende eller misstro – liksom det sätt på vilket kommunikationen mellan advokat och klient har försiggått.[79]

I de amerikanska regelverken har en viss uppdelning gjorts beträffande beslutsfattandet i samspelet mellan advokat och klient. I viss mån bygger uppdelningen på *mål* respektive *medel*.[80] Generellt sett skall klienten ha inflytande över målen, medan advokaten skall – om än efter samråd med sin klient – ha sista ordet avseende vilka medel som skall tillämpas. Detta framgår tydligt av *Model Rule* 1.2 (a), som fastslår:

> "A lawyer shall abide by the client's decisions concerning the objectives of representation (...), and shall consult with the client as to the means by which they are to be pursued."

Regeln är som synes generellt avfattad. Vissa frågor har emellertid blivit föremål för specifik reglering. Så har till exempel frågan om accepterandet av förlikningsförslag lämnats helt till klientens avgörande.[81] När det gäller brottmålen har tre viktiga frågor likaledes lämnats till klientens avgörande – om än efter samråd med försvararen. Det gäller den centrala frågan rörande inställningen i ansvarsfrågan. Det gäller vidare de för amerikanska rättegångar viktiga frågorna om huruvida klienten önskar avstå från juryrättegång och huruvida klienten själv önskar höras under ed i rättegången.[82]

I regleringen talas det om advokatens samråd med klienten. För detta samråd gäller vissa riktlinjer som har kommit att ingå i *Model Rule* 1.2. Advokaten får således inte med råd eller dåd medverka till att klientens agerande strider mot lag eller på annat sätt är bedrägligt, men advokaten har rätt att upplysa klienten om de rättsliga följderna av en viss åtgärd och har också rätt att med råd eller dåd medverka till att klienten i god tro kan förstå och tillämpa gällande rätt. Om advokaten inser att klienten förväntar sig biträde som står i strid med lag eller god advokatsed, skall hon upplysa klienten om vilka begränsningar som finns för hennes handlingsfrihet.[83]

Detta kan naturligtvis "utnyttjas" av en extrem vapendragare på ett sätt som inte går att avslöja eller kontrollera. Jag skall ge ett exempel. En klient går till sin advokats kontor och berättar i enrum att han gjort sig skyldig till ett brott för en tid sedan. Klienten säger att han har för sig att brottet kommer att vara preskriberat om ytterligare 6 månader. Advokaten slår upp stadgandet och visar för klienten att antagandet stämmer. "Om jag håller mig undan i sex månader, kommer jag alltså inte att kunna åtalas?" frågar klienten. Advokaten ger inget råd utan konstaterar bara att preskriptionstiden kommer att gå ut ett visst datum. "Rekommenderar du att jag håller mig undan?", frågar klienten. Advokaten upprepar bara att om ett halvår är brottet preskriberat

79. Se 13 kap. 1, 2, 3 st. ovan.
80. Se 13 kap.
81. *Model Rule* 1.2 (a) andra ledet.
82. *Model Rule* 1.2 (a) tredje ledet.
83. *Model Rule* 1.2 (c), (d), och (e).

och att hon inte kan ge något råd, utan klienten får själv bestämma hur han vill göra. Advokatens handlande i detta fall är oantastligt ur juridisk synpunkt och håller sig också inom ramen för god advokatsed, men kan anses vara tveksamt ur moralisk synpunkt.

I kommentaren till *Model Rule* 1.2 sägs att klienten har det avgörande inflytandet över syftet eller målsättningen med advokatens biträde – inom ramen för lag och god advokatsed. Å andra sidan är det inte så att advokaten är skyldig att uppnå mål eller använda medel enbart för att klienten önskar detta. Det är inte alltid möjligt, enligt kommentaren, att dra en klar gräns mellan mål och medel och i många fall blir det i advokat-klientförhållandet fråga om ett samarbete. Vad avser de medel som används, bör advokaten ansvara för juridisktekniska och taktiska frågor, men bör böja sig för klientens inställning i frågor som t.ex. kostnaderna i målet eller hänsynen till tredje man.

Det finns också en specialregel för fall då advokaten bedömer att klienten lider av psykisk instabilitet. Även för sådana fall gäller dock som huvudregel att advokaten skall ta hänsyn till klientens önskemål.[84]

Det andra stora regelverket, det något äldre *Model Code,* intar huvudsakligen samma position som *Model Rules.* I den relevanta regeln, som är tvingande, heter det:

> "a lawyer shall not intentionally... fail to seek the lawful objectives of his client through reasonably available means permitted by law..."[85]

Regleringen kan, enligt Wolfram, tolkas så att det är klienten som definierar målen. I en kommentar till *Model Code* anges också som advokatens plikt att tillämpa varje lagligt medel för att bevaka klientens intressen – att advokaten själv bedömer möjligheterna till framgång som små ur rättslig synpunkt har ingen betydelse, så länge förfarandet inryms inom ramen för lag och god advokatsed.[86] Till kommentaren är fogat en s.k. *Opinion*, alltså ett vägledande uttalande från ABA:

> "The lawyer ... is not an umpire, but an advocate. He is under no duty to refrain from making every proper argument in support of any legal point because he is not convinced of its inherent soundness... His personal belief in the soundness of his cause or of the authorities supporting it, is irrelevant."[87]

Det finns undantag i *Model Code* och i dess *EC*[88] där man försökt sig på att genom olika uppdelningar definiera vilka områden som skall styras av klientens vilja och vilka som skall styras av advokatens. Så till exempel sägs att det är klienten och inte advokaten som har det avgörande inflytande över beslut grundade på non-legal factors,[89] medan taktiska eller strategiska beslut kan

84. *Model Rule* 1.14.
85. DR 7–101(a)(1).
86. EC 7–4.
87. ABA Opinion 280 (1949).
88. Ethical considerations är ett slags rekommendation. Se avsnittet om amerikansk advokatsed i del I.

fattas av advokaten utan klientens medgivande. Det sägs också ofta att det är advokaten som bör kontrollera avgöranden som är relaterade till sakfrågor i målet *(the merits of the case)*. Reglerna och kommentarerna ger dock knappast några konkreta exempel utöver dem, som ovan angivits, såsom att klienten beslutar sig för om han skall erkänna eller förneka brott.[90] Inte heller går att utläsa huruvida den kategori där klienten bestämmer är stor eller liten. David Luban yttrar att "the American model is loyalty to the client's wishes and not his interests".[91] Yttrandets överensstämmande med verkliga förhållanden kan diskuteras. Som synes är reglerna ganska mångtydiga och även kommentarerna kan tolkas i olika riktningar. Det faktum att ett av de få konkreta exemplen rör klientens inflytande över inställningen i ansvarsfrågan kan till exempel tolkas så att utrymmet för klientens inflytande i själva verket är begränsat.

De amerikanska regelverken ger i och för sig utrymme för advokaten att diskutera även icke-juridiska frågor med sin klient. Emellertid framställs klienten som den som avgör vilken av flera möjliga vägar som skall väljas. Om advokaten anser att den lösning klienten insisterar på är omoralisk eller på annat sätt motbjudande finns enligt en utbredd uppfattning ingen annan möjlighet för advokaten än att frånträda uppdraget.[92] Det heter i en regelkommentar (*EC 7–8*) att advokaten bör vinnlägga sig om att det beslut klienten fattar är baserat på relevant information. Om inte klienten själv tar initiativ till en sådan beslutsprocess, bör advokaten göra det. Vidare sägs att de råd som advokaten lämnar sin klient inte enbart behöver röra juridiska frågor. Med detta avses dock inte i första hand att advokaten skall ge råd om andra frågor än de rent juridiska. Snarare menas att advokatens råd skall ge en helhetsbild av den rättsliga problematiken kring det beslut som skall fattas och olika tänkbara konsekvenser som kan inträda. Detta innebär att idealadvokaten bör låta klienten ta del av all den yrkeserfarenhet som advokaten har i dylika frågor, så väl som hennes objektiva synpunkter på problemet. Så långt följer som synes kommentaren den gängse bilden av advokaten som först och främst juridisk rådgivare.

Emellertid har man också i *EC 7–8* tagit på sig den för svensk advokatsed något främmande uppgiften att uppmana advokaten att informera sin klient inte bara om rättsligt acceptabla lösningar, utan också om *moraliskt acceptabla lösningar*. Advokaten bör därvid peka ut vilka svåra konsekvenser som kan följa på ett i och för sig tillåtet handlingssätt. Dock är det, efter att sådan vägledning skett, klientens ord som skall vara avgörande för fall då beslutet grundas på icke-juridiska faktorer.

Wolfram – som ju förespråkar samarbetsmodellen – menar som sagts ovan att man i och för sig kunde tolka in både vapendragar- och vägvisaridealen i de etiska regelverken.

89. EC 7–7.

90. Ett konkret exempel ges dock för det fall att klienten har två advokater (*cocounsel*), som inte kan enas. I sådant fall skall klientens beslut vara avgörande om det är en central fråga. EC 5–12.

91. Luban: The Sources of Legal Ethics, 1984, 48 Rabels Zeitschrift 262.

92. EC 7–8. Se även Wolfram s. 158.

Översikten här visar en ganska splittrad bild. Det finns i amerikansk advokatsed över huvud taget många regler som förefaller reglera bestämda handlingsmönster men som vid en närmare granskning visar sig vara generellt hållna och dessutom ofta försedda med undantag. Kanske bör man fråga sig varför reglerna över huvud taget finns, innan man försöker tolka dem och jämföra dem med varandra.

En kritisk tolkning finner man bl.a. hos Monroe Freedman.[93] Freedman menar vidare att *Model Code* och *Model Rules* inte alls förmedlar samma bild av advokatens roll. Medan *Model Code* tycks ta sin utgångspunkt i idén om klienternas rättigheter[94] (vapendragaridealet), visar *Model Rules* upp ett advokatideal som närmast sammanfaller med vägvisaridealet, i det att man använder uttrycket *officer of the legal system.*[95] Som Freedman mycket riktigt påpekar, associerar man gärna detta uttryck med *officer of the court,* ett koncept som Freedman är mycket kritisk mot. Sammanfattningsvis finner Freedman att författarna av *Model Rules* försöker styra det rådande advokatidealet bort från den klassiska klientcentrerade advokaten: "In recasting 'the officer of the court' as 'officer of the legal system', therefore, the drafters of the *Model Rules* appear to be seeking a substitute for discredited rhetoric. In any event, the intention of some supporters of the *Model Rules* to reject the client-centred values of the *Model Code* is clear."[96]

Slutsatsen måste bli att även i USA är det så att det är advokaterna själva, deras uppfattning om hur en god försvarare bör vara och deras agerande i praktiken inför ett moraliskt dilemma, som avgör hur problemet med klientinstruktionerna skall lösas. Av vad som hittills framkommit finns det minst två lösningar: vapendragarens och vägvisarens. Båda är tillåtna inom ramen för de amerikanska regelverken.

17.5.2 *Klientlojaliteten i engelsk advokatsed*

Advokat-klientförhållandet, heter det hos Boon och Levin, är präglat av två grundläggande principer: neutralitet och *partisanship.*[97] Som jag framhåller, i

93. Freedman, 1990, s. 3–6 med noter. Freedmans analys är tämligen skoningslös och dessutom väl underbyggd. Freedman står för uppfattningen att reglerna inte har tillkommit bara för att hjälpa den rättssökande allmänheten, utan för att exempelvis bättra på advokaternas image. I äldre tid var reglerna också till för att utestänga oönskade personer från advokatyrket, t.ex. "Russian Jew Boys" eller invandrade amerikaner som hade kommit direkt ur rännstenen och som "merely (are) following the methods their fathers had been using in selling shoestrings and other merchandise." (Uttalanden inom citationstecken av Henry Drinker, den första ordföranden i ABA:s etiska kommitté.)

94. "The professional responsibility of a lawyer... (is) the duty of assisting members of the public to secure and protect available legal rights..." Ur ingressen till *Model Code.*

95. "A lawyer is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having special responsibility for the quality of justice." Ur ingressen till *Model Rules.*

96. För ytterligare insikt i det amerikanska regelsystemet och dess egentliga funktioner, se Moliterno i a.a., en djupt kritisk analys.

97. Boon & Levin s. 177 f.

synnerhet i del II, är neutralitetsprincipen nödvändig för det vapendragarargument som förespråkar att en advokat skall vara beredd att ta sig an vilken klient som helst, oaktat personlig motvilja. Vapendragarskapet, fortsätter Boon och Levin, är i sin tur nödvändigt för att advokaten skall kunna maximera sannolikheten för att klientens intressen skall drivas igenom. Ett klientcentrerat förhållande innebär enligt dessa författare att advokat-klientförhållandet bygger på delat beslutsansvar och ömsesidig medverkan av klient och advokat i en dialog. Enligt detta synsätt är således inte klientcentrering detsamma som klientdominans.[98]

Boon och Levin tar tydligt avstånd från det paternalistiska synsätt där klienten visserligen uttrycker önskemål men advokaten är den som vet bäst och därför bör fatta besluten. Ett sådant synsätt, kommenterar amerikanskan Rhode, är numera "seldom preached but often practised".[99] Boon och Levin hävdar emellertid att den paternalistiska metoden verkligen fortfarande "predikas" i engelsk advokatsed och hänvisar till en regel för solicitors.[100] Vi känner igen argumenten från vapendragarideologin. Innebär detta att engelsk advokatsed generellt sett intar vapendragarens inställning i frågan om klientlojaliteten? Som vi minns från del II var ju detta fallet för det engelska synsättet på accept av försvararuppdrag och cab rank-regeln.

Sammankopplandet mellan cab rank-principen och klientautonomin bjuder på flera intressanta associationer. Å ena sidan kan det engelska synsättet – om det är konsekvent – förväntas gå helt i vapendragarens tecken, alltså även i fråga om klientinstruktioner. Å andra sidan: om inte advokaten har rätt att välja klient, utan måste acceptera alla, behöver hon inte då hålla lite extra avstånd till sin klient för att inte helt förlora sin integritet? Monroe Freedman kopplar på ett övertygande sätt klientens rätt att bestämma till frågan om advokatens accept av uppdraget: Eftersom advokaten (i USA) är fullt fri att avböja uppdrag, bör av detta följa att hon, när hon väl tagit sig an ett uppdrag, är skyldig att lämna klienten största möjliga utrymme för självbestämmande.[101]

Det är inte omöjligt att engelska barristers på något plan faktiskt håller större avstånd till klienten än kollegorna i USA och Sverige gör. Man behöver bara tänka på all yttre symbolik kring en barrister och hennes förhållande till klienten: under hundratals år, fram till ganska nyligen, hade en barrister knappast någon kontakt alls med sin klient – det var solicitorn som besökte klienten på häktet, hade långa samtal med klienten och så vidare. Vi kommer ihåg vissa andra särdrag som präglar just en barrister från beskrivningen i kap. 8: det är inte advokaten, utan hennes notarie, *the clerk*, som mottar uppdraget för ad-

98. Ibid.

99. Rhode 1998 s. 411.

100. LSG Practise Rule 1. Regeln ålägger solicitorn att agera i klientens intresse men säger ingenting om hur mycket information advokaten skall lämna sin klient och inte heller något om huruvida advokaten skall följa klientens instruktioner. Reglerna för barristers säger praktiskt taget ingenting om advokatens förhållande till klienten. Detta beror antagligen på att det främst är solicitorn som har klientkontakter.

101. Freedman, 1990 s. 57.

vokatens räkning och som handhar allt som har med arvode och pengar att göra. Enligt en seglivad myt har barristerkappan till och med en liten ficka i ryggen, där klienten skulle lägga arvodet, så att barristern slapp ta emot pengar från honom.[102] Barristern var av tradition en retoriker, som man kunde "hyra" att tala för sin sak, om man inte själv behärskade konsten, ungefär som i den antika retoriktraditionen. Vem man talar för och för vilken sak är egentligen likgiltigt – man sammankopplar inte sakfrågan med den som talar (jämför metaforen om advokaten som skådespelare i 3.2.2).

Sist men inte minst så visar aktörernas placering i rättssalen ett starkt symboliskt avstånd mellan barrister och klient: advokaterna sitter för sig och den tilltalade sitter helt ensam på de anklagades bänk. Placeringen tyder på att barristern har mer gemenskap med sina kollegor – oaktat de representerar motparten – än hon har med sin egen klient. Denna tankegång understryks av det faktum att en barrister är en barrister i första hand, inte en åklagare eller försvarare. Som berättades i del II har de engelska domstolarna ett system med rollcirkulation som gör att en barrister ena dagen kan uppträda som åklagare och andra dagen som försvarare. Detta borde innebära att rolltydligheten luckras upp, åtminstone försvarar–åklagar-dikotomin. De två tydligt skilda rollerna blir i engelskt rättsliv i stället solicitor och barrister.[103]

Som jag redan nämnt i resonemanget kring *officer of the court*-begreppet, är detta tveklöst av engelskt ursprung. Som vi sett framhålls det av vissa som ett ideal även i amerikansk advokatsed. Skillnaden är att begreppet inte alls förefaller vara lika kontroversiellt i engelsk rätt. Det verkar inte vara något problem för engelsk doktrin att få ihop de två idealen "lojalitet mot klienten" och "lojalitet mot rättsordningen". Hur kan det förhålla sig så? Större delen av den här avhandlingen har ju syftat till att visa svårigheterna att förena dessa två typer av lojalitet i en och samma yrkesroll, en problematisering som ingalunda är unik för min studie, vilket bör framgå av alla referenser till framför allt amerikansk litteratur. Är det så att den engelska advokatrollen, som ju onekligen är unik på många sätt, lyckats förena en stark klientcentrerad advokatideologi med en oantastlig rättsordningslojalitet?

En sådan fråga kan man inte utan vidare få svar på. Vi får se vad den engelska doktrinen och advokatseden säger om klientlojaliteten i här aktuellt fall. Om klienten har erkänt för sin försvarare, vad skall hon göra då?

102. Barristeryrket är föremål för många myter, av skäl som bör framgå av vad som sägs i denna avhandling. Myten om fickan i ryggen är en sådan. Det råder skilda meningar om ursprunget för fickan verkligen är att barristern inte skulle befatta sig med klientens pengar. Antingen förklaringen är sann eller inte, säger den mycket om yrkets upphöjda status. (Se även 8.2.1.)

103. Observera att det givetvis finns undantag: det finns barristers som specialiserat sig på försvar respektive åtal. Rollerna, liksom skillnaderna mellan solicitor och barrister har också börjat suddas ut något mot slutet av 20:e århundradet. Det oaktat kan man inte bortse från att 500 års advokattraditioner sätter sina spår.

Engelsk advokatsed framhåller att "the issue in a criminal trial is always whether the defendant is guilty of the offence charged, not whether he is innocent".[104] Principen är mycket viktig: det är åklagaren som skall bevisa skuld, punkt slut. Ett erkännande i enrum till en försvarare skall i princip inte påverka försvaret. Advokaten skall fortsätta försvara den tilltalade i den mån som hon rimligtvis kan under de givna förutsättningarna (dvs. bland annat med hänsyn till den negativa sanningsplikten).[105] Pannick påpekar att man inte utan vidare kan godta ett erkännande; det kan ha avgivits av många olika skäl. I vart fall får inte ens ett aldrig så övertygande erkännande i enrum medföra begränsningar av klientens rätt till ett nitiskt försvar.[106]

Ett talande exempel på denna princip är den sanna historien om den mördade lorden och hans betjänt. Rättegången ägde rum vid Central Criminal Court i London 1840. Lord William Russell hittades, efter en juvelstöld i sitt hem, med halsen avskuren. Lordens betjänt misstänktes för mordet. I enrum förklarade den misstänkte för sin försvarare att han hade begått mordet men att han förväntade sig att advokaten skulle försvara honom "to the utmost". Advokaten vände sig i sin villrådighet till en av de domare som fungerade som bisittare i målet (och alltså inte hade en dömande funktion). Domaren fann att advokaten var skyldig att följa klientens instruktioner och alltså försöka få honom frikänd.[107]

När det gäller klientautonomi generellt sett gäller, liksom i amerikansk rätt, att försvararen är fullt fri att ge klienten de råd hon anser är bäst, men att det sedan är klienten som fäller avgörandet, åtminstone rörande inställningen i skuldfrågan.[108] Detta innebär att även engelsk rätt i princip följer indelningen i mål och medel, där klienten får ha sista ordet avseende mål medan advokaten bestämmer vilka medel som skall utnyttjas. Regeln förenklar dock verkligheten i så måtto att en advokats råd, inte minst "in strong terms" (som det heter i regeln), kan vara så övertygande för en klient att han *de facto* inte har ett fritt val.[109]

Lojaliteten mot klienten, när saken väl tas upp i domstolen, är långtgående i engelsk rätt och det är vanligt i engelsk doktrin att man understryker vikten av att advokaten inte dömer sin klient. De etiska reglerna förbjuder uttryckligen en barrister att yppa sin egen personliga åsikt om saken, såvida inte domstolen begär det.[110] "Once the case reaches court, the advocate is required to keep his personal opinions to himself and not make them the subject of his submissions."[111] Advokaten skall göra allt i sin makt för klientens sak (oavsett

104. *Bar Code* section 13, Annexe H.

