

Svensk Juristtidning 100 år

Jubileumsskriften utgiven under en redaktion av
*lagmannen Stefan Strömberg, ämnesrådet Charlotte Kugelberg,
professor Petter Asp, justitierådet Anders Eka, professor Boel Flodgren och
lagmannen Mikael Mellqvist*

Redaktionssekreterare
kanslichefen David Säfwe och hovrättsrådet Per Claréus

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2016
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7678-922-3
Produktion: eddy.se ab, Visby 2016
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se
Printed by Dimograf, Poland 2016

Om Venedigkommissionen — uppdrag, arbetssätt och resultat

Av professor IAIN CAMERON och f.d. hovrättspresidenten JOHAN HIRSCHFELDT, ledamot resp. suppleant i Venedigkommissionen

I denna artikel presenterar vi Venedigkommissionen, som tillkom 1990. Kommissionen har Europarådets stater som medlemmar men där finns också med en del icke-europeiska stater. Kommissionen består av oberoende experter på det konstitutionella området, sett i vid mening, och är ett rådgivande organ. Kommissionen avger offentliga yttranden över lagförslag från medlemsländerna och andra konstitutionellt-rättsliga rapporter. Här presenteras kommissionen med dess uppdrag och arbetssätt. Vi tar upp några ärenden och visar hur man praktiskt kan finna de dokument som är resultaten av kommissionens arbete.

1 Från nationell statsrätt till konstitutionell jämförande rätt

Statsrätten har visserligen länge haft sin egen rubrik i Svensk Juristtidning men har inte varit ett centralt ämnesområde för tidningen.

Med regeringsformens ökade rättsliga betydelse, de mänskliga rättigheternas starkare genomslag i rättstillämpningen, normprövningens och de rättsliga grundprincipernas ökade roll och europeiseringen av juridiken som också avspeglas i domstolarnas nya ställning och uppgifter, har dock ett nytt läge inträtt. Detta märks inte minst i Svensk Juristtidning.

Betydelsen av att uppmärksamma internationellt tillämpade konstitutionella principer och jämförande konstitutionell rätt¹ har härmed ökat. Med jämförande studier förstår vi bättre vårt eget system och varför det ibland avviker ifrån andra system, vi kan inspireras, kan undvika misstag och blir skickligare i det internationella samarbetet. Alldeles särskilt viktigt blir detta naturligtvis när det gäller EU:s lagstiftningsprocess, EU-domstolens verksamhet och vid tillämpningen av den europeiska konventionen angående skydd för om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR).

Det är talande att det numera finns en lärobok med titeln *Komparativ konstitutionell rätt*. Där har Anna Cornell Jonsson pekat på att det primärt är fyra samhällseliga och politiska fenomen som har bidragit till ett ökat intresse för komparativ konstitutionell rätt, nämligen de demokratiseringsprocesser som har ägt rum under 1900-talets senare hälft, den ökande globaliseringen med anledning av öppnare gränser, effektivare kommunikationsmedel som ökat inslaget av gränsöverskridande trans-

¹ Se Hallström, P., *Att jämföra konstitutioner*, Svensk Juristtidning, 2010, s. 573.

aktioner och samarbeten samt internationalisering av rätten i generell bemärkelse och till sist europeiseringsprocessen.²

Att konstitutionell rätt fått ökad betydelse i Sverige illustreras också av erfarenheter i juristutbildningen. När man undervisar i offentlig rätt blir det tydligt att det är praktiskt svårt att hålla isär den konstitutionella rätten från förvaltningsrätten. Det är från förvaltningsrätten man inhämtar konkreta exempel för att illustrera konstitutionella principer. Samtidigt är det dessa underliggande konstitutionella principer som håller ihop förvaltningsrätten, som annars lätt kan präglas av atomistiska eller fragmenterande tendenser (fragmentering). Vidare är det så att i en modern rättsordning handlar förvaltningsrätten inte bara om traditionell offentlig maktutövning utan också om att reglera privata marknadsområden som har blivit mycket mer globaliserade (bankväsendet, finansmarknaden, infrastruktur m.m.). Gränserna mellan offentlig rätt och privaträtt har blivit suddigare. Det är inte minst med ett mer övergripande konstitutionellt perspektiv som rättsordningen kan hållas samman.

