

Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Sebastian Wejedal

Rätten till effektivt biträde i migrationsprocessen.
En problematisering av Migrationsverkets behörighet att
förordna offentliga biträden

Ursprungligen publicerad i JP 2/2018

Särtryck ur Jubileumsnumret 2019.

RÄTTEN TILL EFFEKTIVT BITRÄDE I MIGRATIONSPROCESSEN. EN PROBLEMATISERING AV MIGRATIONSVERKETS BEHÖRIGHET ATT FÖRORDNA OFFENTLIGA BITRÄDEN

AV SEBASTIAN WEJEDAL¹

Att enskilda kan anlita juridiskt biträde är en central rättssäkerhetsgaranti. Följaktligen har rätten till biträde konstitutionell status i många stater och betraktas emellanåt som en mänsklig rättighet. Att få tillgång till ett biträde har dock inget egenvärde – tvärtom måste rätten till biträde vara ”effektiv”, vilket innebär att biträdet skall ges reella möjligheter att bevaka den enskildes intressen. En grundläggande förutsättning härför är att biträdet tillförsäkras en tillräckligt oberoende ställning visavi de beslutsfattande myndigheterna – särskilt sådana som kan komma att inta partsställning. Om biträdet inte garanteras ett sådant oberoende uppstår nämligen intrikata roll- och lojalitetskonflikter, vilket riskerar att göra rätten till biträde ineffektiv. I straffprocessen förordnas därför såväl offentliga försvarare som målsägandebiträden av domstol – inte av Åklagarmyndigheten – och detta oavsett om frågan aktualiseras under förundersökningen eller efter att åtal har väckts. I denna artikel argumenterar författaren för att motsvarande ordning bör gälla i migrationsprocessen, på så vis att behörigheten att förordna offentliga biträden flyttas från Migrationsverket till migrationsdomstol.

I. INLEDNING

I en serie reportage som publicerades under våren 2018 granskade Kaliber offentliga biträden i migrationsprocessen.² Denna granskning kunde bl.a. påvisa brister i Migrationsverkets kontroll av biträdenas lämplighet, vilket möjliggjorde för personer utan tillräcklig juridisk kompetens att uppbära statlig ersättning för att bevaka enskildas rättigheter under processen. En närmare kontroll av vissa biträdens inlagor avslöjade en rentav häpnadsväckande låg

¹ Universitetslektor i processrätt vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet. Jag vill tacka alla som har lämnat värdefulla synpunkter på tidigare utkast till denna artikel eller på annat sätt har bidragit till debatten. För kvarvarande fel och brister svarar jag ensam. Artikeln är tidigare publicerad i Juridisk Publikation nr 2/2018.

² Se Sveriges Radio/Kaliber, *Asyljuristerna, slarvet och Alis förlorade chans*, publicerad den 19 februari 2018 samt *Juristerna, brotten och den svarta listan*, publicerad den 2 april 2018. Termen ”migrationsprocess” används här för att beteckna både handläggningen vid Migrationsverket och rättskipningen vid migrationsdomstolarna, trots att det i egentlig mening blir frågan om en ”process” (i bemärkelsen ”rättskipning”) först vid överklagan till domstol.

kvalitet. Trots att Migrationsverket – om än indirekt – hade konstaterat detta, exempelvis genom att kraftigt sätta ned ersättningen till de aktuella biträdena, fick dessa emellertid nya förordnanden av samma myndighet, som de sedan misskötte på samma sätt som tidigare uppdrag.³

Att olämpliga personer förordnas som offentliga biträden är problematiskt av flera skäl, inte minst eftersom tillgången till ett juridiskt biträde är en central rättssäkerhetsgaranti i migrationsprocessen. Kalibers granskning var såtillvida en välkommen påminnelse. Den antydda problematiken är nämligen inte ny – tvärtom har flera utredningar under årens lopp kunnat konstatera olika typer av brister i Migrationsverkets rutiner för att förordna offentliga biträden,⁴ bl.a. avseende just lämplighetsprövningen.⁵ Dessa utredningar har ibland lett till åtgärder, som dock alltid har visat sig vara otillräckliga eller (på gränsen till) olagliga.⁶ På detta sätt har historien upprepat sig, igen och igen.

3 Ett klargörande: Vad som här och i det följande anförs om "bristande kvalitet" avser inte primärt advokater eller biträdande jurister verksamma som offentliga biträden; att utbildade jurister emellanåt begår fel är naturligtvis olyckligt men knappast särskilt vanligt och utgör därför, enligt min mening, inte något strukturellt problem. Vad som framförallt avses är istället oseriösa aktörer som närmast profiterar på att Migrationsverket inte lyckas upprätthålla godtagbara krav på kvalitet.

4 Se exv. Riksrevisionsverkets rapport *Hanteringen av asylärenden* (1994:20), Statskontorets rapport *En ny modell för Migrationsverkets förordnanden av offentliga biträden* (2012:30), UNHCR:s rapport *Kvalitet i svensk asylprövning* (2011) och Utvärderingsutredningens betänkande *Sekretess och offentliga biträden i utlänningsärenden* (SOU 2008:65). Olika aspekter av Migrationsverkets rutiner har också kritiserats av JO samt diskuterats i *Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund* (TSA), se de i not 6 angivna JO-besluten nedan samt *Migrationsverket skärper kraven på biträden* (TSA 4/2008), *Svartlistning måste kunna överklagas* (TSA 4/2010), *Kortare väntan skapar problem* (TSA 5/2010), *Nytt IT-stöd får hård kritik från advokater* (TSA 4/2012), *Brister i förordnandet av offentliga biträden* (TSA 9/2012), *E-asyl: Migrationsverkets IT-system väcker farhågor* (TSA 4/2013), *Migrationsverkets biträdessystem påverkar asylsökandes rättssäkerhet* (TSA 5/2014), *JO-kritik mot Migrationsverket* (TSA 1/2015) och *Advokater inte längre prioriterade som offentligt biträde av Migrationsverket* (TSA 1/2017).

5 Enligt LOB 5 § skall vad som föreskrivs i RhjL 26 § om förordnande av rättshjälpsbiträden tillämpas också ifråga om offentliga biträden. Av det sistnämnda lagrummet följer att som rättshjälpsbiträde (och därmed även offentligt biträde) får förordnas en advokat, biträdande jurist på advokatbyrå eller någon annan som är lämplig för uppdraget. Något formellt krav på att den som förordnas ens skall ha en juristexamen uppställs således inte, se prop. 1996/97:9 s. 154 ff. och 216. Detta kan jämföras med behörighetskraven för offentliga försvarare i RB 21 kap. 5 §, som är betydligt striktare.

6 Se t.ex. JO:s beslut dnr 1046-2009, dnr 4500-2013 och dnr 5920-2013. Dessa beslut innebar, något förenklat, att Migrationsverket först kritiserades för sin s.k. "svarta lista" (där "olämpliga" biträden noterades för uppföljning, utan att detta kunde överklagas av biträdena) och därefter för att verkets administrativa system gynnade advokater/biträdande jurister framför andra "lämpliga" personer (på ett sätt som ansågs oförenligt med gällande krav på likabehandling). Härefter har verket antagit en reviderad instruktion om standard för lämplighetsprövning av offentligt biträde

Mot bakgrund av Kalibers granskning, och den allmänna debatt som följde,⁷ finns det skäl att här fördjupa diskussionen men också att bredda problembeskrivningen som sådan. Att Migrationsverket förordnar offentliga biträden ger nämligen upphov till fler problem än vad som framgick i Kalibers reportage. Dessa problem kan, på ett eller annat sätt, hänföras till det rubricerade temat för denna artikel – *rätten till ett effektivt biträde* – enligt vad jag strax kommer att utveckla.⁸

Eftersom jag själv tog del i vårens debatt är det inte någon hemlighet vilken lösning på problemet som jag förordar.⁹ Att Migrationsverket förordnar offentliga biträden utgör, enligt min uppfattning, en besvärande brist inom det svenska systemet – så besvärande att jag är benägen att beteckna det som ett systemfel. Syftet med förevarande artikel är att underbygga detta påstående, genom att systematiskt förklara *varför behörigheten att förordna offentliga biträden istället bör allokeras till migrationsdomstolarna*. Min ansats kommer härvid att vara inomnationellt jämförande, vilket innebär att närallgande rättsliga institut kommer att ställas i relation till varandra.¹⁰ Jämförelsen kommer framförallt att avse migrations- och straffprocessen och utgå ifrån en övergripande frågeställning: Hur kommer det sig att migrationsdomstolarna *inte* förordnar offentliga biträden, när de allmänna domstolarna förordnar såväl offentliga försvarare som målsägandebiträden?¹¹ Eller annorlunda uttryckt:

(I-35a/2017) samt nya administrativa rutiner för hur ärenden skall fördelas mellan de biträden som finns uppsatta på listan. Idag är kritiken mot systemet närmast den omvända – att erfarna advokater/biträdande jurister, av olika skäl, missgynnas vid fördelningen av ärenden, se exv. hänvisningarna till TSA i not 4 ovan samt Ramberg i *Öppet brev till Anders Danielsson* (2013), där Ramberg bl.a. konstaterar att "etablerade advokater med lång erfarenhet av och kunskap inom asylrätten missgynnas, vilket på sikt leder till minskad rättssäkerhet för sökanden, som redan befinner sig i en otroligt utsatt position".

7 Se exv. Sveriges Television, *Asylsökandes biträden stoppade efter sexbrott, bedrägeri och falska titlar* samt *Stoppade biträden fortsätter i domstolar*, båda publicerade på SVT:s hemsida den 14 oktober 2018.

8 Vad jag avser med "effektivt biträde" förklaras i avsnitt 2.2 nedan.

9 Se Svenska Dagbladet, *Så kan vi fixa orimliga systemet för asyljurister*, publicerad den 9 april 2018 samt Dagens Juridik, *Lagstiftarens elefant i rummet – Migrationsverkets rätt att förordna offentliga biträden*, publicerad den 13 april 2018.

10 Den "inomnationellt jämförande metoden" innebär att komparationer görs inom ett och samma nationella rättssystem, istället för mellan olika nationella rättssystem. Om denna metod, se exv. Bylander, *Prövningstillstånd hovrätt–kammarrätt ToR*, i *Festskrift till Vahlne Westerhäll* (2011) s. 22. En sådan ansats präglar bl.a. Bylanders avhandling *Muntlighetsprincipen* (2006) samt min egen avhandling *Rätten till biträde* (2017).

11 Statligt finansierade biträden förekommer i fyra olika former: offentliga biträden, offentliga försvarare, målsägandebiträden, resp. rätts hjälpsbiträden. Hur dessa institut förhåller sig till varandra förklaras i avsnitt 2.1 nedan.

Vilka ändamålsskäl har motiverat att samma grundproblem har givits olika lösningar i olika processformer?

2. RÄTTEN TILL BITRÄDE

I detta avsnitt kommer jag att teckna en kortare bakgrund som tar avstamp i rätten till biträde, och särskilt de grundläggande förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en sådan rättighet skall kunna betraktas som ”effektiv”. I de följande avsnitten kommer jag därefter att redogöra för var beslutsmakten, såvitt avser förordnandet av statligt finansierade biträden, har placerats inom olika processformer, samt identifiera och diskutera de för- respektive nackdelar som olika lösningar är förenade med.

