

Stockholm den 13 maj 2015

R-2015/0296

Till Justitiedepartementet

Ju2015/755/Å

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 17 februari 2015 beretts tillfälle att avge yttrande över departementspromemorian Rätten till försvarare, m.m. (Ds 2015:7).

Advokatsamfundet vill inom ramen för remitteringen, utöver nedan yttrande, hänvisa till de synpunkter som lämnades till utredaren angående genomförandet av direktiv 2013/48/EU av den 22 oktober 2013 om rätt till tillgång till försvarare i straffrättsliga förfaranden och förfaranden i samband med en europeisk arresteringsorder samt om rätt att få tredje part underrättad vid frihetsberövande och rätt att kontakta tredje parter och konsulära myndigheter under frihetsberövande. Dessa synpunkter biläggs detta yttrande.

Sammanfattning

Advokatsamfundet tillstyrker förslaget om att rätten till samtal i enrum mellan misstänkt och försvarare ska gälla samtliga former av frihetsberövanden (även när den misstänkte är gripen) och förslaget om rätten att ha försvarare närvarande vid förhör. Advokatsamfundet motsätter sig dock de inskränkningar i dessa rättigheter som föreslås avseende privat försvarare i de fall den privata försvararen är advokat. Även om förslagen i förhållande till dagens reglering innebär begränsningar i möjligheten att vägra den misstänkte dennes rättigheter om försvararen är en privat försvarare, anser Advokatsamfundet att det är dags att ta bort rättighetsinskränkningarna för det fall den privata försvararen är advokat. Enligt Advokatsamfundets förmenande bör därför samma rättigheter gälla oavsett om försvararen är förordnad av rätten eller utsedd av den misstänkte. Advokatsamfundet anser inte att de skäl som anges för undantag från dessa rättigheter när försvararen är utsedd av den misstänkte kan träffa privata försvarare som är advokater och ifrågasätter om direktivet (bl.a. med beaktande av ingresskäl 15) över huvud taget ger stöd för den föreslagna åtskillnaden för försvarare som är advokater beroende på om de är offentliga eller privata försvarare. Advokatsamfundet har emellertid ingen erinran mot förslagen i de fall den privata försvararen inte är advokat.

När det gäller rätten till elektronisk kommunikation mellan en frihetsberövad klient och dennes försvarare enligt häkteslagen, bör på samma sätt som gäller för skriftlig kommunikation i pappersform sådan kommunikation inte kunna vägras med advokat som är försvarare oavsett om advokaten är förordnad som offentlig försvarare eller utsedd som privat försvarare. Advokatsamfundet motsätter sig bestämt att elektronisk kommunikation mellan en privat försvarare som är advokat ska kunna avlyssnas (även som ett alternativ till att vägra kommunikationen), eftersom detta skulle strida mot den i rättegångsbalken lagstadgade tystnadsplikten för advokater och innebära ett allvarligt ingrepp i den grundläggande rätten att fritt och konfidentiellt kunna kommunicera med sin advokat.

I fråga om förslagen om frihetsberövads rätt att underrätta närstående och andra om frihetsberövandet har Advokatsamfundet ingen erinran. Enligt Advokatsamfundets uppfattning kan det dock i vissa fall finnas skäl att underrätta närstående om skäl för frihetsberövandet inte bara när den frihetsberövade är under 18 år utan också när denne är vuxen.

Advokatsamfundet har ingen erinran mot förslaget om rätt till tillgång till biträde i ett förfarande i samband med en arresteringsorder.

Privata och offentliga försvarare

När det gäller de begränsningar som nu föreslås av de aktuella rättigheterna till förtroligt samtal mellan den misstänkte och dennes försvarare och biträde av försvarare vid förhör, när försvararen enbart är utsedd av den misstänkte och inte förordnad av rätten, anser Advokatsamfundet att det saknas grund för att göra dessa begränsningar när den private försvararen är en advokat, såväl utifrån direktivets innehåll som utifrån de omständigheter som i promemorian anges som förutsättningar för dessa begränsningar.

Även om förslagen innebär att möjligheterna att vägra en misstänkt person rätten till samtal i enrum med privat försvarare och att ha privat försvarare med sig vid förhör begränsas i förhållande till vad som gäller i dag, bör enligt Advokatsamfundet alla sådana begränsningar tas bort i de fall då den private försvararen är advokat.

Från den misstänktes perspektiv är det helt grundläggande och en förutsättning för att få en rättvis rättegång att rätten till biträde av och förtroligt samtal med en advokat är desamma, oavsett om försvararen har förordnats av rätten eller ej. Det är en grundläggande rättsstatlig princip att en misstänkt ska vara berättigad att biträdas av en advokat. I detta ligger också en rätt att fritt få välja advokat. Det fria advokatvalet är en hörnsten i rättsstaten. Uppdraget som försvarare innebär att advokaten lojalt, med nit och omsorg ska tillvarata klientens intressen. Detta gäller såväl vid offentliga som privata försvar.

