

Anna Södersten*

EU och hoten mot rättsstaten

Sammanfattning

Under de senaste tio åren har EU:s kriser avlöst varandra. Den kris som nu pågår utmanar dock EU-samarbetet i en djupare mening. Det handlar om de senare årens hot mot rättsstaten, framför allt i Polen och Ungern.

Trots att mycket står på spel har EU inte lyckats vända utvecklingen. I fallet Polen har processen varit långdragen och resultatlös, och det har framför allt visat sig vara svårt att hantera hot av mer systematisk karaktär. Svårigheterna bottenar i att frågan berör den nationella suveräniteten som få andra områden gör. Krisen utmanar dessutom EU:s tradition att prioritera samstämmighet framför öppen kritik eller sanktioner.

Respekten för rättsstatens principer utgör grundläggande värden, är fundamental för att EU ska kunna fungera och skyddas av fördragen. I denna analys går författaren igenom de rättsliga medel och andra verktyg EU har till sitt förfogande och hur de har använts gentemot Polen. Hon preciserar också varför det är så viktigt att EU:s medlemsstater respekterar rättsstatens principer samt pekar på vidden av konsekvenserna av ett misslyckande från unionens sida.

Analysen avslutas med en diskussion om vad EU och övriga medlemsstater kan och bör göra i den rådande situationen, inte minst huruvida artikel 7 bör tillämpas.

1. Inledning

Under det senaste decenniet har EU präglats av flera olika kriser, däribland eurokrisen och flyktingkrisen. Många anses nu ha mattats av något. En av dem pågår dock fortfarande och ställer dessutom EU-samarbetet på sin spets i en djupare mening: den så kallade "rule of law"-krisen eller "krisen om rättsstaten".

När dessa frågor diskuteras är det idag främst Polen som står i fokus, men problem förekommer i en rad andra europeiska länder. Det handlar om domstolarnas oberoende av den politiska makten (t.ex. Polen och Ungern), efterlevnad

av demokrati (t.ex. Österrike), respekt för mänskliga rättigheter (t.ex. massutvisningarna av romer i Frankrike) och korruption (t.ex. Rumänien och Bulgarien). Problemen tenderar dessutom att sprida sig. Vad är det egentligen för hot som EU ställs inför? Vilka medel kan EU använda sig av för att komma tillrätta med problemen? Och hur söker EU hantera den senaste utvecklingen i Polen?

Rättsstaten anses utgöra grunden för den moderna liberala demokratin och således även grunden för EU-samarbetet. Betydelsen av rättsstatsprincipen betonades i september

* Forskare i juridik vid Sieps.

2017 av kommissionens ordförande Jean-Claude Juncker i det årliga talet om tillståndet i unionen:

The rule of law is not optional in the European Union. It is a must.

Att rättsstaten inte är ett fritt tillval framgår också av EU:s fördrag. Ett medel som ofta nämns och som kan användas när en medlemsstat har överträtt rättsstatsprincipen är den så kallade "atombomben" (engelska: "the nuclear option") i artikel 7.2 i EU-fördraget (hädanefter: FEU). Förfarandet kallas så eftersom det är det mest ingripande medel som EU har att tillgå. Det handlar om ett sanktionsförfarande och innebär i korthet att en medlemsstat riskerar att förlora rösträtten i rådet. Som denna text visar finns det dock både "mjukare" och effektivare medel att tillgå.

Att nå framgång har dock visat sig ytterst svårt för EU, trots att rättsstatsprincipen är fundamental för unionen och trots att EU har olika medel för att försvara rättsstaten. Förklaringen bör sökas i att EU:s tradition av samarbete och dialog öppet utmanas av länder som går emot en kärnprincip för EU, en princip som är grundläggande för att unionen ska kunna genomföra sin politik och agera internationellt.

Det är alltså avgörande att lösa den konflikten – frågan är bara hur. För att hitta bästa framkomliga väg ska vi titta närmare på hur EU:s redskap fungerar och hur unionen har hanterat situationen i Polen.

Avsnitt 2 i denna text förklarar kortfattat vad begreppet rättsstat innebär. Avsnitt 3 beskriver hur rättsstatens princip framgår av EU:s fördrag och vilken betydelse den har för EU-samarbetet. Avsnitt 4 redogör för de medel som EU har för att tillrättavisa medlemsstater som inte respekterar rättsstatens princip: kommissionens så kallade ram, förfarandena i

artikel 7, överträdelseförfarandet samt några alternativa förfaranden. Avsnitt 5 behandlar situationen i Polen och vad EU har försökt göra för att komma tillrätta med problemen i denna medlemsstat. Avsnitt 6 innehåller slutligen en kort diskussion om varför det har visat sig vara så svårt att komma tillrätta med problemen, men framför allt vad som kan göras i framtiden.