105. "A barrister must not assert as true that which he *knows* to be false." *Bar Code* ibid.

106. Pannick a.a. s. 157–158. Även Blake & Ashworth, a.a. s. 20.

107. Historien berättas ofta i litteratur om engelsk straffrätt. Bland andra Olivecrona återger den i Rättegången i brottmål enligt RB, 2 uppl. s. 104–105.

108. Paragraf 12.3, Annexe H, *Bar Code* (baserat på ett avgörande av Court of Appeal, *Turner* (1970), Q.B. 321).

109. Jämför kap. 14.

110. *Bar Code* 610 (b).

111. Pannick s. 92.

vad hon själv må tycka eller tro) och ingen ståndpunkt är för svag för att framhävas i klientens intresse. "The advocate is entitled to take all possible points, bad as well as good."[112]

En barrister har långtgående immunitet – hon kan inte ställas till svars för någonting som sägs eller görs i rätten, så länge detta är i klientens intresse. Grunden för immuniteten är rättssäkerhet – en advokat måste ha fria händer och arbetsro för att på bästa sätt kunna främja klientens sak, och kan inte utsättas för trakasserier i form av stämningar för förtal eller dylikt, oavsett hur ärerörigt eller illvilligt advokaten uttalat sig.[113]

Även i England gör sig starka rättssäkerhetsargument hörda i debatten kring advokaternas orubbliga lojalitet – i synnerhet försvarsadvokaterna. Argument som utgår från rättssäkerhet är ofta besläktade med de instrumentella systemargument som anförs för vapendragartypen. Så är det även i engelsk doktrin. Skillnaden mellan engelsk och amerikansk doktrin när det gäller systemargumenten är kanske egentligen inte mer än kulturell: amerikanerna vräker på med liberal propaganda, medan engelsmännen plockar fram eleganta och välformulerade citat från gamla prejudikat, ju äldre desto bättre: "truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question."[114] Genom att två starka parter drabbar samman och poängterar alla argument de kan inför en opartisk domare eller jury, blir resultatet bäst, vilket en domare förklarade i ett beslut 1968, i det han citerade en dom från år 1409: "today, as of old, by good disputing shall the law be well known."[115]

Lite må ha skrivits om engelsk advokatsed ur dogmatisk synpunkt, men desto mer har anförts för att i starka ordalag förklara och försvara varför en barrister kan och skall biträda även den som är skyldig till ett förfärligt brott.[116] Principen om den absoluta klientlojaliteten betraktas som en "foundation for liberty".[117]

Det råder alltså ingen tvekan om att den engelska barristerns lojalitetsplikt mot klienten är utomordentligt stark och att en barrister är fullt fri att fortsätta försvaret även om hon är helt oense med klienten i exempelvis ansvarsfrågan.

Å andra sidan är den engelska försvararens plikt mot domstolen (läs: rättsordningen) långtgående. De engelska reglerna om god advokatsed för barristers återfinns i *Bar Code*. Även om engelsk advokatsed talar om lojalitet mot klienten i form av nit och omsorg, är det värt att notera att i *Bar Code* tas rättsordningslojaliteten upp före klientlojaliteten. I inledningen till de regler som vänder sig till alla praktiserande barristers, under rubriken "Fundamental Principles" heter det således:

112. Pannick ibid.

113. T.ex. Pannick s. 95.

114. Lord Chancellor Eldon, *ex parte Lloyd* (1822), Montague's Reports 70n, 72, citerad med gillande av Lord Justice Denning for the Court of Appeal in *Jones v. National Coal Board* (1957) 2 QB 55,63.

115. *Cordell v. Second Clanfield Properties Ltd* (1969) 2 Ch 9, 16–17.

116. Se t.ex. Pannick, a.a., Du Cann, a.a., Mortimer, a.a.

117. Pannick s. 152.

> "A practising barrister has an overriding duty to the Court to ensure in the public interest that the proper and efficient administration of justice is achieved: he must assist the court in the administration of justice and must not deceive or knowingly or recklessly mislead the Court."[118]

I paragraf 203, som följer direkt *efter* denna, fastslås lojaliteten mot klienten i följande ordalag:

> "A practising barrister... must promote and protect fearlessly and by all proper and lawful means his lay client's[119] best interests and do so without regards to his own interests or to any consequences to himself or to any other person (including his professional client[120] or fellow members of the legal profession)..."

En barrister får inte åsidosätta sin professionella etiska standard för att tillmötesgå klienten, men inte heller för att tillmötesgå domstolen eller tredje man.[121] Ett exempel är frågan om misstag i rättegången, som tidigare varit föremål för delade meningar. Där har numera *Bar Code* fastslagit att om domstolen gör ett misstag (som är till klientens fördel) så hindrar inte lojaliteten mot klienten att advokaten påpekar misstaget. Advokaten är skyldig att påpeka misstaget direkt och inte spara det till ett överklagande.[122]

Vi ser att *Bar Code* talar om "klientens intresse, klientens bästa" utan att detta begrepp närmare definieras. Hur skall vi förstå "the client's best interests"? Begreppet används för övrigt genomgående i hela *Bar Code*. Här finns en skillnad mot de moderna amerikanska reglerna, som inte talar om klientens bästa, utan säger "a lawyer should abide by his client's decisions concerning the objectives of the representation".[123] Boon och Levin är kritiska till det inhemska bruket av "the client's best interests". Uttrycket är alltför öppet för tolkningar som färgats av personliga värderingar. Boon och Levin framhåller *Model Rules* mer neutrala ordalag som en förebild, men påpekar ändå att USA: s advokater i realiteten – liksom sina kolleger i andra länder – säkert har en stor del "paternalister" som styr sina klienters beslut (oavsett ordvändningarna i de etiska reglerna).[124]

Boons och Levins kritik är inte helt grundlös. Samtidigt går det inte att komma ifrån det faktum att advokatetiken och dess regelverk generellt sett alltid präglas av öppna begrepp som "klientens intresse". De svenska reglerna ta-

118. *Bar Code* 202.

119. Med "lay client" avses den person som i svenskt språkbruk betecknas som klienten; alltså i brottmål den tilltalade. Med "professional client" avses i det engelska systemet den solicitor som anlitar barristern – det är inte den tilltalade själv som direkt anlitar sin barrister, utan han måste först gå genom en solicitor, kap. 8.

120. Se ovanstående not.

121. *Bar Code* 205.

122. *Bar Code* Annexe H, paragraf 5.10.

123. *Model Rule* 1.2.

124. Boon & Levin s. 185. Författarna tar vidare upp det intressanta sambandet mellan denna diskussion och den, som pågått under modern tid beträffande patientens autonomi inom sjukvården. Senare decenniers framsteg för konsumenträttigheter har som bekant påverkat många områden, bl.a. alltså sjukvården, där patienterna (på gott och ont) numera ofta benämns "konsumenter" eller "kunder", som har rätt att ställa krav på information och medbestämmande.

lar precis som de engelska om detta begrepp utan närmare definition, och de amerikanska må vara något mer nyanserade och preciserade men lämnar likväl i många avseenden vägen öppen för advokatens eget skön.

I den eviga konflikten mellan lojalitet mot klienten och lojalitet mot rättsordningen finns det en del som tyder på att det engelska idealet förespråkar en viss övervikt för lojalitet mot rättsordningen. Ordvalet i *Bar Code* (202 och 203) talar sitt tydliga språk. Barristerns plikt gentemot domstolen och det allmänna rättsordningsintresset beskrivs som *"overriding"* (allt överskuggande, dominerande). Plikten mot klienten beskrivs som en lojalitet som inte får begränsas med hänsyn till advokatens egna intressen eller tredjemansintressen, som solicitorns eller advokatkollegernas. Klientlojaliteten ställs alltså i reglerna inte mot rättsordningens intressen, utan mot advokatens egna och andra personers intressen. Även Boon och Levin tycks vara av denna åsikt: "Based on the ABA's code, on the writings of American scholars interpreting that code and the guidance in the codes of both branches of the domestic profession, we deduce that the balance here is tipped more towards the legal system than it is in the USA",[125] yttrar man apropå den engelska synen på lojalitetskonflikt.

Det heter i reglerna för solicitors:

> "Where two or more of the principles in practice rule 1 come into conflict, the determining factor in deciding which principle should take precedence must be the public interest, and especially the public interest in the administration of justice."[126]

Av detta har vi lärt oss att en engelsk advokat har en långtgående plikt till lojalitet med sin klient – oavsett skuld eller oskuld – och det tycks i alla läger betraktas som ett brott mot god advokatsed att barristern "dömer" sin klient. I enlighet med cab rank-regeln skall barristern ta sig an alla klienter, och alla dessa har rätt till ett hängivet försvar av en advokat som inte får handla mot klientens intressen. Är klienten skyldig och vill bli friad, är det detta advokaten skall verka för om det är möjligt. Hur barristern skall verka om klienten är oskyldig och vill bli fälld är lika svårt att lösa i engelsk rätt som i andra rättssystem.

Frånsett det utrymme för skön som alltid finns i praktiken, tycks allt detta peka på att barristern är en vapendragartyp.

Å andra sidan har vi också sett att barristern håller ett stort avstånd till sin klient, såväl på det praktiska som på det teoretiska planet. Det är svårt att placera in en barrister i sin peruk och kappa i den roll som de amerikanska metaforerna målar upp: advokaten som vän eller kurator. Tillika kan vi konstatera att såväl den engelska advokatseden som doktrinen ålägger barristern en långtgående plikt till rättsordningslojalitet. Även om alla advokater i alla rättssystem skall vara lojala mot rättsordningen, är det ovanligt att se denna lojalitet utmålas så klart och tydligt och dessutom utan problematisering.

125. Boon & Levin a.a. s. 197–198.

126. LSG, rule 1.02. Practice rule 1 som man hänvisar till innehåller ett åläggande till solicitorn att inte åsidosätta sin plikt gentemot klientens intresse (1.01 [c]) och att inte åsidosätta sin plikt gentemot domstolen (1.01 [f]).

Svaret på frågan om den engelska advokaten skall följa klientens instruktioner i ett sådant konkret dilemma, som beskrevs i inledningen till del III, är svårt att finna. Som synes ger inte de engelska reglerna något konkret svar, utan det blir, som i många andra frågor rörande god advokatsed, ett "å ena sidan – å andra sidan"-resonemang.

Det sammanlagda intrycket av engelsk doktrin i advokatfrågor är att en engelsk advokat på ett självklart sätt balanserar lojaliteten mot klienten och lojaliteten mot rättsordningen. I den typiska barristern förenas kanske – i kraft av hennes särpräglade yrkesroll i en internationell jämförelse, hennes åldriga och traditionsrika kultur och egenart i övrigt – en unik blandning av de båda advokattyperna vapendragaren och vägvisaren.

Den viktigaste poängen med att studera den engelska barristern är emellertid inte att försöka placera in henne i något fack, utan att kunna konstatera, så här avslutningsvis, efter all denna advokatsed som vi tittat på, att inte heller advokatseden erbjuder någon självklar lösning på de inledande dilemman advokaten ställdes inför. Detta gäller för alla de tre, sinsemellan olika system vi tittat på: det svenska, det amerikanska och det engelska.

18 Analys och sammanfattning av del III

I del III A ställdes försvarsadvokaten inför ett konkret dilemma och tvingades därvid välja ett av fyra möjliga handlingsalternativ. I del III B har vi sett att advokattyperna, som har att utgå från samma system, samma regler och samma typ av problem, löser dilemmat på helt olika sätt. De kan argumentera för sina lösningar på sätt som är ungefär likvärdiga och som tycks inrymmas inom det fält som utgörs av de två grundläggande uppfattningarna om hur en god advokat skall förhålla sig till sådana här problem.

I svåra fall där reglerna är öppna för olika tolkningar, väljer vapendragaren att främja klientens intresse och göra som klienten önskar. Hon tolkar reglerna utifrån antagandet att en god försvarare kan agera amoraliskt i den konkreta situationen, därför att hon på så vis spelar sin utstakade roll i ett system vars främsta mål är att hindra att en oskyldig fälls. Priset man får betala för ett sådant rättvist system är att tio skyldiga kan komma att gå fria.

Vägvisaren väljer i sin tur att tolka reglerna så att ett materiellt riktigt domslut följer på hennes handlande. Enligt vägvisarens synsätt är det både irrationellt och omoraliskt av advokaten att mekaniskt följa klientens instruktioner. Det bästa systemet är ett system som hindrar oriktiga domar. Därmed blir den skyldige fälld och den oskyldige friad.

I del III C har jag analyserat det svenska försvararuppdragets yttre reglering och därvid fått en ganska tydlig bild av normgivarens uppfattning om vad försvararskapet egentligen är för ett uppdrag och hur bunden försvararen egentligen är vid detta. Den offentliga försvararens uppdragsgivare är staten och uppdraget är påkallat av ett allmänt intresse.

Vi har vidare konstaterat att lagtillämpningen i praktiken medför att om advokaten själv önskar frånträda sitt uppdrag, måste hon inför domstolen redovisa ett skäl som härrör från klienten och dennes önskemål och inte från henne som advokat. Det konstaterades dessutom att försvararuppdraget skiljer sig på ett markant sätt från det civila advokatuppdraget; försvararens egna önskemål om att uppdraget skall upphöra räcker inte för att hon skall befrias, utan hon måste begära rättens beslut. Allt detta samverkar till att ge en bild av normgivarens uppfattning om försvararens bundenhet till uppdraget.

Bilden visar att förtroendeförhållandet mellan försvarare och klient är av absolut central betydelse. Det har betydelse för preciseringen av själva uppdraget och det har betydelse för hur bunden försvararen är vid detta. Emellertid har vi sett att förtroendet är tämligen ensidigt: det är klientens förtroende för advokaten som är det grundläggande. Motsvarande förtroende från advokatens sida tycks inte ha tillnärmelsevis lika stor betydelse.

Den uppmärksamma läsaren har säkert redan konstaterat att normerna inte bjuder på särskilt mycket ur just aktörens – advokatens – perspektiv. Detta beror på, vilket redan påpekats, att all dogmatik kring frånträdandet är tänkt och skriven ur en annan synvinkel än aktörens perspektiv.

Förutsättningarna i dilemmat var att klienten lämnar instruktioner som advokaten inte vet hur hon skall hantera. Ett sådant här dilemma uppstår framför allt för en försvarare av vägvisartyp. Vapendragaren följer helt enkelt instruktionerna. Om nu vägvisaren inte lyckas övertala klienten i det inledande samtalet att tala sanning och om hon inte kan tänka sig att direkt gå emot klientens instruktioner och inte heller följa dem, eller försöka manipulera klienten genom något slags mellanting, så måste lösningen för vägvisaren rimligtvis vara att frånträda.

Frågan som vi nu bör kunna besvara är om advokaten verkligen kan välja det här alternativet. Vad säger normgivarna – lagstiftare och advokatsamfund – egentligen?

Vi har till att börja med sett att domstolen under vissa förutsättningar kan skilja advokaten från försvararuppdraget på grund av hennes olämplighet. Någon grund för olämplighet har knappast uppstått i exemplet, så som det lades upp i inledningen. Advokaten har ju ännu inte hunnit vidta några åtgärder, varken på det ena eller det andra hållet.

Några motstridiga intressen mellan försvarare och klient i den mening som domstolspraxis har tolkat dem, är det knappast fråga om i detta fall. Vår försvarare företräder inget intresse som kan stå emot klientens i det aktuella brottmålet. Det skulle möjligen vara den högre moraliska norm, som kan ställas mot den skyldige klientens intresse. Legalitetsprincipen talar dock mot att en domstol verkligen skulle finna att en advokat skulle vara skyldig att bryta sin tystnadsplikt i ett fall där klienten i enrum talar om för advokaten att han är skyldig (vilket *de facto* var vad som hände i Lake Pleasant-fallet). Bristande tro på klienten är, som vi har sett, inte ett skäl som är lämpligt att uppge inför rätta. Det skulle stå i strid med vad god advokatsed kräver och därmed också vad lagen kräver.

Meningsskiljaktigheter ifråga om uppdragets utförande är emellertid ett skäl som tycks passa som hand i handske. Advokaten i exemplet med den *oskyldige* klienten hade ju en bestämd uppfattning om att hennes klient borde frias, medan klienten själv ville bli fälld.

När de nu inte kan komma överens, ser sig advokaten tvingad att frånträda, eftersom hon funnit att hon varken kan gå emot klientens önskemål eller följa dem eller försöka med ett mellanting. Problemet är bara att när hon begär sitt entledigande, kan hon inte uppge vad det är för meningsskiljaktigheter som fö-

religger. Tystnads- och lojalitetsplikterna gör att hon inte får avslöja vad klienten vill och vad hon vill. Om hon talar om för domaren att hennes klient i själva verket är oskyldig men vill bli fälld, har hon ryckt undan mattan för klienten. Detta var ju precis det, som klienten inte ville att domstolen skulle få reda på. Det gäller alltså att domstolen godtar påståendet att det föreligger meningsskiljaktigheter utan att närmare undersöka deras natur. Risken är då stor att domstolen, när advokaten söker entledigande på denna grund, får uppfattningen att saken ligger så illa till för klienten att advokaten inte kan fortsätta försvara honom. Domstolen kommer helt enkelt att tro att klienten är skyldig till mordet.

Därmed kan i och för sig advokaten få bli entledigad och en ny advokat kan tillträda, men vår advokat har ju då bidragit till att ge domstolen en uppfattning, som hon absolut inte ville, nämligen att klienten är skyldig. I ett sådant läge kan hon ju lika gärna kvarstå som försvarare, gå på klientens linje och medverka till att han blir dömd. Detta alternativ har hon emellertid redan förkastat som oförenligt med sin uppfattning. I exemplet med den *skyldige* klienten ställs advokaten inför liknande problem: hon får inte avslöja vad hon känner till om klientens skuld och det är inte säkert att hon blir entledigad. Vi ser alltså att meningsskiljaktighet om uppdragets utförande inte är en grund som ger en smidig lösning på problemet. Det finns risk för att ett frånträdande på en sådan grund blir otillfredsställande både för klienten och för advokaten.

Bristande förtroende från klientens sida har, som vi har sett av domstolspraxis, godkänts som skäl för entledigande. Det godtas dock inte utan vidare; vissa förutsättningar bör vara för handen. Det bör vara fråga om en typ av mål, där förtroendeförhållandet mellan advokat och klient är särskilt viktigt. Eftersom brottmålet i de båda inledande exemplen var en fråga om mord, är denna förutsättning troligen uppfylld. Det bristande förtroendet skall också vara relativt djupt. Klienten måste ge uttryck för att samarbetssvårigheterna är så stora att det är omöjligt för advokaten att kvarstå som försvarare. I fallen som inledningsvis presenterades, måste alltså advokaten övertala klienten att ge uttryck för en sådan motsättning. Advokaten måste därvid få sin klient att gå med på att begära försvararbyte. Om hon ensam begär sitt entledigande är det långt ifrån säkert att domstolen går med på ett byte. Det är, som framgår i många olika sammanhang, klientens intresse som står i centrum, inte advokatens.

