
DOMARNAS OBEROENDE

EN KOMPARATIVRÄTTSLIG STUDIE OM DOMARNAS OBEROENDE
OCH GRUDSLAGSSKYDDET I SVERIGE OCH POLEN

Av: Saiad Safari

Handledare: Richard Sannerholm
Södertörns högskola | Institutionen för samhällsvetenskaper
Kandidat 15 HP | VT-terminen 2022
Ämne | Europaprogrammet - Offentlig rätt



SÖDERTÖRNS HÖGSKOLA | STOCKHOLM
sh.se

FÖRKORTNINGAR

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
Trybunał Konstytucyjny	Polska författningsdomstolen (CT: Constitutional Tribunal)
EU	Europeiska unionen
EU- domstolen	Europeiska unionens domstol
HAD	Högsta Administrativa Domstolen (Naczelny Sąd Administracyjny, Polens högsta förvaltningsdomstol)
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
CT	Konstitutionella Tribunalen (Trybunał Konstytucyjny, Polens författningsdomstol)
KU	Konstitutionsutskottet
PiS	Prawo i Sprawiedliwość (Lag och rättvisa, ett politiskt parti i Polen)
Sejm	Polska nationalförsamlingen
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
SOU	Statens Offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

FÖRORD

Den här kandidatuppsatsen har genomförts på Södertörns Högskola på den samhällsvetenskapliga institutionen. Richard Sannerholm har varit min handledare.

Jag vill tacka min handledare Richard Sannerholm som väglett mig under terminen samt försett mig med konstruktiva råd och kommentarer under arbetets gång. Sist men inte minst vill jag tacka min vän Johan Berglund som är svensklärare och har hjälpt mig med den svenska grammatiken i mer än tio år.

SAMMANFATTNING

– *En komparativrättslig studie om domarnas oberoende och deras begränsning genom grundlagsändringar och EU:s översyn i Sverige och Polen*”

Denna uppsats avhandlar en komparativrättslig metodik om domarens oberoende i Sverige och Polen. Studien ämnar undersöka huruvida domarens utnämning och oberoende bör skyddas till fullo. Uppsatsen behandlar grundlagsändringsförfarandet kring begränsningar där ordinarie domare riskerar att hamna i kläm inom konstitutionell rätt. Denna studie vill också klargöra för utnämning av domare, domarens roll och förändringsprocessen i författningsskulturen av respektive land. I en jämförelse i Sverige och Polen rättssystem visar att det finns både likheter och skillnader mellan länderna. Det finns en del oro i Sverige om grundlagsändringar inför framtiden, vilket kan påverka domarnas oberoende. Därför har riksdagen agerat via regeringen som fått i uppdrag att tillsätta en utredning. Utredningen har i avsikt att se över behovet av att stärka domarnas och domstolarnas oberoende långsiktigt. I syfte att ytterligare stärka skyddet för rättsstatens principer behöver domstolarnas självständighet i förhållande till regeringen och riksdagen stärkas. De problemområden som utgör skillnader i domarens rättigheter, kan härledas direkt till det faktum att Sverige hittills har införlivat rättigheterna till fullo, medan Polen har dragits inför EU-domstolen för det. Vidare ger uppsatsen en inblick i konflikten om EU:s farhågor kring begränsning av domarens rättigheter och utnämning i Polen.

Denna studies fokus behandlar också grundlagsskyddet, utnämning av domare och EU-domstolens yttranden om Polen, framför allt kring hur Polen sköter sina åtaganden gentemot fördraget. En jämförelse som har gjorts visar att EU-kommissionen generellt sett verkar ge Polen grundläggande kritik, vilket indikerar på att kommissionen bedömer oroande kritik kring hur Polen tillgodoser domarens rättigheter. EU-kommissionen har agerat tydligt genom EU-domstolen med hot om kraftiga dagsböter om Polen inte följer fördraget. Eftersom unionsrätten har företräde framför respektive medlemsstats nationella rätt.

Nyckelord: utnämning, EU-kommissionen, begränsningar, EU-domstolen, Grundlagsskydd, grundlagsändring, Polen, Sverige.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

FÖRKORTNINGAR	2
FÖRORD	3
SAMMANFATTNING	4
1. INLEDNING	6
1.1 BAKGRUND	6
1.2 SYFTE	8
1.3 FRÅGESTÄLLNINGAR	8
1.4 AVGRÄNSNINGAR	9
1.5 TEORI, METOD OCH MATERIAL	9
2. DOMARE OCH DEMOKRATIN	11
2.1 GRUNDLAGSSKYDDET	11
2.2 INTRODUKTION AV RÄTTSTATERNA	14
2.3 FÖRÄNDRINGSPROCESSEN	15
3. DÖMANDE MAKTEN	16
3.1 SVENSK KONSTITUTIONELL RÄTT	16
3.2 UTNÄMNING AV DOMARE I SVERIGE	17
3.3 DOMARE I SVERIGE	20
3.4 POLSK KONSTITUTIONELL RÄTT	21
3.5 UTNÄMNING AV DOMARE I POLEN	23
3.6 DOMARE I POLEN	24
4. TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY	26
4.1 REFORM AV FÖRFATTNINGSDOMSTOLEN	26
4.2 KOMMISSIONENS KRITIK	27
4.3 BRISTEN PÅ OBEROENDE	29
4.4 KOMMISSIONEN MOT POLEN	30
4.5 DOMARNAS ÅTALSIMMUNITET	31
5. DISKUSSION	33
6. SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER	35
7.1 KÄLLFÖRTECKNING	37

1. INLEDNING

1.1 BAKGRUND

Krisen i fråga om rättsstatsprincipen har nått ett nytt bottenläge. Utifrån en internationell översikt kan det övertygas om att det finns processer i historien som visar att demokratin, under vissa förutsättningar, kan komma att utsättas för påfrestningar. Detta kan resultera i att de etablerade spelreglerna snabbt förändras och att grundpelarna för rättsstaten kan försvagas.¹

För att förstå förändringar i fråga om rättsstatsprincipen bör det blickas tillbaka till grundpelarna för rättsstaten. Enligt rättsfilosofen Thomas Hobbes är naturtillståndet en rättslära med rättsliga principer som är grundade i naturens egen ordning och nedlagda i människans natur. Dessa principer står över de lagar som stiftats av människor. Grunden till att människor sluter sig samman i samhället är att den fysiska osäkerheten är människans naturtillstånd.² Enligt John Locke är ett samhälle där människor saknar en gemensam rättsordning som de själva har samtyckt, alla samtliga enskilda människor själva tvungna tolka lagens innehåll och verkställa densamma. I ett naturtillstånd där människor dömer i sin sak kommer emellertid till följd av människans passion och partiskhet till den egna saken och hämndlystenhet att resultera i osäkerhet samt oordning. Under sådana förhållanden överlåter människorna lagen till samhället att tolka och verkställa, genom ett kontrakt, ett samhällskontrakt. Med ett gemensamt styrelseskick avstår individerna sin rätt till frihet, till en utsedd härskare (kung eller stat). Därmed har människorna rätt att stifta lagar med en opartisk domare att lösa tvister mellan olika parter.³ Det är viktigt att kunna behålla opartiskheten i samhällen för att den enskilde ska kunna dra nytta av rättsordningens skydd och rättighet.

Domarens rättigheter och opartiskhet i samhällen är fortfarande av betydande värde då beslutet berör domstolarnas styrning och roll samt framtid. Denna studie strävar efter att undersöka huruvida Sverige och Polen har valt tillvägagångssättet för att tillgodose skyddet för domarnas

¹ Sterzel, Fredrik, Łętowska, Ewa, Bárd, Petra, Pech, Laurent, Hirschfeldt, Johan & Mellbourn, Anders (red.), *Hoten mot rättsstaten i Europa*, Inläst för Myndigheten för tillgängliga medier, [Malmö], 2022, s. 36.

² Nergelius, Joakim (red.), *Rättsfilosofi [Elektronisk resurs] samhälle och moral genom tiderna*, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010, s. 27.

³ *Ibid*, s.35.

oberoende. Syftet är undersöka behovet av att stärka domarnas oberoende långsiktigt via grundlagsskydd. I vilken grad domarnas åtalsimmunitet har haft inverkan eller påverkats av/på den svenska och polska konstitutionen som domstolens förtroendemän. Därav principerna om domares oavhängighet och oavsättlighet via Europeiska unionens (EU) stadga om de grundläggande rättigheterna. I vilken grad EU granskar eller bedömer auktoriteterna i båda länderna, framför allt när det gäller att tillgodose domarens rättigheter inom domstolsväsendet. I dagsläget det brott makthavarna kan begå i en sådan situation att ingripa i lagstiftningen. Detta kan påverka den dömande maktens oberoende och domarens opartiskhet eftersom den verkställande och dömande makten påverkar individens säkerhet, rättighet och frihet.⁴

Ett exempel på hur makthavarna omformar lagstiftningen är de kritiserade reformerna som har gjorts i Polen inom rättsväsendet. Kritiken kommer främst från EU om brott mot rättsstatsprincipen.⁵ Detta oroar Sverige i avsikt att stärka skyddet för rättsstatens principer. Eftersom Sveriges grundlag består av grunden av vårt samhällskontrakt. Av den anledningen behöver domstolarnas självständighet gentemot regeringen och riksdagen stärkas. En utveckling på flera håll i Europa utmanar rättsstaten och självständiga domstolar.⁶ Politikerna i Polen har försökt befästa sin ställning genom att få en större kontroll och makt över den dömande makten. Det har konkret varit en fråga om förslag som riktats mot de högsta instanserna och den centrala domstolsadministrationen. Det finns skäl att även i Sverige överväga reformer som stärker domstolarnas och domarnas långsiktiga oberoende. En grundlagsutredning som ska tas på stort allvar och ses med dignitet. Utgångspunkten för studien är att jämföra Sverige och Polen i tre faser. Första fasen är att stärka grundlagsskyddet och andra fasen är domarnas oberoende sist inte minst kritiken från Europeiska unionen (EU) gentemot rättsstatsprincipen.

Nyckelord: oberoende, kommitté, grundlag, begränsning, åtalsimmunitet.

⁴ Nergelius, Joakim (red.), Rättsfilosofi [Elektronisk resurs] samhälle och moral genom tiderna, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010, s. 26-28.

⁵ Ref. No. K 3/21. och mål C-824/18 A.B. *m.fl.* (*Nomination des juges à la Cour suprême – Recours*).

⁶ Obminska, Marta, "En ny grundlagsutredning", SvJT 2019, s. 671.

1.2 SYFTE

Uppsatsens syfte är att genom flera steg kunna nå en diskussion och om huruvida grundlagsskyddet, utnämning och självständighet av domare har tillämpats samt ifall det skyddas i Sverige och Polen. Ett av dessa steg är att granska Europeiska unionens fördrag (EUF) mellan EU och unionens medlemsstater som utgör unionens konstitutionella grund. Hur den så kallade primärrätten används i syfte och jämförelse för respektive land. Ytterligare sker en djupdykning i riksdagen och regeringens utredning samt det polska nationella domstolsrådets utlåtanden.⁷

Syftet är att kunna se reella skillnader för domarnas rättigheter i praktiken. Undersökningen sker också i syfte till grundlagsskyddsförändringen och dess utveckling. Frågan är också om domarens oberoende kan komma i kläm och inte kan vara oberoende i den uträkning som domaren har rätt till. Till sist bör det analyseras vilka argument som finns för och emot domarnas utnämningar samt deras oberoende för att slutligen kunna komma fram till en slutsats.

1.3 FRÅGESTÄLLNINGAR

För att besvara frågeställningarna bör det uppmärksammas att uppsatsen anser domarnas oberoende vara en viktig grundläggande del i en demokrati. Uppsatsens frågeställning:

- *På vilket sätt tillämpas grundlagsskyddet i Sverige och Polen?*

Följdfrågor:

- *Hur ser grundlagsskyddet ut när det gäller domarnas oberoende samt utnämning i respektive land?*
- *Vilka indikatorer använder sig EU-kommissionen av för att komma fram till en slutsats som erinrar EU-domstolen om att de skyddsregler som krävs enligt unionsrätten för oavhängighet och opartiskhet när det gäller polska rättssystemet?*

⁷ Mål C-824/18. Europeiska kommissionen mot Republiken Polen, den 5 november 2019.