2. Vad innebär rättsstatens princip?

Begreppet rättsstat kan härledas tillbaka till Aristoteles (384–322 f.Kr.) och har därefter diskuterats av en rad olika rättsfilosofer.¹ Det är dock inte fråga om något enhetligt begrepp, och inom rättsfilosofin finns det ingen entydig definition av begreppet rättsstat. Det engelska begreppet *rule of law* anses till exempel ha en annan betydelse än det tyska *Rechtsstaat*. Kortfattat kan man därför säga att rättsstaten egentligen består av flera olika principer som syftar till att reglera utövandet av offentlig makt. Exakt vilka principer som betonas varierar från en tid till en annan, från ett samhälle till ett annat, och från en rättskultur till en annan.²

Begreppet rättsstat anses emellertid ha en hård "kärna" av beståndsdelar som rättsvetare och rättsfilosofer är överens om. Denna hårda kärna formulerar EU:s institutioner med hjälp av rättspraxis från EU-domstolen och Europadomstolen och av dokument upprättade av Europarådet.³ Enligt EU:s institutioner kan rättsstaten således brytas ner i beståndsdelarna legalitetsprincipen (vilken kräver att offentlig makt ska utövas under lagarna), möjlighet att utkräva ansvar, förekomst av en demokratisk process, rättslig förutsebarhet, förbud mot godtycklighet, oberoende och opartiska domstolar samt möjlighet till effektiv rättslig prövning, vilket innefattar respekten för grundläggande rättigheter och likhet inför lagen. När EU uttalar att en medlemsstat inte respekterar rättsstaten är det således någon eller några av dessa beståndsdelar som inte respekteras.⁴

¹ För en översikt, se Jeremy Waldron, "The Rule of Law", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2016), Edward N. Zalta (red.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>.

² Ang. att det förekommer viss variation på nationell nivå, se Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet: En ny EU-ram för att stärka rättsstatsprincipen, KOM/2014/0158 slutlig. Se även Kaarlo Tuori, "Rättsstatsbegreppet: polemik och paradox," Festskrift till Åke Frändberg, Iustus, 2003, s. 289.

³ Se t.ex. Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet, En ny EU-ram för att stärka rättsstatsprincipen, KOM/2014/158 slutlig.

⁴ Aktörer såsom Venedigkommissionen (formellt Europeiska kommissionen för demokrati genom lag) har sökt bena ut begreppets beståndsdelar. Venedigkommissionen har upprättat en så kallad *rule of law checklist* som ska uppdateras i takt med den rättsliga utvecklingen (Rule of Law Checklist, Strasbourg, 18 March 2016, Study No. 711/2013). Venedigkommissionen är ett rådgivande organ inom Europarådet. Det bör noteras att Europarådet är en mellanstatlig internationell organisation som inte ska förväxlas med Europeiska rådet (som är en EU-institution bestående av stats- och regeringscheferna i EU). Ang. Venedigkommissionens arbete, se Iain Cameron och Johan Hirschfeldt, "Om Venedigkommissionen – uppdrag, arbetsätt och resultat", Svensk Juristtidning 100 år, Författarna och Iustus Förlag AB, 2016; och Hirschfeldt, "Europarådet och skyddet för den demokratiska rättsstaten," i *Hoten mot rättsstaten i Europa*, Anders Mellbourn (red.), s. 122–166, Falun: Premiss förlag, 2017.

Det finns alltså inte någon allmän definition av begreppet rättsstat och det finns inte heller någon definition i EU:s fördrag. Som beskrivs nedan betonar fördragen trots det att begreppet är centralt för EU-samarbetet. Varför har egentligen rättsstaten så stor betydelse för EU?

3. Rättsstaten i EU:s fördrag

Både EU och dess medlemsstater måste respektera EU:s värden.⁵ Bland dessa värden, som är uppräknade i artikel 2 i EU-fördraget (härefter FEU), återfinns rättsstaten:

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

Alla dessa uppräknade värden är centrala, men rättsstaten kan sägas utgöra en överordnad princip. Utan möjlighet till effektiv rättslig prövning (vilket utgör en del av rättsstaten) kan till exempel inte värdet icke-diskriminering upprätthållas. Rättsstaten utgör därmed en förutsättning för EU-samarbetets existens.