Det har i dag blivit allt vanligare att misstänkta personer biträds av privata försvarare även när förutsättningarna för att få offentlig försvarare är för handen. Privata försvararuppdrag är vanliga i stora och komplicerade rättegångar. Skälen för att misstänkta personer låter

sig biträdas av privata försvarare i stället för offentliga försvarare är flera. Det kan exempelvis bero på att rätten inte är beredd att acceptera s.k. distansförordnanden och den misstänkte för att kunna försvaras av en viss advokat i ett komplicerat brottmål då väljer att själv anlita den önskade advokaten som sin försvarare i stället för att få en annan advokat som offentlig försvarare. Det kan även röra sig om fall där den misstänkte inte vill att det ska komma till offentlighetens kännedom att han eller hon är misstänkt för ett brott, vilket ovillkorligen blir fallet när en offentlig försvarare förordnas. Skälen för att antalet privata försvararuppdrag ökar är också den alltför låga ersättningen till offentliga försvarare, något som inneburit att många av landets mest erfarna och kompetenta brottmålsadvokater allt mer har börjat prioritera privata försvararuppdrag framför uppdrag som offentlig försvarare.

Under nu angivna förhållanden förefaller det orimligt att den som misstänks för ett allvarligt brott och som av något befogat skäl valt att försvaras av en advokat som inte förordnats av domstol, inte ska ha samma rättigheter som den misstänkte som försvaras av en av rätten förordnad advokat.

Till detta kommer även att det i promemorian mycket riktigt påpekas (s. 38 f.) att både privata och offentliga försvarare enligt svensk rätt omfattas av direktivet och begreppet ”försvarare”. Någon artikel eller något ingresskäl som innebär att endast offentligt finansierade försvarare omfattas av direktivet finns inte. De rättigheter som stadgas i direktivet måste därför gälla även misstänkta som biträdas av advokater som de själva utsett. Några skäl för att enligt direktivet begränsa den misstänktes rättigheter i fråga om försvarare som är advokat finns inte.

Rätten för frihetsberövade att träffa sin försvarare och samtala i enrum samt rätten att ha försvarare närvarande vid förhör

Advokatsamfundet konstaterar att förslaget inte innebär någon förändring i fråga om den oinskränkta rätten för en frihetsberövad person att träffa sin försvarare, oavsett om denne är offentlig eller privat. Likaså konstateras att rätten att samtala med försvararen i enrum och att biträdas av försvarare vid förhör liksom tidigare är absolut för den som har en offentlig försvarare.

Advokatsamfundet är i och för sig positivt till att förslaget innebär att möjligheterna att vägra samtal i enrum och biträdas vid förhör har inskränkts i förhållande till vad som gäller i dag, men anser att begränsningarna för frihetsberövade personer som har privata försvarare inte bör gälla om dessa är advokater. Enligt Advokatsamfundet finns det då inget skäl att göra åtskillnad mellan offentliga och privata försvarare.

Advokater är såsom försvarare, oavsett om de är förordnade av rätten eller utsedda av klienten, underkastade en i lag stadgad tystnadsplikt (8 kap. 4 § rättegångsbalken), en advokatetisk tystnadsplikt (2.2 Vägledande regler om god advokatsed) och omfattas dessutom av det s.k. frågeförbud som regleras i 36 kap. 5 § rättegångsbalken och innebär en absolut tystnadsplikt för försvarare. Det finns härutöver en rad andra etiska förpliktelser som reglerar hur en advokat har att utföra ett försvararuppdrag. Häribland

finns förpliktelser i portalparagrafen i det advokatetiska regelverket om att advokaten bland annat ska företräda och tillvarata klientens intressen inom ramen för gällande rätt och god advokatsed, att advokaten ska utöva sin verksamhet på ett sätt som främjar det goda rättssamhället, uppträda sakligt och korrekt så att förtroendet för advokatkåren upprätthålls samt att en advokat inte får främja orätt.

Under dessa förhållanden och med beaktande av vad som anförts ovan om privata respektive offentliga försvarare, anser Advokatsamfundet att det saknas skäl att göra åtskillnad mellan offentliga försvarare och privata försvarare som är advokater.

Enligt Advokatsamfundet är de omständigheter som i promemorian anges utgöra skäl för beslut om undantag från rätten till samtal i enrum mellan misstänkt och försvarare, liksom rätten att biträddas av försvarare vid förhör, inte sådana att de kan anses träffa advokater med privata försvararuppdrag. Advokater utgör nämligen inte någon större "riskfaktor" om de är utsedda av den misstänkte än om de förordnats av rätten.

Däremot är det uppenbart att omständigheterna kan vara sådana att det finns skäl på de i promemorian angivna grunderna att begränsa rätten för en privat försvarare som inte är advokat att fritt samråda med den misstänkte eller att biträda denne under förhör. Advokatsamfundet har därför ingen erinran mot förslagen om rättighetsbegränsningar i sådana fall och instämmer i de skäl som anges härför.

Under alla förhållanden är Advokatsamfundet positivt till att ett beslut om att vägra en frihetsberövad person att samtal i enrum med sin privata försvarare eller att inte få biträddas av försvarare vid förhör ska vara skriftligt och motiverat och, såsom fallet redan är i dag, kunna överklagas.