Om klienten vägrar samarbeta om entledigandet utan i stället kräver att försvararen kvarstår i målet, är det möjligt att denna tvingas göra som klienten önskar. Om däremot advokaten och klienten förenar sig om att uttrycka önskemålet, är det möjligt att domstolen går med på ett försvararbyte. Åtminstone gäller detta i normala fall. Har tidigare i målet flera försvararbyten skett, är det, som vi sett, inte säkert att domstolen går med på bytet. Historierna i de inledande exemplen förtäljer inte om klienten redan avverkat flera försvarare. Om så skulle vara fallet, får vår advokat vackert kvarstå som försvarare i målet, oaktat det svåra dilemma hon brottas med. Oavsett om hon är den första

eller den femte försvararen i målet, kan hon aldrig vara helt säker på att få bli entledigad.

Detsamma gäller för den sista grunden, entledigande på grund av olämpligt uppträdande från klientens sida. Även om advokaten på ett trovärdigt sätt lyckas konstruera en förtroendeklyfta eller till och med provocera sin klient till aggressivitet, är detta ingen garanti för att hon blir befriad från uppdraget. Såväl domstolar som advokatsamfund har givit uttryck för uppfattningen att den som sig i leken ger också får leken tåla. Det finns således alltid en risk för att alternativet frånträdande inte ger det resultat som vägvisaren eftersträvar.

Om vi nu för diskussionens skull tänker oss att advokaten lyckas övertala klienten att begära försvararbyte eller lyckas konstruera en klyfta som medför att hon blir entledigad, så har hon "kommit undan" sitt dilemma. Frågan är nu om detta förfarande – som i lagens mening är godkänt – också är förenligt med principer i god advokatsed.

Samfundsnormen kräver att försvararen inom ramen för lag och god advokatsed tillvaratar sin klients intressen. Detta är den allra främsta devisen, och den skall prägla allt advokaten gör. Som vi har sett av genomgången ovan, säger inte advokatreglerna mycket om hur en advokat skall göra i ett sådant här fall. Vad reglerna och deras tillämpning säger är att advokaten inte får frånträda bara för att klienten är besvärlig eller uppdraget är betungande. Hon skall ändå tillvarata klientens intressen. Hon får aldrig frånträda på ett sådant sätt att klientens sak tar skada och hon får aldrig avslöja skälen till frånträdandet, om detta skulle innebära att tystnadsplikten bryts. Dessutom får hon i princip inte frånträda mot klientens önskemål. Detta har bara kunnat godtagas om något annat viktigt intresse talar för att hon bör (eller är skyldig att) frånträda. I våra exempel tycks inte något sådant intresse direkt föreligga.

Wiklund diskuterar, om än kortfattat, principen om det ömsesidiga förtroendet mellan advokat och klient. Han säger sig för sin del tro att det ligger en viss överdrift i tesen om förtroendet som en nödvändig grund för samarbetet mellan advokat och klient. Att detta samarbete måste vila på fullt förtroende från klientens sida är enligt Wiklund ovedersägligt, men det synes honom vara för mycket sagt att advokaten alltid måste kunna hysa förtroende för klienten. "De advokater som i stor utsträckning sysslar med uppdrag som försvarare i brottmål skulle antagligen få i hög grad begränsa sin praktik, om de inte skulle åtaga sig uppdrag att försvara andra tilltalade än sådana, för vilka de ansåge sig kunna hysa fullt 'förtroende'."[1]

I enlighet med grundläggande principer för god advokatsed gäller för advokat inte någon positiv sanningsplikt eller upplysningsplikt. De principer som advokatnormen ger uttryck för tyder på ett klientorienterat förhållningssätt. Det innebär att det är klienten och hans personliga och rättsliga behov som står i centrum för varje avgörande. Advokatens önskemål och uppfattning tillmäts knappast någon större betydelse. Försvarsadvokaten måste därför även enligt god advokatsed sägas vara starkt bunden vid sitt uppdrag, hur besvärligt

1. Wiklund s. 235.

och betungande det än må vara. Detta innebär ur praktisk synpunkt att hon inte får frånträda i ett sent skede, att hon inte får avslöja uppgifter som klienten lämnat i förtroende och att hon inte på något annat sätt får bibringa domstolen uppfattningen att hon inte tror på klienten eller dennes sak. Försvararens *rätt* att frånträda sitt uppdrag är därmed starkt begränsad.

Vad så gäller försvararens *skyldighet* att frånträda, kan man dra följande slutsatser. Hon är skyldig att frånträda om det föreligger risk för försvararjäv eller om klienten begär att hon skall handla brottsligt eller svikligt eller i strid mot god advokatsed. Alla dessa skäl har sin grund i allmänhetens och domstolarnas förtroende för advokaterna eller, annorlunda uttryckt, advokatens lojalitetsplikt mot det allmänna och rättsordningen.

Vi har också sett att advokaten i princip är skyldig att frånträda om det finns risk för att hon inte kan tillvarata sin klients intressen på ett lojalt sätt. De vanligaste fallen i praxis har handlat om att advokaten tagit uppdrag mot en före detta klient. Regeln har sin grund i advokatens lojalitetsplikt mot klienten. Åter handlar det om klientens förtroende för sin advokat; det handlar om klientlojalitet som ett skydd för klienten. Detta skydd kan vidtas till och med mot klientens eget uttryckliga önskemål, vilket tyder på att "klientens bästa" enligt normgivarens uppfattning i vissa fall kan vara det som objektivt sett framstår som det bästa för klienten.

I andra fall har disciplinnämnden – om än med viss tvekan – godtagit advokatens förklaring om att ett frånträdande inte var nödvändigt eftersom hon själv har bedömt att klientlojaliteten inte är i fara. I några sådana fall har den före detta klientens uppfattning om "jäv" stått mot advokatens uppfattning. Av dessa fall kan man dra slutsatsen att klientens förtroende för sin advokat är av central betydelse, men att det inte alltid är klienten själv som subjektivt bestämmer innebörden av detta förtroende. I våra här aktuella fall finns ingen risk för intressekonflikt mot någon tidigare klient och det är inte fråga om försvararjäv som i RB 21:3.

Om klienten begär att advokaten skall handla i strid mot lag eller god advokatsed, *skall* hon visserligen frånträda. I det här fallet är det dock inte fråga om något lagstridigt förfarande: det strider inte mot lag att bli dömd trots att man är oskyldig och inte heller att bli friad trots att man är skyldig.

Den springande punkten måste alltså vara huruvida klientens begäran att bli dömd (respektive friad) strider mot principer i god advokatsed. Om så är fallet, bör advokaten kunna frånträda utan att förfarandet kan anses stå i strid med god advokatsed. Men vad säger advokatseden? Den säger – precis som lagen – att advokaten skall handla i sin klients intresse och vara lojal mot honom.

Vad denna lojalitet egentligen betyder finns det olika uppfattningar om. Vi har sett att advokaten inte får vara lojal på ett sådant sätt att hon bryter mot lag och god advokatsed, dvs., hon får inte överträda de ramar normgivaren satt upp. Men innebär lojalitetsplikten att advokaten bör följa klientens instruktioner eller inte? Det torde framgå av kapitlet om klientlojalitet att det inte finns någon entydigt svar. Doktrinen har som synes till stor del tagit fasta

på försvararens behörighet att företräda den misstänkte, och i samband med processualisternas diskussioner framkom en uppfattning om att försvararen kunde tillvarata klientens intressen även i strid mot dennes önskemål. Som vi ser har diskussionen inom ramen för den goda advokatseden gått i en annan riktning. Ekelöf anmärkte ju också mycket riktigt att "den härskande uppfattningen" syntes vara att försvararen är bunden av klientens önskemål och han syftade tydligt på den goda advokatseden.

Medan de lärde tvistar om huruvida en försvarare är bunden av klientinstruktionerna eller inte, visar de dömande makterna, domstolar och disciplinnämnd, att det finns ramar men egentligen inte vad som finns innanför ramarna och definitivt ingen lösning på de dilemman som inledde del III.

Sammanfattningsvis har vi sett att den lösning som innebär att advokaten frånträder uppdraget, i och för sig kan vara tillåten inom lagens och advokatsedens ramar. Vad vi inte har sett är om normgivaren anser att frånträdandet är ett bra alternativ. Det kan ur vissa synvinklar förefalla vara det minst onda av flera onda ting. Maximalt rekommendabelt tycks det dock inte vara. Det finns flera negativa verkningar som kan följa på ett beslut att frånträda. Frånträdandet är inte heller en handling som kan företas inför helt öppen ridå. Advokaten måste i vissa fall justera och manipulera med fakta och mörklägga vissa omständigheter.

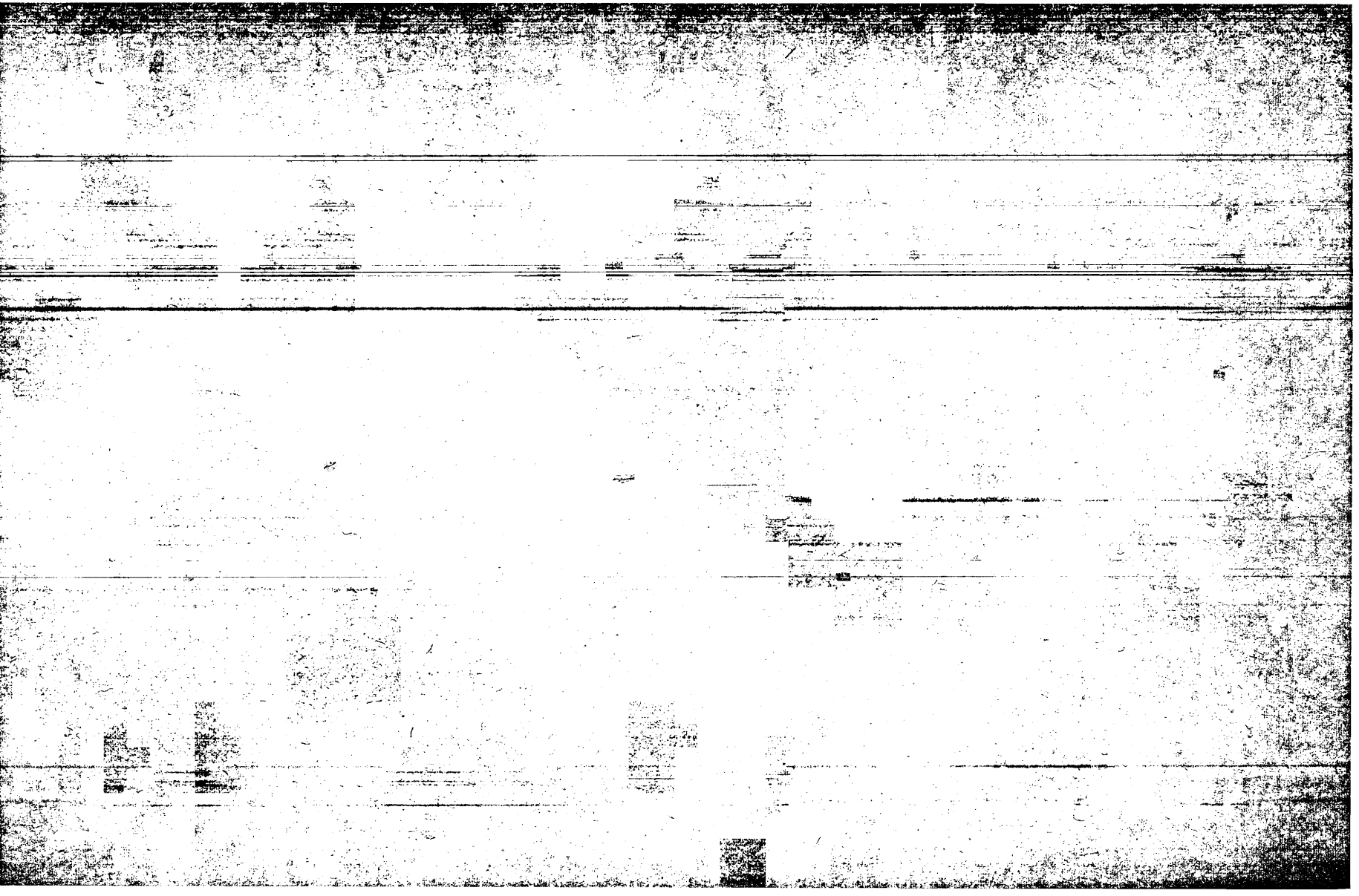
Vägvisaren har därmed hamnat i ett omöjligt läge. Dilemmat kan schematiskt uttryckas så här:

Den som frånträder bryter mot god advokatsed (förfarandet skadar klientens intressen). Den som inte frånträder bryter mot god advokatsed (hon främjar orätt genom att följa klientens instruktioner).

Frånträdandet från ett försvararuppdrag finns som ett alternativ, men det har inte tillkommit för att lösa sådana dilemman som försvararen ställdes inför i det inledande exemplet. Normgivarna har inte skrivit reglerna ur advokaternas synvinkel. De intressen som finns med som faktorer i normerna kring frånträdandet är dels allmänna intressen som god och effektiv rättskipning, dels de individuella intressen som den enskilda klienten har. Även om reglerna kan tolkas i en del olika riktningar, råder ingen tvekan om att den allt överskuggande tanken bakom frånträdandereglerna är att advokaten skall stå fast vid sitt uppdrag och sin klient, när hon väl blivit förordnad.

Alltså återstår de alternativ där advokaten kvarstår som försvarare. Hon kvarstår, men om hon skall följa klientens instruktioner eller göra på något annat sätt får hon inget riktigt svar på. Hon är därför hänvisad till sitt eget skön. Den vägledning advokaten har för att lösa ett dilemma utgörs av hennes egen uppfattning om hur en god försvarare skall förhålla sig.

Del IV



Slutord

I inledningen till denna avhandling konstaterade jag att advokater i allmänhet och försvarsadvokater i synnerhet emellanåt ställs inför mycket svåra dilemman i sin praktik. En del sådana dilemman måste advokaterna lösa på egen hand utan att direkt vägledning finns i lag eller skrivna regler om god advokatsed. Av allt att döma löser advokaterna problemen, ganska ofta på diametralt olika sätt. Hur kan detta förhållande förklaras? Och hur kan det försvaras? Vad säger judikaturen om saken?

Min föresats var att försöka bringa reda i debatten kring försvararfrågor och försvararideal genom att välja ut två konkreta problem att granska ur normativ synvinkel.

Jag har försökt förklara de diametralt olika lösningarna genom att visa att den ena försvararideologin – vapendragarideologin – pekar på vissa konkreta lösningar av ett dilemma, och den andra – vägvisarideologin – på andra lösningar. Advokattypernas praktiska handlingssätt stämmer väl överens med de grundläggande idéer som de två ideologierna utgår från. Ideologiernas grundantaganden ger också mer eller mindre bärkraftiga argument som rättfärdigar – försvarar – de olika handlingssätten ur etisk synpunkt.

Jag har visat att samtliga av mig undersökta handlingsalternativ ryms inom ramen för lag och god advokatsed och är tillåtna eller åtminstone inte förbjudna i svensk rätt. Advokaten i Sverige (och i USA men inte i England, åtminstone inte öppet) får avböja ett uppdrag på grund av att hon ogillar den misstänktes person eller den aktuella brottstypen, vilket innebär att hon får välja uppdrag. Advokaten får, när hon ställs inför klientens instruktioner om att bli fälld respektive friad, följa instruktionerna eller försöka med ett mellanting eller frånträda. Däremot är det, åtminstone ur advokatetisk synpunkt, mer tveksamt om advokaten öppet får gå emot klientens önskemål.

Tanken var att flera viktiga och centrala frågor skulle uppmärksammas genom att just dessa två konkreta problem blev utredda.

Problemet med frågan om advokaten är skyldig att acceptera varje försvararuppdrag eller får välja bort vissa uppdrag, sätter fingret på flera centrala försvararfrågor. Del II uppmärksammar advokatens svåra situation när hon ställs mellan sin egen moraluppfattning och sin yrkesroll, t.ex. då hon blir anvisad ett uppdrag att biträda en djupt avskydd person åtalad för ett fasansfullt brott, som inte lämnar någon oberörd. En betydelsefull problematik som frågan aktualiserar är problemet med att advokaten identifieras med klienten

eller saken och därmed aktualiseras också problemet med advokatens oavhängighet. En stötesten för den försvarare som avböjer uppdraget är det förhållningssätt till oskyldighetspresumtionen, som hon då ger uttryck för.

Frågan illustrerar på ett ovanligt klart och enkelt sätt de två olika uppfattningar som vapendragarideologin respektive vägvisarideologin står för. Medan den förra ideologin hyllar moralisk neutralitet och därmed en alltigenom konsekvent och förutsägbar inställning till klienten och uppdraget, hävdar den senare advokatens rätt att få slippa handla stick i stäv med sitt eget samvete och sin egen moral. Vi fick se att det finns mycket starka argument som talar för att en försvarare bör acceptera även ett kontroversiellt uppdrag, inte minst på den överordnade nivå som rör medborgerliga fri- och rättigheter. Vi fick också ta del av advokatsamfundens, doktrinens och vissa debattörers inställning till frågan. Genom en utredning av acceptfrågan på lagstiftningsnivå framkom att det finns olika lösningsmodeller och att den svenska lösningen vilar på en annan historisk och rättskulturell grund än den amerikanska och den engelska.

Slutsatsen blev att det på denna punkt finns imperfektioner i de rättssystem jag studerat. Grunden för dessa ligger huvudsakligen i det faktum att det existerar en rätt för alla tilltalade att få försvarare, men inte en generell plikt för advokaterna i alla systemen att acceptera försvararuppdrag. I det rättssystem som har en sådan plikt, det engelska, finns i realiteten flera barriärer mellan den tilltalade och den barrister som är ålagd försvararplikt. Jag kom emellertid också fram till att de rättssystem jag undersökt i och för sig tillgodoser försvarargarantin på sätt som förefaller likvärdiga. De system som bygger på frivillighet från advokaternas sida och alltså teoretiskt sett ger utrymme för flera advokatideologier, får antas fungera tack vare att det bland dessa finns en betydande andel advokater som hyllar vapendragaridealet.

Problemet med frågan om advokaten är skyldig att acceptera klientens instruktioner om hur uppdraget skall genomföras, erbjuder ytterligare problematisering av försvararrollen och de olika försvararidealen. Genom att studera vilket val de olika idealtyperna logiskt sett bör träffa, fick vi ta del av skilda synsätt på flera viktiga problem. På ett konkret plan fick vi se vilken processtaktik de två typerna kan tänkas använda, för att kunna handla i enlighet med sina ideal. Genom diskussionen i del III har jag vidare försökt visa på dels försvararideologiernas, dels normgivarnas förhållningssätt till den tilltalades person och autonomi, till försvararens bundenhet vid uppdraget, till problemet med skuldfrågan, till frågan om den materiella sanningen, till tystnadsplikten och till lojalitetsplikten i ett vidare perspektiv.

Jag kom därvid bland annat fram till att de båda försvarartyperna har olika syn på rättssystemet och till försvararens roll i detta.

Vapendragaren hyllar den klassiska devisen "det är bättre att tio skyldiga går fria än att en oskyldig fälls". I konsekvensens namn kommer därför vapendragaren att medverka till att en massmördare går fri. Det är priset vapendragaren är villig att betala för den rättssäkerhet hennes ideal förespråkar.

Vägvisaren finner emellertid att detta kan vara ett alltför högt pris för samhället att betala och eftersträvar därför materiellt riktiga domar och placerar

denna målsättning högre än värdet av att till varje pris tillmötesgå klienten. Rättssystemet hävdar visserligen den enskildes rätt i form av diverse processprinciper, som *in dubio pro reo* och åklagarens bevisbörda, men rättskipningens yttersta ändamål är inte att fria de skyldiga utan att fälla materiellt riktiga domar.