Vikten av rättsstaten betonas också i ingressen till EU-fördraget och den tillhörande EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna. Vidare är rättsstaten ett rättesnöre i EU:s internationella verksamhet; EU ska sträva efter att föra fram rättsstaten i resten av världen.⁶

Dessa hänvisningar till rättsstaten utgör inte endast programförklaringar, utan ställer upp rättsliga krav för både befintliga medlemsstater och stater som vill bli EU-medlemmar. För befintliga medlemsstater gäller de förfaranden som framgår av artikel 7 FEU (och som kommer

att diskuteras mer i detalj nedan). För stater som önskar bli EU-medlemmar gäller enligt artikel 49 FEU att de respekterar och främjar rättsstaten.⁷ Båda fördragsartiklarna hänvisar till artikel 2 FEU.

Varför anser EU att det är problematiskt när en av medlemsstaterna inte respekterar rättsstaten? Man kan tänka sig åtminstone fem skäl:

1. Överträdelse påverkar EU:s lagstiftningsprocess; stora delar av EU-samarbetet förutsätter ömsesidig respekt och förtroende mellan medlemsstaterna.
2. Överträdelse påverkar ömsesidigt erkännande av domar från nationella domstolar (ett exempel är den europeiska arresteringsordern som bygger på att medlemsstaterna har förtroende för varandras rättssystem).
3. Överträdelse påverkar inte bara medlemsstatens egna medborgare, utan även EU-medborgare som bor i den aktuella medlemsstaten.⁸ Genom principen om fri rörlighet för personer finns det alltså ett så kallat gränsöverskridande element som gör det nödvändigt att alla medlemsstater respekterar rättsstaten.
4. EU ska som nämnts även sträva efter att sprida idén om rättsstaten internationellt. Detta arbete som ”normexportör”⁹ blir inte trovärdigt om EU:s egna medlemsstater inte respekterar rättsstaten.
5. På ett djupare plan kan man säga att rättsstaten utgör en del av EU:s identitet. Om den inte respekteras hotas därför EU som projekt.

Det är alltså av yttersta vikt att EU:s medlemsstater respekterar rättsstaten.¹⁰ Samtidigt ska EU, enligt artikel 4.2 FEU, respektera medlemsstaternas ”nationella identitet som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer”. Här tycks det alltså finnas en spänning mellan den nationella identiteten och upprätthållandet av rättsstatsprincipen: Å ena sidan ska EU respektera medlemsstaternas nationella identitet, å andra sidan ska

⁵ Se artikel 3.1 FEU som stadgar att EU ska ha som mål att främja sina värden och artikel 13.1 FEU som stadgar att EU ska ha ”en institutionell ram med syfte att främja dess värderingar.”

⁶ Se artikel 21.1 FEU.

⁷ Denna bestämmelse infördes genom Amsterdamfördraget 1999. Det betyder att 15 av 28 medlemsstater (27 efter Brexit) blev EU-medlemmar utan detta villkor. Bestämmelsen infördes dock samtidigt med artikel 7 som stadgar att EU:s institutioner kan utfärda rekommendationer och utfärda sanktioner. Se Erik Wennerström, ”Rättsstat och rättssäkerhet i EU”, SvJT, 2007 s. 27.

⁸ Laurent Pech och Kim Lane Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies (kommande).

⁹ Om EU som normexportör, se t.ex., Marise Cremona, ”Values in EU Foreign Policy”, i P. Koutrakos och M. Shaw (red.), *Beyond the Established Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, 2011.

¹⁰ För en mer utförlig diskussion, se Carlos Closa, ”Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law,” i *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Carlos Closa och Dmitry Kochenov (red.), s. 13–35.

medlemsstaterna (och EU) respektera rättsstaten. Man skulle kunna hävda att respekten för den nationella identiteten betyder att medlemsstaterna själva får välja definition av rättsstaten. Invändningen är dock att rättsstatsprincipen snarare bör ses som den yttersta gränsen för vad som kan accepteras som variationer av den nationella identiteten. Det är en gräns som medlemsstaterna ska anses ha accepterat genom att ha ingått EU:s fördrag. Rättsstatsprincipen är således överordnad den nationella identiteten – den är en förutsättning för att EU ska fungera.

Rättsstaten betonas alltså i EU:s fördrag eftersom den är central för EU-samarbetet. Trots det bevitnar vi nu en nedmontering av rättsstaten i en rad medlemsstater. I förlängningen innebär denna nedmontering ett hot mot EU. Vilka medel kan då EU använda sig av för att tillrättavisa medlemsstater som inte respekterar rättsstaten?