Rätten till elektronisk kommunikation mellan en frihetsberövad klient och dennes försvarare enligt häkteslagen

Advokatsamfundet tillstyrker att det genom förslaget har förtydligats att elektronisk kommunikation mellan en intagen och dennes offentliga försvarare under inga omständigheter får vägras eller avlyssnas.

Enligt förslaget ska dock elektronisk kommunikation under förundersökningen med en försvarare som är utsedd av den intagne få vägras under vissa särskilda förhållanden och om det inte är tillräckligt att i stället avlyssna kommunikationen. Elektronisk kommunikation mellan en intagen och dennes privata försvarare ska enligt förslaget kunna avlyssnas om avlyssningen innebär att kommunikationen inte måste vägras. De som ska kommunicera med varandra ska alltid i förväg informeras om kontrollen.

Advokatsamfundet motsätter sig förslaget i den del det avser elektronisk kommunikation med en privat försvarare som är advokat. Enligt Advokatsamfundet får det aldrig förekomma att en frihetsberövad person inte får kommunicera elektroniskt med sin

försvare om denne är advokat, oavsett om försvararen är privat utsedd av den misstänkte eller offentligt förordnad av rätten.

Advokatsamfundet motsätter sig att elektronisk kommunikation mellan en privat försvarare som är advokat ska kunna avlyssnas, även som ett alternativ till att vägra kommunikationen. En sådan avlysning av en advokat som privat försvarare skulle strida mot den i rättegångsbalken lagstadgade tystnadsplikten för advokater och innebära ett allvarligt ingrepp i den grundläggande rätten att fritt och under sekretesskydd kunna kommunicera med sin advokat.

En intagen måste alltså ha en oinskränkt rätt att alltid stå i förbindelse och skyddat kunna meddela sig med sin advokat även om denne är privat försvarare. Rätten till konfidentiell kontakt genom elektronisk kommunikation måste enligt Advokatsamfundets uppfattning alltså vara densamma för intagna som utsett advokat som privat försvarare som för intagna som fått advokat förordnad som offentlig försvarare.

Advokatsamfundets uppfattning härvidlag gäller även för vidarebefordran av försändelser mellan den intagne och dennes utsedda försvarsadvokat.

När det gäller skälen för Advokatsamfundets inställning i fråga om kommunikation mellan en intagen och dennes privata försvarare, hänvisas till vad som anförts ovan om nödvändigheten av att likställa den misstänktes/intagnes rättigheter oavsett om advokaten är privat försvarare eller offentlig försvarare. Här är det också viktigt att understryka att risken för att en advokat som är privat försvarare skulle förmedla budskap mellan den intagne och personer som är delaktiga i att den farosituation som grundat undantaget från kommunikationsrätten, är lika liten som om advokaten skulle vara offentligt förordnad försvarare.

Rätt för frihetsberövad att underrätta anhöriga och andra om frihetsberövandet

Advokatsamfundet ställer sig positivt till förslaget om rätten för frihetsberövade personer att få familj och andra närstående personer underrättade om frihetsberövandet. Det är vidare positivt att rätten till underrättelse även föreslås gälla för frihetsberövade som är över 18 år.

Advokatsamfundet anser dock att även närstående till frihetsberövade som är över 18 år i vissa fall ska kunna få information om skälet för frihetsberövandet.

Det är viktigt att underrättelse sker utan dröjsmål och att möjligheten att skjuta upp underrättelse endast används i yttersta undantagsfall där det är uppenbart nödvändigt för att förhindra att sakens utredning försvåras. Det är viktigt att behovet av att skydda utredningen om det brott som föranlett frihetsberövandet alltid måste vara så starkt att utredningen utan ett sådant beslut väsentligen skulle äventyras.

När det gäller frihetsberövade som är under 18 år anser dock Advokatsamfundet att utrymmet för att skjuta upp underrättelsen bör vara än mer begränsat än vad som gäller för frihetsberövade över denna ålder. Det bör komma i fråga endast i yttersta undantagsfall.

Advokatsamfundet har i övrigt ingen erinran mot förslagen i denna del.

Rätten till biträde i förfaranden i samband med en arresteringsorder

Advokatsamfundet instämmer i förslaget om att den som eftersöks enligt svensk arresteringsorder för verkställighet av en frihetsberövande påföljd och som anträffas i ett annat land, ska ha rätt att (utöver rätten till försvarare i det land där den eftersökte påträffas) utse ett biträde i Sverige. Med tanke på uppdragets natur och för att biträdet ska kunna bistå i förfarandet i det andra landet inför att den eftersökte ska överlämnas hit, anser Advokatsamfundet emellertid att biträdet bör vara advokat.

Det är viktigt att slå fast att när en arresteringsorder för lagföring har utfärdats i Sverige så pågår en förundersökning här i landet och då ska den eftersökte dessutom ha rätt att utse en försvarare eller få en offentlig försvarare förordnad för sig enligt rättegångsbalkens regler.

