Advokatens roll i Högsta domstolen — dags för en förändring?

Av advokaten GHITA HADDING WIBERG

I denna artikel behandlar jag advokatens roll i Högsta domstolen, och då företrädesvis i brottmål, kompletterat med en utblick till hur regelverket fungerar i några av våra närliggande länder. Avslutningsvis delar jag med mig av tankar kring hur en alternativ ordning skulle kunna se ut.

1 Inledning

Högsta domstolen är den tredje och högsta instansen i Sveriges allmänna domstolssystem. Domstolen är sedan 1971 en så kallad prejudikatinstans. De frågor som prövas av Högsta domstolen är till sin natur därför oftast annorlunda och mer begränsade än de frågor som tings- och hovrätter prövar.[1] De aktörskategorier som uppträder i Högsta domstolen är emellertid i huvudsak desamma; domare, åklagare och ombud, företrädesvis advokater.[2] Av dessa aktörskategorier utmärker sig advokater särskilt. Detta genom att övriga roller i domstolen innehas av för ändamålet särskilt utsedda personer. Åklagarposten i Högsta domstolen innehas av Riksåklagaren och domarposterna innehas av justitieråd. Tjänsterna som riksåklagare och justitieråd tillsätts av regeringen. För advokater finns inte någon sådan motsvarighet. Alla advokater har rätt att uppträda i samtliga domstolsinstanser och tillsynen av kåren i sin helhet utövas i första hand av Advokatsamfundet.

I brottmål blir denna anomali särskilt tydlig. Advokatsamfundet består idag av tusentals advokater och biträdande jurister. Samtidigt som Riksåklagaren alltså är den enda åklagaren i Sverige som får uppträda i Högsta domstolen, får alla advokater och, i viss utsträckning, övriga jurister föra talan där. Problemet med denna ordning är förstås inte den numerära skillnaden utan det handlar om kapacitet och kompetens samt i slutändan om rättssäkerhet. Riksåklagaren och dennes team har tillgång till Åklagarmyndighetens, och i viss utsträckning även polisens, resurser och förvärvar över tid en avsevärd kompetens att navigera i och hantera det legala regelverket som styr processen i Högsta domstolen. Mot detta står den enskilda advokaten som kanske i bästa fall en eller ett par gånger i sin karriär får tillfälle att driva ett mål i Högsta domstolen, och då utan andra resurser än goda kollegor. Är detta en god och rättssäker ordning? Frågan är retorisk.

[1] Jag bortser i denna artikel från övriga ärenden som Högsta domstolen har att pröva vid sidan av prejudikatfrågor.

[2] Denna artikel behandlar advokatens roll, och omfattar inte andra individer som processar i domstol.

2 Advokatens roll

Juridiken har många tillämpningsområden. Förutom processandet handlar det om avtalsskrivningar, forskning, författande av lagtext m.m. Processandet är en egen arena som i många fall ter sig mycket speciell. Det finns flera faktorer att ta ställning till och många frågor under en förhandling som ska beaktas. Ombud ska bära med sig till målet relevanta frågor såsom yrkanden, grunder, omständigheter och bevisning. Därutöver tillkommer frågor som kan framstå som bagatellartade i sammanhanget; vilken sida av salen ombuden ska sitta på, utformande av kostnadsräkning, vilka frågor som inte bör ställas till olika vittnen, vilka ämnen som hör bäst till sakframställan eller pläderingen, klientens mående, motpartens agerande m.m. Ombudet måste också kunna ta ställning till en mängd processuella frågor såsom ändring av talan, återvinning, återställande av försutten tid m.m. Det processuella havet är bottenlöst djupt och snårigt, vilket gör att det särskiljer sig från många andra juridiska arbetsområden. Det ska även beaktas att många frågor ska avgöras i samband med förhandlingen, vilket kräver att ombuden är pålästa och kan ta svåra processuella frågor på studs. Förmånen att begrunda svåra juridiska överväganden under handläggning i flera veckor ges sällan, vilket också medför en mer dynamisk arbetsdag.

I Sverige har advokatbyråer som arbetar med humanjuridik länge präglats av att en advokat eller biträdande jurist gör det mesta av arbetet och ensam företräder sin klient så långt som det är praktiskt gångbart. Därutöver erhåller biträdande jurister och advokater oftast en ersättning enligt rättshjälpstaxan, vilket av ekonomiska skäl sällan möjliggör att flera jurister delar upp arbetet sinsemellan. Det finns därför oftast inte utrymme att låta någon annan hantera inläsning eller förberedelser för att själv begränsa sin insats till att agera i domstol. En jurist som arbetar i domstol måste därför tillskansa sig såväl de teoretiska kunskaperna som den erforderlig processuella färdigheten som krävs.