Det gäller i första hand i lagstiftningsprocessen och särskilt dess förberedande delar inom utredningsväsendet. Kanske är vi på väg tillbaka till de gamla SOU-volymerna med dess gedigna redogörelser för utländsk rätt? Men också hos domstolarna kan vid tillämpningen av EU-rätten och internationella konventioner eller eljest ibland finnas goda skäl för att se närmare på utvecklingen i vissa andra länder, så t.ex. när det gäller tvångsmedelsanvändning. En allmän tendens är också att medborgarna numera ställer krav på mer utförliga svar från domstolarna som kan motivera en vidare utblick än tidigare.³

2 Venedigkommissionens tillkomst och uppdrag

Den europeiska kommissionen för Demokrati genom lag, Venedigkommissionen, skapades 1990 som en följd av ett italienskt initiativ under 1989.⁴ Järnridån hade redan börjat krackelera men när kommissionen kom till var det få som anade vilket stort behov det snart skulle finnas i Öst- och Centraleuropa för rådgivning om konstitutionell rätt. Att befästa demokrati och rättsliga institutioner i dessa tidigare kommunistiska länder var en prioritet för de nya regeringarna. Förutom dess symboliska värde, var rättsstatsuppbyggande och respekten för mänskliga rättigheter, en förutsättning för medlemskap i Europarådet — och Europarådet sågs allmänt som ett väntrum för EU-medlemskap.

² Jonsson Cornell, A., *Den komparativa konstitutionella rättens teori och metod*, i Jonsson Cornell (red.), *Komparativ konstitutionell rätt*, 2 uppl., Iustus, 2015.

³ Se Cameron, I., *Den svenske domaren och internationella normer — några reflektioner*, i Svea hovrätt 400 år, Norstedts Juridik, 2014.

⁴ För kort redogörelse för Venedigkommissionens tillkomst se Jowell, J., *The Venice Commission: disseminating democracy through law*, Public Law 2001 s. 675.

Venedigkommissionen (i det följande också kommissionen) blev en del av Europarådet genom en s.k. partiell överenskommelse. Dess stadga har reviderats ett antal gånger sedan 1990, se senast ministerkommitténs resolution 3(2002). Denna resolution öppnade också för icke-europeiska staters medlemskap i kommissionen. Det är ministerkommittén som beslutar att anta nya medlemmar. Venedigkommissionen har nu 60 medlemmar, förutom Europarådets samtliga 47 medlemsstater också Algeriet, Brasilien, Chile, Israel, Kazakstan, Kosovo, Kirgizistan, Marocko, Mexiko, Peru, Sydkorea, Tunisien samt Förenta staterna. Vitryssland är en associerad medlem. Argentina, Kanada, Uruguay, Japan och Vatikanstaten är observatörer. Sydafrika, den Palestinska myndigheten och den Europeiska kommissionen har en speciell status för sitt deltagande.

Kommissionen finansieras på samma sätt som övriga delar av Europarådet, dvs. i proportion till ländernas befolkningsstorlek och per capita-inkomst. Nämnas kan att kommissionen inte är en särskilt kostsam internationell organisation med en budget på ca 4 miljoner euro per år. Huvuddelen av kostnaderna består av löner för ca 25 jurister och administrativ personal i sekretariatet.

Kommissionens syfte framgår av stadgarnas artikel 1: att vara ett rådgivande organ rörande de garantier som juridiska normer ska uppställa i demokratins tjänst. I synnerhet ska kommissionen stärka förståelsen av de deltagande staternas juridiska system, särskilt i syfte att närma dessa system till varandra, främja rättsstat och demokrati, utreda frågor som kommer upp i arbetet hos demokratiska institutioner och stärka och utveckla dessa. Ett särskilt fokus ska ges åt principer och metoder som befrämjar demokratiska institutioners effektivitet och stärkande samt rättsstatens principer, grundläggande rättigheter och friheter och lokala och regionala myndigheters bidrag till demokratins stärkande.

Kommissionen har haft ett mycket stort och positivt inflytande på länder främst i Öst- och Centraleuropa. Vi tar i det följande upp några av de institutionella faktorer som förklarar kommissionens framgångar men berör också dess begränsningar.

3 Kommissionens sammansättning och verksamhetsområde

Kommissionen består av en medlem utsedd av varje medlemsstat för fyra år med möjlighet till förnyelse. Flertalet medlemsstater utser också suppleanter. Medlemmen skall enligt artikel 3 vara "en oberoende expert som nått internationellt erkännande genom sin erfarenhet av demokratiska institutioner eller genom sitt bidrag till stärkande av juridisk eller statsvetenskap".

Medlemmarna består av tjänstgörande eller f.d. högt uppsatta domare, professorer i folkrätt eller konstitutionell rätt/förvaltningsrätt, generaladvokater och ombudsmän. Men här finns också medlemmar som haft uppgifter som premiärminister, justitieminister eller riksåkla-

gare. Den samlade erfarenhet medlemmarna har av de teoretiska och praktiska aspekterna av konstitutionell rätt blir mycket kraftfull och imponerande.