Övrigt

Det är av största betydelse att den misstänktes rättigheter under förundersökningen är desamma oavsett om den misstänkte har en advokat som är privat utsedd eller förordnad av rätten. Advokatsamfundet vill därför i detta sammanhang även påtala behovet av en förändring i fråga om rätten för försvarare att erhålla avskrift av protokoll eller anteckningar från förundersökningen. Enligt 23 kap. 21 § fjärde stycket rättegångsbalken har, så snart åtal beslutats, den misstänkte eller dennes försvarare rätt att på begäran avgiftsfritt få en avskrift av protokoll eller anteckningar från förundersökningen. Har offentlig försvarare förordnats för den misstänkte, ska en avskrift utan särskild begäran lämnas eller sändas till försvararen. Enligt Advokatsamfundet bör en avskrift avgiftsfritt lämnas eller sändas utan särskild begäran även till advokat som är privat försvarare. Även den misstänkte bör i dessa fall få en egen kopia avgiftsfritt (se JO 1996/97 s. 74).

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg/

genom Maria Billing

Sveriges advokatsamfunds synpunkter på det s.k. Försvardirektivets genomförande i svensk rätt (dir. 2013/48/EU)

Bakgrund

Advokatsamfundet tycker att det är positivt att det – äntligen – i ett direktiv slås fast grundläggande rättigheter kring rätten till försvarare och rätten att som frihetsberövad kommunicera med anhöriga, m.m.

Syftet med direktivet är i huvudsak att kodifiera den rättspraxis kring rätten till försvarare som slagits fast av Europadomstolen i ett stort antal avgöranden med hänvisning till artikel 6 i Europakonventionen, liksom de rättigheter som följer av EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna (artikel 47 och 48).

Advokatsamfundet hänvisar inledningsvis till de synpunkter som samfundet har framfört i sitt remissyttrande den 27 oktober 2011 och i en skrivelse från den 20 juni 2012 till de svenska ledamöterna i Europaparlamentet. Även om direktivet genomgått en rad förändringar i förhållande till den då gällande texten, är de principiella synpunkter som Advokatsamfundet framfört i dessa dokument fortfarande gällande.

Tyvärr har direktivet förlorat många viktiga delar under förhandlingsarbetets gång, bland annat kopplingen till rättshjälp och ersättningsfrågor avseende försvarare (se artikel 11). Eftersom direktivet därmed inte längre ansågs omfatta också en rätt till offentlig försvarare, föll tyvärr många viktiga frågor bort från direktivets tillämpningsområde. Det fanns ursprungligen en förhoppning om att den svenska regleringen till följd av direktivet skulle behöva ändras, eftersom en offentlig försvarare enligt vår nuvarande rättsordning kan förordnas först när den misstänkte formellt har delgetts misstanke om brott, samtidigt som direktivet bland annat stadgade om en rätt till försvarare redan innan första förhöret hålls. Detta skulle i så fall ha inneburit en markant förbättring av den enskildes rättssäkerhet, eftersom det är särskilt viktigt att biträddas av försvarare redan vid de inledande förhören.

Dessutom gjordes ett antal förändringar och inskränkningar i de rättigheter som ursprungligen var att beakta som obligatoriska. Ett exempel på detta är de undantag från rätten till försvarare som infördes i direktivet (artikel 3 punkterna 5 och 6). Till följd av dessa undantagsbestämmelser finns det enligt Advokatsamfundet en uppenbar risk att de brottsbekämpande myndigheterna i medlemsländerna på egen hand i stor utsträckning kommer att kunna besluta om när rätten till försvarare kan undvaras. Det kan antas att de brottsbekämpande myndigheterna i stor omfattning kommer anse att de i direktivet angivna förutsättningarna för att inte behöva förordna försvarare är för handen i många fall. Tyvärr också i sådana fall där det till följd av vad som läggs den misstänkte till last är extra viktigt att en försvarare utses.

Å andra sidan har vissa förslag som skulle ha påverkat misstänkta och tilltalades processuella rättigheter än mer negativt kunnat slopas. Exempel på detta är att direktivet överhuvudtaget inte skulle omfatta mindre allvarliga brott (se nu artikel 2.4).

Synpunkter inför genomförandet

Även om det i den svenska lagstiftningen redan finns en rad regler kring rätten till försvar, innehåller direktivet en rad viktiga regler som genom implementering i svensk rätt, på ett nödvändigt sätt kompletterar den misstänktes rätt att i olika situationer och vid viss tidpunkt företräddas av försvarare.

Utifrån den lydelse som direktivet nu slutligen har fått, vill Advokatsamfundet lämna följande synpunkter och reflektioner inför arbetet med att genomföra direktivet i svensk rätt.

Minimidirektiv

Advokatsamfundet vill understryka betydelsen av att direktivet är ett minimidirektiv som enbart föreskriver gemensamma miniminormer i alla medlemsstater i fråga om rätten till försvarare, m.m. (artikel 1). Detta innebär att den genomförandelagstiftning som kommer att föreslås mycket väl kan gå längre än vad som följer av direktivet i fråga om rättigheter för den misstänkte/tilltalade. Eftersom rätten till försvarare är en av de allra mest grundläggande processuella rättigheterna för att säkerställa den misstänktes/tilltalades rättssäkerhet under brottmålsförfarandet, finns skäl för utredningen att inta en generös hållning i fråga om hur misstänkta/tilltalades processuella rättigheter i nu aktuella hänseenden kan förbättras även utöver vad som följer av direktivet.