4. EU:s medel för att komma tillrätta med hot mot rättsstaten

Som tidigare nämnts talas det mycket om förfarandet i artikel 7 FEU (the "nuclear option") som innebär att en medlemsstat riskerar att förlora rösträtten i rådet. Det kan beskrivas som det mest ingripande förfarande som kommissionen har att tillgå mot en medlemsstat. Artikel 7 har aldrig tillämpats, men vid flera tillfällen har dock röster höjts för att så ska ske. Ett exempel är när det avslöjades att flera EU-medlemsstater drev hemliga fångelser i samarbete med amerikanska CIA i dyningarna efter den 11 september 2001. Orsaken till att artikel 7 inte har tillämpats anses vara att

1. denna fördragsartikel är svår att aktivera, dvs. att beslutskraven i EU:s institutioner (rådet och Europaparlamentet) är för högt ställda, och
2. en tillämpning kan bli politiskt kontraproduktiv, dvs. situationen i medlemsstaten ifråga riskerar snarare att förvärras och slå bakut eftersom effekten är för "stark".¹¹

På grund av svårigheterna med att tillämpa artikel 7 upprättade EU år 2014 ett par nya mekanismer: kommissionens ram för rättsstatsprincipen och rådets dialog med medlemsstaterna. Frågan är dock om dessa nya mekanismer verkligen är effektiva eller om de är för "mjuka". Det gamla överträdelseförfarandet ("fördragsbrottsförfarandet") är ytterligare ett alternativ. Problemet är att det inte tar sikte på helhetsproblematiken ("systemet") utan endast en specifik del. Det finns dock ytterligare några alternativ som EU kan ta till. Den övergripande frågan är om EU:s medel är tillräckliga för att komma tillrätta med hot mot rättsstaten.

4.1 Kommissionens ram för rättsstatsprincipen

Europeiska kommissionens ram för rättsstatsprincipen utgör ett första steg som EU kan ta för att tillrättavisa en medlemsstat som kränker rättsstatsprincipen.¹² Syftet är detsamma som med artikel 7: att komma åt hot av så kallad systemnatur.¹³ Ramen upprättades år 2014 eftersom det ansågs finnas behov av ett instrument som var av mjukare karaktär än det mer "hårda" artikel 7-förfarandet.¹⁴ Kommissionens ram är därför ett komplement till förfarandet i artikel 7 FEU (se avsnitt 4.2). Till sin form liknar ramen det så kallade överträdelseförfarandet (se avsnitt 4.3): både ramen och överträdelseförfarandet handlar om dialog mellan kommissionen och medlemsstaten ifråga. Men till skillnad från överträdelseförfarandet kan EU-domstolen inte bli inkopplad.

Ramen utgörs av ett dialogbaserat förfarande som innefattar tre steg från kommissionens sida: bedömning, rekommendation och uppföljning. I det första steget samlar kommissionen (på eget initiativ) in information och söker utröna om det finns tecken på systemhot mot rättsstaten. Om kommissionen anser att det föreligger sådana hot inleder kommissionen en dialog med den berörda medlemsstaten. Kommissionen

¹¹ Se Dimitry Kochenov och Laurent Pech, "Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction," *Fondation Robert Schuman, European Issues* N°356, 2015.

¹² Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet, En ny EU-ram för att stärka rättsstatsprincipen, KOM(2014) 158 slutlig. Ministerrådets rättstjänst hävdade i ett yttrande år 2014 att kommissionens ram saknade rättslig grund (doc. 10296/14). Kommissionen uttalar dock att den "innebär inte och gör heller inte några anspråk på nya befogenheter för kommissionen, men synliggör hur kommissionen utövar sin roll i enlighet med fördragen."

¹³ Vad gäller detta begrepp hänvisar kommissionen till de förenade målen C-411/10 och 493/10, *N.S.*, EU:C:2011:865, punkterna 94 och 106, och mål C-4/11, *Tyskland mot Kaveh Puid*, EU:C:2013:740, punkt 36.

¹⁴ Kommissionens dåvarande ordförande José Manuel Barroso, "Tillståndet i unionen 2012," tillgängligt här: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_sv.htm.

skickar sedan ett motiverat yttrande om rättsstatsprincipen till medlemsstaten, som får möjlighet att svara. Den information som framkommer i dialogen är hemlig men det faktum att kommissionen har avgett ett yttrande blir offentligt.

