

# Krisen för den demokratiska rättsstaten

Av f.d. hovrättspresidenten JOHAN HIRSCHFELDT

*Stefan Strömberg har genom att ordna Svensk Juristtidnings höst- och vårmöten för medlemskretsen sett till att debatten i rättsliga frågor hållits igång. Detta är vi många som har satt stort värde på. Vid tidningens höstmöte den 7 november 2017 höll jag under rubriken ovan ett anförande om hur hoten mot domstolar och andra institutioner i flera länder i Europa nu gått så långt att man kan tala om en kris för den demokratiska rättsstaten. En dryg månad senare utlöste EU-kommissionen för första gången förfarandet enligt EU-fördragets art. 7, den s.k. atombomben, mot ett medlemsland. Detta bidrag med dess muntliga anslag vill jag gärna publicera i den tidning som Stefan länge ytterst har stått bakom. Några mindre justeringar i texten har gjorts i anledning av den pågående snabba händelseutvecklingen under slutet av 2017.*

## 1 Hoten mot den demokratiska rättsstaten

I Library of Congress, Washington, finns en serie författningspatriotiska muralmålningar av Elihu Vedder från slutet av 1800-talet där demokrati och rättsstat gestaltas i grader av blomstring och förfall.<sup>1</sup> En av bilderna visar ett samhälle präglad av politisk och social urartning. Här är regimen korrupt. Det råder höst. Rättvisan mäts inte i två vågskålar utan med en manipulerbar skala, där den rike mannen muttar makten. Han använder lagen till sin fördel, valurnan med röster har välts över ända, mannens fabriker spyr ut rök eller står stilla i arbetslöshet. Arbetaren utan försörjning söker förgäves hjälp. Det här är ett sätt att symbolisera vad det är som står på spel.

Att det behövs tre konstitutionellt grundade och sammanhängande komponenter: demokrati, rättsstat och fri- och rättigheter stod klart för Karl Loewenstein, en tysk landsflyktig statsvetare, som 1937 i USA publicerade en berömd tidskriftsartikel *Militant democracy and fundamental rights*.<sup>2</sup>

Han gör där en genomgång av hur den liberala demokratin i Europa steg för steg och i land efter land ersatts med diktaturer eller auktoritära regimer i formen av "emotional government" med kommandostyrning och modern teknik för att mobilisera och uniformera massorna.

<sup>1</sup> <http://www.loc.gov/pictures/collection/highsm/search/?q=Library%20of%20Congress%20Thomas%20Jefferson%20Building%20eliu%20vedder&co=highsm>.

<sup>2</sup> Se *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3 och 4, 1937.

Loewenstein ser behovet av militanta demokratier som försvarar sig själva inom ramen för rättsordningen med särskilda lagstiftningsåtgärder mot fascismen och andra utomdemokratiska krafter. Han går igenom den nya lagstiftning som har införts i flera länder såsom uniformsförbud, förbud mot väpnade kårer etc. Han ser de största rättsliga svårigheterna för lagstiftaren i fråga om regleringen av demonstrations- och yttrandefriheterna.

Dessa rättigheter kan användas för revolutionär och subversiv propaganda men allra värst och svårast att hantera är "the vast armor of fascist technique (including) the more subtle use of weapons of vilifying, defaming, slandering and last but not least ridiculing the democratic state itself, its political institutions and leading personalities". Han varnar här för eftergivenhet och legalistiska förhållningssätt inom de kvarvarande demokratiska staterna. Till sist måste demokratin definieras på nytt med en bättre anpassning till de villkor som följer av en ny teknisk tidsålder. En demokrati måste ibland bli militant och t.o.m. gå så långt som till undantagstillstånd för att skydda sig. — Detta är ju ingen önskesits precis. Instrumentet undantagstillstånd finns i många andra länders författningar. I Sverige ska vi i stället ytterst lita till den s.k. konstitutionella nödrätten. Möjligheten att utlysa undantagstillstånd är numera förutsett och avgränsat genom bestämmelserna i art. 15 i Europakonventionen.

Alltså — demokrati är ingen självmordspakt, för att använda Abraham Lincolns talesätt.