1.4 AVGRÄNSNINGAR

Domstolsväsendet är den dömande makten med varierande beröringsområden. Författaren avgränsar de punkter som tas upp i EU-domstolen och i EU-utlåtanden. Områden som omfattas i fallstudien är EU-fördraget och det EU-kommissionen har starkast kritik mot dvs. urvalets rätts-system samt EU-domstolens dom. Men avgränsning sker framför allt i det som omfattar domstolarna i allmänhet, med ändamål för att kunna förstå resultaten till övriga frågeställningar. De mest väsentliga delarna är de som berör domarnas utnämning, inskränkning och självständighet.

Författaren har även valt primärmaterial att avgränsa och enbart jämföra domarnas oberoende ställning i två länder. Detta med grund i studiens omfattning och av en tidsram som är relevant för frågan samt primärmaterial publicerat innan lagen träder i kraft. Vidare, för att kunna förstå hur utnämning och inskränkning av lagen fungerat i praktiken. Bakgrunden till valet av jämförelsen mellan Sverige och Polen är att länderna har relativt lika rättsordningar, däremot olika tillvägagångssätt kring utnämning och begränsningar av domarens roll samt deras självständighet. Författarens ambition med uppbyggnad av uppsatsen är att läsaren ska få ökad förståelse. Insikt i det rättsliga framsteget inom området domarens rättigheter. Författaren kommer också att ta upp argument för och emot en eventuell utnämning och begränsning av ordinarie domar från litteratur och avhandlingar inom området samt från statliga utredningar. Detta innebär att ingen allmän medial debatt kommer att kunna undersökas i vidare utsträckning. Fokus kommer att ligga på att uttrycka argument från sakkunniga på området om domarens oberoende och inte om domstolsväsendet i helhet eller den politiska infallsvinkeln.

1.5 TEORI, METOD OCH MATERIAL

Teorin som genomsyrar utförandet är en distinktion mellan synen på folksuveränitetsinriktad resp. makten bakom demokrati. Undersökningen förhåller sig komparativt till rättsstaterna utifrån ett förändringsperspektiv. Studiens analys beskrivs också i vissa delar utifrån ett historiskt och rättskulturellt perspektiv. Därmed skildras både domarens roll och lagens förändring över tid. Rättsutvecklingen äger inte rum i ett tomrum utan dagens gällande rätt är sprungen ur gårdagens rättspolitiska och systematiska val, samtidigt som den är en utgångspunkt för morgondagens reformer.⁸ I granskningen tillämpas främst primärkällor och även utländska avgöranden

⁸ Schelin, Johan, Kritiska perspektiv på rätten, Poseidon Förlag AB, Stockholm, 2017, s. 84.

som till exempel EU-domstolens dom. Tolkning tillämpas i första hand av lagtext utifrån avgöranden, lagkommentarer, förarbeten och viss doktrin.

I denna studie tillämpas en komparativrättslig metod eftersom det föreligger stora skillnader i hur en rättsregel används i olika kontexter. Grundkonstruktionen i komparativrättslig metod är att utröna skillnader och likheter mellan olika länders rättsordningar. Detta kan ske genom att det ordnas likvärdigt material. Även komparationen kan komma att besvara en eller flera bestämda frågeställningar. Komparativ rätt ger författaren möjlig åtgärd att se på den egna rättsordningen med nya synsätt. Det bidrar också till att det granskade ämnet får en särskild utbredning. Därmed framställs en bättre insikt för det egna systemet.⁹ För att kunna metodiskt granska och komma fram till om domarnas rättigheter är starkare i Polen än i Sverige, kommer dessa rättssystem kompareras på området utnämning och grundlagsändring.

För att kunna besvara uppsatsens frågeställningar används en rättsdogmatisk metod. Enligt professor Nils Jareborg är en rättsdogmatisk metod särskild angelägen och prövande, det vill säga kritiskt.¹⁰ Den klassiska rättsdogmatiska metoden uppfyller syftet vid granskning av en rättsregel och gällande rätt.¹¹ I detta fall används en rättsdogmatisk metod för att rättsområdet anses vara oklart och bör klargöras. Konventioner, rättspraxis, lagförarbeten och rättsdogmatisk litteratur tas in för att klargöra det som är avgörande, viktigt och oviktigt, centralt och perifert. Samtidigt kan den rättsanalytiska metoden framställas som en expansion av en fortsättning på den rättsdogmatiska metoden. Det betyder att fastställa gällande rätt kan utgöra ett grundläggande led i den rättsanalytiska metoden.¹² Vilket innebär också att den rättsanalytiska metoden är bredare och obegränsad än den traditionella rättsdogmatiska metoden.¹³ Metoden är inte heller sluten till de traditionella rättskällorna i jämförelse till den rättsdogmatiska metoden. För att underlätta för läsaren görs löpande jämförelser och analyser genom uppsatsen. Uppsatsens kapitel har inte heller separerat i rättsdogmatiska och rättsanalytiska kapitel utan generellt sett är uppsatsens första del mer beskrivande inriktad, medan uppsatsens senare del är mer analytiskt inriktade. Eftersom de beskrivande delarna lägger grunden för analysen och den rättsanalytiska

⁹ Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2. uppl., Elander Gotab, Stockholm : Norstedts juridik, 2003, s. 20-23.

¹⁰ Jareborg, Nils, *"Rättsdogmatik som vetenskap"*, SvJT, 2004 s. 8.

¹¹ Sandgren, Nr 2 2004/05, *"Om teoribildning och rättsvetenskap"* JT 1995, s. 734-735.

¹² Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2018, s. 51.

¹³ Schelin, Johan, *Kritiska perspektiv på rätten*, Poseidon Förlag, [Stockholm], 2018, s. 42.

metoden används i avsikt att besvara uppsatsens tredje frågeställning. De inledande huvudstyckena om den svenska och polska statsrätten syftar till att ge läsaren en bakgrundsbild. Ett perspektiv till vilka teoretiska och praktiska förutsättningar domarna har avseende dess roll i en demokratisk process. Det är en nödvändighet och bör understrykas att arbetet bygger på ett perspektiv om varför Sverige alltid infört ett starkare skydd mot generell begränsning i fråga som berör domarna och domstolarnas självständighet. För att kunna se reella skillnader för domarnas rättigheter i praktiken, bör en rättslig konflikt undersökas i anknytning till EU-domstolens dom mot Polen och även EU-kommissionens förhållande om rättsstatsprincipen för Sverige.¹⁴

2. DOMARE OCH DEMOKRATIN

Avsnittets ändamål är att ge en presentation till den dikotomi som förekommer mellan demokrati, i bemärkelsen politik, och rättsliga organ som inte garanterar oberoende men kan tillåta inskränkning. Denna aspekt bör tas hänsyn till under hela studiens gång. Avvägningen mellan demokrati och om rättsligt oberoende diskuteras utifrån den svenska och polska ordinarie domarens självständighet. När det gäller utgångspunkterna som endast rör den ena staten framgår det uttryckligen, medan resonemangen i skilda fall får anses gälla båda staterna.

2.1 GRUNDLAGSSKYDDET

Demokratiska stater har en grundidé om maktindelning mellan den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten. Det är en god grund för hur inställningar i en demokrati ska fungera. Sverige har liksom de flesta andra länder en skriven författning. I många länder kallas författningen konstitution, i Sverige grundlag. Grundlagarna ska skydda vår demokrati och är därför svårare att ändra än andra lagar. De innehåller regler bl.a. om hur riksdagen och regeringen tillsätts. Sedan länge krävs det två likalydande riksdagsbeslut med ett mellanliggande val vid stiftande av grundlag. Detta krav syftar till att förhindra förhastade ändringar av grundlagen i likhet med Polens grundlagsändring och domstolsreform. Det innebär också att om en grundlagsändring är av betydelse för demokratins funktionssätt, så kan det oroa, ställa till problem

¹⁴ EU-kommissionens rapport om rättsstatsprincipen 2020- *Input to the first annual Rule of Law Report* (Sweden), s. 3.

för Sveriges demokratiska grundvalar. Därför finns det skäl att analysera om formerna för ändring av grundlagen är i behov av förstärkas i syfte att tillförsäkra skyddet för domarnas oberoende och domstolarnas självständighet.¹⁵

Under 2018 offentliggjorde riksdagen att regeringen ska förordna en utredning med uppdrag att se över behovet av att särskilt stärka domstolarnas och domarnas oberoende långsiktigt.¹⁶ Därför finns det behov av en internationell jämförelse av regler om ändring av grundlag. Ett brett parlamentariskt stöd för grundlagsändringar har främjat till att skapa en stark representativ legitimitet för det allmännas maktutövningens villkor. Tillämpning har inte någon utpräglad förankring i den svenska grundlagen enligt 8 kap. 16 § RF. Men möjligheten för en riksdagsmajoritet att avgöra, bör folkomröstning hållas om ett grundlagsförslag har bedömts ha ett samförståndsskapande resultat (se prop. 2009/10:80 s. 99). I ett demokratiskt samhälle är ett oberoende domstolväsende en grundläggande del. Det är viktigt att domstolarna är oberoende och att allmänheten känner förtroende för det allmänna. Det ska inte finnas någon osäkerhet som politisk påverkan.¹⁷

I en tidigare utredning från 2011 framgår att förslag har lämnats till en lag om domstolar och domare för att överväga vilka regler som ska ingå i en sådan lag. Vidare har utredningen haft i uppdrag att utföra en översyn av de förekommande domaranställningarna och chefsstrukturen i de allmänna domstolslagarna. Den nya lagen om domstolar och domare och övriga lagändringar föreslogs att träda i kraft den 1 januari 2012. Det finns inte heller några yttrande från Lagrådet än så länge eftersom regeringens utredning fortfarande är pågående fram till 2023.¹⁸ Det har inte heller skett någon huvudsaklig översyn av strukturerna för ändring av grundlagen sedan regeringsformens tillkomst. Översynen som skedde inom grundlagsutredningen under dåvarande period var begränsad till reglerna om folkomröstning om vilande grundlagsförslag. I tidigare grundlagsutredning gjordes bedömningen att det inte fanns anledning att göra någon principiell förändring av denna reglering.¹⁹

¹⁵ EU-kommissionens rapport om rättsstatsprincipen 2020- *Input to the first annual Rule of Law Report* (Sweden), s. 3.

¹⁶ Ibid, s. 6.

¹⁷ Dir. 2020:11. *Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende*, Justitiedepartementet, Stockholm, s.5.

¹⁸ SOU 2011:42. *En reformerad domstolslagstiftning*, Justitiedepartementet, s. 98.

¹⁹ Dir. 2020:11. *Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende*, Justitiedepartementet, Stockholm, s. 3.