Enligt advokatsamfundets etiska regler är en advokats främsta plikt att visa trohet och lojalitet mot klienten.[3] Advokatens uppdrag är oftast personligt, däribland t.ex. uppdraget som offentlig försvarare, rättshjälpsbiträde, särskild företrädare för barn och målsägandebiträde. En advokat som förordnats som offentlig försvarare får helt enkelt inte sätta någon annan i sitt ställe utan rättens tillstånd.

Essensen i advokatens uppdrag är att skapa ett förtroendefullt förhållande till klienten. Självklart ska advokaten också hantera de rättsliga frågor som aktualiseras och bistå klienten med juridisk analys av ärendet, och utifrån det tillvara sin klients intressen. Men relationen till klienten är primär, varför också advokaten är bunden till klientens inställning. Om klienten vill överklaga en dom eller ett beslut till Högsta domstolen är advokaten i konsekvens med det skyldig att för

[3] Vägledande regler om god advokatsed, punkt 1.

klientens räkning överklaga. Detta oavsett om advokaten förstår att det inte finns någon chans att prövningstillstånd kommer att beviljas. Detta är en advokats vardag. Och det är vad advokater är duktiga på.

3 Advokaten och Högsta domstolen

Av 54 kapitlet i rättegångsbalken följer att det krävs ett särskilt tillstånd (prövningstillstånd) för att Högsta domstolen ska pröva hovrättens dom eller slutliga beslut i mål eller ärende som väckts vid tingsrätt. Enligt huvudregeln får prövningstillstånd endast meddelas om Högsta domstolens dom eller beslut kan få betydelse som prejudikat. Högsta domstolen får in cirka 6 000 överklaganden per år. Endast drygt 100 av dem får prövningstillstånd.[4]

Advokatens vardag består i att driva process i tingsrätt och hovrätt, och där på bästa sätt tillvarata sin klients intresse. Detta gäller självfallet även vid överklagande. Advokatens roll är att analysera underrättens dom och i samverkan med klienten argumentera för en annan syn på rätts- eller bevisfrågor än den som domstolen givit uttryck för. Huruvida överrättens prövning kan vara av värde för rättstillämpningen i ett vidare perspektiv än i just klientens fall är helt irrelevant. Det motsatta gäller som noterats när fråga är om prövningstillstånd. Då är det endast den frågan som är relevant, klienten är helt irrelevant. Inte för advokaten förstås utan för frågan om prövningstillstånd. Om frågan inte har betydelse för att ge vägledning för hur domstolarna ska bedöma liknande fall i framtiden, saknas förutsättning för prövningstillstånd, hur ömmade skäl som än föreligger i det enskilda fallet.

Självklart är många advokater väl skickade att såväl formulera prövningstillståndsteman som att driva process i Högsta domstolen. Bekymret är att advokaten inte väljer sina ärenden. Nog skulle det vara betydligt enklare att formulera teman för prövningstillstånd om advokaten bara arbetade med en brottsrubricering. Bestod vardagen i att endast processa i låt säga mål om grov stöld enligt 8 kap. 4 § brottsbalken skulle med all sannolikhet den aktuella advokaten ha en god överblick över alla frågor som prövats inom ramen för 8 kap. 4 § brottsbalken, och därvid utan större arbetsinsats kunna skärskåda varje enskilt ärende som hamnade på hens skrivbord, och med perfekt skärpa lägga snittet för prövningstillståndstemat. Men så enkel är nu inte världen. Som försvarsadvokat uppträder du ena dagen i ett våldsmål, nästa dag handlar frågan om ett förmögenhetsbrott, för att därefter landa i ett processuellt knepigt ärende om folkmord. Alla dessa ärenden kanaliserar vid fällande domar slutligen ner till frågan om prövningstillstånd. Och där står advokaten ensam. Om klienten vill att en fällande dom ska överklagas är det som nämnts inte bara advokatens skyldighet att överklaga, utan också att vid överklagandet lojalt tillvara sin klients intressen. Det duger då förstås inte att på vinst

[4] https://www.domstol.se/hogsta-domstolen/om-handlaggningen/overklaga-och-begar-provningstillstand/.

och förlust skicka in ett överklagande. Advokaten, som hitintills i processen bara haft att sätta sig in i klientens ärende måste nu också analysera frågan från ett nytt perspektiv, nämligen på vilket sätt frågan i målet har betydelse för att ge vägledning för hur domstolarna ska bedöma liknande fall i framtiden.