För två år sedan trodde vi inte att vi skulle kunna känna igen oss i det här skrämmande perspektivet. För någon månad sedan slog jag upp ett lagrum i brottsbalken som jag inte hade trott att jag någonsin skulle behöva reflektera över. I kapitlet om högmålsbrott finns följande lagrum i 18 kap. 5 §:

Den som övar olaga tvång eller hot med uppsåt att påverka den allmänna åsiktsbildningen eller inkräkta på handlingsfriheten inom politisk organisation eller yrkes- eller näringsammanslutning och därigenom sätter yttrande-, församlings- eller föreningsfriheten i fara, dömes för brott mot medborgerlig frihet till fängelse i högst sex år.

Det är hög tid att bli författningspatriot.

## **2 Sverige — folkstyret måste självbinda sig för att stå för minoritetsskydd**

Demokratin i Sverige bygger enligt regeringsformen på *folkstyre* och inte på klassisk maktdelning enligt Montesquieu.

Genom legalitetsprincipen, lagstiftningsprocess och rättstillämpning ska rättsstaten komma till uttryck. *Rättsstaten* är inte en fast enhetlig princip utan begreppet ges varierande betydelse. Jag återkommer till det.

Det är inte givet att dessa komponenter säkerställer att alla medborgare och de andra som bor här skyddas till rätt och frihet. Ett rent majoritetsstyre kan missbrukas mot enskilda och grupper av människor. Rättssystemet kan urarta utan att formellt brytas sönder.

Skyddet för fri- och rättigheter är den nödvändiga tredje komponenten. Rättighetsreglerna bör ses som ett minoritetsskydd. Det etableras genom att majoriteten i riksdagen har bestämt att själv begränsa, att självbinda, sin makt som grundlagstiftare och som lagstiftare för att på det sättet ge ett rättsskydd för oss alla. Statsvetarna beskriver ibland den här självbindningen med bilden av Odysseus som binder sig vid skeppets mast och sätter vax i manskapets öron för att inte frestas att följa sirenernas lockrop.

Här ligger kärnfrågan. Detta ska vi kunna lita på. Förutsättningen för en fungerande demokrati är att de som tillhör minoriteten inte ska behöva frukta maktmissbruk från majoritetens sida och att växling vid makten är möjlig. Det krävs förfaranden och institutioner (checks and balances) som säkerställer detta. Rättsstatsprincipen är här av central betydelse. En kris för rättsstaten blir också en kris för demokratin.

Det är bra att också vi här i landet under senare år, med initiativ av Svea hovrätt och av Svensk Juristtidning, har fått igång en diskussion om hur vi med bättre författningsberedskap ska kunna skydda domstolarnas oberoende och andra viktiga rättsstatliga element. Att arbeta med detta är viktigt. Då behöver vi inte beskyllas för att på höga hästar kasta sten i glashus när vi inte låter svenska — ibland uppfattade därute som rätt udda — förhållanden stå i centrum utan riktar blickarna ut i Europa. Stormakterna lämnar jag däremot utanför framställningen.

### **3 Rättsstatsprincipen — ett kärnvärde för Europarådet och EU**

Europarådets uppgift är i huvudsak att främja demokrati, mänskliga rättigheter och rättsstatsutveckling. Enligt art. 3 i stadgan för Europarådet måste sålunda varje medlemsstat "accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively into the realisation of the aim of the Council ...".

Detta kan jämföras med EU-fördragets art. 2, som slår fast grunden för unionen:

Unionen ska bygga på värdena respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna, inklusive rättigheter för personer som tillhör minoriteter. Dessa värden ska vara gemensamma för medlemsstaterna i ett samhälle som kännetecknas av mångfald, icke-diskriminering, tolerans, rättvisa, solidaritet och principen om jämställdhet mellan kvinnor och män.

Vi vet att ta både Europarådets och EU:s faktiska förmåga att leva upp till dessa ideal med en stor nypa salt. För att begränsa omfattningen av denna artikel kommer jag inte att gå in närmare på bestämmelserna och rutinerna för övervakning, sanktioner och uteslutning och användningen av metoden att hänvisa till Venedigkommissionen. Det får räcka med att nämna EU-fördragets artikel 7 med den s.k. atombomben och den mekanism för övervakning som nu knutits till den för förstadiet, *den s.k. ramen för att stärka rättsstatsprincipen*, som är till för att möjliggöra ingripanden när det är fråga om hot mot rättsstatsprincipen som är av *systemnatur*.<sup>3</sup> Det bör noteras att här är tillämpningsområdet inte begränsat till EU-rätten utan är vidgat även till områden där medlemsstaterna agerar autonomt.