2.1 BITRÄDE I OLIKA FORMER

Att enskilda har tillgång till juridiskt biträde är en central rättssäkerhetsgaranti i juridiska beslutsprocesser – enligt min mening av större betydelse än att förvaltningsmyndigheter och domstolar exempelvis åläggs en objektivitets- och utredningsplikt.¹² Följaktligen har rätten till biträde konstitutionell status i många stater och betraktas emellanåt som en mänsklig rättighet.¹³ I linje härmed har den som är part i ett ärende eller ett mål alltid en ovillkorlig rätt att själv anlita biträde enligt svensk rätt, såväl inför förvaltningsmyndigheter som inför domstolar.¹⁴ Vad som är problematiskt är dock att en sådan ”rättighet” i praktiken är ekonomiskt villkorad – och därmed illusorisk för stora samhällsgrupper – eftersom ett biträde oftast kostar pengar. Av detta skäl

12 Jfr SOU 1977:28 s. 93, där det konstateras att "[f]å saker torde vara bättre ägnade att öka utlänningens rättssäkerhet än att ge honom ett gott biträde på ett tidigt stadium". Till denna ståndpunkt har också lagstiftaren anslutit sig, se exv. prop. 1977/78:90 s. 67. Beträffande brottmålen kommer samma uppfattning till uttryck hos Ekelöf, Edelstam, Heuman & Pauli, *Rättegång I* (2016) s. 79, där det konstateras att rätten till offentlig försvarare har "långt större betydelse för den misstänktes trygghet än att objektivitetsprincipen gäller för åklagaren/förundersökningsledaren och officialprincipen för rätten". Ekelöf går därför så långt som att beteckna RB 21 kap. 3 a § som "ett av de viktigaste stadgandena i RB". Se till det sagda Ekelöf & Boman, *Rättegång II* (1996) s. 92 och jfr Ekelöf, Edelstam & Pauli, *Rättegång II* (2015) s. 95. Se även exv. SOU 1926:32 s. 48 f., SOU 1949:4 s. 183, SOU 1960:19 s. 157, SOU 1964:40 s. 360 f., SOU 1971:76 s. 84 ff., 92 ff., 106 ff., 125 ff. samt 153 ff., SOU 1977:49 s. 229 och SOU 1985:4 s. 142 ff.

13 Rätten till biträde som mänsklig rättighet behandlas i Wejedal (2017) kap. 6. Vanligtvis härleds då rätten till biträde ur rätten till en rättvis rättegång, som för svenskt vidkommande kommer till uttryck framförallt i RF 2 kap. 11 § 2 st. och EKMR art. 6.

14 Se FL 14 § (förvaltningsärenden), ÄL 47 § (domstolsärenden), FPL 48 § (förvaltningsmål), RB 12 kap. 1 och 22 §§ (tvistemål) samt RB 21 kap. 3 § (brottmål). För att inte tynga framställningen med kontinuerliga upprepningar kommer jag här och i det följande att nyttja termen "biträde" även avseende ombud och försvarare. Om likheterna och skillnaderna mellan dessa institut, se Wejedal (2017) s. 4 not 5 med vidare hänvisningar.

tillhandahåller alla stater som gör anspråk på att vara rättsstater någon form av rättshjälp, dvs. ett regel-/finansieringssystem genom vilket staten, helt eller delvis,¹⁵ bekostar biträden åt enskilda.¹⁶

I Sverige är rättshjälpen numera fragmenterad på så vis att regler av ”rättshjälpskaraktär” finns spridda i ett flertal delvis fristående, delvis överlappande lagar, utan någon egentlig systematik. Något förenklat kan dock rättshjälpslagen (1996:1619, RhjL) betraktas som stommen i det offentliga ersättningssystemet, enligt vilken ett *rättshjälpsbiträde* kan förordnas i de flesta mål- och ärendetyper – åtminstone i teorin. I praktiken förordnas emellertid sådana biträden efter en synnerligen restriktiv inkomst-, behovs- och rimlighetsprövning, vilket medför att rättshjälp endast beviljas i ett fåtal mål respektive ärenden varje år, och då närmast uteslutande i tvistemål.¹⁷ Denna restriktivitet kompenseras dock, till viss del, genom att biträden också kan förordnas utanför rättshjälpslagens regelverk, och då med något större generositet. I brottmål kan således den tilltalade respektive målsäganden förordnas antingen en *offentlig försvarare* eller ett *målsägandebitråde* enligt särskilda bestämmelser i rättegångsbalken (1942:740, RB) samt i lagen (1988:609) om målsägandebitråde (LMB).¹⁸ På motsvarande sätt kan den enskilde, i vissa förvaltningsmål/-ärenden, förordnas ett *offentligt biträde* enligt lagen (1996:1619) om offentligt biträde (LOB).¹⁹ Dessa institut är numera formellt frikopplade från den allmänna rättshjälpen, men samtliga uppvisar alltså ett flertal gemensamma kännetecken och utgör därför relevanta jämförelseobjekt för den fortsatta framställningen.

2.2 ”EFFEKTIVT” BITRÄDE – SÄRSKILT I MIGRATIONSPROCESSEN

Möjligheten att erhålla ett av staten finansierat biträde i migrationsmål

15 Se RhjL 27–29 §§, RB 21 kap. 10 §, LMB 4 och 5 §§ samt LOB 4 §, där det framgår att biträdet erhåller sin ersättning från staten. Partens grad av självfinansiering varierar dock betydligt beroende vilken typ av biträde som förordnas. Enligt RhjL 23–25 §§ skall nämligen den som förordnas ett rättshjälpsbiträde erlägga s.k. ”rättshjälpsavgift”, som kan uppgå till betydande belopp. Något motsvarande krav finns inte såvitt avser offentliga försvarare, offentliga biträden eller målsägandebiträden enligt reglerna i RB, LOB och LMB. Däremot kan viss återbetalningsskyldighet i vissa fall bli aktuell.

16 Se Wejedal (2017) s. 269 för en tydligare begreppsbestämning.

17 Se RhjL 6–9 §§ och här till Wejedal (2017) avs. 5.2.

18 Se RB 21 kap. 3 a §, som för unga lagöverträdare kompletteras av LUL 24 §, samt LMB 1 §. Se även Wejedal (2017) avs. 5.3–4.

19 Enligt LOB 1 § skall ett offentligt biträde förordnas i ett mål eller ärende enligt särskilda föreskrifter i lag. Sådana särskilda föreskrifter återfinns framförallt i tvångsvårds- och utlänningslagstiftningen, se LVU 39 §, LVM 42 §, LPT 38 a §, LRV 22 a § samt UtL 18 kap. Dessa regelverk finns kommenterade hos Renfors & Sverne Arvill, *Rättshjälpslagen och annan lagstiftning om rättsligt bistånd* (2012), som i uppdaterad version även finns tillgänglig digitalt på Zetee, och behandlas även utförligt i Wejedal (2017) avs. 5.5.

och -ärenden är av gammalt datum i Sverige och kan spåras tillbaka till vår allra första utlänningslagstiftning, närmare bestämt lagen (1914:196) angående förbud för vissa utlännningar att här i riket vistas. Sedan dess har samtliga senare lagstiftningar på området upptagit motsvarande bestämmelser, som numera kommer till uttryck i 18 kap. utlänningslagen (2005:517, UtL).²⁰ Det anförda innebär att Sverige i över ett sekel har tillerkänt enskilda en alltmer utvecklad rätt till biträde i denna mål-/ärendetyp, vilket skall förstås mot bakgrund av två förhållanden: För det första fattas inom migrationsprocessen synnerligen ingripande beslut som vid avslag innebär att den enskilde inte får stanna kvar i riket.²¹ Om ett sådant beslut är ”materiellt felaktigt” – i den bemärkelsen att den enskilde de facto hade skäl att få kvarstanna i Sverige – riskerar vederbörande i värsta fall att bli föremål för inhuman behandling eller till och med att bli dödad i sitt hemland.²² Till detta kommer, för det andra, att den enskilde kan ha svårt att tillvarata sina egenintressen i processen, exempelvis till följd av traumatiska upplevelser av krig och förföljelse, samt bristande kunskaper i och förståelse för det svenska språket och svensk lagstiftning.²³ Dessa omständigheter medför – var för sig och särskilt i förening – att den enskilde anses ha ett stort behov av ett biträde, vilket i sin tur förklarar varför det föreligger en stark presumtion för att offentliga biträden skall förordnas i migrationsmål och -ärenden.²⁴

Att en enskild får tillgång till ett biträde har dock inget egenvärde – tvärtom måste rätten till biträde vara *effektiv*, vilket innebär att biträdet skall ha reella möjligheter att bevaka den enskildes intressen i beslutsprocessen.²⁵ En första

20 Under vilka förutsättningar ett offentligt biträde kan förordnas enligt UtL 18 kap. behandlas i Wikrén & Sandesjö, *Utlänningslagen – med kommentarer* (2017), som i uppdaterad version också finns tillgänglig digitalt på Zeteo, samt i Wejedal (2017) avs. 5.5.2.

21 Se t.ex. SOU 1971:76 s. 153 f., där det talas om ”ett ingrepp av det mest djupgående slag”, samt vidare prop. 1972:132 s. 170 f. och SOU 1985:4 s. 85.

22 Detta i strid med den internationellt vedertagna principen om ”non-refoulement” varpå asylrätten vilar; se exv. art. 21 i skyddsgrundsdirektivet (2004/83/EG).

23 Se t.ex. SOU 1971:76 s. 158 och SOU 1977:28 s. 93.

24 Jfr SOU 1977:28 s. 93, där huvudprincipen att ”ingen [...] skall kunna avlägsnas ur riket utan att han erbjudits bistånd av ett offentligt biträde” myntades. Denna princip, som sedermera kodifierades som en lagteknisk presumtionsregel, har upprätthållits i flera senare lagstiftningsärenden (se exv. prop. 1977/78:90 s. 67, prop. 1978/79:90 s. 184 f., prop. 1987/88:73 s. 84 och prop. 1988/89:86 s. 134 f.) och kommer nu till uttryck i UtL 18 kap. 1 § (som behandlas närmare i Wejedal (2017) avs. 5.5.2.5 samt, från ett mer teoretiskt perspektiv, i kap. 7). Ett sådant biträde skall förordnas så snart Migrationsverket börjar överväga att en person skall avisas eller utvisas, se exv. JO dnr 5434-2008, MIG 2014:29 samt verkets rättsliga kommentar ang. förordnande av offentligt biträde i asylärenden (SR 37/2015) s. 1 f.

25 Jfr Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* (2015) s. 346 ff. och där anmärkta avgöranden (som dock avser rätten till försvarare, men den underliggande logiken är densamma

förutsättning härför är förstås att den som förordnas som biträde har *erforderliga kvalifikationer* och i övrigt är lämplig för uppdraget. I den mån den enskilde inte själv kan utvärdera sitt eget biträdes arbete – vilket typiskt sett är fallet i migrationsprocessen – måste således den förordnande myndigheten ha fungerande rutiner för att säkerställa lämpligheten hos de biträden som utses. Detta är dock inte tillräckligt. För att kunna fullgöra en kritiskt granskande funktion, och som ett led i denna erhålla klientens förtroende, måste biträdet också tillförsäkras en *tillräcklig grad av oberoende* visavi de beslutsfattande myndigheterna – särskilt sådana myndigheter som kan komma att uppträda som klientens motpart. Om biträdet inte garanteras en oberoende ställning uppstår nämligen intrikata roll- och lojalitetskonflikter, vilket i förlängningen riskerar att göra rätten till biträde ineffektiv.

Som framgått ovan har lämplighetskravet för offentliga biträden i migrationsprocessen, liksom Migrationsverkets lämplighetsprövning, redan stötts och blötts i åtskilliga sammanhang.²⁶ Jag kommer därför inte att fördjupa diskussionen kring denna fråga ytterligare i förevarande artikel. Istället skall jag i det följande fokusera på den andra aspekten av rätten till ett effektivt biträde, nämligen på bitrådets oberoende. Som kommer att framgå finns det dock ett nära samband mellan dessa två frågor, varför jag återkommer till lämplighetsprövningen i artikelns avslutande avsnitt.

3. BESLUTSMAKTENS PLACERING – EN JÄMFÖRELSE MELLAN OLIKA PROCESSFORMER

Som en stark huvudregel förordnas offentligt finansierade biträden av domstol.²⁷ Vanligtvis sker detta efter ansökan, men domstolen har allt som oftast också möjlighet att förordna ett biträde *ex officio*. För att illustrera denna huvudregel kan vi ta avstamp i straffprocessen, där det ankommer på rätten att förordna både offentliga försvarare och målsägandebiträden – inte bara inför och under huvudförhandlingen, utan också om frågan aktualiseras redan under förundersökningen. Som kommer att framgå är skälen härför främst principiella till sin karaktär. Det anses helt enkelt olämpligt att Åklagarmyndigheten, som kan komma att bli part i rättsprocessen, förordnar biträde åt sin potentiella mot- eller medpart. Trots att dessa argument i och för sig låter sig appliceras också på Migrationsverket, är det dock just detta som sker i migrationsprocessen.

oavsett processform – den enskilde skall, med Danelius ord (s. 346), ges ett ”reellt och effektivt bistånd”).

²⁶ Se i och vid not 4–7 ovan.

²⁷ Vilket skall förstås som den domstol där målet är anhängigt. Om något mål ännu inte har anhängiggjorts blir frågan istället att bedöma enligt sedvanliga forumregler.