Presidiet består av en president, tre vice-presidenter och fyra andra medlemmar. Dessa väljs av kommissionens medlemmar. Plenarmötena hålls i Venedig, fyra gånger per år, medan det förberedande arbetet utförs av arbetsgrupper och kommissionens sekretariat i Strasbourg. Sekretariatet leds av en generalsekreterare. Medlemmarna avlönas inte. Deras rese- och uppehållskostnader när de åker till plenarmöten ersätts av respektive medlemsland. Om en medlem ingår i en arbetsgrupp, eller annars får ett uppdrag åt kommissionen ersätts rese- och uppehållskostnader och betalas ett visst dagarvode.

Huvuddelen av kommissionens rapporter gäller analyser av ett visst lands lagstiftning eller lagförslag och faller inte minst i tre olika kategorier: rapporter rörande skydd för mänskliga rättigheter, rapporter rörande konstitutionella domstolar och domstolar i övrigt, särskilt i frågor rörande åklagares och domares rättsliga ställning och domstolarnas självständighet, rapporter rörande tillsynsmekanismer, såsom ombudsmän, och andra mekanismer för säkrande av god förvaltning, såsom lagar om insyn och offentlighet.

För kommissionen är valfrågorna ett särskilt intresseområde. Ett särskilt råd, the Council for Democratic Elections, underställt kommissionen, etablerades 2002 på förslag av Europarådets parlamentariska församling. Medlemmarna i detta råd kommer från kommissionen, från församlingen och från Europarådets kongress för lokala och regionala organ. Rådet har antagit ett femtiotal rapporter om valförändefrågor och tre uppförandekoder rörande valfrågor, folkomröstningar och politiska partier.

Kommissionen har redovisat sin praxis på vissa områden i särskilda samlingsdokument, se vidare avsnitt 5.1.⁵

4 Kommissionens arbetssätt

Kommissionen kan bestämma att själv initiera en jämförande studie, men den arbetar huvudsakligen efter framställning från olika instanser. Dess "kunder" är den berörda staten själv, Europarådets ministerkommitté (medlemsländernas utrikesministrar eller deras ständiga representanter, ambassadörer, i Strasbourg), Europarådets parlamentariska församling (bestående av riksdagsledamöter från medlemsstaterna), Europarådets kongress för lokala och regionala organ och andra inter-

⁵ En teoretisk diskussion av Venedigkommissionens samlade praxis som en början av en global konstitutionell *acquis* finns i St-Hilaire, M., *Global Standards of Constitutional Law: What Knowledge? What Method?*, Int'l J. Const. L. Blog, June 12, 2015, at: <http://www.icconnectblog.com/2015/06/global-standards-of-constitutional-law-what-knowledge-what-method>.

nationella organisationer som deltar i kommissionens arbete, huvudsakligen Organisationen för säkerhet och samarbete i Europa, OSSE eller EU-kommissionen.

Huvuddelen av frågorna som kommissionen får kommer från de berörda staterna. I sådana fall finns det oftast ett ganska konkret förslag att arbeta utifrån. Kommissionens förutsättningar att utöva positivt inflytande på en stat är som störst när statens regering genuint vill ha konkreta bidrag i frågan och har efterfrågat detta i god tid innan förslaget har genomförts nationellt.

Folkrättsligt sett är en stat en monolit, som agerar på det internationella planet endast genom sin regering. Men kommissionen accepterar även förfrågningar som kommer från andra delar av "staten", såsom en författningsdomstol, som kan begära ett s.k. *amicus curiae* yttrande i ett pågående mål, eller andra offentliga organ som agerar inom sina konstitutionella mandat, t.ex. parlamentets talman.

Man kan jämföra kommissionens förutsättningar att åstadkomma förbättringar i ett lands rättsordning med olika delar av FN-systemet, som också har ägnat betydande resurser åt att försöka bygga upp rättsstater. FN-organen försöker huvudsakligen bygga upp rättsstater i "transitional", "failed" eller "failing states". Visserligen är det angeläget med akuta insatser i dessa stater, för att lindra befolkningens nöd. Det är dock inte meningsfullt att orda om "stärkande av rättsstaten", om det inte finns en stat att börja med. Förutom ett monopol på legitim våldsanvändning krävs det att landet har en någorlunda fungerande offentlig förvaltning, i synnerhet ett skattesystem som är kapabelt att driva in skatter.

Olika berörda FN-organ som sysslar med rättsstatsuppbyggande kan ha svårt att hitta en direkt väg in i statsförvaltningen. Istället tvingas de ofta kommunicera med och genom diplomater. Men för att ha en chans att på riktigt ändra något i landets rättsordning på ett positivt sätt krävs att man kommunicerar direkt med dem som faktiskt sysslar med rättskipning och offentlig förvaltning samt de viktiga tjänstemännen i inte minst justitie- eller inrikesdepartement. För att kunna göra detta krävs, i sin tur, att det finns vissa gemensamma värderingar, ett "språk" som yrkesprofessionella kan tala med varandra. Ytterligare förutsättningar för en lyckad dialog är — förstas — att denna professionella dialog uppmuntras, eller åtminstone inte motarbetas, av den politiska makteliten med dessa intressen ofta präglade av klientelism.