Om medlemsstaten inte avhjälper problemen eller inte har svarat på ett tillfredsställande sätt utfärdar kommissionen i ett andra steg en rekommendation om rättsstatsprincipen. Kommissionen ger en tidsfrist och anger hur medlemsstaten ska åtgärda problemen. Medlemsstaten måste informera kommissionen om de åtgärder som vidtas. Till skillnad från yttrandet i det första steget offentliggörs kommissionens rekommendation i sin helhet.

I det tredje och sista steget sker en uppföljning av kommissionens rekommendation. Om medlemsstaten inte har följt rekommendationen på ett tillfredsställande sätt kommer kommissionen att överväga att gå vidare till artikel 7 FEU-förfarandet.

Inom kommissionens ram för rättsstatsprincipen står alltså dialog mellan kommissionen och medlemsstaten ifråga i centrum. Förfarandet är "mjukt" till sin karaktär och kan inte leda till sanktioner. Som vi ska se i beskrivningen av fallet Polen nedan har ramen dock inte haft någon effekt.

4.2 Artikel 7 FEU

Om kommissionens ram inte ger resultat kan man gå vidare till nästa steg: artikel 7 FEU.¹⁵ Denna fördragsartikel anses ta sikte på "systemhot" eftersom den hänvisar till värdena (eller principerna) i artikel 2 FEU (som i sin tur kan sägas utgöra "systemet", dvs. de värden eller principer som EU grundar sig på). Artikel 7 tillåter därför EU att agera även då medlemsstater utövar befogenhet som är reserverad för medlemsstaterna.¹⁶ Artikel 7 har som nämnts aldrig tillämpats.

Till skillnad från överträdelseförfarandet (som beskrivs kort nedan) handlar artikel 7 inte om att en medlemsstat har brutit mot någon specifik bestämmelse, utan mot en princip, en värdering (dvs. rättsstaten).¹⁷ Både artikel 7 och

kommissionens ram kan därför användas på ett bredare sätt än överträdelseförfarandet, vilket innebär ett större utrymme för tolkning och diskussion. Det innebär också att förfarandet i artikel 7 är mer politiskt till sin karaktär än överträdelseförfarandet, som kan anses som mer rättsligt. Denna skillnad avspeglas i frågan om vilken instans som har sista ordet. I artikel 7 är det de politiska institutionerna (dvs. kommissionen, rådet, Europaparlamentet och Europeiska rådet) som fattar beslut om att en överträdelse har skett. I överträdelseförfarandet är det EU-domstolen som har sista ordet.

Artikel 7 består egentligen av två olika förfaranden: det ena förfarandet benämns ofta som det "förebyggande förfarandet" (artikel 7.1) och det andra som "sanktionsförfarandet" (artikel 7.2). Det förebyggande förfarandet ska tillämpas då en överträdelse ännu inte har ägt rum. Kravet är endast att det föreligger en "klar risk" för att rättsstatsprincipen åsidosätts. Om en medlemsstat redan har "allvarligt åsidosatt" EU:s värden kan man alltså inte längre tala om en risk. Då är det inte längre det förebyggande förfarandet som ska tillämpas utan snarare sanktionsförfarandet. Det finns dock ingenting som tyder på att det förebyggande förfarandet måste tillämpas före sanktionsförfarandet.¹⁸ Om de rättsliga rekvisiten för sanktionsförfarandet är uppfyllda skulle det med andra ord vara möjligt att tillämpa det direkt. Av politiska skäl är det dock lättare att börja med det förebyggande förfarandet, som är "mjukare" i förhållande till sanktionsförfarandet.

4.2.1 Det förebyggande förfarandet – "naming and shaming"

Det förebyggande förfarandet i artikel 7.1 FEU går ut på att ministerrådet (som är sammansatt av ministrar från medlemsstaternas regeringar) ska slå fast att det finns "en klar risk för att en medlemsstat allvarligt åsidosätter" EU:s värden i artikel 2 FEU (och som nämnts räknas rättsstatsprincipen upp bland dessa värden).¹⁹ Eftersom det är fråga om ett utpekande (eller uthängning om man så vill) kan detta förfarande med rätta beskrivas som ett "naming and shaming"-förfarande.

¹⁵ Det finns emellertid ingenting som säger att EU inte skulle kunna inleda med artikel 7 FEU direkt och hoppa över kommissionens ram.

¹⁶ Jämför artikel 51 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.