3.1 OFFENTLIGA FÖRSVARARE

Såvitt avser offentliga försvarare förordnas dessa, åtminstone sedan antagandet av den nu gällande rättegångsbalken, alltid av domstol – antingen då framställning därom görs eller då domstolen själv finner anledning att förordna en försvarare.²⁸ Detta tycks också ha betraktats som en självklar ordning vid antagandet av balken. Vilken myndighet som skulle förordna försvarare ägnades nämligen begränsad diskussion i de ursprungliga förarbetena,²⁹ och möjligheten att låta någon annan instans än domstol handha förordnandet – såsom Åklagarmyndigheten – diskuterades inte alls.³⁰ I senare lagstiftningssammanhang har dock frågan om att flytta behörigheten från domstol till förvaltningsmyndighet rests vid åtminstone två tillfällen: först i samband med att den äldre rättshjälpslagen (1972:429) infördes och därefter i Häktes- och restriktionsutredningens betänkande *Färre i häkte och minskad isolering* (SOU 2016:52). Något kort skall därför sägas om dessa två reformförslag.

Genom 1972 års rättshjälpsreform tillskapades två nya myndigheter för att administrera den väsentligt utvidgade rättshjälpsområde som infördes genom reformen: dels regionala rättshjälpsnämnder, dels en central rättshjälpsmyndighet. I förarbetena diskuterades också huruvida någon av dessa myndigheter kunde överta uppgiften att förordna offentliga försvarare i brottmål. Detta förslag kom att kritiseras av ett flertal remissinstanser och genomfördes aldrig. I anslutning till remisskritiken uttalade sig dock departementschefen i tämligen positiva ordalag kring förslaget. Att låta en helt fristående myndighet förordna offentliga försvarare kunde nämligen, enligt departementschefen, motiveras av både praktiska och principiella skäl; domstolarna skulle därigenom avlastas vissa enklare arbetsuppgifter och därtill skulle ”varje grund saknas för misstanke” om att domstolarna tog ovidkommande hänsyn vid valet av försvarare.³¹ Nackdelarna – eller kanske snarare den omfattande remisskritiken – tycks dock ha vägt tyngre än dessa identifierade fördelar.³²

28 Se RB 21 kap. 4 § och 23 kap. 5 § samt FUK 7 §.

29 Se dock SOU 1926:32 s. 53, där Processkommissionen tog tydlig ställning för att denna uppgift borde ankomma på domstol. Denna uppfattning delades av Processlagberedningen, som i SOU 1938:44 s. 274 kort och gott konstaterade att förordnandet av försvarare utgjorde en sådan åtgärd som ”alltid [borde] ankomma på rätten”. I den proposition som sedan föregick rättegångsbalken anförde även Lagrådet, utan någon närmare motivering, att behörigheten att förordna försvarare för någon ”uppenbarligen” skulle tillkomma domstol, se prop. 1942:5 s. 200.

30 Den fråga som dryftades var istället vilken domstol som skulle vara behörig, exv. innan åtal hade väckts eller vid överklagan, se not 27 ovan.

31 Prop. 1972:4 s. 287 f.

32 Jfr även prop. 1972:132 s. 188, där det anförts att ”med hänsyn till de praktiska olägenheter som kunde uppstå om förordnande av offentlig försvarare förlades till rättshjälpsnämnden ansågs någon ändring i det sedan länge tillämpade tillvägagångssättet vid

Efter rättshjälpsreformen kom det att dröja åtskillig tid innan motsvarande tankegångar kom att dryftas på nytt av Häktes- och restriktionsutredningen,³³ som i sitt år 2016 framlagda betänkande föreslog att ett nytt tredje stycke skulle införas i RB 21 kap. 4 §, med följande lydelse:

Om det finns risk för att en utredning onödigt fördröjs får åklagare, i avvaktan på rättens beslut, förordna offentlig försvarare för en misstänkt som är gripen eller anhållen. Beslutet ska snarast överlämnas till rätten för prövning.³⁴

Enligt den föreslagna lagregeln skulle således åklagare, vid fara i dröjsmål, ges en interimistisk behörighet att förordna offentlig försvarare åt den som var frihetsberövad, vilket enligt författningskommentaren skulle kunna aktualiseras ”när behov av att förordna försvarare uppkommer utanför domstolarnas kontors- eller beredskapstid”.³⁵ Detta förslag skall förstås mot bakgrund av den omfattande kritik som under lång tid har riktats mot det svenska systemet avseende straffprocessuella frihetsberövanden i allmänhet och häktning (med restriktioner) i synnerhet.³⁶ Hela syftet med förslaget var nämligen att förkorta den tid en misstänkt måste vara frihetsberövad i avvaktan på förhör, genom att skapa ett system där offentliga försvarare kan förordnas även utanför domstolens ordinarie öppettider.³⁷ Utredningen konstaterade också att ett sådant system redan fanns på lokal nivå, genom överenskommelser mellan olika tingsrätter och åklagarkammare i landet.³⁸ Trots att Riksåklagaren hade motsatt sig att detta system formaliserades på nationell nivå, på så vis att åklagarna gavs en laglig möjlighet att interimistiskt förordna offentlig försvarare, föreslog utredningen just detta:

Vi delar riksåklagarens uppfattning att det som huvudregel bör vara domstolen som utser och förordnar en offentlig försvarare. En

utseende av offentlig försvarare inte bör göras f.n.”.

33 I senare lagstiftnings sammanhang, exv. prop. 1983/84:23 s. 9 och prop. 2008/09:232 s. 11, konstateras endast i förbigående att offentlig försvarare förordnas av domstol.

34 Se utredningens förslag till ändring i RB 21 kap. 4 § i SOU 2016:52 s. 26.

35 Se författningskommentaren i SOU 2016:52 s. 190.

36 Se SOU 2016:52 s. 75 ff. ang. reformbehovet, samt dir. 2015:80 (återgivet som bil. I till SOU 2016:52 s. 231 ff.).

37 Se SOU 2016:52 s. 129: ”En misstänkt som grips och anhålls under kvälls- eller natttid kan få vänta många timmar innan han eller hon får en offentlig försvarare. Följden blir då vanligtvis att det första polisförhöret i sak fördröjs eftersom den misstänkte har rätt att ha sin försvarare med vid förhöret. Som en konsekvens därav förlängs oftast även frihetsberövandet.”

38 I korthet innebar dessa överenskommelser att tingsrätten i efterhand förordnade den advokat som av Åklagarmyndigheten hade anlåtats vid ett förhör som offentlig försvarare.

ordning som ger åklagaren rätt att tillfälligt förordna en offentlig försvarare *för att utredningsarbetet inte ska stanna upp* innebär dock stora fördelar för den enskilde.³⁹

Vid remissbehandlingen fick utredningens förslag ett blandat mottagande. En del remissinstanser ställde sig bakom förslaget – vissa utan motivering, andra efter en uttrycklig avvägning mellan de motstående intressen som aktualiserades.⁴⁰ I sitt remissyttrande tillstyrkte exempelvis Domstolsverket förslaget,⁴¹ medan Advokatsamfundet avstyrkte detsamma med hänvisning till ”rättssäkerhetsskäl och processrättsliga grundprinciper”. Mer utvecklat anförde samfundet följande:

Att förordnandet ska få ske av åklagare är enligt Advokatsamfundets uppfattning direkt olämpligt. Det kan ifrågasättas om inte åklagaren, som är en part, kan komma att omfattas av bestämmelserna om jäv i 4 kap. 13 § RB. Detta gäller oavsett hur professionella åklagare är och hur objektivitetsprincipen kan och ska tillämpas av åklagarna. Oavsett hur det förhåller sig med detta, torde det ur klientsynvinkel vara *svårt att förklara varför en företrädare för en brottsbekämpande myndighet och som påstår att någon har begått ett brott ska ha möjlighet att utse vem som ska vara försvarare*. [...] Att förordnandet enligt förslaget i efterhand ska prövas av tingsrätten utgör ingen garanti för att det inte finns risk för uppfattningen att ovidkommande hänsyn kan ha påverkat valet.⁴²

Åklagarmyndigheten intog slutligen den intressanta ståndpunkten, att både avstyrka förslaget och temporärt tillstyrka detsamma. I sitt yttrande anförde myndigheten, å ena sidan, att principiella skäl talade mot att låta den ena parten i en process förordna biträde åt den andra parten, och att den ”självklara utgångspunkten” därför måste vara att offentliga försvarare förordnas av domstol. Eftersom det numera ställs ett närmast ovillkorligt krav på försvararnärvaro vid förhör med åtminstone brottsmisstänkta barn och unga

39 SOU 2016:52 s. 130 (kurs. här).

40 JO anförde exv. att det ”behov som finns att kunna förordna en offentlig försvarare utanför kontorstid väger tyngre än de principiella invändningar man kan ha mot utredningens förslag”. JK anslöt sig dock till RÅ:s ståndpunkt, och ställde sig ”tveksam” till förslaget. Även domstolarna var splittrade. Förslaget tillstyrktes sålunda av Svea hovrätt, men avstyrktes av Hovrätten för Västra Sverige. Se till det sagda JO dnr R 92-2016 s. 4, JK dnr 5390-16-80 s. 3, Svea HovR dnr 2016/701 s. 5 och HovR:n för Västra Sverige dnr 2016/0211 s. 3.

41 DV dnr 1593-16 s. 3.

42 Advokatsamfundet, *Yttrande över Häktes- och restriktionsutredningens betänkande Färrer i häkte och minskad isolering*, s. 7 f. (kurs. här).

kunde dock myndigheten, å andra sidan, acceptera att förslaget genomfördes ”övergångsvis”, för att undvika att ett frihetsberövande måste bestå längre än nödvändigt. Myndigheten ville dock särskilt betona att den föreslagna ordningen kunde ”motiveras enbart som en nödvändig konsekvens av statsmakternas tillkortakommanden när det gäller att göra domstolarna tillgängliga för beslut även utanför kontorstid”.⁴³

Häktes- och restriktionsutredningens betänkande, samt den remisskritik som riktades mot utredningens förslag, föranleder två reflektioner: För det första tycks de flesta vara överens om att det är principiellt olämpligt att låta en myndighet förordna biträde åt en enskild part, om myndigheten samtidigt kan komma agera som den enskildes motpart. Att en sådan ordning trots allt accepterades av några remissinstanser berodde, för det andra, på att fördelarna för den enskilde övervägde nackdelarna. Detta genom att påskynda handläggningen i en situation *där den enskilde själv* ansågs ha ett särskilt starkt intresse av att handläggningen inte fördröjdes.

3.2 MÅLSÄGANDEBITRÄDEN

Vad sedan gäller förordnandet av målsägandebiträden är ordningen densamma som vid förordnandet av offentliga försvarare.⁴⁴ Enligt lagen om målsägandebiträde utses ett sådant biträde av rätten, antingen på begäran eller annars när det finns anledning till det.⁴⁵

När systemet med målsägandebiträden infördes på förslag av Rättshjälpskommittén anfördes att ”alla beslut som rör målsägandebiträdet bör fattas av domstol” i enlighet med ”principen att rättshjälpsfrågor som uppkommer i mål eller ärenden som är anhängiga vid domstol skall avgöras av domstolen”.⁴⁶ I överensstämmelse härmed uttalade regeringen att det var ”ställt utom diskussion att det i mål där åtal redan väckts ligger närmast till hands att låta den domstol där målet handläggs handha biträdesfrågan”. Däremot var det ”mer tveksamt” vilken myndighet som skulle förordna målsägandebiträden redan under förundersökningen. I denna del anfördes följande i propositionen:

Det skulle kunna hävdas att man i sådana fall [...] bör låta rättshjälpsnämnderna fatta beslut. Man måste emellertid beakta att rättshjälpsnämnderna, som ju inte förordnar offentliga försvarare, har begränsad erfarenhet av brottmål och att ärendena därför skulle

43 ÅM dnr 2016-58 s. 7 f.

44 Jfr SOU 1986:49 s. 108.

45 LMB 4 och 7 §§ samt RB 23 kap. 5 § och FUK 13 a § 2 st.

46 SOU 1986:49 s. 107.

kunna bli avsevärt mera tidskrävande än om de handlades vid tingsrätterna. Härtill kommer att tingsrätterna ju redan nu får förordna offentlig försvarare även innan åtal väckts, en uppgift som inte lär förorsaka några särskilda problem.⁴⁷

Mot denna bakgrund fann departementschefen att tingsrätterna alltid skulle förordna målsägandebitråde, oavsett om frågan uppkommit innan eller efter att åtal har väckts.