Men förutsättningarna är bättre såvitt gäller de flesta av staterna som är medlemmar i Europarådet. Här har som regel den politiska makteliten ett intresse av en välfungerande offentlig förvaltning och accepterar självständiga domstolar. Kommunikationerna behöver inte gå igenom utrikesministerierna utan en dialog tillåts uppstå direkt mellan de internationella experterna och tjänstemän och den berörda statens expertis. Dessutom finns det gemensamma europeiska värderingar att bygga på

— i synnerhet de som kommer till uttryck i Europadomstolens praxis och de rättsstatliga principerna.

Man ska dock inte tro att det faktum att ett yttrande har begärts av en stat är en garanti för att regeringen är genuint intresserad av det svar som den får. Ibland har en regering begärt ett yttrande från kommissionen som en följd av internationella påtryckningar, t.ex. från EU eller från Europarådets generalsekreterare. Flera av de yttranden som Ungern har begärt sedan 2010 faller inom denna kategori. När en rapport har "tvingats" på en regering på ett sådant sätt, finns det sällan ett intresse att rätta sig efter kritik i rapporten på något meningsfullt sätt. När det gäller andra beställare kan man säga att OSSE eller EU-kommissionen sällan beställer ett yttrande. Däremot antar Venedigkommissionen ganska ofta gemensamma yttranden tillsammans med OSSE:s organ för demokratiska institutioner, ODHIR. EU-kommissionen stödjer också kommissionens arbete på olika sätt, bland annat genom att finansiera olika insatser och genom att uppmuntra kandidatländer att vända sig till kommissionen för dess råd i olika frågor. Detta ömsesidiga förhållande är en av nycklarna bakom Venedigkommissionens framgångar.⁶

Europarådets ministerkommitté och Europarådets kongress för lokala och regionala organ begär yttranden ibland, men vanligare är att yttranden begärs från den parlamentariska församlingen, i synnerhet ifrån dess kommitté för juridiska ärenden och mänskliga rättigheter och den s.k. monitoringkommittén, som övervakar hur medlemsländerna efterlever sina åtaganden. Även kommittén för politiska ärenden begär ibland yttranden. Mellan 5–15 allmänna studier eller rapporter angående ett visst lands lagstiftning som antas varje år utgår från den parlamentariska församlingen. Medlemsstaterna i Europarådet måste tåla att den parlamentariska församlingen kan beställa en detaljerad expertgranskning av viss lagstiftning. Så förekom 2012 fem sådana rapporter beträffande ryska respektive ungerska lagar. Denna ordning är ovanlig i internationella sammanhang.

Ytterligare en nyckel till kommissionens framgångar är dess flexibilitet. Kommissionen har en halv-autonom status inom Europarådet, som underlättar skyndsamma reaktioner på politiska kriser. När ett yttrande har begärts sätter sekretariatet snabbt ihop en arbetsgrupp. Arbetsgruppens sammansättning beror på ämnet, medlemmarnas expertis och språkkunskaper samt deras kunskaper om olika rättskulturer. När det gäller yttranden om ett visst land, besöker arbetsgruppen nästan alltid landet ifråga. Där försöker man träffa inte bara stats tjänstemän och ansvariga ministrar utan även företrädare för ett brett spektrum av olika intressen såsom den politiska oppositionen, advokat kåren, NGOs etc. Lo-

⁶ För en kort diskussion, se Hoffmann-Riem, W., *The Venice Commission of the Council of Europe — Standards and Impact*, *The European Journal of International Law* (2014) Vol. 25 no. 2 s. 579.

kalt NGO-material är ofta mycket användbart. En bred tillgång till källor motverkar att kommissionen blir en bricka i ett internt politiskt spel. Arbetsgruppen sätter sedan ihop ett utkast till yttrande. Detta utkast ska distribueras till medlemmarna och den berörda regeringen minst två veckor innan plenarsessionen som hålls fyra gånger per år i Venedig. Dagen innan plenarsessionen diskuteras yttrandet i regel på ett förberedande möte i en s.k. sub-commission. På detta möte, får medlemmar lägga fram förslag på tillägg och ändringar, som oftast antas. Sedan presenteras utkastet på plenarsessionen. Representanter för regeringen och ibland även den politiska oppositionen i landet ges ett tillfälle att kommentera utkastet och rätta till eventuella sakfel. Sedan antas yttrandet av plenarsessionen. Det är ett vanligt påstående att kommissionen aldrig skulle ha haft de framgångar den har haft om den sammanträdde i Birmingham: Venedigs attraktionskraft och den pampiga inramningen i Scuola Grande di San Giovanni Evangelista, kommissionens arbetsplats, bidrar inte bara till ledamöternas villighet att ställa sina kunskaper till förfogande utan också till ministrars och andra regeringsföreträdares villighet att överhuvudtaget utsätta sig för kommissionens granskning.