Jag har gjort bedömningen att den svenska lagstiftning som existerar kring försvarargärningen inte har tillkommit i syfte att lösa advokatens dilemma när hon ställs inför ett val mellan flera handlingsalternativ. Av del III framgår att problemet med klientinstruktionerna är ett äkta dilemma för advokaten: hur hon än gör, uppstår en konflikt med något värde. Det finns ingen självklar lösning. Utgångspunkten för denna avhandling är att normgivarna – lagstiftare och advokatsamfund – inte har lämnat advokaterna någon sådan lösning, helt enkelt därför att de inte har beaktat dessa frågor på det sätt som jag här presenterat dem. Det är advokaterna själva som löser problemet, medvetet eller omedvetet med stöd av argument och resonemang som kan sammanfattas som advokatideologier. Eftersom rättens innehåll är oklart eller mångtydigt, saknar advokaten annan vägledning än sina ideal.

Min idé är att aktörens val av lösning av det praktiska dilemmat speglar den ideologiska inställningen till försvararens roll i ett vidare perspektiv. Eftersom ideologierna tycks vägleda advokaterna i de gråzoner som lag och advokatsed lämnar, kan man säga att ideologierna kompletterar gällande rätt och advokatnorm. Eftersom de sinsemellan olika lösningarna är uttryck för sinsemellan olika uppfattningar om hur en god försvarare skall vara – olika ideologier – och eftersom de olika lösningarna tycks fungera i praktiken, råder ideologisk pluralism på "advokatmarknaden".

De olika handlingssätten kan rättfärdigas men också kritiseras, vilket också har visats. Båda ideologierna har sina svaga punkter.

Kritiken mot vapendragare går ofta ut på att de är övernitiska i sitt tillvaratagande av sin klients intressen och därmed åsidosätter andra berättigade intressen, som t.ex. rättsordningens intresse av materiellt riktiga domar.[2]

Vägvisaren, å andra sidan, kritiseras som en paternalistisk idealtyp, som inte sätter klientens intressen i främsta rummet och som tillämpar självtagna moraliska värderingar på ett sätt som äventyrar klientens rättssäkerhet.

En fråga som inte ställdes i inledningen, men som det kan vara på sin plats att ställa här, är frågan om vilken idealtyp som har de mest bärkraftiga argumenten för att just hennes handlingssätt är det bästa ur etisk synpunkt. Jag har i denna studie vinnlagt mig om att vara så objektiv som möjligt. För att dikotomin med två ideal skall bli meningsfull, har jag ansträngt mig för att på ett empatiskt sätt försöka finna de allra bästa argumenten för båda typerna. I en diskussion om vilket ideal som är "bäst", är det viktigt att framhålla att en medvetenhet om etiska motiv och en strävan efter att uppfylla ett visst ideal

2. Paradoxalt nog är det i verkligheten så att väldigt många anmärkningar mot advokater faktiskt riktar sig mot att deras nit och omsorg är i underkant och inte i överkant. Flertalet studier visar att detta problem är ett väl så stort etiskt problem som de andra som här har diskuterats. Nicholson & Webb, s. 178.

hos advokaterna har ett egenvärde (alltså oavsett om det är vapendragar- eller vägvisaridealet som eftersträvas). Man bör också hålla i minnet att idealtyperna inte avspeglar verkligheten, utan är ett verktyg för att förtydliga problematiken i denna avhandling. Det har trots allt detta inte gått att undgå att skaffa sig en uppfattning om vilken advokattyp som bäst kan rättfärdiga sitt handlingssätt. En sådan uppfattning blir naturligtvis subjektivt färgad, eftersom den är grundad på mina egna värderingar och min egen uppfattning om hur en god försvarare bör vara. Vi skall, för diskussionens skull, avslutningsvis jämföra de båda försvararideologierna.

En argumentationsanalys går främst ut på att påvisa en relation mellan idé, handling och rättfärdigande argument. Om man ser till hur en viss idealtyp väljer att lösa ett visst etiskt dilemma, kan man göra kopplingar till en viss bakomliggande ideologi. Om kopplingen till ideologin är logiskt påvisbar, skall handlingen kunna rättfärdigas med hjälp av argument som tar stöd i ideologin. "Idealtypen" som konstruktion har beskrivits som "en logiskt konsistent beskrivning utifrån en värdeaspekt (point of view) inriktad på ändamålsrationell handling."[3]

En bakomliggande värdeaspekt som inryms i en viss ideologi är exempelvis aspekten "alla har rätt till försvarare". Den idealtyp som hyllar denna aspekt bör också handla på ett ändamålsrationellt sätt, dvs. ta sig an alla försvar. Då kan hon rättfärdiga sin handling (att acceptera uppdraget att försvara en massmördare) med argumentet som säger att en god försvarare bör ta sig an alla uppdrag, eftersom alla har rätt till försvarare. Den försvarare som hävdar värdeaspekten "alla har rätt till försvarare" men som själv *inte* handlar ändamålsrationellt, utan väljer bort vissa uppdrag (vägvisaren), har svårt att rättfärdiga sitt val med stöd av idén om att alla har rätt till försvarare. Den försvarare som väljer bort vissa uppdrag måste därför modifiera eller villkora idén om att alla har rätt till försvarare. Jag har i del II givit förslag på argument som kan rättfärdiga vägvisarens val. Jag har visat att vägvisaren stöder sig på en annan försvararideologi än vapendragaren. Vägvisarideologin innehåller idén om att alla har rätt till försvarare, men det skall vara en försvarare som själv väljer att ta uppdraget. På så sätt blir även beskrivningen av vägvisaridealet, vägvisarens handlingssätt och vägvisarens argument logiskt konsistent.

På motsvarande sätt kan man undersöka om försvarartypernas argument i del III är logiskt konsistenta. Om man hävdar att "klientautonomi är det högsta goda", så bör man som försvarare också låta klientens önskemål och instruktioner vara avgörande vid uppdragets utförande, varvid man kan rättfärdiga sin handling (att biträda klienten så att han får sin vilja fram i skuldfrågan) genom argument som hänvisar till att klientens önskemål alltid skall följas, därför att de *är* klientens önskemål. Om man däremot hävdar att det är försvararens plikt att styra, vägleda och skydda klienten och därvid ta hänsyn till bl.a. rättsordningens intresse av materiellt riktiga domar, då skall man ock-

3. Arun Sahay, (ed. 1971), Max Weber and Modern Sociology, London. Se inledningen till denna avhandling.

så utöva sin auktoritet och inte bli ett instrument i klientens hand. Man vägrar exempelvis att biträda en oskyldig klient med att bli fälld, trots att han begär detta. Sin vägran kan man rättfärdiga med argument som stöder sig på de bakomliggande idéerna för vägvisaridealet.

Vad jag inte har uttalat mig om i argumentationsanalysen är däremot huruvida värdeaspekten (här: den centrala idén i den bakomliggande försvarareideologin) är *legitim*.

Legitimitet förutsätter att människor (så många som möjligt) *accepterar* innehållet i rätten sett utifrån sina intressen och värderingar. För legitimitet förutsätts också enligt ett grundläggande rättssäkerhetskrav att innehållet i rätten skapar stabila förväntningar, dvs. är förutsebart. Som jag har försökt visa, råder sannolikt ideologisk pluralism bland advokaterna. Detta bör innebära att legitimiteten, åtminstone såvitt avser förutsebarheten, inte är maximal. Det är emellertid långt ifrån alla rättsområden som verkligen lever upp till kravet på både acceptans och förutsebarhet.[4] Det är inte heller säkert att rättssäkerheten kräver att försvararnas agerande i här aktuella frågor nödvändigtvis måste vara förutsebara, dvs. att deras handlingar skapar vissa förväntningar hos omgivande aktörer.[5] Om förutsebarheten är låg, bör ett normativt krav vara att åtminstone acceptansen av de bakomliggande ideologierna är hög.

Frågan är till vilken målgrupp kravet på acceptans av försvarareideologierna riktar sig. De etiska reglerna för advokater är inriktade på att skydda den rättssökande *allmänheten* från okvalificerat rättsligt biträde. Reglerna och deras uttolkning i praxis är också inriktade på att skapa en hög standard hos advokatkåren, så att advokaterna åtnjuter *rättstillämpares, lagstiftares* och också allmänhetens förtroende och respekt. Den gemensamma bakomliggande tanken bakom regleringen och utformningen av god advokatsed bör vara att upprätthålla en kunnig, fri och självständig advokatkår till rättsstatens fromma. Detta bör innebära, att så länge de bakomliggande ideologierna åtminstone delar en sådan gemensam värdering, så kan man anta att människor också kan acceptera deras ideologiska innehåll.

Som vi har sett, innehåller båda ideologierna (vapendragaren och vägvisaren) betydelsefulla element av de värden vi traditionellt förknippar med rättssäkerhet. Båda idealtyperna står på en gemensam värdegrund som tar sin utgångspunkt i den enskildes skydd mot maktövergrepp och rätt att få sina intressen tillvaratagna och andra sådana värden. En mycket viktig aspekt, som jag många gånger framhållit, är att båda typerna håller sig inom reglerna för vad lag och god advokatsed stipulerar. Det är när vägledning saknas eller när en regel är öppen för tolkning, som idealtyperna handlar på olika sätt. Ingen av dem bryter dock mot de skrivna reglerna. Jag har visat att båda idealtyperna kan inrymmas inom det fria handlingsfält som gällande rätt och god advo-

4. Jämför Christian Dahlman: Konkurrerande culpakriterier, s. 157 f. (2000).

5. Om man jämför med exempelvis rättsbildningen i HD måste där höga krav gälla för förutsebarheten, eftersom rättsbildningen skapar förväntningar som påverkar aktörernas handlande i samhällslivet i vid bemärkelse, exempelvis parters agerande i affärslivet, gärningars straffbarhet och vidtagandet av skadeförebyggande åtgärder.

katsed lämnat. Detta bör, åtminstone teoretiskt sett, innebära att normgivare och rättstillämpare accepterar båda ideologierna, så länge de inte ger upphov till alltför extrema avarter.

Vi har emellertid också sett att i synnerhet i doktrin och litteratur finns diametralt olika uppfattningar om vilket val advokaten bör träffa. Dock har vi sett att argumenten för de olika handlingssätten ibland liknar varandra väldigt mycket. De stöder sig ofta på självklara värden som lojalitetsplikten mot klienten och plikten att inte främja orätt, även om argumenten i de enskilda fallen ibland ger uttryck för olika tolkningar av dessa självklara värden. När det gäller frågan i del II, accept av försvar, menade ju båda idealtyperna att deras förhållningssätt var det bästa för klienterna. Även rörande problemet i del III, att följa eller gå emot klientinstruktionerna, såg vi exempel på argument från båda idealtyperna som talade för att just deras inställning var det bästa för den tilltalade. Det är svårt att uttala sig om huruvida den rättssökande allmänheten (i detta fall de brottsmisstänkta) accepterar denna ideologiska pluralism. Varje idealtyp kan rättfärdiga sitt handlingssätt med stöd av argument som förmodligen är acceptabla för någon, beroende på om man delar den ena eller den andra tolkningen.

För egen personlig del finner jag att vapendragartypen har de mest bärkraftiga argumenten för sitt förhållningssätt som försvarare. Det finns två skäl till detta. På mikronivå – den tilltalades – är en vapendragare den typ som ger stort utrymme för den enskilde tilltalades autonomi och därmed undviker den "slippery slope" som självtagna moraliska värderingar kan leda till. Och på makronivå – rättssystemets – gäller att vapendragaridealet kan upphöjas till allmän lag, men det kan inte vägvisaridealet. Som synes blir även mina egna skäl för ett visst ideal väldigt generella. Det finns element i vapendragarideologin som är svåra att ta till sig, kanske i synnerhet om man själv försöker sätta sig in i advokatens situation. Lake Pleasant-fallet visar att ett handlande kan rättfärdigas med aldrig så starka rättssäkerhetsargument, men likväl kan handlandet leda till sömnlösa nätter för advokaten. Detta förhållande är en illustration så god som någon till det faktum att ideologierna, så som de här framställts, är oerhört utrerade och att även andra än jag själv säkert kan känna sympati för vissa argument både hos den ena och den andra idealtypen.

Att jag själv skulle välja att förespråka vapendragaridealet innebär alltså inte att vägvisaridealet skulle vara ett "sämre" försvararideal. Vägvisaridealet innehåller flera argument om moralisk hederlighet och högst mänskliga aspekter på försvararuppdraget, som är beaktansvärda (även om vägvisaridealet som extremtyp bygger på en paternalistisk och auktoritativ tanke som åtminstone jag har svårt att fördra).

Det sagda innebär inte heller att ett system med båda idealen är ett dåligt system. Alternativet till att tillåta även vägvisare på "advokatmarknaden" skulle vara att just upphöja alla enskildheter i vapendragaridealet till allmän lag. Detta skulle medföra en detaljreglering av hundratals problem som i dag saknar direktiv i skriven rätt. Historien har visat att normgivare i alla rättssystem funnit att en sådan detaljreglering inte är praktiskt möjlig när det gäller

advokatverksamheten. Jag tror inte heller att en sådan reglering är önskvärd. Advokat-klientförhållandet är och bör förbli ett förhållande mellan dessa två parter. Inte minst tystnadsplikten lägger ett nödvändigt och legitimt hinder i vägen för öppen insyn i detta förhållande.

Att det tycks råda ideologisk pluralism i advokatkåren är kanske därför av godo, även för den rättssökande allmänheten, eftersom det troligen alltid kommer att finnas någon ideologisk skola som "passar" människor i målgrupperna (dvs. som kan accepteras av normgivare, övriga rättsliga aktörer och den rättssökande allmänheten). Ett icke obetydligt problem i detta sammanhang är att den som söker advokat sällan kan veta i förväg hur skicklig advokaten är. Advokaterna kan ju naturligtvis inte heller "varudeklareras" som vapendragare respektive vägvisare. Av bland annat denna anledning är det oerhört viktigt att advokatkåren håller en hög standard överlag och också att den etiska medvetenheten höjs hos advokaterna själva.

Jag tror inte att det är någon nackdel ur rättssäkerhetssynpunkt att flera ideologiska inriktningar existerar sida vid sida. Det kan dock vara angeläget att lyfta fram detta pluralistiska förhållande och identifiera de skilda synsätten. Genom att de olika ideologiska varianterna faktiskt bekräftas, kan de också dras fram i ljuset och öppet diskuteras, något som en rättsstat bör vara betjänt av. Eftersom advokat-klientförhållandet är och troligen måste vara ett delvis dolt förhållande, vilkas detaljer i det enskilda fallet knappast kan diskuteras öppet *i sak,* är det viktigt att kunna diskutera förhållandet *i princip.* Med försvararideologierna som riktmärke blir en sådan diskussion fruktbar.

För advokaterna själva kan också ideologierna vara en hjälp och vägledning i svåra dilemman. Eftersom normgivarna inte alltid anger tydliga etiska riktlinjer för advokaterna, har dessa ofta inget annat stöd än de värderingar som ideologierna ger uttryck för. Även om ideologierna, när de renodlats så som här har gjorts, kan kritiseras, är de en nödvändig och värdefull del av förståelsen av advokaternas yrkesroll och en bra kompass för de enskilda aktörerna att orientera efter. Verklighetens goda försvarare har säkert lånat drag från båda idealtyperna.

Syftet med min studie var främst att besvara de frågor jag ovan berört. Förhoppningsvis har avhandlingen inte bara besvarat dessa frågor, utan också satt advokatetiken på den juridiska kartan. Jag har genom min undersökning av två centrala och högst konkreta frågor velat visa på vilka enorma problem som försvarargärningen inrymmer. Försvararen står i gapet mellan samhället och den tilltalade, mellan ont och gott, mellan den misstänktes rättigheter och brottsoffrens rättmätiga krav på vedergällning. Inte många yrken kan mäta sig med försvararens ifråga om moraliska dilemman som har sin direkta grund i vardagsrutinens uppgifter. Försvararen är i den unika positionen att hon tjänar "ondskan" på "godhetens" uppdrag och i ett yttersta syfte som enligt den demokratiska rättsstaten är gott.

Eftersom försvarsadvokaterna fyller en central funktion i varje rättsstat värd namnet, är det angeläget att öka kunskapen om deras funktion och att öppet diskutera deras etiska standard.

Summary in English

The Role of the Defence Lawyer. Ideologies and Law

An academic thesis for a Doctoral Degree in Juridical Science at the Faculty of Law, Lund University, Sweden
By Lena Ebervall, J.D., L.L.M.

What justification could a defence lawyer present to explain why – contrary to her own personal feelings – she will accept the defence of a person who has committed a heinous crime? How can a lawyer separate her own private morals from her professional ethics? How could, on the other hand, a lawyer who has chosen the profession of defence counsel, justify a refusal to represent certain defendants? It would seem illogical to say that everyone is entitled to a defence lawyer and has the right to be presumed innocent until proven guilty and yet refuse to defend certain persons.

Furthermore: if one, as a lawyer, decides to override one's client's own express instructions to be convicted or, respectively, acquitted, at the trial, what sort of view of the client's rights would that convey? On the other hand, if the client actually is innocent but for some reason wishes to be convicted, e.g. to protect a loved one who is guilty of the crime, should the lawyer as a matter of course follow the client's instructions? Would not such a course of action seem immoral or, at the very least, questionable from the point of view of the interests of justice? Should a lawyer form an opinion as to the guilt or innocence of her client, or should she take the client's word without question? Is there any legal justification for the lawyer to abstain from forming such an opinion and from letting that opinion influence her work?

In the media, as well as the general discourse on these matters, one gets the impression that there are lawyers who act both ways. Authoritative doctrine as well as case law contains descriptions of lawyers who act differently from one another in these matters and one may find justifications as well as criticism of these conflicting ways.

Even among the lawyers themselves one may find these contrasting views. I have heard quite a few experienced and respected Swedish defence lawyers disagree on the proper way to act in these matters. Some hold the view that a

defence lawyer ought to have the right to refuse certain cases, while others state that no lawyer is entitled to pick and choose between clients. Some lawyers would act on the client's instructions, whatever they might be, as long as they do not border on the illegal, simply because *they are* the client's instructions. Others would refuse to follow instructions that appear to be immoral or irrational, never mind that they are within the bounds of the law.

I was surprised to find such conflicting views on the very basic question of whether to accept a client or act on a client's instructions.

The questions which arise are questions such as: is a lawyer allowed, from the point of view of the law and the codes of conduct, to refuse to act for a particular person, e.g. based on the lawyer's view of the nature of the crime or the client's character? And even if the law would allow this, how can she justify this refusal, while stating that everyone is entitled to be represented? How can it be that lawyers who act in the same sphere of law and professional conduct, can act in such conflicting ways? What do the procedural rules have to say about this, or the codes of conduct? Who is right, and who is wrong? Does the system really allow for such contradictory conduct? Which ideas on the role of the defence lawyer in society and her relationship with the client and the legal system could be behind all this? Is it possible to find traces of diverging views on the defence lawyer's role in the rules of law or professional conduct?

As an independent body of professionals, lawyers hold an important and distinguished place in society. The defence lawyer has a virtually unique position; the State requiring her, on behalf of society, to stand between the State and the individual. Defence counsel is considered an important guarantee for human rights in almost every state in the world. At the same time, her mission is to defend the interests of the citizens who have broken the rules of society.

The role of the defence lawyer has, for these obvious reasons, been the centre of sometimes-heated debates on professional ethics. American scholars, in particular, have penetrated these ethical problems in depth. In Sweden, however, the role of the defence lawyer has not been subject to any scholarly analysis from a legal point of view. The debates on lawyers' ethics in Sweden have mostly been held in the media and not in professional or academic fora.

The Swedish professional body of legal representatives seems to be facing considerable problems, the nature of which are connected to identity as well as justification.

It is clear that lawyers, in the practise of law, from time to time, have to resolve various difficult problems and dilemmas. Many of these problems have never been subjected to legal interpretation. Guidelines can be found in the statutes, in case law and the code of conduct, but there is a considerable sphere where no unequivocal answers will be given. Somehow, the lawyer will find a solution to her problem, without the aid of rules. The debate on lawyers' ethics seems to indicate the existence of various principles or standards for lawyers. The conclusion in this thesis is that lawyers, consciously or otherwise, seek guidance from these standards, in order to be pointed in the right direction.