Intressant att notera är att det alternativ till domstol som dryftades i propositionen var rättshjälpsnämnderna – att flytta behörigheten till Åklagarmyndigheten diskuterades aldrig i de ursprungliga förarbetena. När frågan togs upp till förnyad diskussion omkring 20 år senare föreslog dock Utredningen om målsägandebitråde, i betänkandet *Målsägandebiträdet – ett aktivt stöd i rättsprocessen*, att åklagarna skulle ges behörighet att förordna målsägandebitråde för att på så vis göra beslutsvägarna kortare.⁴⁸ Att principiella invändningar kunde riktas mot en sådan ändring förutsåg utredningen och bemötte enligt följande:

Att åklagaren ska kunna förordna målsägandebitråde kan ge sken av att advokaten eller den biträdande juristen kommer i ett beroendeförhållande till åklagaren. Enligt utredningens mening är det fråga om *ett intryck mer än en reell risk*. Vid all maktutövning finns det risker att den som fattar beslut, i det här fallet förordnar målsägandebitråde, inte gör det på allt igenom sakliga grunder. *Den risken är inte större i ett system där åklagaren förordnar än i ett system där domstolen förordnar målsägandebitråde*. Utredningen utgår ifrån att åklagaren liksom domaren är objektiv i sin yrkesutövning. Att fatta sakliga och opartiska beslut är en del av de krav som ställs på åklagaren som en professionell tjänsteman och som åklagaren, liksom domaren, har att leva upp till i många olika sammanhang.⁴⁹

47 Prop. 1987/88:107 s. 29.

48 Se SOU 2007:6 s. 222. Detta sedan Brottsofferutredningen i sitt betänkande *Brottsoffer – Vad har gjorts? Vad bör göras?* (SOU 1998:40), med beaktande av Domstolsverkets utvärdering av lagen om målsägandebitråde, *Målsägandebitråde – en utvärdering av tillämpningen om lagen om målsägandebitråde m.m.* (1996:2), hade konstaterat att ett stort antal målsägandebiträden förordnades sent i rättsprocessen. Som en lämplig åtgärd anfördes i utvärderingen (s. 46 f.) att åklagaren borde ges behörighet att förordna målsägandebitråde. Brottsofferutredningens inställning var dock att förslaget inte skulle leda till någon egentlig tidsvinst och att åklagarnas objektivitet dessutom skulle kunna ifrågasättas om beslutsmakten överfördes till dem (se s. 127 i betänkandet).

49 SOU 2007:6 s. 244 (kurs. här).

Utredningens förslag remissbehandlades och fick, liksom Häktes- och restriktionsutredningens betänkande, ett blandat mottagande. Bland de som avstyrkte förslaget märks återigen Advokatsamfundet, som menade att det ur rättssäkerhetssynpunkt vore olämpligt om åklagaren, som skall vara objektiv, fick i uppgift att utse det biträde som skall hjälpa målsäganden, och att denna uppgift därför borde kvarbli hos rätten. Även Åklagarmyndigheten avstyrkte förslaget, under anförande av att det inte ens fick uppstå tvivel i fråga om åklagarens objektivitet. Sådant tvivel kunde enligt myndigheten uppkomma om åklagare fick behörighet besluta om att målsäganden får stöd av ett visst målsägandebiträde.⁵⁰

Sammantaget kan vi konstatera att argumenten pro et contra att låta någon annan myndighet än domstol utse målsägandebiträde i mångt och mycket är desamma som vid förordnandet av offentliga försvarare, men med den skillnaden att Åklagarmyndigheten aldrig kan bli målsägandens motpart – utan på sin höjd dennes medpart – om saken går till åtal. Detta till trots har övervägande skäl ansetts tala för att låta beslutsmakten kvarbli hos domstol.

3.3 RÄTTSHJÄLPSBITRÄDEN

I nära överensstämmelse med reglerna om offentliga försvarare respektive målsägandebiträde förordnas rättshjälpsbiträden numera som huvudregel av domstol, efter ansökan av den enskilde. Detta dock under förutsättning att målet eller ärendet handläggs av domstol. Om så ej är fallet beslutar Rättshjälpsmyndigheten, dvs. en myndighet som aldrig är eller kan bli part i det mål eller ärende som förordnandet avser.⁵¹ Kring denna ordning finns inte så mycket mer att säga. Låt oss därför nu skifta fokus till beslutsmaktens placering såvitt avser offentliga biträden, som är betydligt mer komplicerad att ringa in.

3.4 OFFENTLIGA BITRÄDEN

I likhet med offentliga försvarare/målsägandebiträden kan ett offentligt biträde förordnas efter ansökan eller när det annars finns anledning till det.⁵² Enligt lagtextens ordalydelse fattas beslutet ”av den domstol eller myndighet som handlägger målet eller ärendet” och ansökan skall, i överensstämmelse härmed, ”ges in till den myndighet som handlägger målet eller ärendet”.⁵³ Om den handläggande myndigheten inte själv får förordna offentligt biträde

50 SOU 2008:65 s. 82.

51 RhjL 39 §.

52 LOB 3 § 1 st. Ansökan kan göras av den som biträde skall förordnas för eller av någon annan som får föra talan i målet eller ärendet, dvs. vanligtvis av den förvaltningsmyndighet som har initierat eller eljest handlägger ärendet.

53 LOB 2 § och 3 § 2 st. Notera dock att dessa regler är subsidiära, se 1 § 2 st.

skall ansökan istället överlämnas till ”behörig myndighet”.⁵⁴ Denna lagstiftningsteknik medför att olika regler gäller i olika mål- respektive ärendetyper.

Ursprungligen förordnades offentliga biträden alltid av rättshjälpsnämnderna och detta oberoende av hos vilken myndighet det aktuella ärendet var anhängigt.⁵⁵ På den handläggande/beslutande myndigheten ankom dock att självmant beakta behovet av offentligt biträde och så snart anledning förelåg anmäla behovet till rättshjälpsnämnden.⁵⁶ Om ansökan inkom från den enskilde ankom det istället på nämnden att inhämta den handläggande myndighetens yttrande.⁵⁷ Som skäl för denna ordning anfördes i förarbetena att såväl praktiska som principiella skäl talade mot att låta beslutsmyndigheten både besluta i sak och förordna offentligt biträde åt den enskilde.⁵⁸ Med tiden kom dock rättshjälpsnämndernas generella behörighet att kritiseras för att föranleda ”onödig omgång och tidsutdräkt”.⁵⁹ I synnerhet intog dåvarande Invandrarverket (nuvarande Migrationsverket) en negativ inställning till rådande ordning, emedan verkets arbete med att avfatta dylika yttranden hade förlängt handläggningstiden i vissa ärendetyper, vilket betraktades som ”synnerligen otillfredsställande”.⁶⁰ Detta missnöje fångades sedermera upp av Utlänningskommittén, som menade att beslutsordningen var ”onödigt byråkratisk och tidskrävande”. Att istället låta Invandrarverket besluta var, enligt kommitténs mening, ”långt bättre” och skulle ”knappast” resa några betänkligheter.⁶¹ Rättshjälpsutredningen, som samma år lade fram sitt delbetänkande *Översyn av rättshjälpsystemet*, var dock av motsatt mening:

För en person som t.ex. berörs av en så ingripande åtgärd som frihetsberövande eller avlägsnande från riket – om han är utlänning – *torde det vara svårt att inte betrakta den myndighet som beslutar om den aktuella åtgärden som sin motpart i ärendet.* Om denna myndighet också skall kunna avslå en begäran från honom att få offentligt biträde som hjälp mot myndigheten, *torde det föreligga stor risk för att han betraktar sig som helt utlämnad åt myndighetens godtycke.*⁶²

54 LOB 3 § 3 st.

55 Se äldre RhjL 43 § (efter ändring 1973:118) och därtill prop. 1972:132 s. 189. Se även SOU 1977:49 s. 233 och prop. 1978/79:90 s. 121.

56 Prop. 1978/79:90 s. 122.

57 Äldre RhjL 25 § och därtill SOU 1977:49 s. 233.

58 Prop. 1972:132 s. 188 ff. Departementschefen fäste därtill vikt vid intresset av att uppnå en enhetlig rättstillämpning samt det ökade utrymmet för kontroll, se vidare SOU 1977:49 s. 233.

59 Prop. 1978/79:90 s. 123.

60 På dessa grunder hemställde verket om lagändringar, se SOU 1977:49 s. 221.

61 SOU 1977:28 s. 24. Se även prop. 1978/79:90 s. 123.

62 SOU 1977:49 s. 236 (kurs. här).

Av principiella skäl ansåg således Rättshjälpsutredningen att behörigheten att förordna offentligt biträde skulle ligga hos ett i förhållande till beslutsmyndigheten fristående organ. Mot denna ståndpunkt reserverade sig dock utredningens ordförande, med följande intressanta motivering:

Skäl av detta slag *kan inte helt viftas bort* [sic!] men de bör *inte heller tillmätas avgörande betydelse*. Även i rättshjälpsfrågan är det en rättslig bedömning som skall göras och kan myndigheten anförtros att avgöra ärendet i sak bör den också kunna anförtros avgörandet i rättshjälpsdelen. Det har också visat sig att en motsvarande ordning fungerar bra på ett jämförbart område. Jag syftar på de allmänna domstolarnas förordnanden av offentliga försvarare.⁶³

I kontrast till majoriteten förordade således ordföranden att beslutsmakten skulle allokeras till den handläggande myndigheten, och vid den efterföljande departementsbehandlingen anslöt sig departementschefen till ordförandens linje. Att prövningen ankom på rättshjälpsnämnderna istället för den handläggande myndigheten var ”onödigt byråkratiskt” och de principiella argument som hade anförts för en sådan ordning gav departementschefen, krasst uttryckt, inte mycket för:

Utredningen har hävdatt att principiella skäl talar för att beslutanderätten skall ligga hos ett organ som är fristående i förhållande till myndigheten. För egen del anser jag emellertid att dessa principiella synpunkter *har tillmätts alltför stor betydelse*.⁶⁴

Med denna motivering – som uttryckligen innebar att praktiska hänsyn tilläts trumfa över principiella hänsyn – infördes en ny huvudregel, enligt vilken den myndighet som handlade ärendet/målet också fick behörighet att förordna offentligt biträde åt den enskilde.⁶⁵ Från denna huvudregel gjordes dock ett intressant undantag, nämligen för just migrationsärenden där prövningens ”särskilda karaktär” ansågs motivera att behörigheten även fortsättningsvis skulle ankomma på rättshjälpsnämnderna.⁶⁶ För övriga måltyper innebar ändringen framförallt att prövningen flyttades från nämnderna till förvaltningsdomstol, eftersom offentligt biträde (med undantag för

63 SOU 1977:49 s. 277 (kurs. här).

64 Prop. 1978/79:90 s. 188 (kurs. här).

65 Prop. 1988/89:86 s. 136.

66 Undantag gjordes också beträffande tvångsvård av barn, där behörigheten tillkom dåvarande länsrätten (nuvarande förvaltningsrätten) även vid socialnämndens prövning, se SOU 1977:40 s. 823 f. och vidare i not 71 nedan.

migrationsprocessen) i princip bara kan ifrågakomma inför domstol.

Det skulle dock inte dröja särskilt länge innan behörigheten att förordna offentliga biträden enligt utlänningslagstiftningen flyttades till Invandrarverket efter en uttrycklig avvägning mellan de motstående intressen som frågan aktualiserar; principiella intressen tillmättes fortfarande ”viss tyngd” men de praktiska intressena ”vägde över”.⁶⁷ När systemet med offentliga biträden sedermera bröts ut ur rättshjälpssystemet bevarades denna ordning mer eller mindre oförändrad.⁶⁸ Följaktligen föreskrivs numera i lagen om offentligt biträde att beslut enligt lagen ”fattas av den domstol eller myndighet som handlägger målet eller ärendet”.⁶⁹ Frågan är dock vad detta innebär i praktiken.