Riksdagen har bestämt sig för att agera handlingskraftigt. Under (betänkande 2017/18:KU36) våren 2018 antogs konstitutionsutskottets förslag av riksdagen i frågan om domstolarnas oberoende och rättskipningens självständighet.²⁰ Konstitutionsutskottets yttrande i 2011 års grundlagsreform utfördes med omfattande politisk enighet, att domarnas och domstolarnas oberoende och ställning har styrkts gradvis i Sverige.²¹ Utskottet konstaterade också att i dag i Sverige anses domstolarnas och domarnas ställning i det konstitutionella systemet och domstolsväsendets oberoende fungera väl. Däremot mot bakgrund av utvecklingen som sker i delar av Europa, kan det finnas anledning långsiktigt att ytterligare stärka domstolarnas och domarnas oberoende. Detta medförde att riksdagen tillkännagav att regeringen tillsatte en utredning med uppdrag att se över behovet av att särskild stärka domstolarnas och domarnas oberoende långsiktigt. Framför allt i fråga om grundlagsreglering av justitierådets antal och pensionsålder. Det är också en möjlighet för de högsta domstolarna att sammanträda i särskilt sammansättning och när det gäller Domstolsverkets styrning, organisation och roll. Regeringen hade i sitt (73-punktsprogram som sista punkt – ”*Stärk skyddet för demokratin*”. Med avisering om att ”*under mandatperioden ska en parlamentarisk översyn göras för att stärka grundskyddet för de demokratiska strukturerna samt domstolarnas och public services oberoende*”. Utredningen pågår ännu i skrivande stund och beräknas redovisas senast den 15 februari 2023.²²

Första steget i denna undersökning var att se över grundlagsskyddet i både länderna med avsikt att stärka grundskyddet för de demokratiska strukturerna. Polen har dragits inför EU-domstolen vid flera tillfällen i frågan om fördragsbrott – Artikel 19.1 andra stycket FEU – Rättsstatsprincipen – Effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten.²³ Polen har också Ungern på sin sida mot EU-kommissionen och EU-domstolen i fallet om fördragsbrott. Men även Ungerns sammansättning av domstolarna har ändrats sedan tidigare. Ett exempel på grundlagsändringar kan vara Ungerns Högsta domstol som upplöstes via grundlagsändringar som bestämdes enligt de formella reglerna, i lag utformades en ny högsta instans, ”Curian”. Därmed saknade ordföranden i Högsta domstolen behörighet att fortsätta i den rollen. Men även Ungern fälldes 2016 av Europakonventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) för kränkning av tidigare ordförandens yttrandefrihet. Europadomstolen bedömde att ordföranden hade skiljts från sitt uppdrag med anledning av att han uttalat kritik mot regeringen. Det innebär att

²⁰ 2017/18:KU36. Konstitutionsutskottets betänkande, s. 88.

²¹ 2010/11:KU4. Konstitutionsutskottets betänkande, *En reformerad grundlag*, s.2.

²² Dir. 2020:11. *Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende*, Kommittédirektiv, s. 3.

²³ Mål C-192/18. Europeiska kommissionen mot Republiken Polen, den 5 november 2019.

hans rätt och förfogande till domstolen har upphört. Eftersom han hindrades från rätten att klaga till domstol (Baka mot Ungern). Därför finns det skäl att vara orolig för och att försöka förhindra att det sker en liknande utveckling också i Sverige. En utveckling som innebär att de fria värdena i vår demokrati undergrävs.²⁴

2.2 INTRODUKTION AV RÄTTSTATERNA

I både Europa och i närområdet utanför Europa undermineras rättsväsendet. Tusentals domare, advokater och åklagare har blivit av med sina arbeten och fängslats efter reformer av rättsväsendet, militärkuppöversök och revolution. För en del fall tar det lång tid att få klagomål prövade i Europadomstolen. Eftersom det krävs att klagandena till att börja med har tömt alla en nationella instanserna för att få klagomål prövade i Europadomstolen.²⁵

Sverige är ett av Europas äldsta ännu bestående länder, Sverige har funnits som eget rike sedan år 1000 och har nästan alltid varit självständigt. I jämförelse med Polen som länge var under stort inflytande av Sovjetunionen med en sovjetisering som drivande kraft, något annat lands rättsordning har aldrig införts i Sverige. Sverige har också präglats av ett internationellt perspektiv och i rättsligt hänseende av en påtaglig historisk kontinuitet. Däremot har Polen varit en del av ett mönster som känns igen från övriga Östeuropa. Förda av styrda val via förenade arbetarpartiet till makten, sovjetideologin, sovjetkulturen och en sovjetliknande konstitution drevs igenom. I jämförelse med Polen har Sverige aldrig varit ockuperat av någon främmande makt. Sverige kännetecknas i internationellt perspektiv fortfarande av en betydande språklig och kulturell homogenitet. Det har aldrig varit aktuellt att vare sig mer eller mindre överta något annat lands system.²⁶ Landet har en mycket gammal tradition och har också en skriven konstitution som delvis kan dateras ända tillbaka på vissa landskapslagar samt landslagens konungabalk.

För att kunna teckna en översiktlig bild av dagsläget, bör man blicka tillbaka till Sovjetunionens upplösning och de totalitära kommunistregimernas fall. Resultatet av den ledande politiska händelsekedjan efter andra världskriget skapar gynnsammare förutsättningar för sovringen av

²⁴ BAKA v. HUNGARY, 23 June 2016, s. 73.

²⁵ Jäderblom, Helena, *Domstolarnas och domarnas oberoende i populisttider*, Advokaten - Nr 1 2020 Årgång 86.

²⁶ Bernitz, Ulf, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Fjortonde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 20-21.

fakta. Polen precis som Sverige har inriktat sig på att omvandlas till demokratisk rättsstat men i närtid. Båda länderna är medlemmar i EU med krav på demokrati och mänskliga rättigheter som är av vikt i en rättsstat. Författningskultur avser också en viss mera fast nationell karakteristik och att de historiska traditionerna övergår till att vara av betydelse. En annan likhet med Polen och Sverige är att båda staterna har nationella traditioner som sträcker sig långt tillbaka till föregångna storhetsepoker.²⁷

2.3 FÖRÄNDRINGSPROCESSEN

Förändringar i det politiska klimatet är dock inte den enda faktor som påverkar den konstitutionella rätten eller rättsstatsprincipen. Snabbare teknisk utveckling utmanar också lagstiftarens förmåga att hålla jämna steg med nya risker, möjligheter och förändrade förutsättningar för samhällslivet. Därmed får domstolarna och domarna i den konstitutionella delen hantera frågan genom dess grundläggande rättigheter och principer. Effekten blir att politiken till dess har hunnit i kapp och etablerat anpassade och detaljerade regelverk.²⁸ Ett exempel på nya risker och förändrade förutsättningar för samhällslivet kan vara säkerhetsskydd. Säkerhetsskyddet avser skydd av säkerhetskänslig sysselsättning mot spioneri, terroristbrott sabotage, och andra brott som kan hota lagstiftningen. Det innebär att Statens ansvarsnämnd kan utreda domare i frågor om brott i utövning av befattningen av en förvaltningsmyndighet. Det kan fungera som ett skydd av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Det framgår också i sammanfattningen av departementspromemorian säkerhetsprövning av domare (*Ds 2019:26*) att det trädde i kraft en ny säkerhetsskyddslag (2018:585) och en ny säkerhetsskyddsförordning (2018:658) den 1 april 2019. Säkerhetsskyddslagen avser för att domstolarna utövar säkerhetskänslig verksamhet. Den som genom anställning eller på något annat sätt ska delta i sådan verksamhet ska säkerhetsprövas. Det kan vara aktuellt med säkerhetsprövning av domare enligt den tidigare säkerhetsskyddslagen.²⁹

Polen i likhet med Sverige har infört en reform som avser utnämning av domare men samtidigt skiljer det sig i författningssättet.³⁰ Polen har den mest detaljerade författningen, mycket längre

²⁷ Mellbourn, Anders (red.), *Författningskulturer: konstitutioner och politiska system i Europa, USA och Asien*, Sekel, Lund, 2009, s. 123-125.

²⁸ Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus, *Konstitutionell rätt*, MTM, Malmö, 2020, s.28.

²⁹ *Ds 2019:26. Säkerhetsprövning av domare*, Justitiedepartementet, s. 7.

³⁰ Ref. No. K 3/21. *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, trybunal.gov.

än till exempel sina grannländer Ungerns och Tjeckien precis som grannländerna betonar i ingressen de nationella traditionerna och erinrar om de bästa traditionerna från tidigare republiker.³¹

3. DÖMANDE MAKTEN

3.1 SVENSK KONSTITUTIONELL RÄTT

En fråga som har diskuterats i en doktrin alltför många gånger är, om Sverige är en rättsstat trots att begreppet i helhet är svårtolkat. Sverige var en rättsstat innan landet blev en demokrati med grund i *Magnus Erikssons landslagar* som kom till på 1350-talet. Landet har varit oberoende av förändringsprocessen och reformen kring författningarna. Sverige har även en makt-delning och nedskrivna lag av särskild angelägenhet som inte kan ändras under alla förhållanden. Idag är inte Sverige bara en rättsstat utan har varit det under lång tid. Svårigheten kan bero på att det är en politisk och inte en teknisk utmaning att rättsstaten har svårt att få ordentligt fäste överhuvudtaget.

Sverige deltog inte heller i andra världskriget på samma sätt som större delen av Europa. Detta ledde till att en stor del av de nya idéerna om enskilda rättigheter inte uppmärksammades på samma sätt som i resten av Europa. Den konstitutionella rätten är verksam och följer med samhällsutvecklingen och den avspeglar inte alltid den betungade konstitutionen. Till skillnad från Polen har Sverige ur ett historiskt perspektiv varit jämförelsevis homogent och haft en harmonisk utveckling. Men Sveriges anslutning till EU och Europakonventionen har resulterat i en mer omfattande debatt avseende domarens roll.³² I dag i Sverige anses domstolsväsendets oberoende fungera väl i frågan om domarnas ställning i det konstitutionella systemet till skillnad från Polen. Åtgärder för att begränsa de högsta domstolarnas och den centrala domstolsadministrationens oberoende har emellertid aktualiserats i delar av Europa under senare tid.³³

Den konstitutionella rätten i Sverige under stora delar av 1900-talet, var inte en särskild integrerad del av rättsordningen. Konstitutionell rätt tillämpas sällan i rättspraxis och var inte ämne för någon framstående debatt inom rättsvetenskapen. Framför allt skedde centrala grundlagsre-

³¹ Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus, Konstitutionell rätt, MTM, Malmö, 2020, s.28.

³² Sannerholm, Richard, Rättsstaten Sverige: skandaler, kriser, politik, Timbro förlag, [Stockholm], 2020, s. 53.

³³ Dir. 2020:11. Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende, Kommittédirektiv, s. 5.

former i avsikt att inte låta den skrivna rätten halka efter, vad som i praktiken redan skett. Däremot när människorna i både Polen och Sverige inte kan enas om sakfrågorna i samhället och flera områden blir föremål för politiska strider. Därför blir de konstitutionella spelreglerna av större vikt. Detta kan också bidra till att klargöra rätten med tiden. Vidare har konstitutionell rätt kommit att landa i centrum av viktiga samhällsfrågor och juridisk diskussion.³⁴ Till exempel innebär domstolarnas konstitutionella roll att deras oberoende är av centralt intresse. Det ges ofta uttryck åt grundläggande värden som att rättsstaten är oberoende av att domstolarna och domarna isoleras från politiska och privat intressen. Men innebörden av domstolarnas och domarnas oberoende är långt ifrån tydlig. Kärnan är att den dömandes uppgift kan vara oberoende av den lagstiftande och verkställande makten. Värden som rättsstaten yrkar på är judiciellt oberoende, till exempel avses att domstolar och domarna vid avgörande av enskilda mål, enbart ska beakta rättskällorna och inte de politiska aktörernas önskemål. Därmed är oberoendet lämpat för att säkra allmänhetens förtroende för domstolarnas och att skydda enskilda människor genom rättstillämpningen, vilken är förutsägbar och rättssäker.³⁵

Tiderna ändras och det har blivit tydligare att det rättsliga området i Polen och framför allt i Sverige har förändrats under de senaste decennierna. En så kallade judikalisering av samhällsfrågorna har skett och det brukar främst vara europeiseringen som påpekas. Oavsett om det är nationellt eller om det beror på europeiseringen behöver makten fortfarande en symbol och om domarna i betydande utsträckning medverkar i det offentliga livet. Allmänheten kan därav få bättre förtroende för domarrollen. Auktoriteten kan uppnås genom en övertygande argumentering, genom ärlighet och uppriktighet. Det handlar särskilt om förtroende och domarmaktens legitimitet i det förändrade samhället. Frågan är om samhällsförändringarna och den lagstiftande makten kan riskera att försvaga legitimiteten i domarmakten.³⁶

3.2 UTNÄMNING AV DOMARE I SVERIGE

Andra steget i denna undersökning är att ge en inblick i domarens roll och dess utnämning ur en historisk aspekt genom respektive lands konstitutionella rätt. För att få bättre förståelse och svar på andra frågan i undersökningen om grundlagsskyddet, när det gäller utnämning av domare i Sverige, är det viktigt att förstå den skandinaviska rättsfamiljen. Till skillnad från Sverige

³⁴ Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus, Konstitutionell rätt, MTM, Malmö, 2020, s.27.