Ombudets förmåga att argumentera för prövningstillstånd har inte bara bärighet på klientens möjlighet att få sin sak prövad, utan är också till del en förutsättning för att vår rättsordning ska utvecklas på det sätt som lagstiftaren avsåg när Högsta domstolen gavs den kontrollerande funktion i förhållande till de allmänna underrätterna som följer av dess roll som prejudikatinstans. Högsta domstolen är ju som bekant den enda instans som inte bara kan tillämpa utan också utveckla gällande rätt, och i den processen är prövningstillståndet i sig en förutsättning. Just därför är kanske urvalsfrågan av prövningstillstånd den enskilt viktigaste frågan i Högsta domstolens verksamhet.

Under min snart trettioåriga karriär som brottmålsadvokat har jag vid ett stort antal tillfällen överklagat mål till Högsta domstolen. I det absoluta flertalet fall har jag redan från början vetat att det var lönlöst, den aktuella frågan var inte av den karaktären att den hade betydelse för att ge vägledning för hur domstolarna ska bedöma liknande fall i framtiden. Men det finns undantag. Vid ett antal tillfällen har min magkänsla sagt mig att det funnits frågor som borde vara av prejudikatsintresse. Jag har då haft att först sätta mig in de materiella grunderna för att därefter på motsvarande sätt analysera de processuella förutsättningarna eller närmare bestämt formulera prövningstillståndstemat. Det arbete den enskilde advokaten måste lägga ner på detta ersätts sällan till fullo. Enligt min erfarenhet är ersättningen typiskt begränsad två eller tre timmar, långt mycket mindre än vad som krävs för att på ett omsorgsfullt sätt undersöka förutsättningarna för prövningstillstånd och därefter formulera överklagandet i skrift.

Riksåklagaren står självklart inför samma utmaningar, men har inte bara sin omfattande erfarenhetsbaserade kompetens att falla tillbaka på utan har också tillgång till den resurs som Åklagarmyndigheten utgör.

När väl sedan prövningstillståndsfrågan avgörs av Högsta domstolen hanteras den av beredningsjurister och justitiesekreterare, varefter beslutet huruvida målet ska tas upp till prövning fattas av ett eller tre justitieråd.

För advokater handlar processen i Högsta domstolen till syvende och sist om hur man tillvaratar sin klients intressen på bästa sätt, emedan uppdraget för Högsta domstolen består i att skapa prejudikat för vägledning till domstolar och andra som behöver förhålla sig till gällande regler. Om än olika uppdrag så sammanfaller intresset för samtliga inblandade parter i att ha en process som på bästa sätt utvecklar rättstillämpningen och ökar rättssäkerheten. Givet å ena sidan de utmaningar som den enskilde advokaten står inför vid upprättan-

det av ansökan om prövningstillstånd och å andra sidan det intresse som Högsta domstolen har att de ärenden om prövningstillstånd som inkommer är av högsta möjliga kvalitet, finns det anledning att ifrågasätta om den nuvarande ordningen är optimal, eller om den kan förstärkas till gagn för rättssäkerheten. Låt oss som ett första steg i att besvara den frågan titta på hur några till oss närliggande länder har löst motsvarande problem.

4 En utblick

Jag har valt att avgränsa min utblick till Norge, Danmark och Finland respektive Tyskland och England. De tre förstnämnda utifrån den historiska anknytning vi har till varandra och Tyskland utifrån den omfattande omarbetning av tysk rättsordning som gjordes efter andra världskriget. Samtliga dessa länders rättssystem är baserade på *civil law*. Jag har dessutom tagit med Storbritannien vars rättssystem är baserat på *common law*. Min utblick är vidare begränsad till domstolarnas uppgift och hur domstolens aktörer utses.

4.1 Högsta domstolarnas uppgift

Norges, Finlands och Danmarks högsta domstol har, liksom den svenska, till sin främsta uppgift att bidra till rättsligt klargörande och rättsutveckling inom de ramar som följer av landets respektive lagar och folkrättsliga förpliktelser. Motsvarande gäller även den tyska Högsta domstolen. Även den har som uppgift att förtydliga vad som är gällande rätt samt att utveckla densamma. I likhet med den svenska Högsta domstolen har avgöranden i nämnda länder ett högt värde och följs i regel av underrätterna.