Kommissionen tenderar att redovisa sin kritik utförligt, tydligt och klart men i ett diplomatiskt tonläge. Kommissionen försöker alltid redogöra för olika alternativa lösningar som kan uppnå de syften som ligger bakom ett lagförslag. Europadomstolens praxis är nästan alltid utgångspunkten för kommissionens förslag, men Europakonventionen, det måste man komma ihåg, utgör endast en minimistandard (jfr EKMR artikel 53).⁷ Kommissionen använder dessutom goda exempel från andra europeiska länder, dvs. "good practices".

Detta är också en viktig faktor bakom kommissionens framgångar. Ambitionen är inte att direkt harmonisera lagstiftning i konstitutionella frågor. Det finns sådana variationer av konstitutionella system bland Europarådets medlemmar att det inte är möjligt att tala om "en europeisk modell". Kommissionen försöker föreslå flera alternativa lösningar och redogör för fördelar och nackdelar med dessa. Detta arbetssätt underlättar för det berörda landet att ta till sig kritiken. Den underlättar också för medlemmarna i arbetsgruppen att komma överens. Medlemmarna har ett öppet och professionellt sätt att närma sig granskningsarbetet och kommer oftast förhållandevis snabbt överens om vad som är bristerna i den konkreta lagen eller lagförslaget. Däremot skulle diskussionerna riskera att bli ändlösa om arbetsgruppen var tvungen att föreslå bara en lösning, en "minimum europeisk standard".⁸

⁷ För en diskussion av förhållandet mellan Venedigkommissionen och Europadomstolen se Hoffmann-Riem, a.a.

⁸ Vi kan illustrera denna tes: en — allmänt respekterad bör det betonas — medlem från ett visst europeiskt land (vi tänker inte berätta vilket) betonade under diskussionerna i en plenarsession, på fullt allvar, att den förlagna regleringen i ett utkast till yttrande omöjli-

Kommissionen arbetar, m.a.o., med ett mjukt maktmedel: rationell övertalning. Däri ligger dess styrka och svaghet. Om det inte finns något intresse från regeringens sida att lyssna, är kommissionens möjligheter att påverka begränsad. En kritisk rapport kan ändå ha en viss effekt. Den kan stärka den politiska oppositionens röst i en viss fråga, eller ligga till grund för senare politiska påtryckningar från EU-kommissionen — något som kan fungera bra med EU-kandidatländer, såsom nu Serbien, men tyvärr knappast alls med länder som redan är EU-medlemmar. Den sorgliga utvecklingen i Ungern sedan 2010 visar den strukturella svagheten i EU:s MR-skydd. Den ungerska regeringen har anklagats för att ha skapat en autokratisk stat som har behållit en fasad av att vara en demokrati.⁹ Det ligger mycket i denna kritik. Kommissionens mycket kritiska rapporter om ungerska lagändringar har inte lett till så stora framgångar i form av signifikanta ändringar i dessa lagändringar. Däremot har dessa kritiska rapporter ändå haft en viss betydelse, eftersom de motverkar den ungerska regeringens rökråd, eller tar bort en ”legalitetsfernissa” som den annars kunnat använda. Samma sak kan sägas om kommissionens i regel kritiska rapporter om MR-tillståndet i en ännu mer autokratisk medlemsstat i Europarådet, Azerbajdzjan. Men lagar av god kvalitet är endast en del av en rättsstat. Mycket förenklat kan man säga att för att bra lagar ska fungera krävs bra institutioner, och för att skapa och upprätthålla dessa krävs en god politisk kultur i landet. Ett rådgivande internationellt organ som kommissionen kan inte avhjälpa allvarliga brister i ett lands politiska kultur.¹⁰

5 Resultaten av kommissionens arbete i ett svensk användarperspektiv

5.1 Innehållet på kommissionens webbplats

Kommissionens webbplats med adress www.venice.coe.int innehåller grundläggande information om verksamheten och en nyhetsrapportering. Men viktigast är att den mängd av dokument som kommissionen under 25 år har publicerat, främst på engelska och franska, där finns tillgänglig för allmänheten i en överskådlig och lättarbetad arkiv- och sökstruktur.

Med detta webbarkiv som utgångspunkt ska här kommissionens arbete presenteras med några exempel från olika områden. Detta görs

gen kunde utgöra en europeisk standard i en viss fråga (som hade med valförfarandet att göra) eftersom hans eget land inte följde denna lösning.