The purpose of this thesis is to bring some order to the debate concerning lawyers' ideals in Sweden and to try and understand the role of the lawyer by choosing typical practical problems and examining these problems from a normative point of view.

The method used in this thesis is to put two simple questions to the test and, through these, assess the role of the lawyer.

The two simple questions have been condensed from the practical and ethical problems stated in this introduction:

1. Is the Swedish lawyer obliged, from a legal point of view, to accept a defence appointment? There are two possible answers to this question; either the lawyer must accept any client or case or she is free to refuse a particular client or case.
2. Is the Swedish lawyer obliged, from a legal point of view, to follow the client's wishes and instructions concerning the means and goals of the legal representation? There are four possible answers to this question: the lawyer may follow the client's instructions; the lawyer may go against the client's instructions; the lawyer is allowed to choose a conduct that lies between following and going against the client's instructions; and finally, the lawyer has to withdraw from the case.

In analysing the two questions I have put two different perspectives to use. These two perspectives are as follows:

- Which basic ideas concerning the role of the defence lawyer lie beneath the fact that two different lawyers, acting within the same legal system, can justify two conflicting ways of resolving an identical dilemma? This problem is solved through an analysis of the arguments *pro et contra* the particular solution to the dilemma.
- Which solutions to the dilemma are clearly acceptable within the boundaries of the law, or could at least be interpreted as being in accordance with the law? This question is answered by an extensive analysis of the principles of Swedish case law, statutes, professional standards and doctrine.

This thesis argues that the explanation to the conflicting ways of resolving practical dilemmas lies in the conflicting ideals which guide practitioners. My study indicates that there are several such ideals in existence. In order to argue efficiently and clarify the dichotomy, I have used two main ideals, which are the extremes of the lawyers' ideals. I have named them *vapendragaren* and *vägvisaren*, where *vapendragaren* is the extremely client-orientated hired gun and *vägvisaren* the opposite, the moral agent.

The hired gun lawyer will accept any case and any client and she will carry the client's objectives through if it is possible within the boundaries of the law. Her justification for this conduct is that the good lawyer must maximise her client's interests because client autonomy is the only guiding star for an attorney. Any other conduct would be paternalistic, elitist and manipulative. The

moment the lawyer begins to ponder whether the objectives of the client are good or bad, or whether the client is innocent or guilty, is the moment that the lawyer will begin to descend the slippery slope of subjective views. A good lawyer must be role differentiated. She must separate her own morals from those of the client. Lawyers exist because clients do not know the law. The system has not been created to defend only the innocent and the good. In order to maintain the principle laid down by Blackstone, that 'It is better that ten guilty persons escape than one innocent suffer', the system must make allowances for 'the bad man's point of view' (Oliver Wendell Holmes).

The moral agent lawyer will, on the contrary, argue that it is a professional humbug to say that one can separate one's personal views from that of the client. The lawyer is a human being and as such must be entitled to say 'no' when her personal feelings against a client or a case are so strong that she might not be able to pursue his interests effectively. It is the lawyer's duty to act in the interests of society, the courts, and the law, as well as those of the client. If the lawyer should act on the client's every whim and wish, chaos would follow. It is, ultimately, in the interest of the defendants themselves, that defence lawyers are respected and trusted members of society. Otherwise they could not assert and defend their clients' rightful and just interests.

In the dissertation I have found that both these ideal types can act on the Swedish 'legal market'. Swedish law has not resolved the questions put in the introduction and Swedish doctrine, such as it is, differs on the subject. My conclusion is that this ideological pluralism is probably all for the best, since it provides lawyers of different types that will ultimately satisfy the needs of society as well as the clients. However, I also emphasise the need for a structured, learned and open discourse on these matters in Swedish legal life, since they have for so long been sadly neglected.

Bilaga

Vägledande regler om god advokatsed

utfärdade av Sveriges advokatsamfunds styrelse den 9 november 1984

Inledning

Enligt 8 kap. 4 § första stycket rättegångsbalken är advokat skyldig att vid utövande av sin verksamhet redbart och nitiskt utföra honom anförtrodda uppdrag och i allt iaktta god advokatsed. Vad god advokatsed kräver är inte närmare angivet vare sig i rättegångsbalken eller i stadgarna för Sveriges advokatsamfund. Normer därom har utbildats inom advokatkåren och kommit till uttryck i avgöranden av advokatsamfundets styrelse och disciplinnämnd.

Advokatsamfundets fullmäktige har vid sitt ordinarie möte 1967 hemställt till styrelsen att utarbeta skrivna regler om god advokatsed. I anledning härav har styrelsen, sedan förslag till sådana regler behandlats vid allmänt advokatmöte och underställts samfundets avdelningar och disciplinnämnd för yttrande, den 18 juni 1971 beslutat anta regler vilka efter viss omarbetning och komplettering med kommentarer erhållit den lydelse som anges nedan.

Dessa regler utgör i allt väsentligt endast en kodifiering av de normer som hittills tilllämpats och upprätthållits i styrelsens och disciplinnämndens praxis. Såsom framgår av rubriken har reglerna till syfte att vara vägledande för samfundets ledamöter. Det är omöjligt att i skrift reglera alla de skiftande förhållanden och frågor som kan uppkomma i en advokats verksamhet. *Reglerna är inte på långt när uttömmande och får inte uppfattas så att allt som inte uttryckligen är förbjudet skulle vara tillåtet.* Å andra sidan innebär reglerna inte heller att varje avsteg från desamma nödvändigtvis måste föranleda disciplinär påföljd. Detta är en fråga som får bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

Allmänna bestämmelser angående advokatverksamheten

1 § Advokats främsta plikt är att, inom ramen för vad lag och god advokatsed bjuder, efter bästa förmåga tillvarata klientens intressen. Han är skyldig att främja dessa utan att låta sitt handlande påverkas av tanke på egna fördelar eller obehag eller av hänsyn till samhällsställning, nationalitet, hudfärg, politisk eller religiös uppfattning eller andra ovidkommande omständigheter.

Advokat får inte främja orätt.

2 § Advokats uppträdande skall vara sakligt och korrekt samt sådant att förtroendet för advokatkåren upprätthålls.

Advokatrörelsens organisation

Firma, kontorsorganisation, bokföring och förvaltning av klienters egendom

3 § Advokats firma skall, såvida inte styrelsen medger annat, innehålla ordet "advokat".

Advokat är skyldig att tillse att hans kontorsorganisation är i god ordning samt att hans bokföring och förvaltning av klienters penningmedel och värdehandlingar sker med iakttagande av vad som därom är föreskrivet i lag och advokatsamfundets bokföringsreglemente.

Bedriver advokat verksamhet i bolag skall följande gälla.

Bolaget får inte ha annat verksamhetsändamål och får inte driva annan verksamhet än advokatverksamhet. Endast advokat får direkt eller genom bolag, som driver advokatverksamhet, inneha aktier i bolaget eller vara bolagsman i detta. Endast advokat får vara styrelseledamot, styrelsesuppleant, verkställande direktör, vice verkställande direktör, firmatecknare eller prokurist i bolaget. Bestämmelser med denna innebörd skall – där så lagligen är möjligt – intas och innehållas i bolagsordning och bolagsavtal.

Skyldighet att besvara skrivelser

4 § Advokat är skyldig att utan dröjsmål besvara i hans verksamhet ankommande skrivelser.

Kan en skrivelse inte utan dröjsmål besvaras i sak, bör skrivelsens mottagande erkännas och advokaten återkomma med svar så snart ske kan.

Reklam och ackvisition

5 § Advokats reklam skall vara korrekt.

6 § Advokat får inte söka skaffa sig uppdrag genom att vända sig direkt till annan och erbjuda sina tjänster i ett pågående ärende eller i en förväntad rättslig angelägenhet.

Har en advokat mottagit uppdrag i en rättslig angelägenhet som berör flera sakägare med överensstämmande eller likartade intressen och kan det anses vara i klientens eller rättskipningens intresse att flera sakägare förenar sig om gemensamt ombud, får dock advokaten med huvudmannens samtycke erbjuda sitt biträde till andra sakägare som kan antas sakna eget ombud.

7 § Advokat får inte medverka till eller godta att annan för honom bedriver reklam eller ackvisitionsverksamhet, som han inte själv får utöva.

Ersättning för anskaffande av uppdrag

8 § Advokat får inte till annan avstå viss del av arvodet eller lämna honom gottgörelse i annan form för att han tillfört eller tillför advokaten uppdrag el-

ler utfäster sig att vara verksam i sådant syfte. Sådan gottgörelse får inte heller mottagas.

Vad som sagts i första stycket utgör inte hinder för fördelning av arvode mellan advokaten och hans kompanjon eller biträdande jurist.

Anlitande av sakkunnig

9 § Anlitar advokat på klientens vägnar sakkunnig för verkställande av utredning eller avgivande av utlåtande och vill han inte personligen ansvara för den sakkunniges arvode och kostnader, bör han vid uppdragets överlämnande fästa dennes uppmärksamhet härpå.

Kompanjoner och biträden

10 § Det är inte tillåtet för advokat:

1. *att* anställa biträdande jurist eller annan på villkor att denne lämnar försträckning, ingår borgen eller åtar sig därmed jämförlig prestation;
2. *att* vid ingående av bolagsavtal med annan advokat eller vid anställande av biträdande jurist eller annan personal avtala om konkurrensklausul, som kan anses otillbörligt betungande för medkontrahenten;
3. *att* lämna biträdande jurist medgivande att utöva advokatverksamhet även för egen räkning, eller
4. *att* för inställelse vid domstol anlita icke rättsbildad personal, där inte särskilda omständigheter undantagsvis nödvändiggör detta .

Advokat är skyldig att, i den utsträckning som rimligen kan begäras, övervaka att hos honom anställd biträdande jurist och annan personal fullgör sina skyldigheter.

Tillhandahållande av brevpapper m. m. åt annan

11 § Advokat får inte tillåta annan att begagna brevpapper, blanketter, kuvert el. dyl., som är försedda med advokatens namn eller firma.

Avböjande och frånträdande av uppdrag

12 § Advokat är inte skyldig att ta emot uppdrag som erbjuds honom.

Vill advokat inte åtaga sig erbjudet uppdrag, är han skyldig att ofördröjligen meddela uppdragsgivaren detta. Han är inte skyldig att angiva skäl för avböjandet.

13 § Föreligger särskild omständighet, som kan föranleda tvivel på advokatens förmåga att obundet tillvarata uppdragsgivarens intressen, är advokaten, om han överväger att trots denna omständighet åta sig erbjudet uppdrag, skyldig att utan dröjsmål upplysa uppdragsgivaren om förhållandet.

14 § Advokat är skyldig att avböja erbjudet uppdrag, om han själv, hos honom anställd biträdande jurist eller advokat, som är hans arbetsgivare eller kompanjon eller med vilken han har gemensam kontorsorganisation:

1. i saken eller i annan sak, som kan vara av betydelse vid det erbjudna uppdragets utförande, företräder eller själv har ett personligt eller ekonomiskt intresse, som strider mot uppdragsgivarens, eller
2. tidigare konsulterats av eller eljest biträtt motparten i samma sak eller i annan angelägenhet av sådan art, att de uppgifter vederbörande till följd därav erhållit kan tänkas få betydelse vid det erbjudna uppdragets utförande .

Likaså är advokat skyldig att avböja erbjudet uppdrag, om eljest någon omständighet föreligger, som uppenbarligen utgör hinder för advokaten att obundet hävda uppdragsgivarens intressen.

Utan hinder av vad ovan sagts äger advokat biträda i frågor rörande avtal mellan två eller flera personer, som i samförstånd med varandra begär hans biträde. I sådant fall är advokaten skyldig att beakta samtliga uppdragsgivares intressen. Uppstår mellan klienterna tvist i saken, äger advokaten inte i tvisten biträda någon av dem.

15 § Om advokat efter mottagande av uppdrag finner sådan omständighet föreligga, att han med kännedom därom skulle ha varit skyldig att avböja uppdraget, är han skyldig att frånträda detta.

Advokat är jämväl skyldig att frånträda mottaget uppdrag:

1. om advokaten på grund av laga förfall eller därmed jämförliga omständigheter blir förhindrad att fullfölja uppdraget;
2. om klienten begär att advokaten skall handla brottsligt eller i strid mot god advokatsed och trots påpekande vidhåller sin begäran, eller
3. om klienten undertrycker eller förvanskar bevis eller handlar svikligt.

Har omständighet som avses i 13 § första stycket inträffat eller blivit känd först efter uppdragets mottagande, skall vad som i nämnda stycke stadgats om upplysningsplikt äga motsvarande tillämpning.

16 § Advokat är inte berättigad att mot klientens önskan frånträda av denne lämnat uppdrag, med mindre advokaten jämlikt 15 § är skyldig att frånträda uppdraget eller eljest giltigt skäl därtill kan åberopas. Sådant skäl kan föreligga, bland annat:

1. om klienten i orimlig grad betungar eller besvärar advokaten och inte kan förmås till rättelse;
2. om klienten lämnar advokaten instruktioner att vid uppdragets utförande förfara på ett sätt, som uppenbarligen är gagnlöst eller stridande mot klientens intressen, och trots påpekande vidhåller dessa instruktioner;
3. om klienten i väsentliga avseenden handlar i strid mot advokatens råd eller eljest klart ger till känna att han förlorat förtroendet för advokaten, eller
4. om klienten trots påminnelse underlåter att inbetala förskott eller ersättning, som advokaten i anledning av uppdraget har rätt att fordra.

Om entledigande från förordnande, som meddelats av domstol eller annan myndighet, gäller vad för varje fall är stadgat i lag.

17 § Vill advokat frånträda mottaget uppdrag, är han skyldig att för klienten uppge skälen till frånträdandet samt att på klientens begäran lämna skriftligt besked därom. Han skall vidare såvitt möjligt bereda klienten skälig tid att anlita annan advokat. Om uppdrag som rättegångsombud gäller vad som är stadgat i 12 kap. 18 § andra stycket rättegångsbalken.

Förhållandet till klienten

Trohet och lojalitet

18 § Advokat är skyldig att gentemot klienten iaktta trohet och lojalitet.

19 § Advokat skall iaktta diskretion om sina klienters angelägenheter och får inte, med mindre laglig skyldighet att lämna upplysning föreligger, utan vederbörligt samtycke yppa något, som i hans verksamhet förtrotts honom eller som han i samband med sådant förtroende erfarit. Advokat är skyldig att ålägga sin personal samma diskretions- och tystnadsplikt.

20 § Advokat får inte utan klientens samtycke av annan än klienten betinga sig, låta åt sig utlova eller ta emot gottgörelse utöver det arvode som klienten eller annan på dennes vägnar har att erlägga .

21 § Advokat får inte utan klientens samtycke träffa förlikning med motparten. Kräver ställningstagandet till förlikningsförslag sådan skyndsamhet, att klientens samtycke inte kan inhämtas, får advokaten dock, om han är behörig därtill, godta förlikning, som han finner bäst förenlig med klientens intressen.

22 § Mellan advokat och klient bör, bortsett från normala transaktioner inom ramen för en av klienten bedriven rörelse, inte förekomma andra ekonomiska transaktioner än vad som följer av uppdragsförhållandet. Advokaten bör sålunda regelmässigt inte inlåta sig i affärsförbindelser med klienten och inte personligen ekonomiskt engagera sig i dennes affärer, inte lämna klienten lån och inte ikläda sig borgen för klientens skulder.

Inte heller bör han själv ta emot lån av klienten eller utverka dennes borgen för gäld.

Finner sig advokaten i visst fall böra lämna klienten lån, får han inte betinga sig eller ta emot annat vederlag än skälig ränta. För borgen får vederlag inte begäras eller mottagas.

Uppdrags utförande

23 § Juridiska råd skall vara grundade på erforderlig undersökning av gällande rätt.

Uppdrag skall utföras med omsorg, noggrannhet och tillbörlig skyndsamhet samt med beaktande av att klienten eller – för det fall att allmän rättshjälp eller rättsskydd föreligger – det allmänna eller försäkringsbolaget inte åsamkas onödiga kostnader.

24 § Klienten skall på lämpligt sätt hållas underrättad om vad som förekommer vid utförandet av hans uppdrag. Förfrågningar härom från klientens sida skall besvaras skyndsamt.

Arvodesdebitering m.m.

25 § Debiterat arvode skall vara skäligt.

Gör klienten invändning mot skäligheten, bör advokaten upplysa honom om förefintlig möjlighet att få arvodet prövat genom skiljedom enligt vad som därom är föreskrivet i advokatsamfundets stadgar.

26 § Innan advokaten kan överblicka arbetets omfattning, bör avtal om arvodets storlek inte träffas annat än på klientens uttryckliga begäran.

27 § Rättegångsarvode, som påförs klienten, får inte, med mindre särskilda skäl därtill föreligger, överstiga vad advokaten i rättegången yrkat att motpart skall förpliktas att utge till klienten.

28 § Advokat är skyldig att upplysa klienten om föreliggande möjligheter att erhålla offentlig försvarare eller rättshjälp eller att utnyttja eventuellt förefintlig rättsskyddsförsäkring. Han skall dessutom vid behov medverka till att klientens möjligheter att erhålla dessa förmåner tillvaratas.

29 § Advokat får inte för arbete, som omfattas av uppdrag såsom offentlig försvarare eller biträde enligt rättshjälpslagen, av klienten eller annan förbehålla sig eller ta emot arvode eller annan ersättning utöver den ersättning som fastställs av vederbörande myndighet.

30 § Advokat får av klienten begära erforderliga förskott till bestridande av utlägg för klientens räkning.

Har advokaten vid uppdragets mottagande gjort förbehåll därom, eller är det eljest med hänsyn till omständigheterna rimligt, äger advokaten av klienten begära även skäligt förskott på sitt arvode.

31 § Då uppdrag slutförts eller eljest upphört, skall sluträkning utan dröjsmål tillställas klienten.

Debiterat arvode behöver, såvitt det avser ett och samma uppdrag, inte specificeras, men advokaten är skyldig att på begäran lämna klienten skriftlig redogörelse för det med uppdraget förenade arbetet.

Redovisning

32 § Då uppdrag, i vilket advokat uppburit medel, slutförts eller eljest upphört, skall slutredovisning utan dröjsmål avges till klienten.

Om skyldighet i vissa fall att avge årsredovisning är stadgat i bokföringsreglementet.

Redovisning sker genom att redovisningsräkning tillställs klienten.

33 § Redovisningsräkning skall vara klart och redigt uppställd. Den skall upptaga allt vad advokaten i anledning av uppdraget uppburit samt ange de utlägg som advokaten haft och det arvode han påfört klienten. Dag för mottagande och utgivande av varje särskilt belopp bör anges, där inte med hänsyn till uppdragets omfattning eller andra omständigheter ett sammanförande av flera poster till en måste anses lämpligare. Redovisningsräkningen skall vara daterad.

Vad som är stadgat i 31 § andra stycket skall äga motsvarande tillämpning på arvode, som upptagits i redovisningsräkning.

34 § Utvisar slutredovisning ett saldo klienten till godo, skall saldobeloppet utan dröjsmål utbetalas till klienten.

Advokat får inte som villkor för utbetalning av saldobeloppet eller del därav uppställa krav på att redovisningen skall godkännas av klienten.

35 § Advokat får inte genom avtal eller förbehåll frita sig från redovisningsskyldighet.

Utlämnande av handlingar

36 § Sedan uppdrag slutförts eller eljest upphört, skall klienten tillhöriga handlingar utan dröjsmål utlämnas till honom. Advokat får inte som villkor för utlämnande av handlingarna uppställa krav på att av advokaten debiterat arvode eller av honom avgiven redovisning skall godkännas av klienten.

Förhållandet till motparten

37 § Advokat får inte genom otillbörlig påtryckning på motparten söka främja klientens sak.