Nu, sent omsider, har EU-kommissionen äntligen förstått det allvarliga, för att inte säga existentiella, hotet från de illiberala demokratierna eller de auktoritära regimerna inom EU. Notera förste vice ordförande Timmermans uttalanden om att åsidosättanden av rättsstatsprincipen inte rör bara den aktuella medlemsstaten. Det här påverkar också andra länders EU-medborgare som bor i det landet, liksom alla EU-medborgare genom landets deltagande i EU:s beslutsprocess och antagandet av normer som är bindande för alla i EU. Europas sammankopplade lagstiftnings- och domstolskompetens bygger också på principerna hos och tillämpningen av sådant som arresteringsordern och ömsesidigt erkännande av domstolsbeslut. De här ordningarna kan inte med full legitimitet överleva när något av de nationella systemen upphör att styras av rättsstatsprincipen.

Så redan Mollberg hade rätt i Fredmans epistel nr 45 — den som heter ”Tjenare Mollberg, hur är det fatt? Var är din Harpa? Var är din hatt?” Där hävdar han mot de förståndiga männens protester på krogen Rostock att Polens affärer faktiskt angår också honom. Han lyder inte censuruppmaningen ”Pling plingeli plång. Spela ej polska men lär dig en gång ha tand för tunga.”

<sup>3</sup> Se vidare artiklarna i *Hoten mot rättsstaten i Europa*, Anders Mellbourn (red.), 2017. Min egen artikel där *Europarådet och skyddet för den demokratiska rättsstaten* finns också på [johanhirschfeldt.blog](http://johanhirschfeldt.blog). Om EUs ram för att stärka rättsstatsprincipen, se <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/?uri=celex:52014DC0158>.

#### 4 Venedigkommissionen om rättsstatsprincipen

Den process genom vilken rättsstatsprincipen växte fram i Europa har varit långt ifrån klar och entydig. Begreppets betydelse och omfattning har varierat kraftigt över tid, och dess användbarhet i sig har också regelbundet ifrågasatts.

Ett uttryck för rättsstatsprincipen är det engelska: Rule of law. Den engelske domaren Tom Bingham behandlar ämnet i en elegant liten Penguinbok, *The rule of law*. Observera att han här i fråga om begreppet rule of law räknar in också ett tillräckligt materiellt skydd för individuella grundläggande rättigheter.

Ett annat uttryck är det tyska begreppet Rechtsstaat som under 1800-talet växte fram som en motsats till det förvaltningsrättsliga begreppet Polizeistaat.

Europarådets Venedigkommission har arbetat med att söka bygga upp en gemensam standard på området. Det har utarbetats en checklista där de olika ingående rättsstatsprinciperna systematiseras och kommenteras. Checklistan innehåller en mängd kontrollfrågor att bocka av vid den närmare analysen. Listan är rätt teknisk med en mängd referenser. Kommissionen betonar dock:

The contextual elements of the Rule of Law are not limited to legal factors. — It is important that in every State a robust political and legal culture supports particular Rule of Law mechanisms and procedures, which should be constantly checked, adapted and improved.

The Rule of Law can only flourish in a country whose inhabitants feel collectively responsible for the implementation of the concept, making it an integral part of their own legal, political and social culture.

Det här dokumentet åberopas nu löpande i kommissionens arbete med yttranden över olika länders lagstiftning.<sup>4</sup>

#### 5 Hur går nedrustningen av den demokratiska rättsstaten till?

Olika försvagningar av den demokratiska rättsstaten har i Europa kunnat iakttas under snart tio års tid i olika stater, särskilt i det forna östblocket. Man bör inför en kritik av detta förhållande dock också tänka på att det givetvis är en viktig uppgift för varje stat att utveckla och underhålla legitima, effektiva och icke-korrupta rättsväsen och förvaltningssystem. Det kan fordra radikala grepp. En hel del bra görs på dessa områden. Ett exempel är en framgångsrik reform av polisväsendet i Georgien, där antikorruption och transparens var huvudtemat och nya polisstationer med jättelika glasfönster byggdes. Ett annat är den stora decentraliserings- och kommunreform som pågår i

<sup>4</sup> Se Iain Cameron och Johan Hirschfeldt, Om Venedigkommissionen — uppdrag, arbetssätt och resultat, *Svensk Juristtidning* 100 år, s. 403 och *The Rule of Law Checklist*.