³⁵ Ibid, s567-568.

³⁶ Mattsson, Dag, *Domarnas makt — domarrollen i ett nytt rättsligt landskap*, SvJT, 2014, s. 589.

tillämpas i Danmark, Norge och Finland ett förfarande där domarutnämningar förekommer av en beredning inom ministeriet. På senare år har dessa länder reformerat utnämningssystemet. Grunderna bakom reformerna har varit att skapa en ökad legitimitet och öppenhet. Även att öka kvalifikationerna för en god domarrekrutering. Danmark bereder Dommerutnämningserådet, ansökningarna och rekommenderar en kandidat för regeringen. Vidare kan danska regeringen utnämna någon annan sökande efter att ha anmält frågan till Folketingets retsutvalg. I Norge bereds ansökningarna av Inställningsrådet för domherre som lämnar ett förslag på tre rangordnade kandidater till regeringen. Regeringen är inte bunden av förslaget. I Finland skiljer man mellan ansökningstjänster och anmälningstjänster. Alla anställningar utom de som ledamot och president i de två högsta domstolarna är ansökningstjänster. Ansökningstjänster förklaras lediga och bereds i Domarförslagsnämnd.³⁷

Genom att svara på frågan om vilka indikationer EU-kommissionen använder sig av för att komma fram till den slutsats som erinrar EU-domstolen om att de skyddsregler som krävs enligt unionsrätten bör Sveriges oavhängighet och opartiskhet ses över. Sverige anslöt sig till EU den 1 januari 1995. Det betyder att lagen (1994:1500) trädde i kraft med anledning av Sveriges anslutning till EU. Unionsrätten införlivas genom lagen i svensk rätt. Det betyder också att samarbetet i EU regleras genom ett antal fördrag som har antagits och ändrats i den mån som samarbetet har utvecklats. Det framgår av rekommendationerna från europarådet att utnämning av domare bör vara oberoende från regeringen och förvaltningen.³⁸

Utnämningssystemet sker i Sverige via regeringen. Det är också ett ådagaläggande av att regeringen styr riket. Enligt propositionen *En reformerad grundlag (prop. 2009/10:80)* föreslås att regeringen i fortsättningen ska utnämna ordinarie domare. Men den 1 januari 2011 trädde Lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare (utlämningslagen) i kraft.³⁹ Lagen införde ett offentligt ansökningssystem för alla ärenden om utnämning av ordinarie domare. I samband med detta inrättades även Domarnämnden som tar fram beslutsunderlag till alla ärenden om utnämning av ordinarie domare inför regeringens beslut. Detta gäller också de uppgifter som berör rekrytering av ordinarie domare. Det framgår i 2 § Lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare att ärenden om utnämning av ordinarie domare ska beredas i en statlig nämnd

³⁷ Ds 2011:26. *Domarnomineringar till internationella domstolar*. Justitiedepartementet, s.66.

³⁸ Sannerholm, Richard, *Rättsstaten Sverige: skandaler, kriser, politik*, Timbro förlag, [Stockholm], 2020, s.74.

³⁹ Prop. 2009/10:80. *En reformerad grundlag*, s. 136.

(Domarnämnden). Även förslag från Domarnämnden ska lämnas till regeringen i ärenden om utnämning av ordinarie domare med stöd av 3 §. Nämnden ska bedriva ett aktivt arbete som framtidsmål för att underlätta rekryteringen av ordinarie domare. I enlighet med nuvarande praxis utnämns de allra flesta ordinarie domare i Sverige efter ett ansökningsförfarande. Där de som är intresserade skickar in skriftliga sina ansökningar och domstolen som är i behov av en ordinarie domare anmäler det till Domstolsverket som i sin tur informerar om den lediga anställningen. En statlig nämnd, Domarnämnden, bereder ansökningarna. Domarnämnden har tagit fram en kravprofil för anställning som obefordrad domare och en kravprofil för anställning som chef.⁴⁰ En säkerhet för självständigheten i dömandet är att det föreligger befogad grund till att ordinarie domare inte ska kunna skiljas från sin anställning. Det är också viktigt att domarna inte heller på annat sätt kan bli utsatt för påtryckningar eller repressalier i samband med anställningen. När det gäller fråga om domares disciplinansvar och skiljande från anställningen är grund och centralt för domstolarnas oberoende.⁴¹

Vid regeringssammanträdet den 27 oktober 2016 (dir. 2016:89) beslutades ett uppdrag för ett direktiv som har varit att se över rekryteringen av ordinarie domare i syfte att säkerställa alla domstolar i hela landet.⁴² Syftet med utredningens uppgift är inte endast att se över rekryteringen av ordinarie domare utan också i framtiden kunna ha möjligheten att rekrytera domare som tillhör de allra skickligaste och för yrket mest lämpade juristerna.

Uppdraget omfattar kartläggning av rekryteringsläget och övervägande om den särskilda domarutbildningen. Det ska också förändras med extern adjunktion i hovrätt och kammarrätt. Vidare har det ingått i uppdraget att kartlägga och analysera om benägenheten att söka domaranställningar. Vilket påverkas av öppenheten i ansökningsförfarandet, om det bedöms vara fallet, bör det i så fall införas sekretess. Det är ett tillvägagångssätt att kunna förbättra rekryteringsförfarandet. I uppdraget har det ingått att pröva andra åtgärder för att främja rekryteringen av domare. Det har varit en del att överväga hur Domarnämndens och Domstolsverkets roller och funktioner i rekryteringsarbetet kan förtydligas och bli mer omfattande.⁴³ Det framgår också i 11 kap. 9 § regeringsformen (RF) att regeringen utser tjänster vid domstol eller vid en förvaltningsmyndighet som lyder under regeringen eller via den myndighet som regeringen bestämmer.

⁴⁰ Prop. 2009/10:181. *Utnämning av ordinarie domare*, s. 1.

⁴¹ *Ibid*, s. 137.

⁴² Dir. 2016:89. *Rekryteringen av ordinarie domare*, Kommittédirektiv, S. 2.

⁴³ SOU 2017:85. *Betänkande av Domarrekruteringsutredningen*, Stockholm 2017, s.19

3.3 DOMARE I SVERIGE

Legitimitet är inte en fråga bara om förtroende utan det är en grundval och given omständighet för all maktutövning och därför måste offentlig makt accepteras av samhället. Hur kan den oundvikliga gemensamma legitimiteten ska uppnås kan diskuteras.⁴⁴

I likhet med Polen har domare i Sverige en konstitutionell särställning och åtnjuter ett särskilt skydd genom fullmaktsanställning. Många domare i Sveriges domstolar har inte samma konstitutionella skydd som ordinarie fullmaktsanställda domare. Men de ska fortfarande vara oberoende och självständiga i sitt dömande. Särskilda ledamöter och nämndemän anses också vara domare. En stor del av domarna vid domstolarna är inte fullmaktsanställda och utgörs av assessorer, fiskaler eller tf. rådmän. På samma sätt notarier, beredningsjurister och föredragande jurister kan också få behörighet att döma i enklare mål på egen behörighet. När det handlar om reglerna om jäv gäller detsamma för all dömande personal inklusive nämndemännen.⁴⁵ Ordinarie domare, allmänna åklagare eller kronofogdar får inte antas till ledamöter. Detsamma gäller den som annars är anställd hos någon annan än hos en advokat, om inte advokatsamfundets styrelse medger undantag.⁴⁶ Domare har avsevärda djupa rättsliga överväganden. Svenska juristutbildningen har varit domarinriktad i alltför hög grad.

I mitten av 1900-talet tillsattes särskilda domarutredningar om domarkarriär inom både allmänna domstolarna och inom de allmänna förvaltningsdomstolarna.⁴⁷ Dessa båda domarkarriärer var slutna, därmed utnämndes ordinarie domare bland dem som redan hade tjänstgjort inom respektive domstolsslåg. I några av dessa betänkanden berörs frågan om offentlighet vid utnämning av ordinarie domare. Dessa överväganden är de som har legat till grund för utvecklingen fram till den ordning som avses än i dag. Det finns ett flertal utredningar med utförliga redogörelser. Det framgår i regeringens *proposition (2009/10:181)* att samtliga anställningar som ordinarie domare ska kunna sökas av dem som är intresserade. Yrkandet gäller att det s.k. kallelseförfarandet för de högsta domaranställningarna upphävs. Vidare beskrivs det att alla

⁴⁴ Wersäll, Fredrik, "Domartjänster, Några tankar med anledning av Domarlagsutredningens betänkande" SvJT, s. 50-55.

⁴⁵ SOU 2020:40. *En gemensam utbildning inom statsförvaltningen*, Finansdepartementet, s. 75.

⁴⁶ Prop. 2007/08:113. *Rekrytering av domare*, Bilaga4, s.50.

⁴⁷ 2000/01:11. *Författningsfrågor*, Konstitutionsutskottets, s. 87.

ärenden om anställning av ordinarie domare ska utredas i en fristående statlig nämnd samtliga dvs. Domarnämnden.⁴⁸

Domarnas självständighet, opartiskhet och domstolarnas ställning knyter samman organisationen av den offentliga makten, rättighetsskyddet samt konstitutionen. Följande utveckling stöds även av internationaliseringen av rätten. Däremot har internationella konventioner och akters starkare ställning medfört begränsningar i riksdagens lagstiftningsmakt och möjliggjort ett vidare tolkningsutrymme för domstolarna. Ändamålet med ändringarna i regeringsformen och domarnas oberoende har varit delvis att tydliggöra den konstitutionella ställningen. Även bestämmelserna om rättskipning och förvaltning har fördelats i olika kapitel. Utgångspunkten har varit att klargöra domstolarnas och domarnas oberoende och opartiska ställning. Det innebär att Sverige inrättar sig i en mer traditionell syn på maktindelningen i samhället med domstolarna som den tredje statsmakten ur ett teologiskt perspektiv.⁴⁹

3.4 POLSK KONSTITUTIONELL RÄTT

Den 2 april 1997 antogs Republiken Polens konstitution av nationalförsamlingen. En författning upprättas för Republiken Polen som statens grundlag, som är baserad på respekt för frihet och rättvisa, samarbete mellan offentliga makter och social dialog. Konstitutionen är statens grundpelare, vilket antogs av nationalförsamlingen den 2 april 1997 strax efter det kommunistiska styret. Redan i konstitutionens inledning anges vikten av suveränitet och demokrati ” *Med hänsyn till vårt hemlands existens och framtid, som 1989 återfann möjligheten till en suverän och demokratisk bestämning av sitt öde*”. Även på principen om att stärka medborgarnas rättigheter i samhällen. Den lagstiftande makten i Republiken Polen ska utövas av Sejmen och senaten. Sejmen ska utöva kontroll över ministerrådets verksamhet inom den omfattning som anges i bestämmelserna i konstitutionen och stadgarna. Valen till Sejmen är universella, lika, direkta och proportionella och bör verkställas genom sluten omröstning. Sejmen har 460 ledamöter som utses i allmänna val vart fjärde år enligt artikel 96-98 i polska konstitutionen. Senaten består också av 100 senatorer och val till senaten sker på samma sätt som till Sejmen.⁵⁰

⁴⁸ Mellbourn, Anders (red.), *Författningskulturer: konstitutioner och politiska system i Europa, USA och Asien*, Sekel, Lund, 2009, s. 127.

⁴⁹ Wersäll, Fredrik, ”*Domartjänster- Av hovrättspresidenten*”, SvJT, 2012, s.51.

⁵⁰ Trybunal.gov.