Förbjudna åtgärder är i enlighet härmed bland annat:

1. otillbörlig anmälan till polis- eller åklagarmyndighet eller annan myndighet, så ock hot om sådan otillbörlig anmälan;
2. hot om skandalisering av motparten i press, radio eller television, samt
3. opåkallad hänvändelse till utomstående, såsom motpartens anhöriga eller eljest närstående, arbetsgivare, överordnade och arbetskamrater eller organisation, som motparten tillhör, så ock hot om sådan opåkallad åtgärd.

38 § Advokat bör inte vidta rättsliga åtgärder mot motparten utan att först ha tillskrivit denne och berett honom skälig tid att ta ställning till klientens anspråk och träffa uppgörelse i godo.

Är omständigheterna sådana, att ett dröjsmål med vidtagande av rättsliga åtgärder kan vålla klienten rättsförlust eller annan skada, eller föreligger eljest särskilda skäl för att skyndsamt vidta rättsliga åtgärder, står det dock advokaten fritt att utan föregående meddelande till motparten vidta de åtgärder som klientens intresse i varje särskilt fall kräver.

39 § Advokat får inte som villkor för att bevilja av motparten begärt anstånd

med betalning eller annan prestation uppställa krav på att motparten skall ersätta kostnader, som han inte lagligen är skyldig att gälda och som inte heller rimligen bör åläggas honom.

40 § Advokat får inte inför domstol eller annan myndighet förebringa bevisning om förhållande, som är nedsättande för motparten, eller göra för motparten kränkande eller förklenande uttalanden, där bevisningen eller uttalandena inte är påkallade för talans utförande eller eljest för ett behörigt tillvaratagande av klientens intressen .

Även i övrigt skall advokat avhålla sig från åtgärder eller uttalanden, som är ägnade att i onödan kränka eller såra motparten.

41 § Advokat får inte vilseleda motparten genom att om faktiska förhållanden eller innehållet i rättsregler lämna uppgifter, som han vet är oriktiga.

42 § Företräder eller biträder advokat klient vid förhandlingar med motpart som inte anlitar ombud eller biträde, bör han, efter vad förhållandena i varje särskilt fall kräver, fästa motpartens uppmärksamhet på att det i hans uppdrag inte ingår att tillvarata dennes intressen samt tillråda honom att anlita eller rådfråga annan advokat.

43 § Advokat får inte utan motpartens samtycke i rättegång åberopa av denne framfört förlikningserbjudande.

Förhållandet till domstol

44 § Såsom ombud eller biträde i rättegång är advokat skyldig att i allt iaktta vad rättegångsbalken och andra författningar rörande processen föreskriver. Han är skyldig att ordentligt sätta sig in i saken och att bedriva denna med den omsorg och skyndsamhet som god rättskipning kräver.

Av rätten meddelade föreläggganden skall efterkommas och förfrågningar från rättens sida utan dröjsmål besvaras.

Uppstår hinder för inställelse el. dyl., skall rätten skyndsamt underrättas därom.

Upphör advokatens uppdrag som rättegångsombud eller rättegångsbiträde, är han skyldig tillse att meddelande därom utan dröjsmål lämnas till rätten.

45 § Advokat är inte, med mindre särskild anledning därtill föreligger, skyldig att kontrollera riktigheten av de uppgifter som hans klient lämnar honom men får inte vid talans utförande lämna uppgift, som han vet är osann, eller bestrida uppgift, som han vet är sann.

Advokat får inte medverka till att bevis undertrycks eller förvanskas men är inte skyldig – och mot klientens önskan inte heller berättigad – att i rättegången förete eller åberopa bevis eller lämna uppgift, som talar till klientens nackdel, med mindre skyldighet därtill åläggs honom jämlikt stadgandena om vittnes- och editionsplikt.

46 § Advokat får inte utöva otillbörlig påverkan på vittne.

Advokat är, utan hinder av att vittne åberopats av motparten, oförhindrad att sätta sig i förbindelse med vittnet för att göra sig underrättad om vad vittnet kan uppge.

Advokat får inte lämna för vittne nedsättande uppgifter eller om vittnet göra kränkande eller förklenande uttalanden, där uppgifterna eller uttalandena inte är påkallade för talans utförande eller eljest för ett behörigt tillvaratagande av klientens intressen. Vad nu sagts gäller även uppgifter eller uttalanden om annan.

Förhållandet till andra myndigheter

47 § Vad som här ovan är sagt om förhållandet till domstol skall i tillämpliga delar iakttas jämväl i förhållande till annan myndighet.

Förhållandet till kollegerna

48 § Advokat skall gentemot kolleger visa den hänsyn och det tillmötesgående som god kollegialitet kräver. Kollegiala hänsyn får dock inte föranleda till handling eller underlåtenhet, som kan skada den egna klientens intressen.

49 § Anlitar motparten advokat, skall förhandlingar i saken föras med advokaten och meddelanden i ärendet riktas till honom. Det är inte tillåtet att, med förbigående av motpartens advokat, söka kontakt med motparten personligen, där inte fråga är om åtgärd, som lagligen måste företas gentemot motparten själv, eller ock motpartens advokat genom bortovaro, underlåtenhet att besvara brev el.dyl. gör en hänvändelse direkt till motparten nödvändig. I sådant fall bör motpartens advokat underrättas.

Betalning till motparten skall erläggas till dennes advokat, förutsatt att denne styrker sin behörighet att ta emot betalningen.

50 § Anlitar advokat på klientens vägnar kollega, t.ex. såsom platsombud, är han, där han inte gjort förbehåll om annat, skyldig att ansvara för kollegans arvode och kostnader, oavsett om klienten tillhandahåller erforderligt belopp.

51 § Kritik mot kollega skall vara saklig och måttfull.

Advokat får inte genom otillbörligt hot om anmälan eller rättslig åtgärd mot motpartens advokat söka förmå denne att vidta eller underlåta åtgärd.

Förhållandet till advokatsamfundet

52 § Advokat är skyldig att inom förelagd tid inkomma med yttrande eller svaromål, som begärs av samfundets styrelse eller disciplinnämnd eller av generalsekreteraren eller dennes medhjälpare. Han är därvid, utan hinder av den tystnadsplikt som åvilar honom, skyldig att fullständigt och sanningsenligt besvara framställda frågor och lämna begärda uppgifter.

Kommentar

till 1 § andra stycket

Kravet på iakttagande av god advokatsed leder till begränsningar i handlingsfriheten vid tillvaratagandet av klientens intressen. Sålunda medför hänsynen till rättsordningen samt till motparten och tredje man att en advokat inte får i sin yrkesutövning begagna alla till buds stående medel.

Att en advokat inte får medverka till brott är självklart, men han får enligt god advokatsed inte heller jämna vägen för annans brottsliga verksamhet[6] eller främja klientens intressen på ett otillbörligt sätt. Han skall exempelvis inte medverka till en rättshandling, som är ogiltig enligt avtalslagens regler, och han skall avböja varje uppdrag, som går ut på att någon skall vilseledas eller eljest otillbörligen förmås att företa en rättshandling. Han skall också avstå från uppdrag som måste leda till att annans rätt kränks.[7] Inte heller får han medverka till att skriftliga handlingar upprättas för skens skull eller ges osant innehåll.[8] Han skall inte låna sig till att upprätta avtal eller andra skriftliga handlingar av sådant innehåll att det kan befaras att de kommer att brukas i otillbörligt syfte. För att kravet på iakttagande av god advokatsed skall uppfyllas är det sålunda inte tillräckligt att advokaten förvissar sig om att det förfaringssätt som han rekommenderar eller eljest medverkar till inte är lagstridigt. Av en advokat måste fordras att han handlar på ett sätt som främjar hederlighet och redbarhet inom rättslivet, inte på ett sätt som verkar i motsatt riktning.

till 8 §

Av bestämmelsen följer att advokat inte får erbjuda sig att avstå från klientens rättshjälpsavgift och inte heller utan skäl far underlåta att tillföra sig sådan avgift. Motsvarande gäller beträffande självriskbelopp i rättsskyddsärende.

till 13 §

Advokat, som driver verksamhet som försäkringsagent eller auktionsförrättare, är skyldig att vid rådgivning eller annat biträde rörande angelägenhet, i vilken advokaten till följd av sådan verksamhet har ett ekonomiskt intresse, upplysa uppdragsgivaren därom.

till 14 §

Med gemensam kontorsorganisation jämställs i detta sammanhang varje organiserat samarbete, som är ägnat att framkalla risk för att advokatens tystnads- och diskretionsplikt åsidosätts .

Beträffande uppdrag som styrelseledamot, se bl.a. TSA 1962 s. 17, fall 8. Se beträffande försvararens relationer till den misstänkte RB 21:3 andra stycket.

6. TSA 1978 sid. 375, fall 12.
7. TSA 1968 sid. 64, fall 24, samt 1967 sid. 21, fall 6.
8. TSA 1979 sid. 77, fall 5.

Beträffande biträde av två eller flera personer (parter) i samma ärende, se bl.a. TSA 1975 s. 98, fall 5, samt 1976 s. 115, fall 4. Se även artikel TSA 1984 s. 239 f.

till 18 §
Se TSA 1977 s. 174, fall 3 (angående advokats förhållande till rättshjälpsnämnden när fråga är om byte av biträde enligt rättshjälpslagen)

till 20 §
Vad som sagts i 20 § utgör inte hinder för advokat, som driver verksamhet som försäkringsagent eller auktionsförrättare, att med klientens vetskap ta emot provision, som tillkommer honom i denna verksamhet.

till 27 §
Har den tilltalade i fall som avses i RB 31:2 biträtts av advokat, som inte är offentlig försvarare, utgör advokatens yrkande i rättegången övre gränsen för vad han får påföra klienten i rättegångsarvode.

Källförteckning

Offentligt tryck m.m.

Svenska lagförarbeten

Prop. 1972:4 med förslag till rättshjälpslag m.m.
Prop. 1977/78:2 om ändring i rättegångsbalken m.m.
Prop. 1981/82:57 Om försvararjäv m.m.
Prop. 1983/84:23 om rätten till offentlig försvarare
Prop. 1993/94:117 om inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
Prop. 1996/97:124 Ändring i socialtjänstlagen
Prop. 1996/97:134 Advokatsamfundets disciplinnämnd
Prop. 1999/2000:26 Effektivisering av förfarandet i allmän domstol

Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning, Stockholm 1884
Förstärkta lagberedningens betänkande angående hufvudgrunderna för en ny rättegångsordning, Stockholm 1887
Processkommissionens betänkande rörande rättegångsväsendets ombildning II (SOU 1926:31–33)
SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. II. Motiv (cit. PLB)
SOU 1977:49 Översyn av rättshjälpssystemet. Betänkande av rättshjälpsutredningen
SOU 1977:50 Häktning och anhållande. Betänkande av utredningen angående översyn av häktningsbestämmelserna
SOU 1982:26 Översyn av rättegångsbalken 1. Processen i tingsrätt. Del B. Motiv m.m. Delbetänkande av rättegångsutredningen
DsJu 1983:2 Rätten till offentlig försvarare. Delbetänkande avgivet av rättshjälpskommittén
SOU 1984:15 Ekonomisk brottslighet i Sverige. Slutbetänkande av kommissionen mot ekonomisk brottslighet
SOU 1995:81 Ny rättshjälpslag och andra bestämmelser om rättsligt bistånd. Betänkande av 1993 års rättshjälpsutredning

SOU 1999:31 Tillsyn över advokater m.m. Betänkande av Advokatkommittén

JuU 1981/82:34 om försvararjäv m.m.
JuU 1993/94:20 Anslag till rättshjälp m.m.
JuU 1995/96:15 Vissa processrättsliga frågor
JuU 1997:3 Advokatkommitténs betänkande

Övrigt

BRÅ PM 1979:8
JK:s beslut 5 december, 2000, dnr 374400/7

Regler om god advokatsed

Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1959, zuletzt geändert durch Gesetz vom 9 Dezember 1986

Canons of professional ethics. Adopted by American bar association 1908. Cit. Canons

Code of conduct for lawyers in the European community. Adopted by the council of the bars and law societies of the European community 1.1. 1997. Cit. CCBE

Code of conduct of the bar of England and Wales. Adopted by the general council of the bar of England and Wales 26 September 1998. Cit. *Bar Code*

The guide to the professional conduct of solicitors. Issued 1990 by the council of the Law Society, 7 ed. 1996. (First published as A guide to the professional conduct and etiquette of solicitors, Sir Thomas Lund.) Cit. LSG

International bar association's international code of ethics, 1988 edition

Model code of professional ethics. Adopted by American bar association 1969. Cit. *Model Code*

Model rules of professional conduct. Adopted by American bar association 1983. Cit. *Model Rules*. www.abanet.org/cpr/mrpc

Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles. 3e éd., Bruylant, Bruxelles 1994

Stadgar för Sveriges advokatsamfund (i matrikel för Sveriges advokatsamfund)

Vägledande regler om god advokatsed. Utfärdade av Sveriges advokatsamfunds styrelse den 9 november 1984. Cit. SRGA. (som bilaga)

Övrig litteratur

Monografier, artiklar etc.

Allegretti, Joseph: Have briefcase will travel: an essay on the lawyer as hired gun.
Creighton Law Review, vol. 24 (1991). – S. 747–780
– Rights, roles, relationships; the wisdom of Solomon and the ethics of lawyers.
Creighton Law Review, vol. 25 (1992). – S. 1119–1139
– A lawyer's miscellany: scriptural resources for Christian lawyers.
Fordham Urbina Law Journal, vol. 26 (1999). – S. 1183–1194
Ashworth, Andrew: Sentencing and criminal justice (2. ed.). – Oxford, 1995
Auerbach, Jerold S.: The legal profession after Watergate.
Wayne Law Review, vol. 22 (1976)
– Unequal justice: lawyers and social change in modern America. – New York, N.Y., 1976
Aust, Stefan: Baader-Meinhof: sju år som förändrade förbundsrepubliken. – Stockholm, 1990
Basten, John: Control and the lawyer-client relationship.
Journal of legal profession, vol. 6 (1981). – S. 7–38
Bellows, Randy: Notes of a public defender.
The social responsibility of lawyers: Case Studies/Philip B. Heymann & Lance Liebman (eds.). – Westbury, N.Y, 1988. – S. 69–72
Beneke, Timothy: Men on rape
Professional responsibility. Ethics by the pervasive method/Deborah L. Rhode (ed.). 2. ed. – New York, N.Y. 1998. – S. 206.
Bentham, Jeremy: An introduction to the principle of morals and legislation/ Burns & Hart (ed.). – Oxford, 1996
Berlin, Isaiah: Four essays on liberty. – Oxford, 1969
Berman, Jesse: The Cuban popular tribunals.
Columbia Law Review, vol. 69 (1969). – S. 1317
Blackmun, Harry A.: Thoughts about ethics.
Emory Law Journal, vol. 3 (1975). – S. 12–13
Blackstone, William: Commentaries on the laws of England. Vol 4. – London, 1844
Blake, Meredith, & Andrew Ashworth: Some ethical issues in prosecuting and defending criminal cases.
Criminal Law Review (1998). – S. 16–34
Blomkvist, Curt: Försvararen. – Göteborg, 1987
Blomquist, Helle: Lawyers' ethics. – Köpenhamn, 2000
Bomgren, Gunnar: Det svenska advokatväsendet före bildandet av Sveriges Advokatsamfund.
TSA 1937 s. 67–173

Boon, Andrew & Jennifer Levin: The ethics and conduct of lawyers in England and Wales – Oxford, 1999
Boswell, James: Life of Johnson/R.W. Chapman and J.D. Fleeman (ed.). – London, 1970
Burger: Standards of conduct for prosecution and defense personnel.
American Criminal Law Quarterly, vol. 5, nr.11 (1966)
Bylund, Torleif: Tvångsmedel I. Personella tvångsmedel i straffprocessen. – Uppsala, 1993
Callahan, Michael S., & Hal C. Pitkow: The propriety of the attorneys' action in the Lake Pleasant case.
Lawyers' ethics. Contemporary dilemmas/Allan Gerson (ed.). – New Brunswick, 1980
Cameron, Iain: The Swedish experience of the European convention on human rights since incorporation.
International and Comparative Law Quarterly, vol. 38 (1999). – S. 20–56
Carter, Jimmy: Attack on lawyers and the legal profession
Lawyers' ethics. Contemporary dilemmas/Allan Gerson (ed.). – New Brunswick, 1980
Cochran, Robert F., Jr.: Crime, confession, and the counselor-at-law: lessons from Dostoyevsky.
Houston Law Review, vol. 35 (1998). – S. 327–397
Dahlman, Christian: Konkurrerande culpakriterier. – Lund, 2000
Danelius, Hans: Europadomstolens domar 1961–1990 – en rättsfallsöversikt.
SvJT 1991, s. 257–340
– Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. – Stockholm, 1997
Dauer, Edward A., & Arthur Allen Leff: The lawyer as friend.
Yale Law Journal, vol .86 (1977). – S. 573–582
Dershowitz, Alan M.: Reversal of fortune. – New York, N.Y., 1986
– The advocate's devil. – New York, N.Y., 1995
Diesen, Christian: Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål. – Stockholm, 1993
– Styckmordsmålet – århundradets brottmålsrättegång?
Rättsfall att minnas: till Jan Hellner den 28 oktober 1997. – Stockholm, 1997. – S. 297–311
Drinker, Henry: Legal Ethics. – New York, N.Y., 1954
Du Cann, Richard: The art of the advocate. – Harmondsworth, 1980
Ebervall, Lena: Der Strafverteidiger zwischen freiem Beruf und Organ der Rechtspflege.
Arbeiten zur Rechtsvergleichung. – Baden-Baden, 1997. – Bd 183. – S. 93–109
Edelstam, Henrik: Offentlighet och sekretess i rättegång. Principen om handlingsoffentlighet. – Stockholm, 2001
Ekdahl, Curt: Om advokats rätt att frånträda uppdrag.
TSA 1936 s. 100–120

Ekelöf, Per Olof: Vilket ansvar bör domaren ha för brottmålsdomens riktighet?
Lov og frihet: festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen 7.september 1982. – Oslo, 1982. – S. 423–435
– Rättegång II. – 8 uppl. – Stockholm, 1996
Ekelöf, Per Olof och Robert Boman: Rättegång I. – 7 uppl. – Stockholm, 1990
– Rättegång IV. – 6 uppl. – Stockholm, 1992
Ekelöf, Per Olof och Torleif Bylund och Robert Boman: Rättegång III. – 6 uppl. – Stockholm, 1994
Ekelöf, Per Olof och Henrik Edelstam och Robert Boman: Rättegång V. – 7 uppl. – Stockholm, 1998
Elwing, Carl Magnus: Anteckningar om brevcensur beträffande häktad.
Festskrift till Ulla Jacobsson. – Stockholm, 1991. – S. 69–80
Emmins on criminal procedure/John Sprack (ed.). – 6.ed. – London, 1995
Ethical issues in professional life/Joan C. Callahan, (ed.). – Oxford, 1988
Evans, Keith: The golden rules of advocacy. – London, 1993
Fitger, Peter: Processrätt I (RB 1–34 kap.). – Stockholm, 1999
Fitger, Peter/Cecilia Renfors: Processrätt II (RB 35–59 kap.). – Stockholm, 2000
Flood, John A.: Barristers' clerk: the law's middlemen. – Dover, N.H., 1983
Frank, Jerome: Courts on trial: myth and reality in American justice. – Princeton, N.J., 1950.
Frankel, Marvin E.: The search for truth. An umpireal view.
University of Pennsylvania Law Review (1975). S. 123
– Partisan justice. – New York, N.Y., 1980
Freedman, Monroe: Professional responsibility of the criminal defense lawyer: the three hardest questions.
Michigan Law Review, vol. 64 (1966). – S. 1469
– Where the bodies are buried: the adversary system and the obligation of confidentiality.
Criminal Law Bulletin, vol. 10 (1974). – S. 979
– Lawyers' ethics in an adversary system. – Indianapolis, Ind., 1975
– The lawyer as a hired gun.
Lawyers' ethics. Contemporary dilemmas/Allan Gerson (ed.). – New Brunswick, 1980
– Lawyer-client confidences under the ABA model rules: ethical rules without ethical reason.
Criminal Justice and Ethics, vol. 3 (Summer/Fall, 1984)
– Understanding lawyers' ethics. – New York, N.Y., 1990
– Must you be the devil's advocate?
Legal Times, August 23, 1993
– The morality of lawyering.
Legal Times, September 20, 1993