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e). Se också Raoul Wallenberg Institutet *The Rule of Law — A guide for politicians*, <http://rwi.lu.se/2017/03/rule-law-guide-politicians/>.

Ukraina. — Så ökad effektivitet är mycket viktig men inte på bekostnad av rättsstaten.

Det finns alltmer som är dystert. Här ska några belysande fall tas upp.

I *Ungern* har Viktor Orban med början 2010 säkrat 2/3 majoritet i parlamentet och därmed haft tillräckligt underlag för att ändra konstitutionen. Här är det alltså grundlagstiftaren som agerar.

Det får förstås anses legitimt att reformera en gammal grundlag, som i Ungerns fall kom till redan före murens fall. Slående är dock att reformarbetet kan sägas ha skett under devisen "the winner takes all" snarare än med en allsidig, inkluderande och noggrann beredning av ändringsförslagen. — Detta är en iakttagelse som gäller också för *Polen*. Där läggs viktiga ändringsförslag, t.ex. om högsta domstolens organisation och ledamotskap, fram inte genom regeringspropositioner utan genom enskilda parlamentsledamöters plötsliga förslag med en procedur där beredningen blir mycket begränsad och snabb.

En metod som används i Ungern är att *konstitutionalisera* delar av "den vanliga" rättsordningen genom en omfattande användning av s.k. kardinallagar eller organiska lagar som anses ingå i den konstitutionella regleringen. Delar av familjerätten, social- och socialförsäkringsrätten samt skatterätten har förts upp till denna nivå och kan sedan inte ändras av en framtida "vanlig lagstiftare". Detta har skett bl.a. som en reaktion mot vissa av författningsdomstolens domar.

Det sker alltså en *cementering* av rätten. Venedigkommissionen har kritiserat denna metod och ansett att ett parlament måste kunna agera flexibelt för att möta nya förutsättningar och utmaningar i ett samhälle. Fria val, som ska garantera att folkets vilja kommer till uttryck när det gäller utseendet av lagstiftare, blir meningslösa om lagstiftaren inte har utrymme för vanliga lagändringar med enkel majoritet. Om inte bara fundamentala bestämmelser utan också detaljerade regler förs till organiska lagar så riskeras därmed demokratins princip.<sup>5</sup>

En annan effekt av denna cementering är att författningsdomstolens normprövning begränsas. De nu införda reglerna i kardinallagar är exkluderade från normprövning. Venedigkommissionen reagerade mot denna effekt med att erinra om innehållet i Europarådets stadga och att det ungerska parlamentets suveränitet därför är begränsad genom internationell rätt.<sup>6</sup>

Ytterligare en iakttagelse när det gäller Ungern är inriktningen att förändra den konstitutionella regleringen av institutionerna och deras uppgifter samt att byta ut ledande befattningshavare. Detta har gällt institutioner och områden som författningsdomstolen, dom-

<sup>5</sup> Se Hoten mot rättsstaten i Europa s. 131 ff. och Venedigkommissionens Opinion on the new constitution of Hungary, CDL-AD(2011)016 tillgänglig på Venedigkommissionens webbplats, <http://www.venice.coe.int/>

<sup>6</sup> Se Hoten mot rättsstaten s. 135 f.

stolsorganisationen och domstolsadministrationen, riksbanken och data- och medieområdena. Här kan man se sådant som att man byter namn på högsta domstolen, uppställer sådana nya kompetenskrav för dess ordförande som den sittande ordföranden i den gamla domstolen inte kan uppfylla och då utser en ny ordförande. Den tidigare ordföranden hade suttit för länge i Strasbourg-domstolen och för kort tid hemma i ungersk domstol för att uppfylla de nya kraven.<sup>7</sup>