Sedan år 1993 är det krav på att partierna måste få minst fem procent av rösterna för att få ta plats i Sejmen. Med undantag för partier som representerar minoritetsgrupper. Därefter väljs presidenten för fem år och kan sitta i högst två mandatperioder. Till presidentens befogenheter hör att föreslå en premiärminister, som är ansvarig inför Sejmen.⁵¹

Den fungerande parlamentariska och liberala demokratin bygger på olika delar eller instrument. En av grundbultarna i konstitutionen är maktfördelningen mellan den lagstiftande, den dömande makten och den verkställande. Bland de fundamentala kännetecknen för ett auktoritärt samhällssystem och en diktatur är att denna maktindelning är upphävd. En konstitutionsdomstol kan vara en av de delarna med uppgift inom ramen för ett demokratiskt samhälle. Konstitutionsdomstolens uppgift är att skydda landets grundlagar som inrättas av parlamentet och som inte strider mot grundlagen.⁵² Enligt artikel 173 i konstitutionen, domstolarna och nämnderna ska utgöra en separat makt och de ska vara oberoende av andra maktgrenar.

Det framgår i polska konstitutionens kapitel 3 i avsnittet rättskällor, att källorna till allmänt bindande lag i Republiken Polen ska vara: konstitutionen, stadgar, ratificerade internationella överenskommelser och förordningar i enlighet med artikel 87. Även antaganden av lokala lagar utfärdade av en organisations verksamhet ska vara en källa till allmänna bindande lagar för Republiken Polen, dvs. territoriet för det den organisation som utfärdar sådana lagar. Enligt artikel 88 Prejudikatvillkoret bör utfärdandet av stadgar, förordningar och antaganden av lokal lag för att det ska träda i kraft. Därav ska principerna för tillvägagångssätten av normativa akter specificeras i lag. Det innebär också att internationella överenskommelser som ratificerats med förhandssamtycke som beviljats genom lag ska kungöras i enlighet med de förfaranden som krävs för stadgar. Med stöd av Artikel 89 i konstitutionen ska principerna för offentliggörande av andra internationella överenskommelser anges i lag. Ratificering av ett internationellt avtal av Republiken Polen, såväl som uppsägning krävs ett förhandsgodkännande som beviljats genom lag. Ett annat förtydligande finns i ett tidigare fall från 2004 via författningsdomstolen, långt innan reformen. Domare är den enda yrkeskategori som ges uttrycklig författningsreglering i kapitel VIII artikel 178.2 i konstitutionen, vars mål är att skapa äkta och lämpliga grunder och garantier för korrekt fullgörande av deras rättsliga prövningar och funktion. Det är grundläggande i en demokratisk rättsstat.⁵³

⁵¹ Johnsson, Peter, Polen! Quo vadis?: om Polen i dagens Europa, Scandbook, Falun, 2017, s. 3.

⁵² Ibid, s. 85.

⁵³ K 12/03. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego, *Författningsdomstolen*, den 18 februari 2004.

3.5 UTNÄMNING AV DOMARE I POLEN

En utveckling mot ett fritt demokratiskt samhälle påbörjades i Polen efter kalla kriget slut som även markerade slutet på det kommunistiska styret i Östeuropa. Händelseutvecklingen i Östeuropa sedan år 1989 blev genombrottet för början av ett västligt demokratiskt system även för Östeuropa. Det etablerade samhällsskiktet i östblocket styrdes från medlemmarna i de kommunistiska partierna. Enligt en uppskattning var åtta till tio procent av befolkningen partimedlemmar. Detta formade en mindre del av partimedlemmarna i det kommunistiska samhällets. Partieliten var skyddad av enpartisystemet och stod i praktiken över lagar och regler. Eliten bestod av högre statstjänstemän och domare. Men eliten utgjorde en privilegierad grupp med exempelvis tillgång till vård vid särskilda sjukhus och förtur till lägenheter. Lojala partifunktionärer skrev skönmålande rapporter och domare behövde aldrig skärpa sina argument eller analyser i någon debatt med meningsmotståndare.⁵⁴

Det framgår i Artikel 178 i den polska konstitutionen att domare ska, inom utövandet av sina ämbeten, vara oberoende och endast underkastade grundlagen och stadgarna. Domare ska ges lämpliga arbetsvillkor och en ersättning som överensstämmer med värdigheten i deras uppdrag och omfattningen av deras uppdrag. En domare får inte tillhöra ett politiskt parti, en fackförening eller utföra offentlig verksamhet som är oförenlig med principerna om domstolarnas och domarnas oberoende. I enlighet med artikel 179 ska domare utses på obestämd tid av republikens president på förslag av det nationella rådet för rättsväsendet. Domare ska inte kunna avlägsnas. Återkallelse av en domare från ämbetet, avstängning från ämbetet, avsättning till annan tjänst mot dennes vilja får endast ske med stöd av en domstolsdom och endast i de fall som föreskrivs i lag. En domare kan pensioneras till följd av sjukdom eller handikapp som hindrar honom från att fullgöra sina uppgifter. Förfarandet för att detta ska ske och på att överklaga ett sådant beslut ska anges i lag. En lag ska fastställa en åldersgräns över vilken en domare ska gå i pension.

Om det har skett en omorganisation av domstolsväsendet eller förändringar av gränserna för domstolsdistrikt, kan en domare förordas till en annan domstol eller avgå med bibehållande av sin fulla lön enligt artikel 180. Även i artikel 181 framgår det att en domare inte får hållas straffrättsligt ansvarig eller berövas friheten, utan föregående medgivande från en domstol som

⁵⁴ Kopecký, Petr & Mudde, Cas (red.), *Uncivil society? contentious politics in post-communist Europe*, Routledge, London, 2003, s. 12.

anges i lag. En domare får varken häktas eller anhållas, utom ifall då hen har gripits för att ha begått ett brott och där hens häktning är nödvändig för att säkerställa rättegången. Ordföranden för den behöriga lokala domstolen ska omedelbart underrättas om ett sådant kvarhållande och kan beordra en omedelbar frigivning av den fängslade personen.

Författningsdomstolen ska också bestå av 15 domare som väljs individuellt av Sejmen för en mandatperiod på 9 år bland personer som utmärks av sin kunskap om lagen enligt Artikel 194. Ingen person får väljas för mer än en mandatperiod. Presidenten och vicepresidenten för författningsdomstolen ska utses av republikens president bland kandidater som föreslagits av generalförsamlingen för domarna vid författningsdomstolen. Enligt artikel 179 i Republiken Polens konstitution, på begäran av det nationella rådet för rättsväsendet utses domare av Republiken Polens president, på obestämd tid. Därför är det viktigt att det redan står i konstitutionen vad som gäller för domare i det polska rättssystemet. Till exempel att domare kan inte heller avsättas enligt artikel 180.1 till 180.5 i den polska konstitutionen. Det gäller även avstängning från ämbetet, inlämningen av en domare ex officio och omplacering till en annan plats. Om det en befattning mot sin vilja får den tillfogas med stöd av domstolsbeslut och i de fall som anges i relevant lag. Domare kan vara pensionerade på grund av sjukdom som hindrar dem från att utöva sitt ämbete. Förfarandet att överklaga till domstolen anges i detalj i relevant lag och lagen kan också definiera åldersgränsen, vilka domare som ska pensioneras.

3.6 DOMARE I POLEN

I frågan om rättsväsendet, separationen från den lagstiftande och verkställande makten förstärks det ytterligare genom att uttryckligen hänvisa till principen om rättsväsendets oberoende med stöd av artikel 173. Enligt artikel 173 ska domstolarna och domarna utgöra en separat makt och de ska vara oberoende av andra maktgrenar. Rättsväsendet är uppdelat enligt grundlagen i domstolar och tribunaler i överensstämmelse med artikel 10.2. Den förstnämnda består av Högsta domstolen (SC), allmänna domstolar, förvaltningsdomstolar (inklusive Högsta förvaltningsdomstolen Domstol (SAC)) och militärdomstolar (artikel 175), medan den senare omfattar Constitutional Tribunal (CT) och Tribunal of State. Om inte det åläggs i stadgarna tillkommer de allmänna domstolarna den uteblivna jurisdiktionen med stöd av Artikel 177. Frågorna relaterade till organisationsstrukturen, jurisdiktion och förfarandet inför domstolar och domarna anges i stadgar.

Presidenten utser formellt allmänna domare utifrån förslag av Domstolsväsendets riksråd (Krajowa Rada Sadownictwa). Rådet består av 25 ledamöter. Det är medlemmar som är ordförande i landets Högsta domstol och ordförande i förvaltningsdomstolen. Innan en reform genomfördes i början av 2017 valde Sejmen fyra ledamöter, senaten två och presidenten respektive justitieministern en vardera. Övriga 15 ledamöter utsågs av landets domstolar på olika nivåer. Representanterna bestäms av polska jurister via majoritet i rådet. Efter reformen ska samtliga KRS-ledamöter, med undantag för ordförande i landets Högsta domstol och ordförande i förvaltningsdomstolen i fortsättningen ska utnännas av de 15 ledamöter som tidigare utsågs av landets jurister numera utses av Sejmen. Nästa lagändring antogs av parlamentet i april respektive juli 2018. Det var en fråga om Högsta domstolen (Sad Najwyzszy, HD). Ändringarna innebar att antalet ledamöter utökas från 93 till 120 ledamöter. Pensionsåldern för domare sänks från 70 år till 65 år. Detta medförde att 27 domare tvingades lämna domstolen. Ändringarna innebar också att presidenten på förslag från justitieministern beslutar om HD:s regelverk ska bestämmas och inte som tidigare generalförsamlingen. HD får även två nya kammare, en med uppgift att övervaka hur andra jurister, inklusive advokater, agerar.⁵⁵

Det framgår i den polska konstitutionen att chef över förvaltningsdomstolen och andra förvaltningsdomstolar ska i den omfattning som anges i lag, utöva kontroll över den offentliga förvaltningens utförande i enlighet med Artikel 184. Sådan kontroll ska också omfatta bedömningar av överensstämmelse med stadgarna för beslut av organisation för lokalt självstyre och normativa handlingar från territoriella organisationer för statlig förvaltning. Chef över förvaltningsdomstolen (*Chief Administrative Court*) ska utses av republikens president för en mandatperiod på sex år bland kandidater som föreslagits av generalförsamlingen för domarna i enlighet med Artikel 185. Det framgår även i Artikel 186 att rättsväsendets nationella råd ska värna om domstolarnas och domarnas oberoende. Rättsväsendets nationella råd kan göra en ansökan till förvaltningsdomstolen om normativa akters överensstämmelse med grundlagen i den mån de avser domstolars och domares oberoende enligt Artikel 187.

⁵⁵ Johnsson, Peter, Lag och rättvisa ödesfråga för Polen, Utrikespolitiska institutet, Stockholm, 2018, s. 18.

4. TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

4.1 REFORM AV FÖRFATTNINGSDOMSTOLEN

Trybunał Konstytucyjny (CT: Constitutional Tribunal) är författningsdomstol i Polen. Författningsdomstolen i Polen har till uppgift att vaka över lagstiftningen och följer Polens grundlagen genom att granska nya lagar. Motsvarigheten till författningsdomstol i Sverige är Lagrådet och ledamöter från Högsta domstolen samt Högsta förvaltningsdomstolen. Lagrådets befattning utgår från uppräkningsen i 8 kap. 18 § första stycket RF. Grundbulten i Lagrådets granskning avser bestämmelserna i första punkten i paragrafens första stycke. Att granskningen gäller hur lagbetänkandet förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen. Lagförslagets konstitutionella aspekter faller under denna punkt, en granskning bl.a. av och anpassning till normgivningsbestämmelserna i 8 kap RF.⁵⁶

Till skillnad från Sveriges Lagradsprocedur, författningsdomstolen i Polen är det konstruerat så att det krävs flera mandatperioder för att byta ut hela författningsdomstolen. Vid ett sammanträde den 3 december utsåg Sejmen fem nya domare som hade föreslagits av Lag och rättvisa (PiS). Författningsdomstolen godkände tre av de fem domare som hade tillsatts i oktober. Medan två av dem som stöddes av PiS ansågs ha utsetts i strid med grundlagen. Sedan aviserade Sejmen ett nytt regelverk, minst 13 av 15 domare måste närvara vid alla överläggningar, minst två tredjedelar av domarna måste stödja en dom för att den ska vara giltig. Detta medförde svårigheter för författningsdomstolen att sammanträda. Domstolen bedömde att det nya regelverket tillkommit i strid med författningen. Därmed fanns det två helt skilda uppfattningar om vilka domare som grundlagsenligt skulle få sitta i domstolen.⁵⁷

PiS bedömde att författningsdomstolen inte respekterade det nya regelverket så länge den inte bytte ut ”*dubbelgångarna*”, vilket förhindrade allt arbete för domstolen. I samband med detta startades massdemonstrationerna i Warszawa med protester mot de nya lagarna. Regeringen beslöt att låta Venedigkommissionen, dvs. ett rådgivande organisation inom Europarådet som består av experter på konstitutionell rätt, pröva dess beslut om författningsdomstolen. En begäran om förhandsavgörande gör det genomförbart för domstolarna i medlemsstaterna att vända

⁵⁶ Pripp, Nina, "Hur granskar Lagrådet?", SvJT, 2009, s. 207.