Anledningen till att det finns skäl att under implementeringsprocessen genomföra direktivet på ett generöst sätt med särskilt beaktande av behovet att förbättra misstänkta/tilltalades processuella rättigheter är den svenska regeringens initiativ som föranledde arbetet med att ta fram ett försvarardirektiv. Enligt Advokatsamfundet har nämligen den svenska regeringen ett särskilt ansvar för att gå i bräschen för ett generöst genomförande av direktivet, eftersom det var på svenskt initiativ under det svenska EU-ordförandeskapet som det s.k. Stockholmsprogrammet antogs, där det tydligt slogs fast att rättssäkerhetsfrågor och enskildas grundläggande rättigheter hädanefter måste ges minst lika stort fokus som åtgärder för att effektivisera brottsbekämpningen, för att på så sätt åstadkomma en förbättrad balans mellan effektiv brottsbekämpning och rättssäkerhet för de som misstänks för brott.

Till detta kommer att artikel 14 stadgar att direktivet inte inskränker eller begränsar sådana rättigheter och rättssäkerhetsgarantier som följer av nationell och internationell rätt. Direktivet kan därmed sägas vara subsidiärt till bestämmelser som erbjuder en högre skyddsnivå och går längre än direktivet i fråga om rätten till försvarare, m.m.

Rätten till försvarare

Genom direktivet föreslås att misstänkta och tilltalade ska ha rätt till försvarare så snart som möjligt och, under alla omständigheter, från och med den tidpunkt som inträffar först av följande processuella åtgärder;

- Innan personen förhörs.
- Under utrednings- eller bevisupptagningsåtgärder som personen är skyldig eller har rätt att närvara vid.
- Så snabbt som möjligt efter frihetsberövandet.

Brist i den språkliga översättningen av vad rätten till försvarare innebär

När det gäller vad rätten till försvarare enligt direktivet innebär vill Advokatsamfundet peka på en brist som anses föreligga i den svenska översättningen av direktivet. I artikel 3.3 a) anges i den ursprungliga engelska lydelsen att *"Member States shall ensure that suspects or accused persons have the right to meet in private and communicate with the lawyers representing them, ..."*. I den svenska översättningen har den angivna rätten att kommunicera med sin försvarare (*"communicate with"*) översatts till en rätt att *"kontakta"* försvararen.

Eftersom det i det sammanhang som bestämmelsen avser är olika saker att kommunicera med respektive att kontakta sin försvarare, bör detta beaktas under utredningsarbetet, särskilt eftersom kommunikation mellan en misstänkt/tilltalad och dennes försvarare är konfidentiell och omfattas av sekretess och tystnadsplikt.

Detta är också något som kommer till uttryck i artikel 4, där begreppet *"kontakten"* i och för sig inte leder språkligt fel på samma sätt som i artikel 3.3 a), men där begreppet ändå borde ersättas av *"kommunikationen"* för att lydelsen ska bli korrekt.

Möjligheten att avstå från rätten till försvarare, m.m.

Europadomstolen har tidigare uttalat sig vid ett antal tillfällen om möjligheten att avstå från rätten till försvarare. Enligt domstolen kan en misstänkt givetvis avsäga sig rätten att biträdas av en försvarare, men det krävs då bland annat att detta sker uttryckligt, frivilligt och göras på ett otvetydigt sätt och omgärdas av sådana minimigarantier som svarar mot dess vikt (se t.ex. Yoldas ./.. Turkiet, dom den 23 februari 2010).

I fråga om möjligheten att avstå rätten till försvarare är det viktigt att genomförandelagstiftningen utformas så att det klart framgår att samtliga de i direktivet angivna förutsättningarna för ett giltigt avstående måste vara för handen. Förutom att avståendet måste vara absolut frivilligt och otvetydigt, måste det även klart framgå att den misstänkte/tilltalade ska ha fått sådan information att han/hon kan anses göra ett väl underbyggt val i fråga om att avstå från sin rätt till försvarare eller inte.

Det bör här även uppmärksammas att det är fråga om krav som är subjektiva på det sätt att det får avgöras från fall till fall om viss information varit tillräcklig för att den misstänkte/tilltalade ska kunna anses vara så väl informerad som bör krävas för att kunna göra ett välgrundat val om att avstå rätten till försvarare eller inte. Det är därför inte alls säkert att vissa broschyrer eller annat på förhand framtagen information alltid kan anses tillräcklig, utan kan komma att på olika sätt behöva kompletteras i det enskilda fallet. Detta är något som polis och åklagare kommer att få ansvara för enligt direktivets lydelse.

Advokatsamfundet anser dock att det finns stora problem med att den misstänkte/tilltalade inte får någon *oberoende* rådgivning kring frågan om att avstå från sina rättigheter enligt direktivet. Det finns all anledning att överväga hur denna brist kan undvikas genom att den misstänkte ska kunna diskutera frågan om att avstå från rätten till försvarare med andra än polis och åklagare.