Venedigkommissionen har om utvecklingen i Ungern gjort ett mera generellt uttalande som lyder:<sup>8</sup>

The Commission never denied the sovereign right of Parliament to adopt the constitution or to amend it, but it criticized the procedure and methods of doing so in Hungary. The Constitution of a country should provide a sense of constitutionalism in society, a sense that it truly is a fundamental document and not simply an incidental political declaration. Hence, both the manner in which it is adopted and the way in which it is implemented must create in the society the conviction that, by its very nature, the constitution is a stable act, not subject to easy change at the whim of the majority of the day. A constitution's permanence may not be based solely on arithmetical considerations stemming from the relationship between the numerical strength of the ruling and opposition parties in parliament. Constitutional and ordinary politics need to be clearly separated because the constitution is not part of the 'political game', but sets the rules for this game. Therefore, a constitution should set neutral and generally accepted rules for the political process. For its adoption and amendment, a wide consensus needs to be sought.

I *Polen* är situationen en annan.<sup>9</sup> Regeringen har där efter 2015 års val inte den majoritet i parlamentet som räcker för att göra grundlagsändringar. Men partiet fick med 37 % av rösterna en egen enkel majoritet som möjliggör lagändringar. Valdeltagandet var 51 %. Regeringspartiet satsar nu på att höja pensioner och andra sociala bidrag samt på försvaret. Partiet går framåt i opinionen. Landets president kommer från samma parti.

Lagändringarna sker alltså inom ramen för en oförändrad konstitution. De legitimeras genom idén om folkviljan, med konstitutionens ord "Den offentliga makten tillhör nationen. Nationen utövar makt genom sina representanter eller direkt." Rule of law och oberoende domstolar är synes vara underordnade värden, även om också dessa framgår av konstitutionen.

Det började med författningsdomstolen. Den tidigare regeringen hade som en av sina sista åtgärder utnämnt inte bara tre utan fem nya

<sup>7</sup> Se också Europadomstolens avgörande i målet *Baka ./. Ungern*, 23 juni 2016, 20261/12.

<sup>8</sup> Opinion on the forth amendment to the fundamental law of Hungary, CDL – AD(2013)012 tillgänglig på Venedigkommissionens webbplats, <http://www.venice.coe.int/>.

<sup>9</sup> Se närmare Eva Letowskas artikel i *Hoten mot rättsstaten i Europa*, s. 36 och min artikel där s. 138.

domare i författningsdomstolen. Där gick man för långt och den excessen är utgångspunkten för vad som sedan hände.

Ordningen är den att de politiska blocken vill placera "sina" domare i domstolen. Det avgående majoritetsblocket hade alltså utsett fem nya domare — två av dem utan korrekt rättsligt stöd (tillträdes-tidpunkterna låg för sent). Det nya blocket efter maktskiftet utnämnde sedan fem andra, nya domare. Det blev dessa senare som skulle tillträda med landets presidents fullmakt. Men tre av dessa domare godkändes inte av författningsdomstolen. Samtidigt skedde lagändringar som påverkar principer och praktik i domstolens arbete.

Författningsdomstolen bedömde i två av sina domar dessa lagändringar vara författningsstridiga. Men det är regeringen som sitter på trycklovet för domstolens domar och den förvägrade publikation. Domstolens avgöranden sågs i stället som nulliteter — produkter tillkomna i fritidsverksamhet.

I samband med skiftet på presidentposten i domstolen vid årsskiftet 2016–17 gjordes ytterligare lagändringar kring proceduren för val av ny president. Den nya utsedda domstolspresidenten godkände sedan de tre domare som tidigare motats.

Kampen om författningsdomstolen är ett synnerligen komplext ämne. Det är tidsödande att söka sätta sig in i det med ett stort antal komponenter som utnämningsbeslut följda av presidentens vägran eller accept av vissa utnämnda domare, ändringar av lagstiftning av i sak konstitutionell och domstolsadministrativ natur om bl.a. att alla de många balanserade målen ska tas i turordning oberoende av domstolens bedömning av dess vikt, avgöranden av författningsdomstolen, regeringens vägran att ge trycklov samt interna lednings- och indelningsbeslut inom författningsdomstolen.