Fried, Charles: The lawyer as friend: the moral foundations of the lawyer-client relation.
Yale Law Journal, vol. 85 (1976). – S. 1060
Friedson, Eliot: Professionalism reborn, theory, prophecy and policy. – Cambridge, Mass., 1994
God advokatsed/Lars Bentelius & Kristian Agneklev (red.). – Stockholm, 1998
Goldberger: Would you defend an unpopular cause?
Barrister, vol. 5 (Winter 1978). – S. 46
Green, Mark J.: The other government: the unseen power of Washington lawyers. – New York, 1975
Gärde/Engströmer/Strandberg/Söderlund: Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande med kommentar. – Stockholm, 1949
Hall, Thore m.fl.: Ett spörsmål om god advokatsed för försvarare i brottmål.
TSA 1966 s. 23–25
Hallström, Sven: Mera om god advokatsed.
TSA 1945 s. 17–24
Harbaugh, William H.: Lawyer's lawyer. The life of John W. Davis. – New York, N.Y., 1973
Haynsworth: Professionalism in lawyering.
South Carolina Law Quarterly, vol. 27 (1976). – S. 627
Hazard, Geoffrey C, Jr: Ethics in the practice of law. – New Haven, 1978
Hellner, Jan: Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt: I häftet. Särskilda avtal. – Stockholm, 1993
Heuman, Lars: Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen.
TSA 1986 s. 40–54
– Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar. – Stockholm, 1987
Heuman, Lars & Peter Westberg: Argumentationsformer inom processrätten. – Stockholm, 1993
Heuman, Maths och Bengt Lassen: Brottets beivrande. – Stockholm, 1952
Hobin, Thomas & David J. Jensen: The impropriety of the attorney's actions in the Lake Pleasant case.
Lawyers' ethics. Contemporary dilemmas/Allan Gerson (ed.). – New Brunswick, 1980
Holmes, Oliver Wendell: The path of the law.
Harvard Law Review, vol. X, nr.8. (1897). – S. 457–478
Ipp, D. A.: Lawyers' duties to the courts.
Law Quarterly Review, vol. 114 (1998). – S. 63–107
Ivanhoe career guide to the legal profession 1995. – London, 1994
Jack, Rand & Dana Crowly Jack: Moral vision and professional decisions.
Professional responsibility. Ethics by the pervasive method, 2. ed./Deborah L. Rhode. – New York, N.Y., 1998
Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt. – Uppsala, 2001
Johannesson, Kurt: Retorik eller konsten att övertyga. – 2 uppl. – Stockholm, 1998

Kennedy, Duncan: Distributive and paternalist motives in contract and tort law with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power. Maryland Law Review, vol. 41, (4) (1982). – S. 563–658
– A critique of adjudication: fin de siècle. – Cambridge, Mass., 1997
Kronman, Anthony T.: The lost lawyer: failing ideals of the legal profession. – Cambridge, Mass., 1993
Kunen, James S., How can you defend those people?: the making of a criminal lawyer. – New York, 1983
Kutak, Robert: The adversary system and the practise of law.
The good lawyer: lawyers' roles and lawyers' ethics/David Luban (ed.). – Totowa, N.J., 1983
Langbach, Tor: Forsvareren. – Oslo, 1996
Larsson, Rolf: Djävulens advokat. – Moderna Tider nr 4, 1995
Laurin, Lars: Klientens intresse utgör den viktigaste gränsen för handlingsfriheten.
TSA 1983 s. 201–206
Lawyers' ethics. Contemporary dilemmas/Allan Gerson, (ed.). – New Brunswick, 1980
Leijonhufvud, Madeleine: Advokaterna, övergreppen och rättvisan.
TSA 1997 s. 12
Lewis, C.S.: Prince Caspian: the return to Narnia. – London, 1951
Lindblom, Per Henrik: Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar.
SvJT 1999 s. 496–513
– Tvekamp eller inkvisition? Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktion och grundstruktur.
Progressiv process. – Uppsala, 2000. – S. 189–236
– Rättegångssalens väggar – om domstolsprocessen i tid och rum. Söderbergska priset i rättsvetenskap 2001, Kungl. Vetenskapsakademien. – Stockholm, 2001
Linowitz, Sol M.: The betrayed profession. – Baltimore, 1994
Lous, Georg: Sakføreres taushetsplikt: en utvikling og vurdering. – Oslo, 1960
– Edisjonsplikten. – Oslo, 1962
Luban, David: The sources of legal ethics.
Rabels Zeitschrift vol. 48 (1984). – S. 262
– Lawyers and justice. An ethical study. – New Jersey, 1988
– Partisanship, betrayal and autonomy in the lawyer/client relationship.
Columbia Law Review, vol. 90 (1990). – S. 1004–1043
Lund, Sir Tomas: The professional conduct and etiquette of solicitors. – London, 1960
Lundkvist, Ulf: Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. – Uppsala, 1998
Macauley, G: Works of Lord Macauley. – London, 1900
Martin, G: Causes and conflicts. The centennial history of the association of the bar of the city of New York 1870–1970. – New York, 1970

Martyn, Susan R.: Are we moving in the right dimension? Sadducees, two kingdoms, lawyers, and the revised model rules of professional conduct. Val. University Law Review, vol. 34 (1999). – S. 121–168
Max Weber and Modern Sociology/Arun Sahay (ed.). – London, 1971
May, Richard: Criminal Evidence. 3. ed. – London, 1995
Mill, John Stuart: Om friheten. – Lund, 1995
Millquist, Göran: Konkursförvaltarens skadeståndsansvar. SvJT nr 1, 1991. – S. 1–39
Mindes & Acock: Trickster, hero, helper, a report on the lawyer image. American Bar Foundation Research Journal (1982). – S. 177–233
Modéer, K. Å.: Den offentlige försvararen. – Lund, 1977. – (Rättshistoriska studier, ser. II; 5)
– Det fria advokatyrket: kampen för en modern juridisk yrkesroll. Festskrift till Sveriges advokatsamfund: 1887–1987. – Stockholm, 1987. – S. 11–52
Moliterno, James E.: Lawyer creeds and moral seismography. Wake Forest Law Review, vol. 32 (1997). – S. 781–818
Morison, John & Philip Leith: The barrister's world. – Open University Press, 1992
Mortimer, John: Rumpole and the age of miracles. – London, 1988
– The best of Rumpole. – London, 1993
Nagel, Stuart & Marian Neef: The adversary nature of the American legal system: a historical perspective.
Lawyers' ethics. Contemporary dilemmas/Allan Gerson (ed.). – New Brunswick, 1980
Narayan, Rudy: Barrister for the Defence. – London, 1985
The National Lawyers Guild./Ann Fagan Ginger and Eugene M. Tobin (ed.). – Philadelphia, Penn., 1988
Nicholson, Donald & Julian Webb: Professional legal ethics: Critical interrogation. – Oxford, 1999
Nilsson, Annika: Att byta ut skadliga kemikalier. Substitutionsprincipen: en miljörättslig analys. – Stockholm, 1997
Noonan: The purposes of advocacy and the limits of confidentiality. Michigan Law Review, vol. 64 (1966). S. 1485
Nowak, Manfred: U.N. covenant on civil and political rights, CCPR commentary. – 1993
O'Dair, Richard: Legal ethics. Text and materials. – London, 2001
Ogletree, Charles J., Jr.: Beyond justifications: seeking motivations to sustain public defenders.
Harvard Law Review, vol. 106 (1993). – S. 1239–1294
Olivecrona, Karl: Rättegången i brottmål enligt RB. – Stockholm, 1953
– Rättegången i brottmål enligt RB. – 2 uppl. – Stockholm, 1961
– Rättegången i brottmål enligt RB. – 3 uppl. – Stockholm, 1968
Pannick, David: Advocates. – Oxford, 1992

Parsons, Talcott: The professions, international encyclopædia of the social sciences. – New York, 1968
Pearce, Russell: The religious lawyering movement: an emerging force in legal ethics and professionalism.
Fordham Law Review, vol. 66 (1998). – S. 1075–1082
Penser, Wilhelm: Några reflektioner rörande försvararens lojalitetsplikt.
TSA 1976 s. 99–101
Persson, Mikael: Retorik för jurister. – 2 uppl. – Uppsala, 1997
Pepper, Stephen L.: The lawyer's amoral ethical role: a defense, a problem, and some possibilities.
American Bar Foundation Research Journal (1986), s. 613–635
Pollitt: Counsel for the unpopular cause: the hazard of being undone.
North Carolina Law Review, vol. 43 (1964). – S. 9
Professional responsibility. Standards, rules & statutes./John S. Dzienkowski (ed.): 1999–2000 ed. – St. Paul, Minn., 1999
Rawls, John: A theory of justice. – Oxford, 1971
Reid: A lawyer acquitted: John Adams and the Boston massacre.
American Journal of Legal History, vol. 18 (1974). – S. 189
Renström, Claës: Att bidraga till sakens rätta belysning.
TSA 1993 s. 170–171
Rhode, Deborah L.: Professional responsibility. Ethics by the pervasive method, 2. ed.. – New York, N.Y., 1998
– Ethical Perspectives on Legal Practice.
Stanford Law Review, vol. 37 (1985). – S. 589–652
Ridolfi, Cookie: Statement on her representing rape defendants, July 26, 1989.
Professional responsibility. Ethics by the persuasive method, 2.ed./Deborah L. Rhode (ed.). – New York, N.Y., 1998
Robberstad, Anne: Mellom tvekamp og inkvisition. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling. – Oslo, 1999
Romersk retorik. Till Herennius/i översättning av Birger Bergh. – Borås, 1994
Rostow, Eugene V.: The Lawyer and His Client.
American Bar Association Journal, vol. 48 (1962). S. 25–30
Rovere, Richard H.: Howe and Hummel, their true and scandalous history. – New York, N.Y., 1947
Russell, Bertrand: Makt: en analys av dess roll i samhället. – 2 uppl. – Stockholm, 1952
Sahlin, Nils-Eric: Beviskravet i brottmål.
TSA 1988 s. 260–267
Samhällsvetenskapens klassiker/Margareta Bertilsson och Björn Hansson (red.). – Lund, 1988
Samuelson, Per E.: Att förhöra ett vittne. – Stockholm, 1996
Sandel, Michael J.: Liberalism and the limits of justice. – 1. – Cambridge, Mass., 1982
Schaefer: Federalism and state criminal procedure.
Harvard Law Review, vol. 70 (1957). – S. 1

Schudson, Michael: Public, private, and professional lives: The correspondence of David Field and Samuel Bowles.
American journal of Legal History, vol. 21 (1977). – S. 191
Scott, Sir Walter: Ivanhoe. – Edinburgh, 1819
Shaffer, Thomas L. & Robert F. Cochran, Jr.: Lawyers, clients, and moral responsibility. – St Paul, Minn., 1994
Sharswood, George: An essay on professional ethics. 1854.
Omtryckt av American Bar Association, vol. 32 (1907). – Rep. 1
Shaughnessy, Patricia L.: The attorney-client privilege. A comparative study of American, Swedish and EU law. – Stockholm, 2001
Silverman, Frances: Handbook of professional conduct for solicitors, 2.ed. – London, 1992
Simon, William H.: The ideology of advocacy: procedural justice and professional ethics.
Wisconsin Law Review (1978). – S. 29
– The ethics of criminal defense.
Michigan Law Review, vol. 91 (1993). – S. 1703 – 1728
– The practice of justice. A theory of lawyers' ethics. – Cambridge, Mass., 1998
Smith, Eva: Advokaternes medvirken ved implementeringen af den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK) ved de danske domstole.
Advokatsamfundets festskrift i anledning af Retsplejelovens 75 års jubilæum/Ole Stig Andersen (red.). – Köpenhamn, 1994. – S. 213–222
Spangler, Eve: Lawyers for hire. Salaried professionals at work. – Yale, 1986
Stavros, Stephanos: The guarantees for accused persons under article 6 of the European convention on human rights. – Dordrecht, 1993
Stjernstedt, Georg: Brottmålsadvokaten. – Stockholm, 1928
Stone, Richard: Exclusion of evidence under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: practises and principles. 3 Web. – London, 1995
Svalheim, Knut: Advokaters taushetsplikt. – Oslo 1996
Thode: The ethical standard for the advocate.
Texas Law Review, vol. 39 (1961). – S. 575–592
Thorild, Thomas: Rätt, eller Alla samhällens eviga lag. – Stockholm 1–4, 1794–95
Tigar, Michael E.: Setting the record straight on the defense of John Demjanjuk.
Legal Times, 6/9 1993
de Tocqueville, Alexis: The United States: a unique government of lawyers. Democracy in America. 1835
Lawyers' ethics. Contemporary dilemmas/Allan Gerson (ed.). – New Brunswick, 1980
Träskman, Per Ole: Omvänt eller bakvänt? Om konststycket att lägga bevisbördan i brottmål på den tilltalade, utan att det kommer bak på människorättigheterna.

Nordisk Tidsskrift for kriminalvidenskab, 85. årgang. Nr 3–4. – S. 352–365
Wasserstrom, Richard: Lawyers as professionals: some moral issues.
American Bar Association: Human Rights, vol. 5 (1975). – S. 1–14
Weinstein: Educating ethical lawyers.
New York State Bar Journal, vol. 47 (June, 1975)
Weisberg, Richard: Poethics and other strategies of law & literature – New York, N.Y., 1992
Welamson, Lars: Läkarsekretessen: en rättslig undersökning. – Stockholm, 1962
– Några anteckningar om advokats tystnads- och vittnesplikt.
TSA 1962 s. 288–299
Wenne, Lars: God advokatsed. – Stockholm, 1988
Westberg, Peter: Domstols officialprövning. – Lund 1988
Westman, Bo: Om försvararens rättigheter och plikter.
TSA 1953 s. 295–304
– Om försvarares skyldighet att fullfölja huvudmannens talan.
TSA 1955 s. 97–102
– Tystnadsplikt och upplysningsplikt
TSA 1963 s. 391–401
– Advokater: behövs dom? – Stockholm, 1969
– Försvararens lojalitetsplikt
TSA 1976 s. 192–193
Wiklund, Holger: Ett spörsmål om god advokatsed för försvarare i brottmål.
TSA 1965 s. 376–379
– Ett spörsmål om god advokatsed för försvarare i brottmål. Efterskrift.
TSA 1966 s. 25–26
– God advokatsed. – Stockholm, 1973
Vinge, Karl Axel: Om god advokatsed. – Lund, 1944
Wolfram, Charles W.: Modern legal ethics, practitioner's edition. – St. Paul, Minn., 1986
The Works of Jeremy Bentham: Rationale of Judicial Evidence/J. Bowring (ed.). – (7). – London, 1850
Young, Don D. & Louise L. Hill: Professionalism: the necessity for internal control.
Temp. Law Review, vol. 61 (1988). – S. 205–211
Younger: Professional responsibility.
Brook. Law Review, vol. 43 (1977). – S. 863
Zacharias, Fred C.: Reconceptualizing ethical roles.
Geo.Wash.Rev., vol. 65 (1997). – S. 169–209
– The lawyer as conscientious objector.
University of San Diego Public Law Research Paper No. 31, University of San Diego School of Law, Winter, 2000–2001
Zitrin, Richard A. & Carol M. Langford: Legal ethics in the practise of law: rules, statutes and comparisons. – Charlottesville, Va., 1998

Övrig litteratur (osignerade artiklar, symposier etc.)

ABA:s Committe on communist tactics, strategy and objectives, ABA:s Committe on individual rights as affected by national security. – 78 ABA Rep. 133, 1953

Advokatsamfundets disciplinära verksamhet. Betänkande av disciplinkommittén. Sveriges advokatsamfund. – Stockholm 1981

Förhandlingarna vid Sveriges advokatsamfunds årsmöte i Stockholm 17 juni 1899

Note, Ethical abuse of technicalities: a comparison of prospective and retrospective legal ethics. – Harvard L.Rev. [112] 1086, 1999

Professional responsibility: Report of the joint conference (1958). – 44 A.B.A.J. 1159, 1216, 1958

Symposium, Rediscovering the role of religion in the lives of lawyers and those they represent. – 26 Fordham Urb. L.J. 821, 1999

Symposium, The relevance of religion to a lawyer's work: an interface conference. – 66 Fordham L.Rev. 1075, 1998

Symposium, Faith and the law. – 27 Tex. Tech.L.Rev. 911, 1996

Öfverläggningar inom Sveriges advokatsamfunds Stockholmsafdelning. – Stockholm, 1898

Översyn av de vägledande reglerna om god advokatsed. Betänkande av etiska kommittén. Sveriges advokatsamfund. – Stockholm 1984

Rättsfall m.m.

NJA

NJA 1949 s. 239 30
NJA 1973 s. 42 341
NJA 1973 s. 385 288
NJA 1977 s. 137 303
NJA 1977 s. 403 211
NJA 1977 s. 577 335
NJA 1979 s. 251 288
NJA 1980 s. 177 313
NJA 1980 s. 587 288
NJA 1981 s. 1035 218, 243, 249
NJA 1981 s. 1080 313
NJA 1983 s. 200 306
NJA 1984 s. 877 335
NJA 1989 s. 540 308
NJA 1990 s. 156 308
NJA 1990 s. 264 310
NJA 1990 s. 537 211

NJA 1991 s. 38 318
NJA 1991 s. 232 30
NJA 1991 s. 293 30, 266
NJA 1992 s. 16 285
NJA 1992 s. 139 29
NJA 1993 s. 405 32
NJA 1994 s. 688 30
NJA 1995 s. 75 161, 304, 311, 315
NJA 1995 s. 625 305

Notismål från HD

1962 C 12 161
1972 C 445 310
1973 C 260 314
1973 C 290 313
1974 C 154 314
1976 C 96 311
1979 C 39 313
1985 C 10 313
1985 C 127 313
1988 C 62 313
1988 C 194 313
1989 C 114 313
1992 C 34 311
1992 C 50 313
1992 C 58 311, 313
1993 C 136 313

RH

RH 1983:78 217, 218, 306
RH 1983:128 310
RH 1994:97 226
RH 1995:2 310
RH 1995:32 211
RH 1995:64 316

Övriga svenska domstolsavgöranden

HD:s beslut SÖ 297 (1984) 216
Svea hovrätt mål B 5974-01 349
Stockholms tingsrätt mål B 17–19/87 234
Stockholms tingsrätt mål B 7324/00 234
Alingsås tingsrätt mål B 698/93 332
Alingsås tingsrätt mål B 360/94 332
Alingsås tingsrätt mål B 289/97 332

Rättsfall från utländska domstolar

England

Jones v. National Coal Board [1957] 2 QB 55 380
Rondel v. Worsley [1969] 1 AC 191 140
Arthur J.S. Hall & Co v. Simons [2000] 3 WLR 543 144

USA

Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949) 245
Spaulding v. Zimmerman, 116 N.W. 2d 704 (1962) 250, 266
State ex rel. Sowers v. Olwell, 64 Wash. 2d 828, 394 P 2d 681, 16 A.L.R. –3d 1021 (1964) 235, 236
Miranda v. Arizona (384 U.S. 436, 514) (1966) 258
United States v. Wade, 87 S. Ct. 1926 (1967) 245
Sandstrom v. State of Florida 309 So 2d 17, 21 (1975) 70
State of New York v. Belge, 83 Misc. 2d 186, 372 N.Y.S. 2d 798 (1975) 229, 235
People v. Belge, 50 A.2d 1088, 376 N.Y.S.2d 771 (1975) (Appellate Division of the Supreme Court of New York) 236
State v. Holland, 876 P2d (Utah 1994) 70, 194, 201, 219, 276
State v. Taylor, 947 P.2d 681 (Utah 1997) 276