⁹ Jfr Kornai, J., *Hungary's U-Turn*, 10 *Capitalism and Society* (2015).

¹⁰ Det finns dock också anledning att peka på att det finns ett symbiotiskt förhållande mellan politisk kultur och välfungerande rättsliga mekanismer och institutioner. Detta stöds bl.a. av ”Quality of Government”-projektet vid Göteborgs universitet, t.ex. Holmberg, S., Rothstein B. (red.), *Good Government — The Relevance of Political Science*, Edward Elgar Publishing, 2012. Se också Fukuyama, F., *The Origins of Political Order*, Farrer, Straus and Giroux, 2011 och Acemoglu D., Robinson J. A., *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Crown Business, 2012.

främst i syfte att illustrera den nytta en svensk jurist i sitt arbete kan ha av det mycket omfattande materialet och hur man praktiskt hittar till kommissionens dokument. Dessa förtecknas på olika sätt.

En del mera grundläggande dokument är av generell rättsutredningskaraktär. De kan också vara komparativa eller ha karaktär av riktlinjedokument. I en del fall uppdateras de för att hållas aktuella. Alla dessa har samlats under rubriken *Main documents*. Materialet är där indelat efter huvudkategorierna *Functioning of democratic institutions*, *Protection of fundamental rights* och *Elections, referendums and political parties*. Därefter förtecknas länkade dokument under olika underrubriker.

Som belysande exempel kan nämnas dokument med rubriker som: Rule of law, Role of the opposition in a democratic Parliament, Report on the Role of Extra-Institutional Actors in the Democratic System (Lobbying), Independence of the judicial system — Part I (judges), Independence of the judicial system — Part II (the prosecution service), Individual access to constitutional justice, Democratic oversight of the security services and report on democratic oversight of signals intelligence agencies, Counter-terrorism measures and human rights, Private military and security firms and erosion of the state monopoly on the use of force, Guidelines on the legal personality of religious or belief communities, Guidelines on freedom of association och Referendums in Europe — an analysis of the legal rules in European States.

En annan sökväg utgår från sökordet *Compilations of Studies and Opinions*. Under den rubriken ligger en del uppdaterade samlingsdokument på olika teman, såsom bl.a. om domare och domstolar, rättigheter såsom förenings- och demonstrationsfrihet, ombudsmannainstitutioner samt skyddet för nationella minoriteter.

Huvuddelen av yttranden gäller lagförslag från medlemsländerna, främst de länder som blivit medlemmar i Europarådet efter 1990. För att komma in i den stora massan av *Opinions* och *Studies* kan man göra sökningar utifrån ämnesindelning under rubriken *Documents by topic* eller efter land, *Documents by countries*.

Det bör framhållas att många ärenden gäller lagförslag som rör konstitutionella aspekter och andra rättsliga frågor kring domstolsväsendet och de enskilda domarnas förhållanden. Här finns material som bör beaktas även här i Sverige.

5.2 Några dokument till närmare belysning av kommissionens arbete

Här ska tre dokument presenteras till innehållet. Presentationerna är tänkta att ge en exemplifierande belysning av hur kommissionens dokument är uppbyggda och vad man kan finna för information i dem. Ytterligare exempel finns i ett av Sieps publicerat seminarieunderlag.¹¹

¹¹ Torbiörn, Kjell M., *Venedig-kommissionen ger råd om politikens spelregler*, se www.sieps.se/sites/default/files/Venedigkommissionen_1.pdf.

a) Yttrande- och föreningsfrihet för domare

Kommissionen får ibland förfrågningar från främst författningsdomstolar som rör olika rättsfrågor som aktualiserats i ett visst mål hos domstolen. Kommissionen kan då avge ett s.k. *Amicus Curiae Brief*. I ett sådant svar berörs inte det konkreta fallet utan kommissionen begränsar sig till att lämna en generell rättsutredning. I ett aktuellt ärende har den Inter-amerikanska rättighetsdomstolen ställt frågor till kommissionen om yttrandefriheten för domare. Bakgrunden var ett fall där domstolen ska ta ställning till att fyra domare i Honduras avskedats på grund av deltagande i en förenings verksamhet där de gjort offentliga ställningstaganden i frågan om ett regimskifte skett i legitima former eller inte.