Närmare kunskap om detta stegvisa händelseförlopp med användning av olika medel är nödvändig för förståelsen av helheten. Två yttranden av Venedigkommissionen belyser det hela.<sup>10</sup> Förenta Nationernas speciella rapportör "on the independence of judges and lawyers" har nyligen besökt Polen och offentligen uttalat bl.a. att de reformer som av regeringen presenterats som botemedel mot bristande opartiskhet, ineffektivitet och vänskapskorruption i stället framstår som något värre än sjukdomen själv. Om författningsdomstolen uttalar han:<sup>11</sup>

In a democratic State, the Government and the Parliaments should respect and promote the independence of the judiciary, not undermine it. The fact of being elected does not give them any monopoly of legitimacy, nor does it grant them any right to exercise control over the court that, in accordance with the Constitution, guarantees appropriate checks and balances among the different State powers.

<sup>10</sup> CDL-AD(2016)001-e och CDL-AD(2016)026-e, <http://www.venice.coe.int/>

<sup>11</sup> <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22313&LangID=E>.



Efter 2015 års val antog parlamentet vidare fyra lagar om rättsväsendet. Det gäller högsta domstolen, domstolarna i allmänhet, det nationella domstolsrådet och åklagarväsendet. Beträffande två av lagarna lade presidenten in sitt veto och där har förhandlingar om ny utformning sedan ägt rum. Med vissa ändringar antogs de i december 2017.

I fråga om åklagarväsendet gäller en lag från 2016 där justitieministerposten och uppgiften som riksåklagare på nytt slagits samman i en och samma person men nu med stärkta befogenheter att agera i enskilda mål och det även utanför straffrättens område. Nästa person i rangordningen, den s.k. nationelle åklagaren, har också ett mandat av politisk karaktär. — Det bör påpekas att åklagarfunktionen i många länder hänförs till den verkställande makten. Det blir här frågan om politisk styrning som blir särskilt känslig. Venedigkommissionen sammanfattade sin detaljerade kritik i ärendet om denna lag enligt följande:<sup>12</sup>

115. Taken together, the merger of the office of the Minister of Justice and that of the Public Prosecutor General, the increased powers of the Public Prosecutor General vis-à-vis the prosecution system, the increased powers of the Minister of Justice in respect of the judiciary (Act on the Organisation of Common Courts) and the weak position of checks to these powers (National Council of Public Prosecutors) result in the accumulation of too many powers for one person. This has direct negative consequences for the independence of the prosecutorial system from political sphere, but also for the independence of the judiciary and hence the separation of powers and the rule of law in Poland.

Lagen om högsta domstolen har varit föremål för presidentens veto och därefter justerats. Domstolens ordförandes sexåriga förordnande löper ut 2020. Trots nu gällande förordnanden ska enligt den nya lagen tjänstgöringstiden för henne och ledamöterna i övrigt kortas ned med den effekten att 40 % av domstolens ledamöter inkl. ordföranden måste gå inom tre månader från lagens ikraftträdande. (Parlamentets ursprungliga lag innebar utbyte beträffande alla de 83 ledamöterna, utom dem som justitieministern ville behålla) Två nya kammare ska inrättas i högsta domstolen, en särskild för disciplinära mål och en för mål om giltigheten av olika politiska val, mål om mediefrågor och s.k. extra-ordinära mål med en ny mekanism, där riksåklagaren och parlamentsledamöter kan begära ny prövning av mål där domen som vunnit laga kraft någon gång under de senaste 20 åren.

I fråga om lagen om det nationella domstolsrådet, som nu efter presidentens veto också justerats något, kan helt kort sägas att det handlar om en förskjutning där parlamentet ges avgörande inflytande

<sup>12</sup> CDL-AD(2017)028

av vilka domare som ska vara ledamöter. Vidare får parlamentet egen representation.

För det fjärde gäller från i somras en ny lag om de allmänna domstolarnas organisation. Den har gått igenom utan något presidentveto. Enligt lagen har justitieministern, som alltså tillika är riksåklagare, rätt att avsätta domstolschefer och under de första sex månaderna efter ikraftträdandet tillsätta nya chefer. Enda remediet i enskilda fall är ett blockerande beslut som det nationella domstolsrådet kan fatta, dock med kvalificerad majoritet. Vidare ändras pensionsåldern för domare. Fram tills nu har den varit 67 år för domare av båda könen, den nya lagen sänker pensionsåldern till 65 år för män respektive 60 år för kvinnor. Justitieministern ska dock i individuella fall kunna medge att en domare får stanna till 70 års ålder.