Europadomstolen

ARTICO v. ITALY, European Court of Human Rights: Judgments, 13.5.80, Series A, No. 37 121
SALABIAKU v. FRANCE, European Court of Human Rights: 7.10.88, 141-A 252
QUARANTA v. SWITZERLAND, European Court of Human Rights: Judgments, 24.5.91, Series A, No 205 115

Europakommissionen

OPNER AND HOPFINGER v. AUSTRIA, European Commission of Human Rights: Art. 31 reports. 23.11.61. 6 yearbook 676 123
JESPERS v. BELGIUM, European Commission of Human Rights: Art. 31 reports. 14.12.81. 27 D&R 61 123
CAN v. AUSTRIA, European Commission of Human Rights: Art. 31 reports. 9.5.84. series A, no. 100 113, 123

Disciplinnämndsavgöranden

TSA 1937 s. 105	155
TSA 1950 s. 79	105
TSA 1953 s. 295	102
TSA 1962 s. 288	211
TSA 1973 s. 102 ("fall I")	330
TSA 1973 s. 103 ("fall II")	330
TSA 1973 s. 472	211
TSA 1974 s. 45	356, 359
TSA 1975 s. 359	194, 307
TSA 1975 s. 366	303
TSA 1976 s. 192	346
TSA 1976 s. 373 (fall 15)	345
TSA 1978 s. 109	306
TSA 1978 s. 379 (fall 15)	363
TSA 1982 s. 306 (fall 11)	257
TSA 1985 s. 342	216
TSA 1986 s. 60	217, 218, 306
TSA 1987 s. 79 (fall 16)	344
TSA 1987 s. 355	326, 329
TSA 1987 s. 356 (fall 3)	291
TSA 1988 s. 260 f.	202, 221, 265, 314
TSA 1989 s. 81 (fall 4)	329
TSA 1989 s. 382 (fall 2)	344
TSA 1990 s. 49 (fall 1)	330
TSA 1990 s. 88 (fall 5)	344
TSA 1990 s. 317 (fall 10)	330
TSA 1990 s. 362	345
TSA 1990 s. 364 (fall 13)	330, 331
TSA 1991 s. 38 (fall 1)	334
TSA 1991 s. 92 (fall 6)	334
TSA 1991 s. 138	344
TSA 1991 s. 310	331
TSA 1991 s. 374	330
TSA 1991 s. 378 (fall 43)	334
TSA 1991 s. 432	266
TSA 1992 s. 324	257
TSA 1993 s. 45 (fall 3)	324
TSA 1993 s. 170	258
TSA 1997 s. 28 (fall 14)	333
TSA 1997 s. 28 (fall 28)	344
TSA 1998 (nr 7) (fall 2)	331
TSA 1999 (nr 2) (fall 1)	331
TSA 1999 (nr 2) (fall 2)	333, 334

TSA 1999 (nr 7) s. 26 (fall 10) 355
TSA 1999 (nr 8) (fall 14) 216
TSA 2001 (nr 1) s. 27 207

Övrigt material

Debatter

Hemming-Sjöberg vid samfundets årsmöte 1928
Lord Hutchinson, QC, and Lord Ackner, 516 HL 207 (20 Feb. 1990) (Debate on the Courts and Legal Services Bill) (England)
Lord Irvine, 516 HL 194. (Debate on the Courts and Legal Services Bill) (England)

Internationella traktater

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, ETS No 5. Cit. EMRK
GA Res. 217 A (III) of 10 December 1948, Universal Declaration of Human Rights, art. 11 (1) Cit. FN-deklarationen
United Nations Covenant on Civil and Political Rights (1966 års FN-konvention om medborgerliga och politiska rättigheter). Cit. CCPR
1969 OAS-convention on Human Rights
1981 OAU-convention on Human and Peoples Rights

Sakregister

1734 års lag 156

ABA 50 f.
access to justice 61, 153, 166, 195
ackusatorisk process 68 f., 133, 163, 169
adversary system 48, 50, 68, 237
advokat
- affärs- 65
- byrå, allmän 158, 168, 299
- kårens anseende 108
- marknad 50, 147
- monopol 50, 89
- organisationer 117
- samfund 154, 163
- sekretessen 325
- stånd 46, 154
- system 147
- tvång 50, 89
- väsende 155

advokaten
- som instrument 56
- som vän 66, 79, 203, 232

advokats
- anseende 108
- ansvar 83, 104, 264 f.
- image 376
- oavhängighet 105, 128
- oligarki 268
- saklighet 343 f.
- självständighet 166
- tystnadsplikt 210
- uppfattning i skuldfråga 219
- uppträdande 343

affärsjuridiskt uppdrag 129
alibivittne 222
altruism 78
ambulance chaser 76
amerikansk/amerikanska
- advokatetisk litteratur 38, 48
- advokatregler 369
- doktrin 37, 151
- domstolar 51
- normer 152

amoral 65
analogier 324
angloamerikansk brottmålsprocess 256
ansvarsfråga 348, 365, 373
antikens retoriker 135, 378
antipaternalism 66, 201
arvode 359, 378
autonomi 63, 78
avtalsfrihet 284
avvisning 305

bagatellmål 314
bakgrundsfakta 231
barrister 132, 134, 377
behörighet 287 ff., 371
bemyndigande 291
bevis 217, 221 f., 245, 350
- börda 213, 252
- efterforskande 335
- frågor 316, 350
- medel 209, 222 f.
- säkring 218
- tema 208, 222 f.
- värdering 223

biträdesbyte 310
blankofullmakt 287
bristande aktivitet 307
brottsutredning 361
brännvinsadvokat 46, 156
byråjäv 330

cab rank-regeln 101
Canons of Professional Ethics 52
civila uppdrag 284, 329, 335
civilmål 309, 346

Code of Conduct of the Bar of England and Wales 54, 137
common law 139, 210
Counsel for the defence 134
Counsel for the prosecution 134
court appointments 148, 153
Courts and Legal Services Act 137

disciplinnämnd 30 f.
disciplinär åtgärd mot advokat 47
diskriminering 142 f., 166, 183
djävulens advokat 87
domarroll 69
domstolsförordnande 152
dödsstraff 265

ed 256, 373
egoism 78
ekonomisk brottslighet 31
elitism 140 f., 145
engelsk/engelska
- advokatetik 38
- advokatetisk doktrin 53
- advokatkåren 53
- advokatrollen 378
- doktrin 38, 383
- rättshistoria 135
enrumsprivilegium 266
entledigande 307, 312, 314, 319, 329, 386
equality of arms 57, 115, 123, 247 f., 264, 346
erkännande 68, 191, 226, 232, 263, 273 f., 347, 368, 379
ersättning för arbete 218
Europadomstolen 115, 121, 167, 252
Europakommissionen 113, 122

fair play 57, 141
fair trial 101, 110, 114, 119, 124, 127, 138
familjemål 310
fattig tilltalad 124, 148, 156 ff., 162, 172 f., 248
formell uppgift 349
friande dom 226
frihet 60
frihetsberövad klient 112, 160, 266, 306, 335, 349
frivillighet 154
frågeförbud 211, 325
främjande av brottslighet 323
främjande av orätt 334, 361
fullföljd 364
fullföljdsinlaga 288
fullgörande av uppdrag 121
fullmakt 285
fällande dom 226
förberedelse av mål 206
förklenande uttalande 345
förnekande 225
förordnande 160 f., 168 f.
försoning 273
försvarare/försvarares 306, 335
- behörighet 389
- byte av 309, 313 f., 386
- fullmakt 286
- ideologi 40
- jäv 322 f., 388
- jävsregeln 72, 323
- kuratorsfunktion 335
- plikt 110, 119, 127
- roll 69, 276
- som instrument 254
- uppdrag 336
- utredning 217
försättande på fri fot 349
förtal 380
förtroende för advokatkåren 359
förtroendeförhållande 330, 370 f., 385
förtroendeklyfta 387
förtroendesekretess 325
förundersökningsmaterial 306
förvaltningsuppdrag 292

gemensam försvarare 309
generalklausul 72, 322, 334, 360 f.
god advokatsed 43, 46 f., 130
god rättskipning 243, 341, 354 f., 358 f.
god sak 106, 156, 176
grov brottslighet 314, 316
grov ekonomisk brottslighet 360
grundlagsskydd 210, 229 f., 256
gränser för tystnadsplikt 236

HD 30, 51, 161, 211, 216, 218, 243, 266, 288, 304, 306, 308 ff., 313 ff., 322, 335, 341, 354 ff., 359 ff., 364 f., 397
heterogen advokatkår 147, 183
hidden hand 83
hinder för sanning 238, 244
hindra sakens utredning 229
hired gun 55, 60, 65, 98, 259, 372
homo œcomomicus 247, 274
homogen advokatkår 183
hot 317, 319
humanitet 99, 101 f., 314
humanitär legitimation 127
hypotes 213, 226
häkteslagen 361 f.
häktningsförhandling 257
häktningsförutsättning 349
händelseförlopp 214

icke-juridiska faktorer 375
ideal 41
idealtyp 41
identifiering med klient 101
ideologi 39
ideologisk pluralism 171, 177
immunitet 140, 144, 380
impopulär tilltalad 98, 105, 114, 127, 148 f., 171
in casu-bedömning 33
individens frihet 78
individens rättighet 199 f.
informationskälla 213
inkvisitorisk process 156
Inns of Court 132, 135, 139
institutionell schizofreni 248
instrumentalism 55, 65, 98
insyn 249
integritet 377
intressekonflikt 153, 165, 322, 330 f.
inträde i samfund 30

JK 29, 32, 257, 345, 357, 359
juridisk person 285
juryrättegång 373
justitiemord 241
jämlik diskurs 201
jäv 316, 388
jävsinvändning 357
jävssituation 332

Kant 96
klasstänkande 141
klient/klients
- autonomi 63, 192, 255, 259, 275, 377, 379
- berättelse 215
- beskyddare 79, 232
- beskyllning 327
- besvärlig 335, 387
- bästa 271, 381, 388
- centrering 64, 201, 377
- dominans 371
- intresse 62, 78, 381, 384
- lojalitet 304
- neutralitet 56, 64, 65
- skuld 241, 276, 367
- subjektiv 213
- önskemål 332, 351

kollegialitet 334
kommunistjakt 172
konkursförvaltarskap 292
konsekvens 226
konspirationsteori 75
konstitutionellt skydd 48, 117
konsumentskydd 167
kontradiktion 68, 242, 368
kontraktsförhållande 370
kort varsel 329
kostnadseffektivitet 370
kravmål 347
kryphål i lagen 298, 358 f.
kurativ funktion 335

laga förfall 307
Lake Pleasant-fallet 227
lasermålet 113, 161, 311, 315 f., 318, 336
last lawyer in town 90, 99, 181, 195, 302
law schools 38, 183
lawyer qua lawyer 70, 200, 267
lawyer–statesman 77
Legal Aid Act 133
legalitetsprincipen 385
legosoldater 76
lekmannamässighet 369

liberal stat 269
liberal värdering 148
liberalism 199
liberalt ideal 48
lojalitetsplikt mot tidigare klient 330 ff.
Lord Erskine 136
låg status 157
läkare 56, 66 f., 102, 136, 262
lärlingssystem 135

makt 64
maktmissbruk 244
maktspråk 277
marknadskrafter 49, 122, 142
marknadsmodell 170
materiell processledning 133
materiell sanning 70, 214, 223, 234, 237, 244, 262, 270
materiell uppgift 342, 350
materiellt riktigt domslut 242, 384
mc-ligor 91
medgivande 347
media 174
medicinsk etik 56
medlemskap för afro-amerikaner 74
medverkansansvar 349
mellanman 284, 286
mened 33, 209, 225, 235, 256
meningsskiljaktighet 337
mentorssystem 135, 140
metafor 60
Miranda warning 161, 258
Model Code of Professional Responsibility 52, 149 f.
Model Rules of Professional Conduct 52, 150
moralisk/moraliskt
- acceptabelt 234
- anseende 127
- auktoritet 204
- diskurs 79, 231, 272
- hänsyn 80
- integritet 108
- mod 104, 260, 264
- neutralitet 78, 201, 241
- norm 82, 246
- uppfattning 64
- övervägande 180

mordrättegång 227
motbevis 217
muntlig fullmakt 287
muntlig tradition 135
muntlighet 68 f., 162, 169 f.
myndighetsförordnande 295
myter 378
mål och medel 208, 348, 373 f., 379
målsägande 203
målsägandebiträde 332
mänsklig rättighet 98, 115, 117
mänsklig värdering 107

narkotikamål 252, 363
nazistförbrytare 91, 181
negativ frihet 60
negativ sanningsplikt 214, 324, 342
neutralitet 200
neutralitetsprincipen 64, 377
normativ etik 43
normgivningsansvar 127
nya RB 158
nämndemän 359

oavhängighet 98, 100, 133, 178
obefogad invändning 357
objektivitet 179
obligatoriskt försvar 157
offentlig försvarare 114, 149, 159, 171, 282 f.
offentlighet i disciplinnämnden 32
officer of the court 71, 76, 134, 202, 300, 372, 376, 378
ohemul klagan 364 f.
ohemul talan 355 f.
okvalificerad yrkesutövning 47
organiserad brottlighet 91
oskyldighetspresumtionen 101, 145, 176
otillbörlig påverkan 216
otukt med barn 366

partisanship 64, 66, 82, 370, 376
passiv processföring 194, 233, 367 f.
passivt rättighetstillstånd 123
paternalism 267, 274, 377
pedagogiskt hjälpmedel 128
pedofilskandal 88
personlig åsikt 379
planerat brott 74, 229, 235, 326

PLB 29
plea bargain 34, 50, 68, 249
plikt att frånträda 333 f.
plädering 234, 353
polemik 57
polisförhör 211, 257 f., 343
politiskt inkorrekt 97, 172
positiv frihet 61
positiv sanningsplikt 387
pragmatism 67, 249, 250
praktiker 141
praktikerdoktrin 43, 322, 331, 350, 354
preskriptionstid 373
privat försvarare 114, 124, 148, 159, 171, 282
privatmoral 65, 229
pro bono 148, 153, 172
processekonomi 167 f., 195, 304
processen som drabbning 57
processen som drama 58
processhandling 352
professional detachment 65, 128, 178, 260
professionell etik 40
propagandavärde 248
psykisk instabilitet 374
public defenders 149, 173, 299
påföljd 207 f., 351

QC 132
Quisling-rättegången 91

redbarhet 306, 340
religiösa skäl 261, 404
restriktioner 361
retorik 58, 135, 378
revisionsinlaga 354
revolutionär försvarsadvokat 268
revolverman 56
rollcirkulation 134, 378
rolldifferentiering 81, 103, 107, 370
rollmoral 80, 229
rolltydlighet 70, 99
Rules of Court 51
rådgivande funktion 263, 349
rätt att/rätt till
- avböja 164 f.
- frånträda uppdrag 328, 337
- försvarare 110, 112, 114, 116
- ljuga 209
- offentlig försvarare 160
- tiga 209, 257

rättegångs-
- biträde 288 f., 325, 347
- fullmakt 286 ff., 290, 347
- missbruk 365
- ombud 287, 290, 325, 347
- sabotage 358

rättsfakta 244
rättshjälp/rättshjälps-
- anstalterna 158
- biträde 310
- i brottmål 119
- lagen 168
- reform 158
- system 116

rättskedja 71, 83
rättskipning 264
rättskälla 28
rättsordning 71 ff., 362, 382
rättsordningslojalitet 104, 304
rättspsykiatrisk vård 227
rättssäkerhet 32, 87, 99, 171, 177, 243, 380
rättsstaten 101
rättssvagt system 124
rättsvård 351
rättvisa 83, 105 f., 110, 202, 237

sakens riktiga belysning 340, 342
sakfråga 375
samarbetsmodell 372
samarbetssvårighet 321, 386
samhällsintresse 351
samvete 204, 229, 272, 275
samvetsvägrare 99
sanningsneutralitet 192
sanningsplikt 342
sekretessgenombrott 108, 212, 265 f.
sexualbrott 251, 273, 318
självständig fullmakt 286
skadeståndsfall 250, 266, 287
skenskäl 312
skriftlig fullmakt 287
skråkänsla 140
skuldfråga 218, 275, 368
skyldig att

- avböja 164
- biträda 329
- frånträda 329
skäl att avböja 153
skäl till frånträdande 327
slutförande av uppdrag 328, 336
solicitors 131, 143, 377
solicitors avböjande 142
specialiserad fullmakt 287
sporting theory of justice 58
SRGA 30
statligt betald försvarare 114, 116
straffprocessen 283
styckmordsfallet 246
substitution 285
svensk advokatsed 37
svensk grundlag 117
Sveriges advokatsamfund 30, 46, 162

taxikösystemet 126
teatraliska effekter 59
The Guide to the Professional Conduct of Solicitors 54
tidsfrist 354
Tidskrift för Sveriges advokatsamfund 47
totalitärt system 76, 123 f., 268 f.
tredje man 71, 73 f., 202, 236, 265 f., 345, 381
trovärdighet 222
tvekamp 56
tvistemål 287
tystnadsplikt 74, 211, 229 ff., 264 f., 324, 331 f.
tystnadsplikten i amerikansk rätt 369

uppdrag 284, 326
uppdragsfullmakt 286, 291
uppdragsgivare 298
uppgiftsskyldighet 327
upplysningsplikt 161, 387
uteslutning 30, 51, 172, 216, 266, 359
utredning 306
utredningsmetod 336

vittnesbevisning 216, 325 f., 359
von Bülow-fallet 213
våldtäktsmål 91, 252 f.

Watergate-skandalen 75, 106, 179

yrkesförbud 51

åklagare 124, 207, 379
åklagarvittne 222
återfallsbrott 266
återkallande 305

ämbetsmannavälde 47

ömsesidigt förtroende 387
överklagande 73, 288, 291, 310 f., 330, 354 ff., 363 f.

LENA EBERVALL

Försvararens roll

Ideologier och gällande rätt

Advokater i allmänhet och försvarsadvokater i synnerhet ställs emellanåt inför mycket svåra dilemman i sin praktik. En del sådana dilemman måste advokaterna lösa på egen hand utan att direkt vägledning finns i lag eller skrivna regler om god advokatsed. Advokaterna löser inte sällan problemen på diametralt olika sätt. Hur kan detta förhållande förklaras? Och hur kan det försvaras? Vad säger judikaturen om saken?

Försvararens roll är en problembaserad straffprocessuell studie. I avhandlingen tas ett par klassiska försvararproblem upp, nämligen om man kan försvara en person som är misstänkt för ett fasansfullt brott och om man som försvarare reservationslöst bör följa klientens instruktioner och önskemål. Som ett hjälpmedel för att besvara frågorna ställer författaren upp två idealtyper. Den ena idealtypen är vapendragaren, en extremt klientcentrerad advokattyp, och den andra är vägvisaren, som är mer rättsordningsorienterad och kalkylerar även med sin egen moraluppfattning. Problematiken belyses i boken genom att idealtypernas handlingssätt och argument analyseras mot bakgrund av dels grundläggande idéer om hur en god försvarare bör vara, dels en grundlig beskrivning av gällande rätt rörande försvararuppdraget. Båda dessa perspektiv innehåller rikhaltiga exempel ur praxis, såväl domstols- som disciplinnämndsavgöranden. Historisk utveckling och utländsk doktrin – främst amerikansk – beträffande god advokatsed bildar viktiga utgångspunkter för bokens idéinnehåll.

Boken vänder sig främst till advokater, domare, åklagare och forskare inom det straffprocessuella området. Den lämpar sig även för undervisning i advokatetik.

Lena Ebervall är jur. kand. och är verksam vid Lunds universitet.

ISBN 91-39-00842-8

NORSTEDTS JURIDIK AB

BESTÄLLNINGAR: NORSTEDTS JURIDIK AB · KUNDSERVICE · 10647 STOCKHOLM
FAX 08-690 91 91 · TEL 08-690 91 90 · VÄXEL 08-690 91 00
E-POST: kundservice.njab@liber.se
www.njab.se