I Storbritannien, med ett rättssystem baserat på common law, har prejudikat än större betydelse som rättskälla än i Sverige. Om vi i Sverige något förenklat kan relatera till prejudikat som vägledande, är rättsfall från Högsta domstolen bindande i Storbritannien, det vill säga att domstolar av lägre rang är bundna av den principiella regel som ligger till grund för utslaget i domen.

4.2 Domarna

Vad gäller domare som agerar i Högsta domstolen har vi i Sverige särskilda av regeringen utnämnda justitieråd som enbart dömer i högsta instans. En motsvarande ordning gäller i Danmark, Finland, Norge, Storbritannien och Tyskland om än utnämningen i vissa fall formellt bekräftas av statsöverhuvudet. Gemensamt är även att det ställs mycket höga krav på juridisk kompetens för att komma ifråga som justitieråd.

4.3 Riksåklagarna

I Sverige har Riksåklagaren exklusiv behörighet att som allmän åklagare föra talan i Högsta domstolen. Riksåklagaren är dessutom den

enda åklagare som kan fatta beslut om att fullfölja ett åtal till Högsta domstolen. Liknande ordning har även våra nordiska grannländer. Riksåklagaren utses i Sverige av regeringen, och har en avdelning som stödjer dennes arbete genom rättsutredningar, författning av överklaganden etc.

4.4 Ombuden

Finland har samma system som Sverige, dvs. det ställs inga särskilda krav på ombuden som ska uppträda i Högsta domstolen. I Norge finns en uttalad uppfattning att det bör ställas särskilda krav på de advokater och domare som uppträder i Högsta domstolen. Detta eftersom Högsta domstolen är just en prejudikatinstans. För advokater har man därför infört ett särskilt licensförfarande. Advokaterna genomgår ett prov och de som blir godkända får en licens att agera i Högsta domstolen under titeln ”advokat med moterett for Høyesterett”. Av de ca 7 000 advokater som finns i Norge har ca 500 en sådan behörighet. Även Danmark har en motsvarande ordning. I Tyskland ställs särskilda krav på de jurister som agerar i civilrättsliga mål inför högsta domstolen. I dessa fall krävs det att ombudet är licensierad. Det finns i dagsläget cirka 40 jurister som har en sådan licens. Något motsvarande krav finns inte i brottmål. Storbritannien har en ordning där advokater är uppdelade i *barristers* och *solicitors*. I huvudsak är det barristers som processar. Det krävs inte någon särskild licens för att uppträda i högsta domstolen, däremot är Queen’s Counsel (QC), en titel förbehållen särskilt erfarna och kvalificerade jurister, kraftigt överrepresenterade bland de barristers som processar i högsta instans. Av de jurister som haft flest mål där tillhör 19 av 20 gruppen QC.

5 En framåtblick

Låt oss så återkomma till den inledande frågan, kan den nuvarande ordningen i Högsta domstolen där var en har rätt att uppträda som ombud förstärkas till gagn för rättssäkerheten?

Utgångspunkten för Högsta domstolens beslut om prövningstillstånd ska meddelas eller inte, är vad som skrivits i överklagandet av Riksåklagaren eller ombudet i fråga. Här har alltså den eller de som formulerar yrkandet en helt avgörande roll för rättsordningens utveckling, och övning ger som bekant färdighet. Inte bara arbetet med att formulera prövningstillståndstemat avviker från det arbete som en advokat dagligen utför. I Högsta domstolen är det som nämnts den särskilda prejudikatfrågan som ska utredas, vilket på sätt och vis i sig sätter klientperspektivet i sin helhet i bakgrunden. Om det mot förmodan meddelas prövningstillstånd och det blir en huvudförhandling i målet så torde det i merparten av fallen handla om kortare förhandlingar då den fråga som ska avgöras vid det laget är renodlad. Inte heller momentet med förhör av vittnen eller parter förekommer i Högsta domstolen. Med dagens moderniserade rättegångar krävs helt

enkelt inte samma aktiva roll av advokater i högre instanser som i tingsrätterna. Advokatens roll under en huvudförhandling i Högsta domstolen har således sin tyngdpunkt i sakframställan och plädering. Det är här advokaten förväntas bidra till processen genom att muntligen redogöra för det som framgår av handlingarna i målet på ett sätt som fångar domstolens intresse. Inte minst blir detta en viktig aspekt i prejudikatbetonade frågor. Det är helt klart att en process i Högsta domstolen, genom inledningsvis frågan om prövningstillstånd och därefter själva processen, avviker från vad som typiskt är advokatens vardag.