Ett offentligt biträde kan förordnas i två större mål-/ärendekategorier: dels enligt tvångsvårdslagarna, dels enligt utlänningslagen. Förfarandet enligt dessa lagar uppvisar en betydelsefull skillnad. Tvångsvårdsmålen utgör, å ena sidan, *ansökningsmål*, vilket innebär att det allmänna – socialnämnden eller chefsöverläkaren – skall ansöka hos rätten om att den enskilde skall underkastas tvångsvård.⁷⁰ Genom denna åtgärd anhängiggörs ett mål hos domstolen, varvid förvaltningsmyndigheten blir den enskildes motpart. I sådana fall förordnas det offentliga biträdet av domstolen, eftersom det är domstolen som handlägger målet.⁷¹ Migrationsärenden är, å andra sidan, som utgångspunkt just *ärenden* med en förvaltningsmyndighet – Migrationsverket – som beslutsfattande myndighet i första instans; endast om den enskilde överklagar verkets

67 Prop. 1988/89:86 s. 136.

68 Jfr prop. 1996/97:9 s. 226.

69 LOB 2 § samt 3 § 2 st. 2 meningen.

70 Se LVU 4 §, LVM 5 och 11 §§ samt LPT 7 §. Endast om det föreligger fara i dröjsmål äger förvaltningsmyndigheten fatta beslut om omedelbart omhändertagande, varvid beslutet skall *underställas* domstol i efterhand, se LVU 7 §, LVM 15 § och LPT 12 §.

71 Vid tvångsvård av barn föreligger förvisso en rätt till offentligt biträde inte bara i mål hos förvaltningsdomstol, utan också i ärende hos socialnämnd, se LVU 39 § 1 st. (där det talas om ”mål och ärenden”). Oavsett vilken myndighet som handlägger målet/ärendet skall dock förordnandet göras av domstol – antingen av den domstol som handlägger målet eller, när något mål ännu inte har anhängiggjorts hos domstol, av förvaltningsrätten, vilket följer av ett särskilt stadgande i LVU 39 § 3 st. Socialnämnden är således aldrig behörig att förordna offentligt biträde, trots att den formellt handlägger ett ärende vid exv. omedelbart omhändertagande. Vid tvångsvård av missbrukare föreligger enligt lagtextens ordalydelse en rätt till offentligt biträde endast i ”mål i allmän förvaltningsdomstol” ang. beredande av vård eller omedelbart omhändertagande, se LVM 42 §. Det sagda innebär lagtekniskt att ett offentligt biträde inte kan förordnas under förvaltningsmyndighetens inledande handläggning, se prop. 1981/82:8 s. 70. Vad slutligen gäller tvångsvård av psykiskt sjuka samt rättspsykiatrisk vård är rätten till offentligt biträde – i likhet med LVM-målen – begränsad till ”mål hos allmän förvaltningsdomstol” ang. vissa i lagen särskilt uppräknade åtgärder, se LPT 38 a § och LRV 22 a §.

beslut anhängiggörs ett mål hos migrationsdomstol. Sålunda ankommer det på verket att förordna offentliga biträden åt den enskilde i det stora flertalet fall.⁷² Detta är en både principiellt intressant och, enligt min mening, tvivelaktig ordning, eftersom verket inte bara är den förvaltningsmyndighet som i första instans handlägger och beslutar i ärendet, utan också – vid överklagan – den enskildes motpart inför domstolen.⁷³

Sammanfattningsvis är, enligt mitt förmenande, den liknelse med brottmålen som ordföranden för Rättshjälpsutredningen gjorde i sin ovan nämnda reservation inte alls adekvat.⁷⁴ Att prövningen i vissa fall flyttades till domstol är väl förvisso föga problematiskt; allmän förvaltningsdomstol skall i sådana fall – precis som allmän domstol – både pröva om ett offentligt biträde/en offentlig försvarare skall förordnas och avgöra målet i sak. Att prövningen flyttades till Migrationsverket är däremot problematiskt, eftersom verket sedermera – till skillnad från en domstol – kan komma att agera som *motpart till den enskilde*. Den dubbla roll som ankommer på myndigheterna att både fatta beslut i sak och förordna biträde blir således betänkligen på allvar endast för Migrationsverket, eftersom det endast är Migrationsverket som på detta vis kan byta skepnad under processen – från en beslutande funktion till en partsfunktion. En adekvat jämförelse för Migrationsverket är således inte allmän domstol utan en ordning där Åklagarmyndigheten förordnar offentliga försvarare åt den som misstänks för brott. I följande avsnitt skall denna särskilda problematik utvecklas något.

4. NÄRMARE OM MIGRATIONSVERKETS BEHÖRIGHET ATT FÖRORDNA OFFENTLIGA BITRÄDEN

Migrationsprocessen är den praktiskt mest betydelsefulla mål-/ärendekategori där den enskildes biträde inte förordnas av domstol (eller annan ”fristående myndighet”, såsom Rättshjälpsmyndigheten) utan av den enskildes potentiella motpart i processen.⁷⁵ Som framgått ovan infördes denna

72 Se UtL 18 kap. 1 §, som i likhet med LVU 39 § 1 st. talar om offentligt biträde i både *mål* och *ärenden*, men som till skillnad från LVU 39 § 3 st. inte föreskriver att förordnandet i båda fallen skall göras av domstol. Den lagtekniska konsekvensen blir att Migrationsverket förordnar offentligt biträde när ärendet är föremål för verkets handläggning, medan migrationsdomstolen har möjlighet att förordna biträde i mål som överklagats dit. Vanligtvis har dock ett sådant biträde redan förordnats av verket varför domstolen inte behöver vidta ytterligare åtgärder, se Statskontorets rapport (2012:30) s. 20.

73 FPL 7 a §.

74 Se vid not 63 ovan.

75 Jfr lagen (1988:688) om kontaktförbud 7 a §, som anger att ett offentligt biträde i vissa fall kan förordnas för den som förbudet gäller. Enligt 7 § prövas frågor om kontaktförbud av åklagare och tas upp på begäran av den som förbudet avser att skydda eller när det annars finns

ordning i samband med antagandet av den äldre utlänningslagen (1989:529), vars överordnade syfte var att ”åstadkomma en snabbare och mer rationell beslutsordning” i hela migrationsprocessen.⁷⁶

4.1 ANTAGANDET AV 1989 ÅRS UTLÄNNINGSLAG

Innan 1989 års utlänningslag trädde i kraft ankom det, som framgått ovan, på rättshjälpsnämnderna att förordna ett offentligt biträde åt den enskilde. Med tiden tilldrog sig denna ordning förnyad kritik från Asylärendeutredningen, som i sin utredning *Kortare väntan* menade att uppgiften istället borde ankomma på dåvarande Invandrarverket:

Utlänningsärenden skiljer sig från övriga ärendekategorier som kan bli föremål för rättshjälp genom offentligt biträde på det sättet, att det inte är den myndighet som handlägger ärendet i sak som förordnar offentligt biträde. Som motivering till detta undantag har angivits utlänningsärendenas speciella karaktär. Bakom detta uttrycksätt låg förmodligen att det ansågs viktigt att beslutanderätten i rättshjälpsfrågor borde ligga hos ett organ som är fristående från den myndighet som handlägger utlänningsärendet.⁷⁷

Utredaren ansåg dock att argumenten för ett fristående organ ”inte [hade] någon bärkraft” och att det ”inte [fanns] något principiellt hinder” mot att flytta beslutanderätten till Invandrarverket – tvärtom skulle en sådan ordning innebära ”administrativa fördelar” och, märk väl, ”en viss tidsvinst”.⁷⁸ Liknande tankegångar kom också till uttryck hos Utredningen för översyn av utlänningslagen, som samma år lade fram sitt betänkande *Översyn av utlänningslagen*. Förvisso kunde ”principiella skäl” riktas mot att Invandrarverket övertog behörigheten att förordna offentliga biträden, men utredaren ansåg sig ändå kunna biträda Asylärendeutredningens förslag.⁷⁹ Vid remissbehandlingen blev dock förslaget föremål för tämligen omfattande kritik, bl.a. från Advokatsamfundet som menade att

anledning till det. Detta innebär att det ankommer på åklagaren att också förordna ett offentligt biträde åt den som förbudet gäller, när åklagaren handlägger ärendet. Påkallas däremot rättsens prövning enligt 14 §, och frågan om offentligt biträde aktualiseras först i detta skede, är det domstolen som förordnar biträdet, se prop. 2002/03:70 s. 46 f. Ordningen är alltså densamma som i migrationsprocessen. Denna begränsade behörighet för Åklagarmyndigheten är dock knappast jämförbar med Migrationsverkets generella behörighet att förordna offentliga biträden i flera tusen ärenden varje år (varav ett stort antal dessutom överklagas, vilket ger verket partsställning).

76 Prop. 1988/89:86 s. 1.

77 SOU 1988:2 s. 97.

78 SOU 1988:2 s. 97 (kurs. här).

79 SOU 1988:1 s. 183.

den tidigare ordningen borde bestå, med följande motivering:

Samfundet anser att det för biträdets förhållande till utlänningen är viktigt att kunna peka på att biträdet är förordnat av en annan instans än den som skall fatta beslut i tillståndsärendet. Skulle förordnandet komma från invandrarverket skulle det, uppenbarligen, *vara svårt för biträdet att förklara sitt oberoende i förhållande till staten*. Skulle det vidare bli så att beslutande myndighet tog hänsyn till att vissa biträden begär anstånd på grund av t.ex. arbetsanhopning vid förordnandet av biträdet skulle det enligt samfundets mening rent faktiskt bli så att biträdet *inte är självständigt* i förhållande till beslutande myndighet.⁸⁰

Remisskritiken avfärdades emellertid av departementschefen, återigen efter en uttrycklig avvägning mellan de motstående intressena:

I flera yttranden anförs att det inte är lämpligt att den myndighet som kan upplevas som motpart skall handha förordnandet av biträde. Jag anser själv att dessa principiella betänkligheter har *viss tyngd* men att de inte är av sådan beskaffenhet att de väger över de fördelar som en överflyttning av beslutanderätten skulle medföra. En reform av detta slag skulle *väsentligt bidra till att förkorta handläggningstiderna* i asylärenden.⁸¹

Den som läser förarbetena noggrant ser att de förväntade tidsvinsterna – bestående i kortare handläggningstider – hela tiden trissas upp. Asylärendeutredningen anförde att den aktuella reformen skulle ge *en viss* tidsvinst – varken mer eller mindre. När Utredningen för översyn av utlänningslagen sedan skulle återge vad Asylärendeutredningen hade kommit fram till, anfördes att handläggningstiderna totalt sett *borde kunna förkortas* genom att behörigheten att förordna offentliga biträden flyttades från rättshjälpsnämnderna till Invandrarverket.⁸² När det slutligen var dags för departementschefen att ge sin syn på saken gjordes det gällande att reformen *väsentligt* skulle bidra till att förkorta handläggningstiderna. Att en väsentlig tidsvinst skulle uppnås gjorde emellertid inte någon av de två utredningarna – som departementschefen grundade sin analys på – gällande. Om vi för stunden bortser från denna skillnad utmynnade dock propositionen i samma avvägning som de offentliga utredningarna, mellan å ena sidan

80 Prop. 1988/89:86 s. 314 f. (kurs. här).

81 Prop. 1988/89:86 s. 137 (kurs. här).

82 SOU 1988:1 s. 183.

”principiella intressen” (rättssäkerhet i någon mån) och å andra sidan intresset av ”effektivitet” (i bemärkelsen kortare handläggningstid).

Förvisso kan det ses som ett principiellt intresse att handläggningen inte onödigtvis fördröjs, vilket departementschefen också framhöll – effektivitet kan betraktas som en aspekt av rättssäkerhet.⁸³ Till skillnad från Häktes- och restriktionsutredningens förslag att låta Åklagarmyndigheten interimistiskt förordna försvarare i straffprocessen, motiverades dock inte motsvarande reformförslag inom migrationsprocessen huvudsakligen av omsorg om den enskilde. Istället stod ekonomiska intressen i förgrunden:

Nuvarande kostnader för uppehälle, sjukvård och andra åtgärder för asylsökande *kan minskas avsevärt* med kortare väntetider.⁸⁴

En överflyttning av beslutanderätten från rättshjälpsnämnderna till Invandrarverket skulle alltså (1) *väsentligt* bidra till att förkorta handläggningstiderna, och med kortare handläggningstider skulle (2) kostnaderna för uppehälle, sjukvård och andra insatser för den enskilde minskas *avsevärt*. Denna ekonomiska logik, där intresset av tidseffektivitet är instrumentellt i relation till statens intresse av kostnadseffektivitet, skulle göras ännu mer explicit i senare lagstiftningssammanhang.