Venedigkommissionen avslutade sitt detaljerat kritiska yttrande om dessa tre lagar i anknytning till yttrandet om åklagarväsendet enligt följande:<sup>13</sup>

131. The Venice Commission stresses that the combination of the changes proposed by the three documents under consideration, and of the 2016 Act on Public Prosecutor's Office amplifies the negative effect of each of them to the extent that it puts at serious risks the independence of all parts of the judiciary in Poland.

Så några ord om *Turkiet*.<sup>14</sup> Här har Venedigkommissionen yttrat sig i elva ärenden, varav åtta under åren 2016 och 2017. Utrymmesskäl medger att endast två saker tas upp.

För det första, när beslutet om undantagstillstånd fattades 2016 var parlamentet på sommaruppehåll. Det inkallades tillfälligt för att bekräfta beslutet. Däremot återinkallades inte parlamentet för att godkänna den särskilda lagstiftningen som direkt följde. Återinkallandet skedde först i oktober 2016. Detta innebar att regeringen under mer än två månader hade tillåtelse att de facto lagstifta själv utan någon parlamentarisk kontroll eller kontroll av författningsdomstolen. Regeringen använde härvid s.k. *ad hominem-lagstiftning*. I lagarna togs listor in med namnen på de ca 10 000 enskilda statstjänstemän som skulle avskedas. Någon bevisning framlades inte och någon individuell prövning av fallen behövdes inte. Här ser vi ett exempel på ett avsteg från generalitetsprincipen och en metod där ingen rättslig överprövning av besluten fanns. Senare har, efter krav från Europarådet, en möjlighet till prövning i en särskild ad hoc nämnd införts.

För det andra gäller det de nya ändringarna av konstitutionen som efter folkomröstning och parlamentets antagande förstärkt presidentens makt. Här menar Venedigkommissionen att ett sådant presidentstyre fordrar mycket starka "checks and balances" och att sådana saknas. När det gäller proceduren för konstitutionens ändring kritiserar

<sup>13</sup> CDL-AD(2017)031.

<sup>14</sup> Se min artikel i *Hoten mot rättsstaten i Europa*, s. 147.

kommissionen bl.a. hur röstförfarandet genomfördes i parlamentet. Detta ska enligt konstitutionen genomföras med sluten omröstning. Detta respekterades inte utan många ledamöter visade öppet upp sin röst och detta skedde inför TV-kamerorna. Oanvända röstsedlar samlades in efteråt. Detta har sagts ha skett för att kunna identifiera de som röstade mot. Elva parlamentsledamöter, bl.a. oppositionspartiet HDP:s ledare, var vid detta tillfälle frihetsberövade.

Det finns i internationell rätt inte något förbud mot att anta ändringar av konstitutionen under rådande undantagstillstånd. Men det kan nämnas att de flesta tidigare östblocksländernas konstitutioner innehåller ett sådant förbud. Inte heller finns det i internationell rätt något förbud mot att hålla val eller folkomröstningar under undantagstillstånd. Venedigkommissionens bedömning blir att det avgörande ytterst är om de demokratiska principerna kan skyddas i ett fall där en permanent författningsändring genomförs under ett undantagstillstånd. Kommissionen yttrar:

There are two possibilities which are in line with democratic standards: if a constitutional referendum must absolutely be held during a state of emergency, restrictions on political freedoms have to be lifted, or, if the restrictions may not be repealed, the constitutional referendum should be postponed until after the state of emergency or at least when the restrictions no longer apply.

## 6 Vad gör då EU och Europarådet?

Det som beskrivits här kan inte bedömas vara förenligt med de värden som Europarådet och EU säger sig stå för.<sup>15</sup>

Europarådet använder sig av sina övervakningsåtgärder och ger uppdrag till Venedigkommissionen.

Inom EU kan EU-domstolen ta upp talan om rena fördragsbrott. Så har skett beträffande de ungerska domarnas ändrade pensionsålder.