⁵⁷ Johnsson, Peter, Lag och rättvisa ödesfråga för Polen, Utrikespolitiska institutet, Stockholm, 2018, s. 15.

sig till EU-domstolen med svårigheter om tolkningen av giltigheten av en unionsrättsakt eller om unionsrätten. EU-domstolen avgör inte målet vid den nationella domstolen utan avgörandet görs via den nationella domstolen i enlighet med EU-domstolens avgörande.⁵⁸ Venedigkommissionen svarade genom att rikta skarp kritik mot den polska regeringen och menade att den polska staten underminerar Europarådets samtliga tre grundläggande principer om demokrati, de mänskliga rättigheterna och rättssamhället. Några månader senare konstaterade Europaparlamentet samma sak. Den polska regeringen valde att ignorera Venedigkommissionens utlåtande som Europaparlamentets resolution. Regeringen försvarade sig med att ingen utomstående organisation har rätt att blanda sig i ”Polens inre angelägenheter”. Kort därefter i december 2016 utsågs presidenten Julia Prazylebska till ny ordförande för domstolen efter att Rzeplinskis mandatperiod hade löpt ut.⁵⁹

4.2 KOMMISSIONENS KRITIK

Europeiska unionen bygger på gemensamma värden som fastställs i artikel 2 i fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget). Det innehåller respekten för rättsstaten. Kommissionens ansvar och uppgift är att säkerställa efterlevnaden av EU-rätten. På samma sätt bör Europaparlamentet, medlemsstaterna och rådet garantera unionens gemensamma värden.⁶⁰ EU-fördraget innehåller överordnade bestämmelser för unionen. Den 1 december 2009 började EU-fördraget gälla när Lissabonfördraget trädde i kraft. På samma sätt trädde fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) i kraft som kompletterar EU-fördraget med mer detaljerade regler.⁶¹ Det är också viktigt att samarbetet inom EU bygger på att medlemsstaterna via fördragen, som har tilldelat EU kompetenser, uppnår gemensamma mål. I enlighet med artikel 5.1 i EU-fördraget och principen om tilldelade EU:s befogenheter styra avgränsningen. Det finns tre huvudsakliga typer av befogenhetsfördelning mellan EU och medlemsstaterna och en av dessa har polska staten hänvisat till i domen mot Polen. Närmare bestämt områden där EU enbart har befogenheter att vidta åtgärder för att stödja, harmonisera eller komplettera medlemsstaternas åtgärder.⁶²

⁵⁸ Europeiska unionens domstol. pressmeddelande nr 31/21, Luxemburg, den 2 mars 2021.

⁵⁹ Ibid, s. 2.

⁶⁰ Europeiska kommissionen. Bryssel den 20.12.2017 COM(2017) 835 final.

⁶¹ Lissabonfördraget - om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen (Lissabonfördraget), s. 306.

⁶² 2017/18:KU36. Regeringen bör utreda om domstolarnas och domarnas oberoende behöver stärkas (KU36), Konstitutionsutskottets betänkande, 18 april 2018.

Tredje steget i denna undersökning är att ge inblick i konflikten mellan EU och Polen och om fördragsbrott och underminering av rättsstatsprincipen. Vidare med Europaparlamentets godkännande bestäms att det finns en tydlig risk för att en medlemsstat kritiskt åsidosätter värden som anges i artikel 2. Rådet bör få kännedom om den berörda medlemsstaten och får i enlighet med samma förfarande meddela rekommendationer till denna stat innan detta slås fast. I förslaget ges en redogörelse, i enlighet med artikel 7.1 i EU-fördraget. Detta med motivering för kommissionens farhågor i fråga om rättsstatsprincipen i Polen. I förslaget uppmanas rådet att besluta om det finns tydliga risker eller indikationer på att Polen för att Republiken Polen allvarligt åsidosätter rättsstatsprincipen. Principen är ett av de värden som anges i artikel 2 i EU-fördraget, i enlighet med artikel 7.1. När det gäller demokratiska stater, kräver rättsstatsprincipen att domstolarna i förtroende företräds av trovärdiga och pålitliga personer som inte komprometteras till följd av sin koppling till det auktoritära styret.⁶³

Sedan november 2015 har kommissionen noggrant följt utvecklingen i Polen och vidtagit åtgärder framför allt i frågan om rättsstatsprincipen. En fullständig redogörelse för utvecklingen angående rättsstatsprincipen i Polen och kommissionens dialog med den polska regeringen enligt ramen för rättsstatsprincipen, återfinns i kommissionens rekommendationer (EU) 2016/13743, (EU) 2017/1464 och (EU) 2017/15205. Kommissionens farhågor avser följande frågor: Det första är avsaknaden av en oberoende och legitim författningsprövning. Det andra är polska parlamentets (*Sejmen*) tillämpande av ny lagstiftning om Polens domstolsväsende som kan ge upphov till kritiska farhågor. Den tredje handlar om rättsväsendets oberoende, vilket i hög grad ökar systemhotet mot rättsstatsprincipen i Polen, respekt för grundläggande rättigheter, samt likhet inför lagen. De administrativa handlingarna trädde i kraft och samtidigt ändrades lagarna.

Den 15 december 2017 godkände senaten lagen om Högsta domstolen. Den 28 juli 2017 offentliggjordes Polens författningssamling och tillträdde den 12 augusti 2017, även det som gäller ändring av lagen om allmänna domstolars organisation. Senaten godkände den 15 december 2017 *lagen om ändring av lagen om Nationella domstolsrådet* och en del andra lagar (*lagen om Nationella domstolsrådet*). Den 13 juni 2017 offentliggjordes *lagen om ändring av lagen om Nationella domar- och åklagarskolan* i Polens författningssamling och trädde i kraft en vecka

⁶³ Prop. 1993/94:117. Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor, s. 306.

senare, den 20 juni sedan den 20 juni 2017. Ändring av även lagen om allmänna domstolars organisation.⁶⁴

4.3 BRISTEN PÅ OBEROENDE

Sedan 2015 har Kommissionen i stor utsträckning använt sig av de möjligheter som ges inom ramen för rättsstatsprincipen i syfte att föra en dialog med de polska myndigheterna. Kommissionen menar att den alltid har fört fram sina farhågor på ett objektiva och grundligt sätt under denna process. Kommissionen har även utfärdat ett yttrande om rättsstatsprincipen och tre rekommendationer gällande rättsstatsprincipen.⁶⁵ Enligt Kommissionens motiveringsförslag för kommissionen fram sina farhågor vilka erinrar om de handlingar som genomförts inom ramen för rättsstatsprincipen. Kommissionen menar att det finns en klar risk för ett allvarligt brott av rättsstatsprincipen. Farhågorna riktar sig särskilt till bristen på en oberoende och legitim konstitutionell undersökning och rättsligt oberoende.⁶⁶

Kommissionen anser att under två år så har polska myndigheterna antagit mer än 13 lagar som utövar inflytande på hela rättssystemets struktur i Polen. Detta påverkar författningsdomstolen, Högsta domstolen, allmänna domstolar, det nationella rådet för rättsväsendet, Åklagarmyndigheten och National School of Dömande. Motivet är att den lagstiftande och den verkställande makten systematiskt får en möjlighet att politiskt ingripa i den rättsliga maktens struktur, administration, funktion och befogenheter. Kravet på ändringar bör vara i Högsta domstolens intresse, att inte tillämpa en sänkt pensionsålder för nuvarande domare, att ta bort presidentens befogenhet att utöka mandatet för Högsta domstolens domare att även ta bort det ovanliga överklagandeförfarandet, som omfattar en befogenhet att återuppta slutliga domar som fattats tidigare år. För att inte avsluta mandatet för domare-medlemmar bör lagen om det nationella rådet för rättsväsendet ändras. Vidare bör polska staten ansvara för att den nya utnämningssystemet som underminerar att garantera val av domare att återkalla lagen om ordinarie domstolsorganisation. Staten bör också ändras i samband med den nya pensionsordningen för domare, vilket inkluderar justitieministerns godtyckliga befogenheter att förlänga domarnas mandat och att utse och avsätta domstolspresidenter. Det behövs en återställning av författningsdomstolens

⁶⁴ Se avsnitt 2 i bilaga I, till Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet av den 11 mars 2014, *En ny EU-ram för att stärka rättsstatsprincipen, COM(2014) 158 final*.

⁶⁵ Ibid, s. 2.

⁶⁶ RÅDETS BESLUT - om fastslående av att det finns en klar risk för att Republiken Polen allvarligt åsidosätter rättsstatsprincipen, 2017/0360 (NLE), s. 2.

oberoende och legitimitet genom att se till att dess domare, president och vicepresident väljs lagligt. Alla dess domar behöver publiceras och fullföljas fullt ut. Polska staten bör avstå från handlingar och offentliga uttalanden som särskild kan undergräva rättsväsendets legitimitet.⁶⁷

4.4 KOMMISSIONEN MOT POLEN

Den 2 augusti 2018 besvarade Polen genom skrivelse den formella underrättelsen från Kommissionen i mål (C-619/18), angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, från den 2 juli 2018.⁶⁸ Den formella underrättelsen är enligt artikel 258 FEUF, det som avser frågan om huruvida lagen om Högsta domstolen och ändringslagen av den 10 maj 2018 var förenliga med artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47 i stadgan. Polen bestred kommissionens skäl och yrkade på att förfarandet skulle avslutas. Inom en månad från mottagandet uppmanade Kommissionen att Polen bör rätta sig efter det motiverade yttrandet. Polen besvarade och motiverade yttrandet genom sitt ställningstagande att det yttrade fördragsbrottet var ogrundat och begärde att förfarandet skulle avslutas den 14 september 2018. Den 2 oktober 2018 har Kommissionen väckt förevarande talan vid domstolen enligt artikel 258 FEUF. Kommissionen har yrkat på att domstolen skall fastställa att Republiken Polen med grund underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 19.1 andra stycket FEU i förening med artikel 47 i stadgan.⁶⁹

Constitutional Tribunal (CT) underströk att befogenheter som inte tilldelas EU varken kan antas av EU-institutionerna eller skapas genom rättspraxis.⁷⁰ Enligt CT bör EU-domstolen endast tolka befogenheter som är direkt uttryckta i fördragen. Detta gäller också nya utvecklingar, som inrättats av EU-domstolen och är utanför tillämpningsområdet. CT ansåg att det bör erkännas som ett brott mot principen om tilldelning för den polska konstitutionen. Rättspraxis om artikel 19 i FEU som utvecklats av EU-domstolen i en rad domar med anknytning till Polen består av en *ultra vires* (utan makt) handling. Fördragen ger inte heller EU-domstolen behörighet att kontrollera de nationella strukturerna för domstolar eller utnämningar av domare.⁷¹ CT ansåg också att EU-domstolens domar inte faller under principen om företräde. Därför kan inte denna rättspraxis tillämpas av de inhemska domstolarna eller några andra nationella maktbefogenheter i

⁶⁷Ibid, s. 3.