Betyder det då att det system som Sverige har valt automatiskt leder till slutsatsen att ingen svensk advokat kan sägas ha tillräcklig erfarenhet eller kompetens för en process i högsta instans? Det räcker med att gå till Högsta domstolens avgöranden för att finna svaret på den frågan. Många advokater som uppträder i Högsta domstolen är både erfarna och skickliga. Problemet är dock just att övning ger färdighet. Av svenska advokater kommer endast ett fåtal få möjlighet att agera i Högsta domstolen under sin karriär. Det är sannolikt just denna problematik som gjort att flera länder valt att skilja på de advokater som släpps in i en process i högsta instans och de som inte gör det. En ordning i Sverige motsvarande den i våra grannländer skulle skapa förutsättning för en högre kvalitet i såväl de ansökningar om prövningstillstånd som kommer in till Högsta domstolen som i processen i sig, den sistnämnda skulle med all sannolikhet också blir mer effektiv dels under skriftväxlingen, som skulle kunna hållas mer stringent, dels under själva rättegången genom att ombuden skulle vara väl förtrogna med processformatet.

En ytterligare aspekt som talar för en särskild ordning i Högsta domstolen är den skillnad i resurser som jag pekade på inledningsvis mellan Riksåklagaren, en särskilt utsedd person med tillgång till det allmännas resurser, och de förhållanden under vilka svenska advokater och biträdande jurister arbetar, dvs. självständigt och utan egentliga resurser och särskilda kvalifikationer för processen i Högsta domstolen. Det är knappast en jämställd ordning att staten har en särskilt utsedd företrädare som bland annat har till uppgift att specialisera sig på arbetet i högsta instans medan den enskilde sannolikt får ett ombud som inte tidigare fått prövningstillstånd i Högsta domstolen, eller, om prövningstillstånd skulle meddelas, aldrig processat i högsta instans.

Mycket talar för en ordning med särskilda processförare i högsta instans. Men det finns också vissa argument emot en sådan lösning. Inledningsvis framhöll jag att essensen i advokatens uppdrag är att skapa ett förtroendefullt förhållande till klienten. Att införa en ordning med särskilda processförare i Högsta domstolen specialiserade på den juridiska materian och det processuella formatet, som tar över processen i Högsta domstolen går i någon mening på tvärs mot detta

uppdrag. Efter att i tingsrätt och hovrätt lojalt stått vid klientens sida skulle med denna ordning advokaten i Högsta domstolen kliva ur relationen, vilket givetvis kan försätta klienten i en osäker situation.

För att komplicera bilden ytterligare skulle en ordning innebärande att endast särskilt tillsatta advokater får företräda klienter i Högsta domstolen i sig vara ett ordentligt avsteg från den viktiga principen om det fria advokatvalet. Det fria advokatvalet har visserligen redan idag undantag, bland annat genom de regler om jäv som gäller för advokater, men genom särskilda processförare skulle klienten inte längre få välja vem som ska föra hens talan i högsta instans.

Det finns sammanfattningsvis argument både för att behålla den nuvarande ordningen som för att införa en ordning med särskilda processförare i Högsta domstolen. Men det finns också en tredje väg att gå. Detta genom en kombination av de båda. Den advokat som företrätt klienten i tingsrätt och hovrätt har en betydelsefull roll att fylla i Högsta domstolen. Advokaten har över tid etablerat en förtroendefull relation med klienten, och har dessutom en gedigen kunskap och förståelse för det aktuella ärendet.

Att i Högsta domstolen byta ut ombudet mot en person som är okänd för klienten och ny för målet är inte klok väg att gå. Däremot vore det klokt att komplettera ombudet med en särskild processförare. Vi skulle med detta få en ordning där ombuden i Högsta domstolen uteslutande hade att fokusera på klienten och den materiella frågan och överlämna till en för ändamålet särskilt utsedd processförare att formulera prövningstillståndsyrkandet och driva processen i Högsta domstolen. Måhända skulle denna ordning medföra ökade kostnader, men det skulle vara kostnader som är väl motiverade för en ny ordning i Högsta domstolen till gagn för såväl utvecklingen av rättsordningen som rättssäkerheten.