Intressant att notera är att, när EU-kommissionen nu är militantare i sin procedur kring Polen, så har kommissionen tagit upp motsvarande fråga i ett inlett överträdelseförfarande beträffande polska domares pensionsfrågor som en diskrimineringsfråga. Man har då även, utifrån kravet på domstolars oberoende, fört in frågorna om justitieministerns nya befogenhet att förlänga enskilda domares mandat och hans rätt att utse nya domstolschefer. Därvid har EU-kommissionen åberopat dels art. 19 i EU-fördraget om att medlemsstaterna ska fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten, dels art. 47 i EUs rättighetsstadga med rubriken "Rätt till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol".

Ett helt annat viktigt ärende gäller frågan om Polen bristande efterföljd av ett interimistiskt beslut av EU-domstolen om skogligt avverkningsförbud i det nu pågående målet där beträffande urskogen Bi-

<sup>15</sup> Se närmare Laurent Pechs artikel i Hoten mot rättsstaten, s. 91.

alowieza. Det finns anledning att noga följa denna händelseutveckling.

Nyligen gjorde EU-kommissionens vice ordförande Timmermans ett nytt skarpt uttalande inför ett EU-parlamentsutskott och fick ett kraftfullt instämmande bl.a. av EPP-gruppens representant. EPP — Europeiska folkpartiet — är kristdemokratiskt och liberalkonservativt och det största partiet i EU-parlamentet. Därefter uttalade EU-kommissionen den 20 december 2017 att "there is a clear risk of a serious breach of the rule of law in Poland" och utlöste förfarandet enligt EU-fördragets art. 7, den s.k. atombomben. Den vidare utvecklingen får nu avvaktas.

## 7 Avslutning

Kritik mot sådana förhållanden som nu har tagits upp bemöts ofta med folkviljeargumentet och med att "ni förstår inte våra problem". Dessutom kommer motfrågan: "hur gör ni själva då?" Och visst, det finns alltid legitima reformbehov. En del av de här motargumenten kan också vara relevanta, andra får ses som mer eller mindre vinklade eller felaktiga angreppspunkter.

Vi har rätt att reagera mot *innehållet* i dessa förändringar och *hur* de genomförs. Men detta betyder inte att vi inte har anledning att rannsaka oss själva. Den diskussion om ett förstärkt skydd för domstolar och domare som initierats här hemma handlar om en viktig fråga om vår författningsberedskap och ska inte bordläggas.

Till sist.

En författningsdomstol som underordnas en tillfällig folkvilja leder till en giftig sammanblandning av politik och juridik, ja blir värdelös för medborgarnas rättsskydd och skyddar i stället dem som just nu sitter med den politiska makten.

En manipulerad högsta domstol med uppgiften att vara också den ytterst beslutande valkommissionen kan bli ett viktigt instrument för att permanenta ett och samma makthavande politiska block för all framtid. Man kan fråga sig om det är detta som är det yttersta syftet bakom sådana förändringar?

Jag har här inte alls tagit upp de allvarliga ingripanden som handlar om kontrollen över public service- och privata medieföretag och som också ingår i de tydliga politiska strategierna. Åsiktsbildningen blir inte fri utan gäller bara för vissa intressen. Här öppnas möjligheterna att rikta fientliga, populistiska och arroganta angrepp som underminerar rättsväsendets och andra institutioners legitimitet. I en ny retorik blir domarna folkets fiender. Vi har här ett exempel också från Storbritannien som förskräcker.

I den här krisen för den demokratiska rättsstaten har både politiker och jurister i vårt land skyldighet att reagera inom ramen för sina respektive roller i vårt land. Vi jurister måste självrannsaka oss.

Det räcker inte med ett formellt och rättsligt betraktelsesätt på allt detta. Konstitutionella regler kan ändras, rundas eller helt enkelt negligeras. Högtidliga principer kan urvattnas.

Den demokratiska rättsstatens företrädare måste bli mer militanta. Med Karl Loewensteins analys i minnet inser vi att det formella skyddet är otillräckligt och att det här ytterst handlar om motståndskraften i fråga om den politiska och den rättsliga kulturen i en demokrati och om människornas tillit till institutionerna och dem som arbetar där.