¹⁷ Angående skillnaden mellan bestämmelser och principer, se Ronald M. Dworkin, "The Model of Rules" (1967). Faculty Scholarship Series. Paper 3609. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609

¹⁸ Se även Dimitry Kochenov och Laurent Pech, "Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction", Foundation Robert Schuman, Policy Paper, European Issues N°356, 2015.

¹⁹ Denna del av förfarandet infördes genom Nicefördraget (2003).

Som en del av detta förfarande får rådet också framföra rekommendationer till medlemsstaten.²⁰ Denna del är dock tämligen tändlös eftersom rekommendationer inte är rättsligt bindande.²¹ Samtidigt bör det betonas att det faktum att något är rättsligt bindande inte nödvändigtvis behöver betyda att det är mer effektivt. Vi återkommer till det resonemanget längre fram.

Förfarandet går till på följande sätt: Ett förslag att tillämpa det förebyggande förfarandet ska vara motiverat. Förslaget kan komma från en tredjedel av medlemsstaterna, från Europaparlamentet eller från kommissionen. På basis av detta förslag fattar rådet sedan beslut med en majoritet på fyra femtedelar av sina medlemsstater. Denna tröskel är relativt lågt ställd i förhållande till det så kallade sanktionsförfarandet där det krävs enhällighet i Europeiska rådet (som till skillnad från ministerrådet är sammansatt av medlemsstaternas stats- och regeringschefer). Europaparlamentet ska godkänna beslutet med två tredjedelar av de avgivna rösterna, som ska representera majoriteten av dess ledamöter.²² Innan rådet slår fast att det föreligger en klar risk för att en medlemsstat allvarligt åsidosätter rättsstatsprincipen ska medlemsstaten ifråga höras.

Det förebyggande förfarandet ska förmodligen anses som ett mer kraftfullt instrument än kommissionens ”ram” eftersom rådet är huvudaktören, dvs. medlemsstaternas regeringar. Det är med andra ord rådet som pekar ut en medlemsstat som inte följer rättsstatsprincipen. I den ovan beskrivna ramen är det istället kommissionen som är huvudaktören. Ett utpekande från kommissionen, som formellt sett är oberoende av medlemsstaternas regeringar, anses förmodligen inte lika allvarligt.

En viktig fråga är vilka följder förfarandet får. Internt kan förfarandet innebära tryck på en regering att ändra sitt beteende men situationen riskerar också att slå bakut och medlemsstaten kan vinna gehör för sitt agerande. Externt skulle man kunna tänka sig att en medlemsstat riskerar att drabbas ekonomiskt av att pekas ut formellt. Man skulle exempelvis kunna tänka sig att handel och utländska investeringar minskar.²³

Det förebyggande förfarandet handlar alltså ytterst om att peka ut (eller ”hänga ut”) en medlemsstat. Förfarandet är relativt ”mjukt” i förhållande till sanktionsförfarandet i artikel 7.2 men samtidigt mer kraftfullt än kommissionens ovan beskrivna ram. Tröskeln för tillämpning är som nämnts relativt lågt ställd. Av de alternativ som diskuteras i denna text verkar detta förfarande därmed ha störst möjlighet till framgång.

4.2.2 Sanktionsförfarandet – ”the nuclear option”

Sanktionsförfarandet (”the nuclear option”)²⁴ i artikel 7.2 FEU kan delas in i två delar. I den första delen slår Europeiska rådet fast att en medlemsstat ”allvarligt och ihållande” åsidosätter EU:s värden i artikel 2 FEU. Tröskeln för att tillämpa detta förfarande är hög. Europeiska rådet ska fatta sitt beslut med *enhällighet*. Det betyder att det räcker med att en enda medlemsstat inte är med på noterna för att beslutet inte ska kunna fattas. Den medlemsstat som är föremål för en sådan omröstning får dock inte rösta.²⁵ Den höga beslutströskeln innebär enligt vissa bedömare att förfarandet endast är avskräckande och är till för att användas i mycket extrema situationer (av typen statskupp).²⁶ Beslutskravet kan jämföras med det ovan

²⁰ Denna del av förfarandet infördes genom Lissabonfördraget (2009).

²¹ Se artikel 288 FEUE.

²² De omröstningsbestämmelser som gäller för Europaparlamentet, Europeiska rådet och rådet fastställs i artikel 354 FEUE.

²³ Det har visat sig att låg ranking vad gäller rättsstatsprincipen utförda av rankinginstitut kan ha negativ inverkan på utländska investeringar. Se R. Barro, ”Democracy and the Rule of Law”, i *Governing for Prosperity*, B. de Mesquite och H. Root (red.), New Haven: Yale University Press, s. 215 ff.