Att Invandrarverket gavs behörighet att förordna offentliga biträden inom ramen för 1989 års reform måste dock förstås mot bakgrund av en i sammanhanget central omständighet: Vid tidpunkten agerade verket *aldrig som den enskildes motpart i formell mening*. Förvisso blev det, som Advokatsamfundet också påpekade, svårare att hävda biträdets självständiga ställning gentemot Invandrarverket, när det var verket som förordnade biträdet. Problemet ställdes dock inte på sin yttersta spets, eftersom förvaltningsprocessen inte var en generell tvåpartsprocess och det inte heller förelåg någon generell rätt till domstolsprövning. De aktuella besluten överklagades istället till regeringen, inför vilken verket inte intog partsställning. De principiella invändningar som kunde riktas mot förslaget var således av en annan karaktär, och avsåg snarare att Invandrarverket, på grund av prövningens ”speciella karaktär”, kunde *uppfattas som den enskildes motpart* redan i dess egenskap av beslutsmyndighet. Med tiden skulle detta dock även bli verkets formella roll i de ärenden som överklagas till domstol.

⁸³ Se prop. 1988/89:86 s. 48: ”För många asylsökande är det oerhört påfrestande att under lång tid få vänta på beslut. De långa väntetiderna idag går knappast att förena med kravet på rättssäkerhet.”

⁸⁴ Prop. 1988/89:86 s. 48 (kurs. här).

4.2 ANTAGANDET AV 1996 ÅRS RÄTTSHJÄLPPLAG

Vid den nya rättshjälpslagens tillkomst bröts systemet med offentliga biträden ut från rättshjälpsystemet, varvid frågan huruvida Invandrarverket lämpligen borde förordna offentliga biträden återigen kom att diskuteras. Mycket hade nämligen hänt under det gångna decenniet – bl.a. hade förvaltningsprocessen blivit en obligatorisk tvåpartsprocess,⁸⁵ vilket medförde att verket nu, märk väl, *i vissa speciella situationer* svarade som den enskildes motpart i domstol (främst vid överklagan av beslut om förvar). I andra avseenden hade dock tiden stått stilla. De ekonomiska intressena – i klartext nu omtalade som ”flyktingdygnkostnaden” eller ”flyktingkostnaden” – vägde fortfarande tyngre än motstående (principiella) intressen. Följande utdrag ur propositionen är illustrativt och återges därför in extenso:

Det torde vara oundvikligt att det skulle ta *något längre tid* om någon annan myndighet än Invandrarverket skall förordna biträde. [...] Utredningen har antagit att ett sådant förfarande skulle medföra en fördröjning av ett ärende med *åtminstone två dagar*. Eftersom den genomsnittliga s.k. flyktingkostnaden uppgår till ca 200 kr per individ och dygn uppskattar utredningen att kostnadsökningen blir ca 6 miljoner kr per år. Rättshjälpsmyndigheten menar i sitt remissvar att utredningen har överdrivit kostnadsökningen och att möjligheterna att använda modern informationsteknik inte beaktats. [...] Även med modern teknik torde mer resurser gå åt och handläggningstiden *bli i vart fall någon dag längre*. Det måste därför finnas starka skäl för att låta någon annan myndighet ta över beslutanderätten i denna fråga.⁸⁶

När behörigheten att förordna offentliga biträden flyttades från rättshjälpsnämnderna till Invandrarverket gjorde departementschefen, som noterats ovan, gällande att reformen *väsentligt* skulle bidra till att förkorta handläggningstiderna och därmed leda till *avsevärda* besparingar.⁸⁷ När det sedan, några år senare, diskuterades huruvida behörigheten kanske borde flyttas tillbaka till nämnderna motsatte sig som synes regeringen en sådan reform, med motiveringen att handläggningen skulle *ta något längre tid/fördröjas* med *åtminstone två dagar/*bli i vart fall *någon dag längre*. Enligt min mening går inte dessa två argumentationslinjer ihop, med mindre än att regeringen antingen betraktade någon eller kanske några få dagars kortare handläggningstid som en väsentlig förkortning av handläggningstiden (eller väsentligt

85 Se prop. 1995/96:22, som utmynnade i antagandet av FPL 7 a §.

86 Prop. 1996/97:9 s. 187.

87 Se vid not 81 ovan.

överdrev vilka tidsvinster, och därmed vilka avsevärda besparingar, som skulle uppnås genom den första reformen).

Oavsett vilket förklarade regeringen, sammanfattningsvis, att det inte fanns ”tillräckliga skäl” för att ändra den nuvarande ordningen, varken ”med hänsyn till den enskilde utlänningsen eller av andra orsaker”. För att motivera detta fäste regeringen vikt vid två omständigheter: för det första att det viktiga i sammanhanget var att den enskilde fick tillgång till ett kvalificerat biträde (vilket Invandrarverket ansågs väl skickat att säkerställa), och för det andra att Invandrarverket inte blev den enskildes motpart annat än undantagsvis (eftersom flertalet av verkets beslut vid tidpunkten inte kunde överklagas till domstol).⁸⁸ Såvitt avser punkten (1) kan vi dock konstatera att Invandrarverket/Migrationsverket – i kontrast till regeringens uttalande – kontinuerligt har kritiserats för att olämpliga biträden förordnas i migrationsprocessen.⁸⁹ Beträffande punkten (2) kan vi också konstatera att Migrationsverket numera alltid svarar som den enskildes motpart inför de migrationsdomstolar som inrättades genom 2005 års utlänningslag.

4.3 ANTAGANDET AV 2005 ÅRS UTLÄNNINGSLAG

Genom den nu gällande utlänningslagen förändrades instansordningen i migrationsprocessen på så vis att överprövningen av Migrationsverkets beslut flyttades från utlänningsnämnderna (och regeringen) till särskilda migrationsdomstolar (och Migrationsöverdomstolen). Processen förvandlades på så vis till en generell tvåpartsprocess, i vilken det numera ankommer på Migrationsverket att svara som den enskildes motpart i den stora mängd ärenden som överklagas till domstol varje år.⁹⁰

Med anledning av ovanstående förändring återupptogs frågan om vilken myndighet som lämpligen borde förordna offentliga biträden åt den sökande

88 Det faktum att Invandrarverket ibland blev den enskildes motpart innebar dock, enligt regeringens mening, inte att verket ”skulle vara diskvalificerat att pröva frågor om offentligt biträde i ett ärende som handläggs hos verket”, se prop. 1996/97:9 s. 187 f.

89 Se vad som anförs i och vid not 4–7 ovan.

90 Prop. 2004/05:170 s. 1 och vidare 105 ff. Det torde vara allmänt känt att överklagandefrekvensen i denna ärendekategori är hög. Hur hög går dock inte att säga, dels eftersom det skiljer sig åt mellan olika underkategorier av ärenden, dels eftersom det finns en rad omständigheter som försvårar beräkningarna (exv. avses med ett asylärende alltid en individ medan ett asylmål kan avse en hel familj). Vi kan dock konstatera att det år 2017 inkom 53 205 migrationsmål till migrationsdomstolarna (där varje mål alltså kan innefatta flera överklagade ärenden). Se till det sagda, Domstolsverkets och Migrationsverkets gemensamma rapport *Uppdrag att samordna och vidareutveckla prognos- och analysarbetet* (2017) med dnr 1975-2016 (hos DV) resp. dnr I.1.2-2016-176730 (hos MV) samt Domstolsverkets årsredovisning för år 2017 s. 34.

till diskussion. Kommittén om ny instans- och processordning i utlänningsärenden hade i betänkandet *Ökad rättssäkerhet i asylärenden* inte föreslagit några förändringar i denna del.⁹¹ I den efterföljande propositionen noterade regeringen att det förvisso kunde framstå som ”olämpligt att Migrationsverket förordnar offentliga biträden eftersom verket blir utlänningsens motpart vid en eventuell process i domstol”, men framhöll samtidigt att Migrationsverkets beslut – inom ramen för den nya instansordningen – kunde överklagas till domstol. Sammantaget behölls därför den rådande ordningen i avvaktan på en mer grundlig utvärdering av hela reformen.⁹²

Den förutskickade utvärderingen verkställdes sedermera av Utvärderingsutredningen, som år 2008 presenterade betänkandet *Sekretess och offentliga biträden i utlänningsärenden*. Enligt sina direktiv skulle utredningen bl.a. belysa erfarenheterna av att Migrationsverket förordnar offentligt biträde,⁹³ och frågan angreps enligt samma beprövade koncept som tidigare, dvs. genom att ”principiella intressen” ställdes mot intresset av ”effektivitet”.⁹⁴ Sålunda anförde utredaren att:

De invändningar som har framförts mot den nuvarande ordningen [framförallt är] av *principiell art*, då man menar att den rådande ordningen är olämplig eftersom Migrationsverket dels är första instans i den nya processordningen, dels sökandens motpart vid eventuell process i domstol. En följd av detta är enligt kritikerna att det finns en risk för att biträdet kommer att hamna i en lojalitetskonflikt eftersom Migrationsverket både kommer att förordna biträdet och uppträda som hans eller hennes motpart.⁹⁵

Dessa principiella invändningar avfärdades dock som överdrivna:

91 Se exv. SOU 1999:16 s. 19.

92 Prop. 2004/05:170 s. 243. Vid riksdagsbehandlingen upptogs den aktuella frågan också till diskussion i både socialförsäkrings- och justitieutskottet, som anslöt sig till regeringens linje, se 2004/05:SfU17 samt 2004/05:JuU1y.

93 Dir. 2007:119 (som återfinns som bil. I till SOU 2008:65 s. 135 ff.). Se även SOU 2008:65 s. 73.

94 Jfr SOU 2008:65 s. 101: ”Den principiella frågan – om det är olämpligt att ett biträde förordnas av den myndighet som beslutar som första instans och som är sökandens motpart i domstol – har tidigare varit föremål för överväganden i olika lagstiftningsärenden. Det har därvid ansetts att de principiella invändningarna har tillmätts alltför stor betydelse och att de praktiska fördelarna med den nuvarande ordningen bör få företräde. Det har bl.a. anförts att ärendena hos Migrationsverket kommer att ta längre tid att handlägga om någon annan än verket ska förordna biträde.”

95 SOU 2008:65 s. 101 (kurs. här).

Sett utifrån den enskildes perspektiv kan detta vara en *förståelig oro*. Jag har emellertid inte funnit något som tyder på att de offentliga biträdena *enligt sin egen uppfattning* befinner sig i en sådan lojalitetskonflikt att de inte kan utföra sitt uppdrag på ett tillfredsställande sätt eller att de skulle vara hindrade i sitt arbete av det förhållandet att det är Migrationsverket som beslutar i biträdesfrågor.⁹⁶

Utredaren hyste således förståelse för att systemet kunde upplevas som problematiskt av den enskilde, men förklarade samtidigt att samma system inte uppfattades som problematiskt av de offentliga biträdena. Därtill menade utredaren att biträdena ”rent faktiskt” inte alls var beroende av Migrationsverket ”så som det eventuellt kan synas”, eftersom det fanns möjlighet att överklaga verkets beslut till domstol. Slutligen förklarade utredaren att det inte heller skulle lösa någonting att flytta behörigheten till domstol, eftersom ”den förmodade lojalitetskonflikten likaväl skulle kunna uppkomma gentemot domstolen, för det fall att beslutsbefogenheterna överfördes dit”.⁹⁷ Summa summarum fanns det alltså inget problem, och det problem som inte fanns skulle ändå kvarstå om behörigheten flyttades till domstol. Att migrationsdomstolarna, till skillnad från Migrationsverket, inte blir den enskildes motpart vid överklagan till Migrationsöverdomstolen – och att dessa instanser därför inte är jämförbara – utelämnades dock.