I detta sammanhang vill Advokatsamfundet också understryka att det inte får förekomma att en misstänkt övertalas eller på annat sätt förmås avstå från sin rätt till försvarare med argument om att det kan dröja innan en försvarare kan vara på plats vid förhöret, att den misstänkte därför kommer att få tillbringa natten i arresten, eller att det skulle stärka misstankarna om den misstänkte inte kan uttala sig utan försvarare, el. dyl.

Även om en misstänkt uppger att ett förhör kan genomföras utan försvarare har en förundersökningsledare att på objektiva grunder bedöma om så är fallet. Bedömningen kan således inte enbart överlåtas på den misstänkte, särskilt inte i fall då den misstänkte är under arton år och inte heller har stöd av någon närvarande vårdnadshavare. JO har uttalat att i de fall den misstänkte är under arton år och är misstänkt för ett allvarigare brott bör det så långt som möjligt eftersträvas att en försvarare förordnas redan vid det inledande förhöret med den misstänkte (se bl.a. JO 2008/09 s. 92 och JO 2008/09 s. 92).

Undantaget från rätten till försvarare

Europadomstolen har slagit fast att det skulle innebära en oåterkallelig skada om den misstänkte utan tillgång till försvarare under förhör gör uttalanden som läggs till grund för en fällande dom (se Europadomstolens dom i målet Salduz ./.. Turkiet, den 27 november 2008).

Enligt Advokatsamfundet är det viktigt att vid genomförandet beakta att det enbart är i verkliga undantagssituationer som rätten till försvarare ska kunna frångås (engelska; "*exceptional circumstances*").

Advokatsamfundet anser även att det finns skäl att särskilt framhålla vikten av att villkoren för de befintliga tillfälliga undantagen från rätten till försvar (artikel 3.5 och 3.6) kommer till tydligt uttryck i genomförandelagstiftningen och att det därigenom klart framgår att undantagen i enlighet med artikel 8

- måste vara proportionella i förhållande till situationen i det enskilda fallet och får inte gå längre än vad som är absolut nödvändigt,

- ska vara strikt tidsbegränsade ("tillfälligt undantag" innebär att undantaget bara ska få avse en mycket kort tidsperiod),
- inte uteslutande får grundas på det påstådda brottets natur eller svårighetsgrad, och
- aldrig får påverka förutsättningarna för att rättegången som helhet blir rättvis, dvs. får inte utgöra ett hinder för en rättvis rättegång eller att processuella rättigheter går förlorade.
- Härutöver måste det framgå att undantagen endast kan tillämpas om det verkligen finns en konkret och faktisk situation som överensstämmer med förutsättningarna för undantag från rätten till försvarare; det kan aldrig vara tillräckligt att man befarar att dessa förutsättningar kan komma att uppstå.

För att utrymmet för undantag från rätten till försvarare enligt direktivets lydelse inte ska vidgas vid den praktiska tillämpningen, anser Advokatsamfundet att det i genomförandelagstiftningen bör definieras och möjligen även exemplifieras vad som innefattas i de båda särskilda omständigheter som anges i artikel 3.6 a) – trängande behov av att avvärja livsfara eller fara för en persons frihet eller kroppsliga integritet och 3.6 b) – omedelbara åtgärder från de utredande myndigheternas sida är avgörande för att förhindra att straffrättsliga förfaranden väsentligen äventyras.

I annat fall finns det i fråga om 3.6 a) risk t.ex. för att misstänkta nekas rätt till försvarare så snart som brottsmisstanken utgör/innebär fara för någons liv, frihet eller integritet, vilket i så fall skulle vara fallet så fort den misstänkte antas vara inblandad i fall där någon form av allvarlig brottslighet kan komma att begås (t.ex. ett terroristdåd). Detta skulle självfallet få allvarliga negativa konsekvenser, särskilt som det just är i dessa utredningar som behovet av försvarare är särskilt stort.

Det bör därför framgå i genomförandelagstiftningen vad som exempelvis kan anses utgöra ett "trängande behov" att avvärja livsfara, etc. Begreppet torde inte enbart rymma den tidsmässiga faktorn; att det brådskar att vidta de åtgärder som avvärjer faran (och att det därför inte finns tid att ombesörja att den misstänkte får en försvarare). Enligt Advokatsamfundet bör det även kunna läsas in ett krav på konkretion; att det finns konkreta orsaker till varför behovet att vidta åtgärder för att avvärja faran i det enskilda fallet är trängande.