I Venedigkommissionens rapport, CDL-AD(2015)018, lämnas en kort komparativ redogörelse för förhållandena i de europeiska staterna. Där konstateras att nästan samtliga medlemsländer saknar särskilda restriktioner för domare i fråga om det konstitutionella rättighetskyddet för yttrande- och föreningsfriheten. En närmare redogörelse för lagstiftning och rättstillämpning i Sverige, Tyskland och Österrike lämnas därefter. I det svenska bidraget hänvisas inte till någon rättspraxis men däremot till ett JO-beslut (2009-09-25; dnr 149-2009 m.fl.). JO-beslutet gällde en tjänsteman vid Migrationsverket som förflyttats till en lägre befattning efter yttranden på Internet i politiska frågor, en förflyttning som enligt JO utgjorde en repressalieåtgärd. JO gjorde i ärendet principiella uttalanden om utrymmet för ingripanden. JO påpekade att principen att en tjänstemans offentligt uttalade åsikter är en privatsak inte torde kunna upprätthållas fullständigt undantagslöst. Man måste räkna med att exempelvis en beslutsfattare, vars personliga åsikter tilldragit sig uppmärksamhet, i allmänhetens ögon kan framstå som mindre lämpad att handlägga vissa typer av ärenden och att detta någon gång kan ge en myndighet rätt att vidta åtgärder. Det handlar då om att förebygga förtroendeskador av ungefär samma slag som de som riskerar att uppkomma vid jävsförhållanden.

JO erinrade om att kravet på att myndigheter ska vara opartiska i likhet med skyddet för yttrandefriheten är upptaget i grundlagen (1 kap. 9 § RF). Det rör sig därmed om konstitutionellt jämställda intressen, som vid en konflikt får vägas mot varandra. Om en sådan avvägning resulterar i att en tjänstemans offentliga yttranden bör ge upphov till åtgärder från myndighets sida får dessa givetvis inte vara mer ingripande än vad som är oundgängligen nödvändigt för att hantera den intressekonflikt som uppkommit.

Vidare hänvisas till ett JK-beslut (2011-09-20; dnr 5394-10-31) som också rörde frågan om repressalieförbudet och dess gränser i anledning av yttranden av statstjänstemän.

Slutligen nämns ett avgörande av Statens ansvarsnämnd (2015-05-13; dnr Å 3/2015) där en domare varnats av nämnden för ett uttalande på

sin privata Facebooksida. Uttalandet innehöll bl.a. kritik av en advokat som uppträtt som ombud i ett mål vid domstolen som en annan domare handlagt.

Från Tyskland och Österrike redovisas i rapporten några domstolsavgöranden som belyser de generella principerna, bl.a. från den tyska författningsdomstolen.

Därefter genomgås Europadomstolens i Strasbourg praxis på området. Här nämns kända avgöranden som bl.a. *Vogt v. Tyskland* om en lärares medlemskap i det kommunistiska partiet och *Handyside v. Storbritannien* med ett uttalande om att bl.a. den offentliga tjänstens särskilda natur fordrar att en tjänsteman är bunden av "a duty of loyalty and discretion" som ska beaktas vid bedömningen av utrymmet för yttrandefrihet för offentliga tjänstemän. I fråga om just domare hänvisas dock även till *Harabin v. Slovakien* (62584/00, 29 June 2004) där domstolen uttalar att ingripanden mot en domares yttrandefrihet med hänsyn till maktindelningens princip och betydelsen av domstolarnas oavhängighet "calls for close scrutiny".

Enligt kommissionen får man vid bedömningen av proportionaliteten av ett ingripande mot en domares yttrandefrihet inom ramen för begränsningsgrunderna i Europakonventionens art. 10 punkt 2 fästa särskild uppmärksamhet vid 1) typen av domarbefattning, 2) innehållet i yttrandet, 3) det sammanhang i vilket yttrandet fällts, 4) sanktionernas natur och allvarlighetsgrad samt 5) tillvaratagandet av processuella skyddsregler.

Härefter presenteras ett antal rättsfall under olika rubriker om de olika nyss nämnda förhållanden som angetts vara av särskild vikt bl.a. med hänvisning till det viktiga målet *Baka v. Ungern* som rör den tidigare ordföranden i Högsta domstolen, ett mål som nu ligger under behandling i domstolens storkammare. Även målet *Willie v. Lichtenstein* tas upp.

Yttrandet avslutas med kommissionens sammanfattande slutsatser.

b) Oppositionens roll i ett demokratiskt parlament

En del studier ligger på gränsen mellan konstitutionell rätt och statsvetenskap. Ett exempel är *Report on the role of the opposition in a democratic parliament*, CDL-AD(2010)025. I ett 35-sidigt dokument analyseras den parlamentariska oppositionens roll och funktion och på vilka olika sätt opposition och minoritetspartier regleras och skyddas rättsligt.

Kommissionen pekar, efter en utförlig komparativ genomgång, sammanfattningsvis bl.a. på att det finns vissa kategorier av rättigheter för den parlamentariska oppositionen och minoritetspartiers rättigheter som är särskilt viktiga och bör vara allmänt erkända. Dessa är 1) processuella rättigheter för deltagande, 2) särskilda rättigheter för tillsyn och kontroll av regeringen, 3) vetorätt eller möjlighet att fördröja vissa

beslut av särskilt grundläggande karaktär, 4) rätt att kräva översyn av författningen och 5) skydd mot förföljelse och övergrepp.