Beträffande det motstående intresset av effektivitet anförde utredaren att om migrationsdomstolarna fick behörighet att förordna offentliga biträden skulle det ”ofrånkomligen” leda till en förlängd handläggningstid hos Migrationsverket

[...] på *åtminstone tre arbetsdagar per ärende*. Detta är naturligtvis olyckligt för de sökande, särskilt som strävan i asylverksamheten annars är att minska handläggningstiderna så mycket som möjligt. En försening medför också ökade kostnader eftersom varje asylsökande beräknas kosta en viss summa per dygn under handläggningstiden, den så kallade flyktingdygnkostnaden. Kostnaden för tre dagars fördröjning av 30 000 utlänningsärenden kan, baserat på flyktingdygnkostnaden, beräknas bli i vart fall 10 milj. kr.⁹⁸

Sammanfattningsvis tonades de principiella argument som kunde riktas mot

96 SOU 2008:65 s. 104 (kurs. här).

97 SOU 2008:65 s. 104.

98 SOU 2008:65 s. 103 (kurs. här).

att Migrationsverket förordnar offentliga biträden ned – när allt kom omkring handlade det bara om den sökandes (förståeliga men felaktiga) föreställning om en lojalitetskonflikt. De problem som skulle uppkomma om behörigheten istället flyttades till domstol karaktäriserades dock som ”påtagliga” och var därtill tämligen konkreta (i termer av kronor och ören). Mot denna bakgrund stannade utredaren, föga förvånande, vid att inte föreslå någon förändring.⁹⁹

Från ett jämförande perspektiv kan vi därmed konstatera att ekonomiska argument tilläts – och dessutom tillmätts avgörande vikt – i migrationsprocessen, men knappast alls förekommer inom straffprocessen. Det kan också konstateras att intresset av att undvika beroendeförhållanden väger betydligt tyngre i brottmål än i migrationsmål/-ärenden. Åklagarmyndigheten anförde, å ena sidan, att det inte ens får uppstå tvivel kring myndighetens ställning, och då var frågan, märk väl, om att förordna målsägandebiträde, dvs. biträde åt åklagarens potentiella *medpart* (i den mån målsäganden ens intar partsställning i processen). I kontrast härtill har Invandrar-/Migrationsverket, å andra sidan, varit drivande i frågan om att få förordna offentliga biträden åt den enskilde, och detta trots att verket regelmässigt intar ställning som den enskildes *motpart* inför domstol. Det sistnämnda är, enligt min uppfattning, direkt jämförbart med att Åklagarmyndigheten skulle ges en generell behörighet att förordna försvarare åt misstänkta under förundersökningen.¹⁰⁰

5. EFFEKTIVITET KONTRA RÄTTSSÄKERHET

Ovanstående jämförelse mellan straffprocessen och migrationsprocessen ger vid handen att de två processformerna följer delvis olika logiker. För att illustrera detta, och för att sammanfatta vad som har framkommit ovan, skall jag i detta avsnitt mer ingående diskutera de skäl som har motiverat att domstol förordnar offentliga försvarare/målsägandebiträden i straffprocessen, medan Migrationsverket i de flesta fall förordnar offentliga biträden i migrationsprocessen. Som utgångspunkt för denna diskussion kan det redan här konstateras att valet av förordnande myndighet i grund och botten utgör en avvägning mellan två motstående intressen: effektivitet och rättssäkerhet. Med det förstnämnda intresset avses här såväl tids- som kostnadseffektivitet (som ibland kan vara två sidor av samma mynt), medan det senare intresset inrymmer värden såsom objektivitet, oberoende och opartiskhet, dvs. olika aspekter av vad vi tidigare har talat om som rätten till ett effektivt biträde.

⁹⁹ SOU 2008:65 s. 105 och 129.

¹⁰⁰ Här kan det vara värt att erinra om vad departementschefen anförde i prop. 1972:4 s. 288, nämligen att om behörigheten att förordna offentliga försvarare flyttades från domstol (!) till en fristående myndighet skulle ”varje grund saknas för misstanke hos någon att domstolen påverkades av ovidkommande hänsyn vid valet av försvarare”.

5.1 EFFEKTIVITET – I VEMS INTRESSE?

Det ligger närmast i sakens natur att det är mer effektivt att låta den handläggande förvaltningsmyndigheten (t.ex. Polis-/Åklagarmyndigheten eller Migrationsverket) själv förordna biträden när ett ärende ännu inte är föremål för domstolsprövning, än att förvaltningsmyndigheten skall hänskjuta frågan till en annan myndighet (domstol eller Rättshjälpsmyndigheten). Det senare alternativet medför ofrånkomligen en viss tidsutdräkt,¹⁰¹ och det var också överväganden av detta slag som motiverade att behörigheten att förordna offentliga biträden år 1989 flyttades till dåvarande Invandrarverket.¹⁰² Med hur många dagar handläggningstiden kunde förkortas är dock höljt i dunkel. I de ursprungliga förarbetena förklarade departementschefen att den aktuella reformen ”väsentligt [skulle] bidra till att förkorta handläggningstiderna”,¹⁰³ dock utan att ha något egentligt stöd för detta påstående i de offentliga utredningar som låg till grund för propositionen. I senare lagstiftningsärenden talas det inte längre om någon väsentlig tidsvinst, utan om en effektivisering på 1–3 dagar.¹⁰⁴

Naturligtvis är det av vikt även för den enskilde att handläggningen inte onödigtvis fördröjs. För den genomsnittliga sökanden torde emellertid en förkortning på uppemot tre dagar vara helt försumbar i migrationsprocessen, givet att handläggningstiden hos Migrationsverket och migrationsdomstolarna alltså kan uppgå till, och ibland överstiger, ett år per instans.¹⁰⁵ För det allmänna är dock varje dygn som en utlänning befinner sig i beslutsprocessen förenad med en kostnad, och många bäckar små gör som bekant en stor å. Tid är bokstavligt talat pengar, och det är också i pengar som den kortare handläggningstiden framförallt värderas i migrationsprocessen.

När Utredningen om målsägandebiträde år 2007 föreslog att behörigheten att förordna målsägandebiträden under förundersökningen skulle flyttas från domstolarna till Åklagarmyndigheten var det, precis som i utlänningsärenden/-mål, i syfte att förkorta handläggningstiderna; utredningen förklarade att en sådan ordning skulle leda ”till en förkortad beslutsväg och till att hanteringen i ett av leden försvinner”.¹⁰⁶ Intresset av att effektivisera

101 SOU 2008:65 s. 103.

102 Prop. 1988/89:86 s. 137.

103 Prop. 1988/89:86 s. 137.

104 SOU 2008:65 s. 103.

105 Hur långa handläggningstiderna är varierar idag betydligt mellan olika ärendekategorier, men också mellan olika orter; se exv. Migrationsverkets årsredovisning för år 2017 (bil. 13–16) och Domstolsverkets årsredovisning för år 2017 (bil. 1). Den angivna siffran (ca 1 år per instans) är därför högst ungefärlig – ett ärende/mål kan ta både kortare och längre tid att avgöra.

106 SOU 2007:6 s. 244.

handläggningen motiverades dock inte av kostnadsskäl, utan med hänsyn till *målsägandens intresse av att få ett tidigt stöd* i processen.¹⁰⁷ På samma sätt förhöll det sig med Häktes- och restriktionsutredningens år 2016 framlagda förslag om att interimistiskt låta åklagare förordna offentliga försvarare åt frihetsberövade misstänkta – detta förslag motiverades med hänvisning till *den misstänktes intresse av att inte behöva förbli frihetsberövad längre tid än nödvändigt* i väntan på förhör.¹⁰⁸

Såvitt avser intresset av effektivitet går som synes samma argument igen inom alla här diskuterade processformer. Att låta den handläggande förvaltningsmyndigheten förordna biträde medför att handläggningsskedjan förkortas, vilket i sin tur medför att handläggningstiden förkortas. I migrationsprocessen är det dock tydligt att det framförallt är statens intresse av att spara pengar som drev utvecklingen dit där vi är idag – med effektivitet avsågs kostnadseffektivitet. I kontrast härtill var det målsägandens respektive den misstänktes intressen av snabbare handläggning som låg till grund för motsvarande reformförslag i straffprocessen, där intresset av tidseffektivitet tillmättes ett värde utan att kopplas till statens kostnader.

5.2 RÄTTSSÄKERHET – ELLER RÄTTSOSÄKERHET?

Sett till det motstående intresset av rättssäkerhet diskuterade den ovan nämnda Utredningen om målsägandebiträde de principiella argument som kunde riktas mot en ordning där målsägandebiträdet förordnas av åklagaren istället för av domstolen, framförallt att detta kunde ”ge sken av” att biträdet befann sig i ett beroendeförhållande i relation till åklagaren. Enligt utredningens mening var det dock ”fråga om ett intryck mer än en reell risk”, eftersom en åklagare på samma sätt som en domare kunde förväntas vara objektiv i sin yrkesutövning.¹⁰⁹ Åklagarmyndigheten avstyrkte dock utredningens förslag, eftersom det av rättssäkerhetsskäl inte ens fick uppstå tvivel i fråga om åklagarens objektivitet.¹¹⁰ Huruvida det var en reell risk att objektiviteten äventyrades eller endast ett ”intryck” var således inte relevant – att det fanns grund för tvivel var tillräckligt illa. På motsvarande sätt var Åklagarmyndigheten också kritisk till Häktes- och restriktionsutredningens förslag, trots att detta enbart handlade om att tillfälligtvis låta åklagare förordna offentliga försvarare.

107 SOU 2007:6 s. 244. Beträffande de ekonomiska konsekvenserna av förslaget, se a. bet. s. 469 (där det endast konstaterades att förslaget inte skulle ”medföra någon större förändring av åklagarens arbetsinsats när det gäller målsägandebiträdet samtidigt som förslaget innebär en viss lättnad i domstolarnas arbete”).

108 SOU 2016:52 s. 129.

109 SOU 2007:6 s. 244.

110 Se ÅM-A 2007/0420 och SOU 2008:65 s. 82.

Vi kan också konstatera att inga av dessa reformförslag har genomförts, vilket kanske kan förstås som att lagstiftaren har tillmätt de principiella invändningarna betydelse.

Beträffande migrationsärendena/-målen har motsvarande invändningar riktats mot rådande ordning alltsedan behörigheten att förordna offentliga biträden flyttades från rättshjälpsnämnderna till Invandrar-/Migrationsverket.¹¹¹ Senast i 2008 års utvärdering konstaterade således utredaren att den enskilde kunde hysa en "förståelig oro" över den lojalitetskonflikt som biträdet förefaller hamna i. Att en sådan oro inte bara är förståelig utan faktiskt förekommer bekräftas i en intressant intervjustudie med offentliga biträden, genomförd av Erik Ljungquist:

För de sökande ter sig ibland ordningen som ett beroendeförhållande och inledningsvis riskerar detta att innebära den asylsökande inte känner särskilt starkt förtroende för biträdet. R2 beskriver det hela så här: "Hur förklarar du för klienten, att den myndigheten som ska granska ditt case har utsett den som ska försvara dig? 'Är du anställd av Migrationsverket?' Ja, indirekt så är jag ju det".¹¹²

Vid den enskildes – visserligen förståeliga – oro fäste dock Utvärderingsutredningen inte särskilt stor vikt, eftersom det inte fanns "något som tyder på att de offentliga biträdena enligt *sin egen* uppfattning befinner sig i en sådan lojalitetskonflikt".¹¹³ Detta påstående finns det dock skäl att starkt ifrågasätta.

I både den allmänna och den juridiska debatten har det vid åtskilliga tillfällen framkommit att offentliga biträden uppfattar sin egen situation som problematisk.¹¹⁴ En del av denna debatt är också av så gammalt datum att den var tillgänglig för utredningen. Exempelvis riktade Advokatsamfundets styrelse år 2005 kritik mot Migrationsverket för att myndigheten krävde vad

111 En skillnad i sammanhanget är dock att Migrationsverket har varit drivande i utvecklingen, i kontrast till Åklagarmyndigheten som konsekvent har motsatt sig dylika reformförslag.

112 Ljungquist, *Migrationsverket och biträdena* (2013) s. 50 (opublicerat examensarbete vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, tillgängligt genom <https://gupea.ub.gu.se>).