Likaså finns det i fråga om 3.6 b) risk för att undantagsmöjligheten kan leda till att misstänkta förhörs utan närvaro av försvarare. I detta fall är det därför viktigt att förtydliga att det ska vara fråga om åtgärder som absolut måste vidtas omgående för att inte väsentligen äventyra förundersökningen. Men även om förhållandena är sådana, får förhör inte hållas utan försvarare utan att den misstänkte/tilltalade har informerats om att tåga och även har möjlighet att utöva denna rätt och förhöret kan hållas utan att inverka menligt på rätten till försvar, inbegripet skyddet mot självangivelse. Möjligheten till undantag för att förhöra en misstänkt/tilltalad utan försvarare ska alltså vara mycket liten. Förhöret får i så fall dessutom genomföras endast i syfte att erhålla information som är avgörande för att förhindra väsentlig fara för det straffrättsliga förfarandet. Förhöret får då alltså inte omfatta vad som helst. Att rätten till försvarare är oerhört viktig för den enskildes rättssäkerhet framgår också av direktivet, där det anges att missbruk av

undantaget att förhöra utan försvarare i princip skulle skada rätten till försvar på ett oåterkalleligt sätt (se bs. 32).

I detta sammanhang vill Advokatsamfundet nämna att samfundet vid flera tillfällen och i olika sammanhang också har påtalat det oacceptabla i att misstänkta och speciellt unga misstänkta förhörs utan försvarare (skrivelse till Riksåklagaren, bifogas) och att detta även av JO anses vara ett stort problem (se t.ex. JO-beslut 26 april 2013, dnr. 3019-2012, JO-beslut den 17 december 2010, dnr. 5493-2008 och JO 2008/09 s. 92). Orsaken till detta är tyvärr att det trots dagens bestämmelser kring rätten att företrädas av försvarare vid förhör, och särskilt vad gäller unga misstänkta, händer ganska ofta att misstänkta inte informerats om, och även förvägrats, rätten att biträdas av försvarare vid polisförhör där de misstänks för brott (liksom att informella förhör hålls utan att dokumenteras i utredningarna). Förhoppningen är självfallet att denna situation kommer förbättras avsevärt sedan försvarardirektivet genomförts.

Även Europadomstolen har i flera avgöranden haft att pröva frågan om vägran att låta försvarare närvara vid inledande polisförhör står i strid med EKMR. Domstolen har slagit fast att artikel 6.1 som regel kräver att den misstänkte ges tillgång till en försvarare redan under det första polisförhöret, om det inte kan visas att i ljuset av särskilda omständigheter i det enskilda fallet det fanns tvingande skäl att begränsa denna den misstänktes rätt.

Det kan även nämnas att artikel 37.d i FN:s konvention om barnets rättigheter föreskriver att ett barn som berövats sin frihet har rätt att snarast få tillgång (*"prompt access"*) till juridiskt biträde och annan lämplig hjälp.

Språkliga översättningen av undantagsmöjligheterna

Enligt Advokatsamfundet motsvarar den svenska översättningen "i undantagsfall" i undantagsbestämmelserna i artikel 3.5 och 3.6 inte helt och hållet den ursprungliga lydelsen *"in exceptional cases"*. Rent språkligt översätts *"exceptional"* till "ytterst ovanlig", "exceptionell", "alldeles särskild", "exempellös", "sällsynt" och "isolerad". Den ursprungliga lydelsen innebär en större grad av sällsynthet än den svenska översättningen ger vid handen. Översättningen innebär därmed att utrymmet för att använda sig av undantagsbestämmelserna är något större än vad som avsetts enligt direktivets ursprungliga lydelse. För att korrekt spegla den avsedda innebörden av undantagsbestämmelsen på svenska skulle det engelska begreppet ha kvarstått oförändrat såsom svenskans "exceptionell" eller ha kompletterats med ett förstärkningsord (t.ex. i "yttersta undantagsfall").

Eftersom det kan finnas en risk för att den svenska översättningen härmed kan komma att tolkas vidare än vad som egentligen avsetts enligt direktivet och därmed innebära en mer generös tillämpning av undantagsmöjligheterna, anser Advokatsamfundet att denna omständighet bör åtgärdas på lämpligt sätt under implementeringsarbetet.

Åsidosättande av rätten till advokat

Enligt artikel 12 ska medlemsstaterna vid bedömning av bevisupptagning och uttalanden som gjorts av den misstänkte/tilltalade utan att rätten till försvar har infriats, ändå säkerställa att rätten till en rättvis rättegång respekteras.

Detta innebär att en misstänkt/tilltalad som inte fått tillgång till försvarare, ska ha tillgång till rättsmedel som leder till att han/hon försätts i samma situation som om rätten inte hade åsidosatts. Detta innebär i sin tur att eventuella uttalanden från den misstänktes/tilltalades sida eller bevis som tagits upp under åsidosättande av rätten till försvarare inte kan användas mot den misstänkte/tilltalade.

Direktivet anger att bevisning (inkl. uttalanden) som skaffats felaktigt, med anledning av att den misstänkte/tilltalade inte biträtts av försvarare, inte ska kunna användas mot den misstänkte/tilltalade. Detta är en nyhet för svenskt vidkommande, eftersom vi i Sverige sedan urminnes tider har tillämpat principen om fri bevisföring och fri bevisprövning. Skillnaden mellan att inte kunna åberopa viss bevisning och att p.g.a. formella fel inte tillmäta viss bevisning något värde, skulle i vissa fall kunna bli stor. I takt med bland annat ökad tvångsmedelsanvändning har frågan även kommit att aktualiseras i andra lagstiftningssammanhang. Enligt Advokatsamfundet förtjänar frågan om att inte kunna använda viss bevisning respektive att inte tillmäta den något värde, att utredas ytterligare under utredningsarbetet.