Slutligen erinrar kommissionen om att dess egen existens baseras på tanken att demokrati kan och bör främjas och skyddas genom lag. Att rättsligt reglera vissa rättigheter för den parlamentariska oppositionen och minoritetspartier är en kärnfråga i detta avseende. Samtidigt är den viktigaste faktorn för att säkerställa en god parlamentarisk demokrati en tolerant och mogen politisk tradition och kultur, enligt vilken den styrande fraktionen inte missbrukar sin makt för att undertrycka oppositionen och att oppositionen för sin del ingriper aktivt och konstruktivt i de politiska processerna.

c) Ungern

Som redan nämnts har kommissionen under senare år yttrat sig över ett stort antal förslag från Ungern om lagändringar på det konstitutionella området. Det har gällt bl.a. konstitutionens bestämmelser om medborgerliga rättigheter och lagstiftningsförfarandet samt lagbestämmelser om domare, domstolsorganisation och domstolsadministration, riksbanken och data- och mediaområdena. Regeringen som haft 2/3 majoritet i parlamentet har bl.a. sökt införa en mekanism för att begränsa möjligheterna till framtida lagändringar på viktiga områden genom en omfattande användning av s.k. organiska lagar där ändring ska fordra 2/3 majoritet. Samtidigt har författningsdomstolens befogenheter inskränkts.

Kommissionen har i ett av dessa ärenden, CDL-AD(2013)012, uttalat att kommissionen här ser ett mönster och att författningsändringarna drabbar författningsdomstolen på flera sätt, bl.a. genom att ett antal tidigare vanliga lagbestämmelser förts upp på konstitutionell nivå som en reaktion mot författningsdomstolens tidigare beslut. Ett problem med denna "konstitutionalisering" av vanliga lagregler är att författningsdomstolens normprövning av dessa nu upphöjda regler exkluderas. Kommissionen hänvisar till europeiska standarder, särskilt Europarådets stadga som ålägger en medlemsstat att upprätthålla demokrati, skyddet av mänskliga rättigheter och the rule of law samt framhåller att det ungerska parlamentets suveränitet därför är begränsad genom internationell rätt.

Utrymmet här medger inte en närmare presentation av de omfattande ärenden som rör Ungern. En fråga har tagits upp i det föregående nämligen Strasbourg-domstolens mål om Högsta domstolens ordförande, *Baka v. Ungern*. Här kan också hänvisas till kommissionens olika yttranden. Ett belysande exempel gäller konstitutionella frågor om en ungersk beskattninglagstiftning med flera aktörer: parlamentet, rege-

ringen och författningsdomstolen i Ungern samt Strasbourg-domstolen och Venedigkommissionen.¹²

6 Slutord

Material av det slag som Venedigkommissionen bidrar med har en ökande relevans även inom den svenska rättsordningen. Det finns anledning för svenska jurister — och inte bara de med internationella uppdrag — att även i det praktiska arbetet uppmärksamma kommissionens arbete. Detta arbete resulterar i dokument där en sorts gemensam "state of the art" för europeisk konstitutionell rätt presenteras och successivt fördjupas på område efter område.

Av avgörande betydelse är förstås att detta arbete, präglad av idén om en "rationell dialog", långsiktigt möter generell acceptans. Att här finns tunga orosmoln illustreras väl av kommissionens kritiska yttrande i fråga om konflikten kring Krim och den ryska hållningen i den frågan. Det yttrandet avgavs efter en framställning av Europarådets generalsekretärare.¹³

Ibland, som Krimfallet illustrerar, räcker det inte med endast dialog, utan man måste även använda påtryckningsmedel som ekonomiska sanktioner. Men om man vill långsiktigt ändra en politisk maktelits förhållningssätt i en viss fråga finns det egentligen inga alternativ till dialog. Att som Venedigkommissionen söka fortsätta ett arbete byggt på en rationell dialog framstår som en viktig och möjlig väg framåt i utvecklingen av gemensamma europeiska konstitutionella värden.

¹² Se Hirschfeldt, J., *Vad sägs om 98 % skatt på övre delen av avgångsersättningen?* i Blandade fång — En vänbok till Magnus Carlson, 2014. Artikeln finns även att läsa på johanhirschfeldt.wordpress.com.

¹³ Se Opinon on "whether the decision taken by the Supreme council of the autonomous republic of Crimea in Ukraine to organise a referendum on becoming a constituent territory of the Russian federation or restoring Crimea's 1992 Constitution is compatible with constitutional principles", CDL-AD(2014)002. Ukrainas konstitutionella reformer är en återkommande punkt på kommissionens dagordning.