⁶⁸ Mål C-619/18. *Kommissionen mot Polen (Högsta domstolens oavhängighet)*, s. 2:2.

⁶⁹ Mål C-619/18. *Europeiska kommissionen mot Republiken Polen*, s. 3.

⁷⁰ K 32/09. Polska författningsdomstolen, 24 november 2010. och SK 45/09. *Lissabonfördraget*, den 16 november 2011.

⁷¹ K 18/04. Polska författningsdomstolen, *Fördraget om anslutning till Europeiska unionen*.

Polen. Med detta skickade CT en varningssignal till EU-domstolen om att alla framtida ultra vires- domar skulle ogiltigförklaras.⁷²

4.5 DOMARNAS ÅTALSIMMUNITET

Republiken Polens konstitution från 1997 har antagit det mesta av det grundläggande juridiska handlingar som kan hittas i dess motsvarigheter över centrala Europa och Västeuropa. Polens konstitution är influerad av den tyska grundlagen (Grundgesetz) och Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna. Rättsstatsprinciperna i Polen och andra medlemsstater är viktiga och inte endast för medborgarna i dessa länder, utan också för det europeiska projektets framtid. Det är ytterst viktigt att medlemsstater med högkvalitativa demokratiska institutioner, skyddar de mänskliga rättigheterna.⁷³

Polen har modifierat och upphävt en del av de kritiserade lagarna.⁷⁴ Men landet har på nytt ställts inför EU-domstolen av Kommissionen i ett nytt fördragsbrottsförfarande i frågan om domarnas åtalsimmunitet. Denna gång gäller det att domare kan bli föremål för disciplinära åtgärder på grund av innehållet i rättsliga avgöranden (mål C-791/19). Polen har informerat EU om att stänga disciplinkammaren i Polens högsta domstol. Detta strider mot kammaren och EU-rätten enligt EU-domstolen. Disciplinkammaren kan till exempel, upphäva åtalsimmuniteten för HD-domare.⁷⁵ Bland annat i frågan om att tillåta innehållet i ett rättsligt avgörande. Det kan bli föremål för ett disciplinärt förfarande till domare vid allmänna domstolar enligt artikel 107.1 i lagen om allmänna domstolars organisation samt artikel 97.1. Detta gäller även med stöd av artikel 97.3 i lagen om Högsta domstolen. Det gäller att underlåta och att säkerställa oberoendet och opartiskheten av den disciplinära avdelningen vid Högsta domstolen. Vidare åligger det att överpröva avgörande i disciplinära förfaranden gentemot domare (artiklarna 3.5, 27 och 73 § 1 i lagen om Högsta domstolen, likställd med artikel 9a i lagen om det nationella domstolsrådet).

EU-domstolen uttalade i sin dom den 24 juni 2019 (Commission v Poland) att domare måste stå fria från krav och påtryckningar. Det innebär att domare bör vara garanterade att inte tas ur

⁷² Mål C-619/18 . *Europeiska kommissionen mot Republiken Polen. Skyndsam handläggning, VIII, S. 9:99.*

⁷³ Europeiska unionens domstol, *pressmeddelande, nr 31/21.*

⁷⁴ K 3/21. *Författningsdomstolen, Bedömning av överensstämmelsen med den polska konstitutionen av utvalda bestämmelser i fördraget om Europeiska unionen, Warszawa, 7 oktober 2021.*

⁷⁵ Advokaten- Nr 6 2021 Årgång 87, "Polen avskaffar HD:s disciplinkammare", .

tjänst. Principen om domares oavsättlighet bygger på tillämpningen att domaren kan tjänstgöra fram till dess han eller hon uppnått den obligatoriska pensionsåldern. Det kan också vara tills utgången av ett tidsbestämt förordnande. Denna princip om domares oavsättlighet kan frångås endast om det finns legitima och tvingande skäl som även är proportionella. Enligt domstolens yttrande hade Polen inte redogjort för några godtagbara skäl, att sänka pensionsåldern för domarna.⁷⁶

Vid ändring av domstolsväsendet eller ändring av gränserna för domstolsdistrikt kan en domare förflyttas till en annan domstol eller pensioneras, med full ersättning. Samtidigt bör det erkännas att lagstiftaren inte får utvidga författningsdomstolens befogenheter genom stadgar.⁷⁷ Enligt artikel 179 i Republiken Polens konstitution, på begäran av det nationella rådet för rättsväsendet utses domare av Republiken Polens president, på obestämd tid. Därför är det viktigt att det redan står i konstitutionen vad som gäller för domare i det polska rättssystemet. Till exempel att domare kan inte heller avsättas enligt artikel 180.1 till 180.5 i den polska konstitutionen. Det gäller även avstängning från ämbetet, inlämningen av en domare ex officio och omplacering till en annan plats. Om det en befattning mot sin vilja får den tillfogas med stöd av domstolsbeslut och i de fall som anges i relevant lag. Domare kan vara pensionerade på grund av sjukdom som hindrar dem från att utöva sitt ämbete. Förfarandet att överklaga till domstolen anges i detalj i relevant lag och lagen kan också definiera åldersgränsen, vilka domare som ska pensioneras.⁷⁸

EU-domstolen menar att åtgärden har berört en tredjedel av ledamöterna. Det betyder att den polska lagstiftningen om sänkt pensionsålder för domare stod i strid med EU-rätten. Därför har, den 7 september 2021, EU-kommissionen vänt sig till EU-domstolen med en begäran att domstolen ska utdöma dagliga böter för Polen. Orsaken är att Polen hittills avslagit att efterleva EU-domstolens krav på att upphäva en disciplinnämnd för domarnas åtalsimmunitet.⁷⁹ Under punkt 156 i (mål C-824/18 - begäran om förhandsavgörande) från den 6 oktober 2021 fastställde EU-domstolen att enligt fast praxis principen om unionsrätten ska ges företräde och ha företräde

⁷⁶ Mål C-791/19. *Kommissionen mot Polen (Régime disciplinaire des juges)*, s. 3.

⁷⁷ Trybunal.gov.

⁷⁸ European Rule of Law Mechanism: input from Member States (POLAND) Justice System.

⁷⁹ "EU-kommissionen vill bötfälla Polen", Sveriges Advokatsamfundet, Nr 7 2021 Årgång 87.

före respektive medlemsstats nationella rätt. Principen medför en skyldighet för samtliga myndigheter i medlemsstaterna.⁸⁰ Det är också betydelsefullt att säkerställa unionsbestämmelsernas fulla effekt. Att medlemsstaternas nationella rätt inte kan ha verkan på unionsbestämmelsernas inflytande i medlemsstaterna (dom från den 18 maj 2021, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"* m.fl., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 och C-397/19, punkt 244 och där anges rättspraxis).⁸¹ Många i media har uttalat sig om situationen kring rättsstatsprincipen och Fördragsbrott, att situationen har flyttat Polen närmare EU:s utgång det vill säga "Polexit". EU-kommissionen har hotat med andra åtgärder utöver böter om Polen inte följer EU-domstolens dom. Enligt Sveriges Advokatsamfund har, EU:s justitie kommissionär Didier Reynders meddelat att Polen inte kommer att få några pengar från Coronafonden. Det handlar om motsvarande 365 miljarder kronor – om man inte först visar att man kan rätta sig efter domstolen. Den polska regeringen har svarat att kravet är oproportionerligt. Att det inte kan rättfärdigas i förhållande till situationen.⁸²

5.DISKUSSION

Det är otvivelaktigt så att domstolarnas legitimitet inte kan grundas enbart på tradition. Domarmakten ska respekteras och därav får legitimiteten byggas på rationella skäl, en tro på lagligheten. Men frågan är vilka förutsättningar som är avgörande för att en sådan gemensam övertygelse ska finnas i samhället.

Den svenska utvecklingen har medfört att det är svårare att bedöma vilka frågeställningar som tillhör den juridiska eller den politiska sfären. Åtaganden som tidigare var avsedda för politiken besvaras numera av Högsta domstolen. Detta medför en maktförskjutning i den konstitutionella rätten. Domarutnämningar och otillräckligheten av reglering av de högsta domstolarnas sammansättning är ett annat exempel på hur svag rättsstaten är ur ett institutionellt perspektiv. Det samma gäller även utnämning av domare och den myndighet som fattar beslut om urval av domare. Idag i Sverige är det domarnämnden som behandlar ansökningar till de allra flesta domartjänster. Detta gäller även Högsta förvaltningsdomstolen och Högsta domstolen. Men det är fortfarande regeringen som beslutar om utnämning av domare. Här skiljer sig utnämning av ordinarie domare mellan Sverige och Polen. Eftersom Polen har reformerat utnämningmakten

⁸⁰ Mål C-824/18. *Begäran om förhandsavgörande*, s. 5.

⁸¹ Mål C-619/18. *Europeiska kommissionen mot Republiken Polen*, s. 2.

⁸² Wästberg, Olle, "Tid att stärka skyddet för grundlagarna, public service och domstolsväsendet", *Advokaten*, Nr 7 2021 Årgång 87.

(se tidigare avsnitt). Det framgår också i Lag (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare att regeringen inte är beroende av Domarnämndens förslag, utan nämnden kan yttra sig om regeringen bestämmer sig för en domare utanför listan. Det viktiga med objektiva krav på oberoende i sammanhanget kan bli svåruppnådd. Det är viktigt att domarna ska vara självständiga och att utnämningssystemet tas i beaktande samt skyddas från den styrande makten. Fram till nu har regeringen följt förslagen från Domarnämnden. Men det betyder inte att det lämnar garantier för att en maktindelning som grundas på förtroende än institutionellt skydd, och att det inte utnyttjas i framtiden. Även bestämmelser om principerna för förfarandet vid utnämning av domare ska ges i lag. Men i (*Prop. 2009/10:181*) föreslås inte heller att regeringen längre ha någon möjlighet att delegera utnämningmakten.

Som tidigare nämndes den polska konstitutionen är starkt sammankopplad med landets historia och samhällsutveckling. Eftersom landet har övertagits av ett annat lands rättssystem som har påverkat polska rättssystemet. Till skillnad från Sverige har Polen genomfört en kraftig domstolreform. I Europa har centrala konstitutionella värden kommit att aktualiseras allt mer. Frågan om hur länder som inte respekterar grundläggande konstitutionella värden ska behandlas i det europeiska samrådet. Detta är en fråga som blir allt viktigare, precis som domstolarnas förmåga att agera till försvar för konstitutionella och demokratiska värden i stater där dessa utmanas.

Enligt den polska konstitutionen som nämndes tidigare, är domare oavsättliga utom i de fall de blir sjuka eller gör sig skyldiga till grov misskötsel. Frågan är om det är möjligt i praktiken att avsätta en grupp domare genom sänkt pensionsålder. Kritiken kan framför allt verka mot bakgrund av reformen som åsyftade att ändra sättet att utnämna domare. Även tillvägagångssättet att rikta ett disciplinärt förfarande mot domare.

Kritiken som kan riktas mot den polska reformen är att den underminerar maktindelningen mellan domstolar och den verkställande makten. Polen anförde inte heller några skäl i sin argumentering inför EU-domstolen, att de var knutna till den nödvändiga reformen för att göra upp med landets kommunistiska förflutna. EU-domstolen uttalade följande i dom (C-619/18): Domare måste stå fria från yttre påverkan och domare vara garanterade att inte tas ur tjänst. Principen om domares oavsättlighet bör gälla för att de ska kunna tjänstgöra fram till dess han eller hon uppnått den obligatoriska pensionsåldern. I princip kan det endast ändras om det förekommer legitima skäl som är proportionella. Polen hade inte heller presenterat några godtagbara skäl för

att sänka pensionsåldern för domarna enligt domstolen. Därför står den polska lagstiftningen om sänkt pensionsålder för domare i strid med EU-rätten.

6. SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

När det gäller första frågan om vilket tillvägagångssätt som är det mest effektiva för grundlagsskyddet krävs ett resonemang om rättstraditioner och historisk arv. Även respekten för den grundläggande svårigheten att få till en god övergång av det polska domstolssystemet bör beaktas framför allt efter den auktoritära kommunisttiden. Men det betyder inte att det inte skulle gå att framföra skäl för ett förstärkt skydd för domarens oberoende. Bland annat har det framgått att det är problematiskt att dra en tydlig gräns mellan juridik och politik. Att konstatera att det ena rättssystemet är bättre än det andra är svårt. Länderna har kommit till olika slutsatser gällande synen på grundlagsskyddet och domarens oberoende samt utnämning. I Polen tar den rättsliga metoden mer sikte på att understryka domarens oberoende ställning som en del av rättsstaten och därmed är skyddet mer generellt. Däremot tar den svenska rättsliga metoden sikte på utpekade grunder, en viktig del av rättsstatsprincipen. Även det som gäller skyddet för objektiva rättstillämpare som är en del av oberoendet i förhållande till rättssystemet.

När det gäller den andra fråga om grundlagsskyddets påverkan i frågan om Domarens oberoende och utnämning, kan det vara en fördel med det polska systemet. Eftersom den lagstiftande makten på en gång kan vara flexibel vid behov för att skapa en ny struktur inom rättssystemet. Vidare underminerar det polska systemet domarnas oberoende och rättsstatsprincipen enligt Kommissionen. Tillskillnad från polska systemet kan svenska rättssystemet vara snabbare när det gäller rättsutvecklingen. Domare i Sveriges bedöms som relativt anonyma och objektiva rättstillämpare i förhållande till lagstiftarens vilja. Sverige rättssystem verkar vara det mest effektiva men det handlar återigen om rättstraditioner och historiskt arv. Rättssystemet i Sverige utmärker sig genom att förespråka förutsägbarhet och stabilitet jämfört med Polen rättssystem som är mindre förutsebart och mer flexibelt.

De grunderna och kraven som EU-kommissionen använder sig av för att komma fram till sin slutsats, är att det är två länder med två olika rättssystem. Men i Polen har domarna hamnat i centrum. Diskussionen har handlat om hur lagstiftaren har hållit sig inom konstitutionens ramar. Konflikten med kritik från Kommissionen gentemot polsk lagstiftning om reformerna anses vara befogad. Reformerna undergräver kärnvärden inom en demokrati i form av maktdelning.

Rättsväsendet riskerar att färgas av politiken. Att både domare och domstolarna bli underställande de lagstiftande makterna. Det hela handlar om hur länderna förhåller sig till rättsprincipen och de demokratiska värdena. Det går inte fastställa att ena systemet är bättre per definition än det andra. Men Kommissionen erinrar gärna EU-domstolen om de skyddsregler som krävs enligt unionsrätten för oavhängighet och opartiskhet. Det handlar om att lagstiftarna också tolkar och applicerar gällande rätt på ett oavhängigt och opartiskt sätt.

Till skillnad från Polen ligger den svenska rättsordningen så djupt rotad i bestämmelserna av en betydande språklig och kulturell homogenitet med en påtaglig historisk kontinuitet. Även den starkt förankrade svenska representativa demokratin kommer inte per automatik att urholkas med påverkan av europeiseringen. I Sverige fungerar domarens oberoende bäst i en tradition av demokratiska värden. En annan möjlighet med klarhet är svår att tänka sig utifrån den konstitutionella rätten. På så sätt delas maktdelningen med trygghet. Att förutse framtiden är svårt. Europeiseringen har ju medfört små reformer under alla omständigheter. Det är en del av utvecklingen och paradigmet. Men att rättsutvecklingen ska stå still och inte utvecklas är naivt att tro, det går inte att stoppa utvecklingen.

I sin helhet blir det enbart en teoretisk diskussion eftersom argumentet resulterar i vilket rättssystem som tillhandahåller demokratiska strukturer och vilket som inte gör det. Även vilket rättssystem som har starkt grundlagsskydd när det gäller domarens oberoende. För att få ett positivt utslag hade det varit bättre om en helt ny stat skulle introduceras utan någon form av tradition. Men traditioner är förankrade i vårt samhälle. Samtidigt är frågan om vad det innebär i kontextuellt för det polska rättssystemet? Ett system utan en väl fungerande demokrati och utan ett fullgott skydd för domare i enlighet med EU-domstolen. Landet kan behöva konfronteras i en sådan situation för att medlemsstaten ska känna farhågor för att inte nå upp till den internationella överenskommelsen. Det kan bli kostsamt för landets ekonomi med hot om dagsböter och indragen fondhjälp. Det kan också innebära att en förändring är på väg.

7.1 KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Propositionen. 1993/94:117. *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.*

Propositionen. 2007/08:113. *Rekrytering av domare, Bilaga4.*

Propositionen. 2009/10:80. *En reformerad grundlag.*

Propositionen. 2009/10:181. *Utnämning av ordinarie domare.*

Propositionen. 2020/21:11. *Säkerhetsprövning av domare och några andra frågor som rör Domarnämnden.*

Utskottsbetänkanden

KU 1978/79:39. *med anledning av om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m. jämte motioner.*

KU 2000/01:11. *Författningsfrågor, Konstitutionsutskottets betänkande.*

KU 2010/11:KU4. *En reformerad grundlag, Konstitutionsutskottets betänkande.*

KU 2017/18:KU36. *Regeringen bör utreda om domstolarnas och domarnas oberoende behov stärkas (KU36), Konstitutionsutskottets betänkande, 18 april 2018.*

Offentliga utredningar

SOU 2011:42. *En reformerad domstolslagstiftning, Justitiedepartementet.*

SOU 2017:85. *Betänkande av Domarrekruteringsutredningen, Stockholm 2017.*

SOU 2020:40. *En gemensam utbildning inom statsförvaltningen, Finansdepartementet.*

Kommittédirektiv

Dir. 2016:89. *Rekryteringen av ordinarie domare, Kommittédirektiv.*

Dir. 2020:11. *Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende, Justitiedepartementet, Stockholm.*

Justitiedepartementet

Ds 2019:26. *Säkerhetsprövning av domare, Justitiedepartementet.*

Ds 2011:26. *Domarnomineringar till internationella domstolar*. Justitiedepartementet.

Rättspraxis

C 127/19. *Begäran om förhandsavgörande* från Curtea de Apel Pitești (Rumänien) ingavs den 18 februari 2019.

C 195/19. *Begäran om förhandsavgörande* framställd av Curtea de Apel București (Rumänien) den 28 februari 2019 – PJ mot QK.

C 291/19. *Domstol som begär förhandsavgörande*, Curtea de Apel Brașov (Rumänien)

C 355/19. *Begäran om förhandsavgörande* framställd av Curtea de Apel Pitești (Rumänien) den 6 maj 2019.

C 397/19. *Begäran om förhandsavgörande* framställd av Tribunalul București (Rumänien) den 22 maj 2019 – AX mot Statul Român – Ministerul Finanțelor Publice.

C-83/19 *Domstol som begär förhandsavgörande*, Tribunalul Olt (Rumänien).

EU- domstolen

Mål C-791/19. *Kommissionen mot Polen* (Régime disciplinaire des juges).

Mål C-619/18. *Kommissionen mot Polen* (Högsta domstolens oavhängighet).

Mål C 619/18. *Europeiska kommissionen mot Republiken Polen*. Skyndsam handläggning, VIII, S. 9:99.

Mål C-192/18. *Europeiska kommissionen mot Republiken Polen*, den 5 november 2019.

Mål C-824/18. *Europeiska kommissionen mot Republiken Polen*, den 5 november 2019.

mål C-824/18. A.B. m.fl. (*Nomination des juges à la Cour suprême – Recours*).

Europadomstolen

BAKA v. HUNGARY, 23 June 2016.

Polens Konstitutionella Tribunal (Trybunał Konstytucyjny)

K 3/21. Författningsdomstolen, *Bedömning av överensstämmelsen med den polska konstitutionen av utvalda bestämmelser i fördraget om Europeiska unionen*, Warszawa, 7 oktober 2021.

K 12/03. Författningsdomstolen, *Författningsdomstolen*, den 18 februari 2004.

K 3/21. Författningsdomstolen, *Bedömning av överensstämmelsen med den polska konstitutionen av utvalda bestämmelser i fördraget om Europeiska unionen* (Ref. No. K 3/21).

Litteratur

Bernitz, Ulf, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Fjortonde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2. uppl., Elander Gotab, Stockholm : Norstedts juridik, 2003.

Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naartijärvi, Markus, *Konstitutionell rätt*, MTM, Malmö, 2020.

Johnsson, Peter, *Polen! Quo vadis? om Polen i dagens Europa*, Scandbook, Falun, 2017
Kluwer, Stockholm, 2017.

Johnsson, Peter, *Lag och rättvisa ödesfråga för Polen*, Utrikespolitiska institutet, Stockholm, 2018.

Kopecký, Petr & Mudde, Cas (red.), *Uncivil society? contentious politics in post-communist Europe*, Routledge, London, 2003.

Mellbourn, Anders (red.), *Författningskulturer: konstitutioner och politiska system i Europa, USA och Asien*, Sekel, Lund, 2009.

Nergelius, Joakim (red.), *Rättsfilosofi [Elektronisk resurs] samhälle och moral genom tiderna*, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010.

Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2018

Sannerholm, Richard, *Rättsstaten Sverige: skandaler, kriser, politik*, Timbro förlag, [Stockholm].

Schelin, Johan, *Kritiska perspektiv på rätten*, Poseidon Förlag, [Stockholm], 2018.

Schelin, Johan, *Kritiska perspektiv på rätten*, Poseidon Förlag AB, Stockholm, 2017.

Sterzel, Fredrik, Łętowska, Ewa, Bárd, Petra, Pech, Laurent, Hirschfeldt, Johan & Mellbourn, Anders (red.), *Hoten mot rättsstaten i Europa, Inläst för Myndigheten för tillgängliga medier*, [Malmö], 2022.

Elektroniskt material

European Rule of Law Mechanism: *input from Member States (POLAND) Justice System*.

Europeiska unionens domstol, pressmeddelande, nr 31/21. RÅDETS BESLUT - om fastslående av att det finns en klar risk för att Republiken Polen allvarligt åsidosätter rättsstatsprincipen, 2017/0360 (NLE).

Kommissionen till Europaparlamentet och rådet av den 11 mars 2014, *En ny EU-ram för att stärka rättsstatsprincipen*, COM(2014) 158 final.

Europeiska kommissionen. Bryssel den 20.12.2017 COM(2017) 835 final.

Lissabonfördraget - om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen (Lissabonfördraget).

Europeiska unionens domstol. pressmeddelande nr 31/21, Luxemburg, den 2 mars 2021. *EU-kommissionens rapport om rättsstatsprincipen 2020- Input to the first annual Rule of Law Report* (Sweden).

EU-kommissionens rapport om rättsstatsprincipen 2020- *Input to the first annual Rule of Law Report* (Sweden).

Rådets beslut - om fastslående av att det finns en klar risk för att Republiken Polen allvarligt åsidosätter rättsstatsprincipen, 2017/0360 (NLE).

Artikel i tidskrift

Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap", SvJT, 2004 s. 8. Obminska, Marta, "En ny grundlagsutredning", SvJT 2019.

Mattsson, Dag, *Domarnas makt — domarrollen i ett nytt rättsligt landskap*, SvJT, 2014.

Sandgren, Nr 2 2004/05, "Om teoribildning och rättsvetenskap" JT 1995.

Pripp, Nina, "Hur granskar Lagrådet?", SvJT, 2009.

Wersäll, Fredrik, "Domartjänster- Av hovrättspresidenten", SvJT, 2012.

Wersäll, Fredrik, "Domartjänster, Några tankar med anledning av Domarlagsutredningens betänkande" SvJT.

Wästberg, Olle, "Tid att stärka skyddet för grundlagarna, public service och domstolsväsendet", Advokaten, Nr 7 2021 Årgång 87.