Rätten till försvarare i förfaranden med europeisk arresteringsorder

En person som är föremål för en europeisk arresteringsorder ska ha tillgång till försvarare både i den medlemsstat där han/hon gripits och i den medlemsstat som utfärdade arresteringsordern. I praktiken innebär detta att försvararen i den utfärdande staten under arresteringsprocessen i huvudsak samarbetar med och bistår försvararen i den verkställande staten för att den eftersökta personen ska kunna utöva sina rättigheter. När den eftersökte sedan överlämnats till utfärdandestaten, kommer försvararuppdraget självfallet förändras avsevärt för försvararen i den staten.

En eftersökt person som vill utöva sin rätt till ”dubbla” försvarare, har rätt att få information från behörig myndighet i den utfärdande staten som underlättar för honom/henne att utse en försvarare också i det landet.

Fråga har i detta sammanhang uppkommit på vilket sätt denna information lämpligen lämnas till den gripne i den verkställande staten, med anledning av att det i direktivets ingress (bs. 46) anges att informationen kan bestå av en aktuell förteckning över försvarare eller namnet på jourhavande försvarare som kan lämna information och ge råd i fall som rör en europeisk arresteringsorder. Enligt direktivet finns möjlighet att låta den nationella advokatorganisationen ansvara för förteckningen över advokater.

Frågan är om det vore bäst att låta Advokatsamfundet upprätta en särskild förteckning med försvarare för just den situation som anges i direktivet eller om det vore lämpligare att hänvisa till de listor över advokater som brukar förordnas till offentliga förvarare som finns på många av landets tingsrätter, eller om det vore bäst att hänvisa den som gripits som eftersökt enligt den europeiska arresteringsordern till Advokatsamfundets register över advokater.

Advokatsamfundet har tillsammans med tingsrätterna i Stockholmsområdet påbörjat ett försöksprojekt med särskilda domstolslistor enligt vilka framgår vilka advokater som är beredda att i de olika Stockholmstingsrätterna åta sig uppdrag som rättsligt biträde inom ett visst rättsområde. Advokatsamfundet kommer att inhämta den erforderliga informationen för dessa listor, som sedan tillställs domstolarna. Det är därefter helt och hållet upp till domstolarna vilka av de på listorna angivna advokaterna som ska förordnas i ett visst mål eller ärende.

Fördelen med dessa listor i nu aktuellt sammanhang är att det finns lättillgänglig information om vilka advokater som är villiga att åta sig försvararuppdrag.

Advokatsamfundet vill självfallet medverka för att eftersökta personer som frihetsberövats i ett annat land med anledning av en svensk arresteringsorder, så snabbt och effektivt som möjligt ska kunna biträdas av en försvarare.

Den gripne har goda möjligheter att kunna finna och begära en försvarare i Sverige genom att han eller hon av den behöriga myndigheten hänvisas till samfundets elektroniska matrikel med register över samtliga advokater; www.advokatsamfundet.se.

Matrikeln är nämligen i sin elektroniska form tillgänglig överallt och för alla som har tillgång till dator, m.m. Informationen om namn, byrå, ort och verksamhetsområde finns på engelska och en urskiljning av de advokater som åtar sig försvararuppdrag (brottmålsadvokater) kan göras relativt fort och enkelt. Ytterligare ett skäl för denna lösning är att Advokatsamfundets medlemsregister även inom kort kommer att länkas samman med EU- och CCBE-portalen *Find A Lawyer*, som upprättats för att underlätta för EU:s medborgare att utifrån vissa särskilda förutsättningar i det enskilda fallet hitta en lämplig advokat i en viss medlemsstat. Såvitt Advokatsamfundet har erfarit kommer även andra medlemsländer uppfylla skyldigheten att tillhandahålla information på samma sätt.

Advokatsamfundet förordar alltså att informationsskyldigheten enligt direktivet genomförs genom att den behöriga myndigheten underlättar utseendet av en svensk försvarare genom att informera den arresterade personen om att han/hon kan söka efter en lämplig försvarare i samfundets elektroniska medlemsregister. Eftersom det är fråga om en befintlig och väl fungerande elektronisk förteckning över advokater som bland annat åtar sig uppdrag som försvarare, bör en sådan lösning anses tillräcklig för att uppfylla direktivets krav i denna fråga.

Eftersom dessa ärenden sannolikt till största delen kommer att handläggas i tingsrätterna i Stockholm, erbjuder sig emellertid Advokatsamfundet att, som ett komplement till den befintliga elektroniska advokatförteckningen, dessutom tillhandahålla en särskild lista över advokater som är villiga att åta sig försvararuppdrag i Stockholms tingsrätter.

Genom att hänvisning därmed skulle kunna göras såväl till samfundets elektroniska medlemsregister som till den särskilda lista över advokater som åtar sig försvararuppdrag i Stockholmstingsrätterna, bör direktivets krav på informationsskyldighet enligt artikel 10.5 och ingresskäl 46 vara väl tillgodosett.

./.