²⁴ Denna del av förfarandet infördes genom Amsterdamfördraget (1999). Begreppet ”nuclear option” myntades av kommissionens förra ordförande José Manuel Barroso i talet ”Tillståndet i unionen 2012”. Den svenska term som användes vid översättningen av detta tal var ”det radikala alternativ(er)”. I den svenska översättningen av talet 2013 användes dock termen ”det drastiska alternativet”.

²⁵ Det framgår av artikel 7.5 FEU samt artikel 354 FEUE.

²⁶ Se Dimitry Kochenov och Laurent Pech, ”Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission’s ’Pre-Article 7 Procedure’ as a Timid Step in the Right Direction,” *Fondation Robert Schuman, European Issues* N°356, 2015, s. 3.

beskrivna förebyggande förfarandet där rådet fattar beslut med en majoritet bestående av fyra femtedelar. Det är alltså betydligt lättare att tillämpa det förebyggande förfarandet än sanktionsförfarandet.²⁷

Till skillnad från det ovan beskrivna förebyggande förfarandet är det vid tillämpning av sanktionsförfarandet inte längre fråga om en *risk*, utan här har en överträdelse redan skett. Det krävs vidare inte bara att medlemsstaten "allvarligt åsidosätter" EU:s värden, utan även att åsidosättandet sker "ihållande". Till skillnad från det förebyggande förfarandet, där det är *ministerrådet* som tar beslut, är det vidare *Europeiska rådet* som fattar beslutet vid sanktionsförfarandet. Denna skillnad har ett visst symboliskt värde: Europeiska rådet, som är sammansatt av medlemsstaternas stats- och regeringschefer, kan sägas ha högre dignitet än ministerrådet som "endast" består av ministrar från medlemsstaternas regeringar. Att det just är Europeiska rådet som fattar beslutet betonar således situationens allvar.

Trots att detta förfarande ibland benämns som en bomb finns det även på denna nivå fortfarande möjlighet att lösa situationen genom dialog. Europeiska rådet ska uppmana den berörda medlemsstaten att framföra sina synpunkter. Innan själva sanktionen aktiveras finns det därmed möjlighet för medlemsstaten att korrigera och komma tillrätta med överträdelsen.

I den andra delen av sanktionsförfarandet går frågan vidare från Europeiska rådet till *ministerrådet* som ska fatta beslut om sanktioner. Det krävs alltså först att Europeiska rådet har fastställt att en överträdelse har skett för att ministerrådet ska kunna gå vidare i frågan. När rådet ska besluta om sanktionerna sänks beslutskravet: rådet fattar nu beslut med kvalificerad majoritet (till skillnad från då Europeiska rådet fastställer överträdelser – då fattas beslutet med enhällighet). När sanktionerna mot medlemsstaten upphävs eller ändras (dvs. "när den situation som ledde till att åtgärderna infördes har förändrats") används samma förfarande, alltså att rådet ska fatta beslut med kvalificerad majoritet.

Den sanktion som ska delas ut är inte på förhand fastställd. Av fördragstexten framgår bara att det handlar om att tillfälligt upphäva vissa av en medlemsstats rättigheter, inklusive rösträtten i rådet.²⁸ Rösträtten i rådet utgör därför endast en av flera möjliga typer av sanktioner. Det bör också nämnas att rådet måste visa på viss återhållsamhet och beakta följderna för fysiska och juridiska personer vid beslut om sanktioner.

Sanktionsförfarandet är alltså EU:s mest kraftfulla medel. Den höga beslutströskeln gör det emellertid nästintill omöjligt att tillämpa. Effekten av förfarandet är möjligen också för stark – förfarandet kan leda till att situationen i medlemsstaten eskalerar.

4.3 Överträdelseförfarandet

Ett alternativ till de ovan beskrivna förfarandena är att kommissionen inleder ett så kallat överträdelseförfarande, ibland benämnt fördragsbrottsförfarande (artikel 258 till 260 i funktionsfördraget, hädanefter: FEUF).²⁹ Ett sådant förfarande syftar till att hantera specifika situationer då en medlemsstat inte har uppfyllt en skyldighet enligt fördragen. Det kan också handla om skyldigheter som följer av sekundärrätten (dvs. direktiv, förordningar eller beslut). Ofta handlar överträdelseförfaranden om att en medlemsstat inte har införlivat ett direktiv korrekt eller i rätt tid. Det tillhör inte ovanligheterna att kommissionen inleder överträdelseförfaranden mot medlemsstater. Ett exempel på ett överträdelseförfarande som kommissionen har inlett mot Sverige rör vargfrågan. Mer specifikt handlade det om Sveriges genomförande av EU:s så kallade habitatsdirektiv.³⁰