113 SOU 2008:65 s. 104 (kurs. här).

114 Beträffande den allmänna debatten, se exv. Lewis i Dagens Nyheter, *Migrationsverket stoppar de bästa asyladvokaterna*, publicerad den 6 januari 2006 samt härtill Sveriges Radio, *Advokatkritik mot Migrationsverket*, publicerad den 6 januari 2006. Se även Skyfacos i Aftonbladet, *Besvärliga ombud hamnar på svarta listan*, publicerad den 9 oktober 2012 samt Lundberg, Ottosson & Eastmond i Svenska Dagbladet, *Rättssäkerheten är hotad för asylsökanden*, publicerad den 19 november 2012.

som beskrevs som just en ”dubbel lojalitet” hos biträdet, som – i strid med god advokatsed – förutsattes vara lojal både mot sin klient och mot verket.¹¹⁵ Advokatsamfundets officiella inställning har också i princip alltid varit att behörigheten att förordna offentliga biträden inte bör ligga hos Migrationsverket.¹¹⁶ Följaktligen har samfundet vid flera tillfällen framställt reformkrav, exempelvis i samband med att migrationsdomstolarna inrättades. I ett öppet brev till den dåvarande migrationsministern anförde samfundet, år 2006, att det var ”mycket olämpligt ur rättssäkerhetssynpunkt” att Migrationsverket även fortsättningsvis fick förordna offentliga biträden, i synnerhet eftersom verket nu blev den enskildes motpart inför migrationsdomstolarna.¹¹⁷ Att rådande ordning, enligt biträdenas egen uppfattning, ger upphov till olika konfliktsituationer bekräftas också i Ljungquists ovan nämnda studie, som jag tillåter mig att citera in extenso – om inte annat som en motvikt till vad som anfördes i 2008 års offentliga utredning:

Samtliga respondenter berättade att de anser att dagens förordnandeordning är principiellt felaktig. Det påpekades att ordningen medför att Migrationsverket sitter på två stolar under processen som både den asylsökandes motpart vid ett överklagande och den myndighet som beslutar om vem som ska företräda denne. Ordningens utformning kan i och med detta skapa en snedvriden maktbalans där Migrationsverket får en starkare partsställning än den asylsökande. R3 menar att ”Man har inte reflekterat om hur fel det kan bli när man verkligen väljer ut sin motpart. Det strider just mot det här med rättssäkerheten egentligen i grund och botten”. Det kan enligt R1, R3, R4 och R5 också leda till ett osunt beroendeförhållande där biträdet kan uppleva att denne måste förhålla sig väl med verket för att också i fortsättningen få förordnanden och således påverka

115 Se Advokatsamfundet, *Vägledande uttalande om utredningsskyldighet vid biträde i asylärenden* (2005), som dessutom diskuteras i TSA 1/2005 under rubriken *Dubbla lojaliteter kritiserar*. Se även *Advokaten som strider mot Migrationsverket* (TSA 1/2005).

116 Se Advokatsamfundets remisskritik redan i prop. 1988/89:86 s. 313 f.

117 Advokatsamfundet, *Den nya instans- och processordningen i utlänningsärenden – öppet brev till Tobias Billström* (2006). Denna uppfattning har samfundet därefter framfört i en rad sammanhang. Några år senare skrev Ramberg följande, i *Öppet brev till Dan Eliasson* (2009): ”En annan fråga som Advokatsamfundet också finner anledning att återkomma till är den principiella uppfattningen att förordnande av offentligt biträde i utlänningsärenden bl.a. ur rättssäkerhetssynpunkt ska beslutas av domstol eller myndighet som inte har koppling till Migrationsverket.” Denna skrivelse följde Ramberg sedermera upp i *Öppet brev till Anders Danielsson* (2013), där hon anförde att ”Advokatsamfundet tidigare i flera sammanhang har uttalat som sin principiella uppfattning att förordnandet av offentligt biträde i utlänningsärenden bland annat ur rättssäkerhetssynpunkt bör beslutas av domstol eller myndighet, som inte har koppling till Migrationsverket.”

biträdenas självständighet. R4 beskriver att ”Systemet inbjuder till problem och misstankar”. R3 menar att ”Jag tror att det är en del biträden som är rädda, vågar jag påstå, som låter bli att gå i klinch med Migrationsverket. Mycket beroende, skulle jag påstå, att det är Migrationsverket som förordnar biträden och så. Detta skapar en ruggig beroendesituation som egentligen inte ska existera”.¹¹⁸

Samtliga respondenter ansåg att Migrationsverkets behörighet att förordna offentliga biträden kan leda till att biträdena på olika sätt anpassar sitt beteende gentemot Migrationsverket, t.ex. genom (omedveten) självrensning osv.¹¹⁹ Under intervjuerna berättade också flera av respondenterna att de upplevde sig ha blivit utsatta för olika typer av ”sanktioner och annan otillbörlig press” från Migrationsverkets sida, framförallt genom att inte ha blivit förordnade (eller ha blivit prutade) efter att ha kritiserat verkets handläggning.¹²⁰ Sammantaget ansåg samtliga respondenter, av dessa skäl, att behörigheten att förordna offentliga biträden borde flyttas till en annan myndighet.¹²¹

Ljungquists studie är inte av en sådan omfattning att den kan läggas till grund för några generella uttalanden om hur rådande ordning uppfattas av advokatkåren som helhet. Det kan dock noteras att *samtliga* respondenter ansåg att det är principiellt felaktigt att Migrationsverket förordnar offentliga biträden, att *samtliga* framhöll att denna ordning kan medföra att biträdena – om än omedvetet – anpassar sitt agerande för att inte ”stöta sig” med verket, samt att *samtliga* förordade att behörigheten flyttas till en annan myndighet (vilket dessutom har varit Advokatsamfundets officiella ståndpunkt under alla år). Detta resultat är tämligen svårförenligt med utredarens påstående att de offentliga biträdena *enligt sin egen uppfattning* inte befinner sig i en konfliktsituation på grund av beslutsmaktens placering hos Migrationsverket.

6. MIGRATIONSVERKET'S BEHÖRIGHET ATT FÖRORDNA OFFENTLIGA BITRÄDEN – ETT MOMENT 22?

Sammanfattningsvis menar jag att Migrationsverket inte bör förordna offentliga biträden av tre skäl, som delvis hänger ihop: För det första riskerar rådande ordning att *äventyra den enskildes förtroende* för sitt eget biträde, eftersom det – från den sökandes perspektiv – framstår som att biträdet arbetar på uppdrag av Migrationsverket och därmed inte har sin odelade lojalitet

118 Ljungquist (2013) s. 45.

119 Ljungquist (2013) s. 49.

120 Ljungquist (2013) s. 47 f.

121 Ljungquist (2013) s. 46.

hos klienten.¹²² Detta är inte bara ägnat att påverka den enskildes upplevelse av processen negativt, utan riskerar också att försvåra biträdets arbete att tillvarata den enskildes intressen. För det andra försätts det offentliga biträdet de facto i en *problematisisk beroendeställning* i relation till Migrationsverket, eftersom verket inte bara förordnar biträdet utan dessutom beslutar om dess ersättning. I förening ger dessa punkter upphov till intrikata rollkonflikter, vilket blir särskilt tydligt när verket inför olika typer av ”rutiner” som i praktiken dikterar hur det offentliga biträdet förväntas att uppträda. Sådana rutiner kan gälla allt från tillgänglighet till konkreta arbetssätt, och vittnar inte sällan om bristande förståelse för biträdesrollen. Ett flagrant exempel härpå är när biträdet av Migrationsverket förutsätts fullgöra en del av myndighetens utredningsansvar – dvs. bidra till utredning som potentiellt kan vara till nackdel för den egna klienten – vilket har varit en återkommande källa till kritik från Advokatsamfundet under åren.¹²³ För det tredje har ett flertal granskningar visat att Migrationsverket *inte kan säkerställa kvaliteten* hos de biträden som förordnas,¹²⁴ vilket återknyter till den problembeskrivning genom vilken jag inledde denna artikel.

Beträffande lämplighetskontrollen finns det förvisso ingenting som hindrar att Migrationsverket ges starkare kontrollinstrument, men en sådan ”lösning” skulle i praktiken leda till att biträdenas oberoende försvagades – och därmed till att konfliktsituationerna förvärrades – ytterligare. Angriper vi istället problematiken i motsatt ände, genom att söka värna biträdenas

122 Jfr exv. Advokatsamfundets och Röda Korsets remisskritik i prop. 1988/89:86 s. 314 f. samt vad som anförs i SOU 2008:65 s. 104.


123 Se not 115 ovan. Liknande diskussioner har uppstått med jämna mellanrum, senast när Migrationsverket år 2016 införde ett nytt s.k. ”arbetssätt”, vilket föranledde Ramberg att rikta ett nytt *Öppet brev till Anders Danielsson* (2016), där Ramberg bl.a. konstaterade följande: ”Grundläggande rättsstatliga principer åsidosätts och det offentliga biträdets arbetsuppgifter påverkas på ett icke godtagbart sätt. Advokaterna och de biträdande juristernas skyldighet att upprätthålla sitt oberoende gentemot Migrationsverket och sin lojalitet mot klienten urholkas. I vart fall är risken stor att de asylsökande uppfattar saken så. Redan den omständigheten att myndigheten förordnar biträdet är ägnat att skada förtroendet. De nya arbetsmetoderna riskerar att ytterligare förstärka denna uppfattning.” Se här till Cantwell i Aftonbladet, *Juristerna ska inte göra Migrationsverkets jobb*, publicerad den 18 juli 2016 samt *Migrationsverket backar – advokater ska inte behöva göra myndighetens jobb*, publicerad den 9 augusti 2016.

124 Att Migrationsverkets kontroll av biträdenas lämplighet är bristfällig skall dock inte primärt förstås som en kritik mot verket. Att så är fallet beror nämligen på att myndigheten inte har de rättsliga förutsättningar som behövs för att kunna pröva lämpligheten, eller än mindre hantera olämpliga biträden, på ett ändamålsenligt sätt, vilket inte minst JO:s kritik av de åtgärder som verket har genomfört under åren illustrerar, se not 6 ovan. Detta till skillnad från domstolarna, som i detta avseende lyder under andra regler än förvaltningsmyndigheterna, se å ena sidan RB 12 kap. 5 § resp. FPL 48 §, och å andra sidan FL 9 §.

oberoende, riskerar detta på motsvarande sätt att försvåra kontrollen. Om Migrationsverket även fortsättningsvis skall förordna offentliga biträden står vi följaktligen inför ett moment 22, där en lösning på ett problem försvårar andra problem.

Det är naturligtvis angeläget att effektivisera migrationsprocessen, både med hänsyn till samhällets intresse av kostnadsdämpningar och till den enskildes intresse av att få ett beslut inom rimlig tid. Den tidsvinst på ett par dagar som uppnås genom att Migrationsverket istället för domstol förordnar offentliga biträden måste dock betraktas som direkt försumbar i sammanhanget, och detsamma måste anses gälla merkostnaderna betraktade i ett större samhällsperspektiv. Vid en avvägning mellan intresset av rättssäkerhet och intresset av tids- och kostnadseffektivitet, är det därför min förhoppning att den debatt som nu återigen har initierats inte skall följa samma mönster som tidigare, dvs. leda till endast begränsade åtgärder,¹²⁵ som inte löser grundproblemet. En helhetslösning kan nämligen bara åstadkommas om beslutsmakten flyttas från Migrationsverket till migrationsdomstol, där den borde ha placerats redan när dessa domstolar skapades.

Vad jag förespråkar är således ett närmande mot den i straffprocessen etablerade ordningen, där allmän domstol förordnar både offentliga försvarare och målsägandebiträden oavsett om frågan aktualiseras redan under förundersökningen eller efter att åtal har väckts. På motsvarande sätt skulle migrationsdomstol kunna förordna offentliga biträden inte bara när ett mål har anhängiggjorts genom överklagan, utan också under Migrationsverkets ärendehandläggning.¹²⁶ En annan lösning vore att återgå till det förutvarande systemet, genom att placera beslutsmakten hos Rättshjälpsmyndigheten. Genom båda dessa alternativ skulle den i dag närmast makabra ordningen kunna undvikas, där den ena parten i en process utövar en betydande formell och informell makt över sin (potentiella) motparts juridiska biträde.

Ett tredje alternativ är förstås att behålla rådande ordning. Som förhoppningsvis har framgått är detta dock en icke-lösning på alla de problem som jag har ägnat förevarande artikel åt att diskutera, vilket i förlängningen riskerar att göra den i migrationsprocessen centrala rätten till biträde ineffektiv. 

¹²⁵ Se exv. Migrationsverkets senaste förslag om att inrätta ett s.k. "kvalitetsregister", som omnämns i TSA 2/2018, *Kvalitetsregister för asylbiträden*.

¹²⁶ Sådan ser ordningen ut vid förordnade av offentliga biträden åt unga som kan komma att bli föremål för tvångsvård, även när ärendet alltså handläggs av socialnämnd eller social distriktsnämnd, se LVU 39 § 3 st. (som diskuteras i not 71 ovan).