Vid ett överträdelseförfarande inleder kommissionen först en dialog med medlemsstaten ifråga. Kommissionen översänder sedan en formell underrättelse till medlemsstaten om att ett överträdelseförfarande har inletts. Därefter avger kommissionen ett motiverat yttrande. Medlemsstaten får tillfälle att inkomma med synpunkter. Om medlemsstaten inte rättar sig efter yttrandet inom en viss angiven tid, får kommissionen föra ärendet vidare till EU-domstolen.

²⁷ Liksom vid det förebyggande förfarandet ska Europaparlamentet ge sitt godkännande, dvs. med två tredjedelar av de avgivna rösterna, som ska representera majoriteten av dess ledamöter. Förslaget om att väcka ett sådant beslut kan komma från en tredjedel av medlemsstaterna eller från kommissionen.

²⁸ Enligt artikel 7.3: "tillfälligt upphäva vissa av de rättigheter som den ifrågasvarande medlemsstaten har till följd av tillämpningen av fördragen, inbegripet rösträtten i rådet för företrädaren för den medlemsstatens regering."

²⁹ Kommissionen ska, som bekant, "säkerställa tillämpningen av fördragen och av de åtgärder som institutionerna antar i enlighet med fördragen" och "övervaka tillämpningen av unionsrätten" (artikel 17 FEUF).

³⁰ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter, EGT L 206/7 (Svensk specialutgåva: Område 15 Volym 011 s. 114–158).

EU-domstolen kan enligt artikel 260 FEUF fastställa att en överträdelse har ägt rum och kan kräva att medlemsstaten ska ”vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom”. Om kommissionen därefter anser att medlemsstaten inte har vidtagit sådana åtgärder, får kommissionen väcka en ny talan vid EU-domstolen. Denna talan kan utmynna i att domstolen ålägger medlemsstaten att betala böter.

För att tillämpa överträdelseförfarandet måste alltså medlemsstaten ha överträtt en specifik fördragsbestämmelse eller en specifik del av en sekundärrättsakt. Kommissionen kan därför hänvisa till att en medlemsstat inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 2 FEU, som ju handlar om att respektera rättsstaten. Det är dock omdiskuterat i vilken mån denna fördragsartikel verkligen ger upphov till rättsliga skyldigheter.³¹ Vissa hävdar därför att artikel 2 FEU är för vagt utformad. Det vanliga är istället att kommissionen pekar på andra specifika fördragsartiklar eller bestämmelser som en medlemsstat har överträtt. Och som vi ska se nedan är det snarare andra specifika bestämmelser än artikel 2 FEU som har tillämpats vid överträdelseförfaranden mot Polen och Ungern.

Trots att överträdelseförfaranden tar sikte på specifika regelbrott anses de knutna till ett bredare arbete att komma tillrätta med överträdelser av rättsstatsprincipen. Överträdelseförfarandet har dock inte visat sig vara tillräckligt effektivt när det gäller att komma åt överträdelser av systemnatur.

4.4 Alternativa förfaranden?

Vi har ovan diskuterat kommissionens ram, artikel 7 och överträdelseförfarandet. Kommissionens ram har visat sig verkningslös. Förfarandena i artikel 7 har aldrig tillämpats. Överträdelseförfarandet råder endast bot på specifika regelbrott och inte på brott av systemnatur, som är allvarligare. Vilka alternativ återstår när de ovan beskrivna medlen inte fungerar?

Vi kan inledningsvis konstatera att EU har mycket skarpare verktyg att ta till *innan* en stat blir EU-medlem än då en stat har blivit medlem. Respekt för rättsstaten utgör nämligen ett villkor för EU-medlemskap. Det ska dock sägas att Bulgarien och Rumänien fick träda in i EU år 2007 trots att det

fortfarande fanns en del att anmärka på vad gäller respekten för rättsstaten. Kommissionen inledde därför tidigt arbetet med att försöka förbättra situationen i dessa två länder. Trots att tio år nu har gått rapporterar kommissionen fortfarande varje år om vilka framsteg som har gjorts. Utvärderingarna kommer att upphöra när Bulgarien och Rumänien har nått sina mål, men kommissionen kritiserar fortfarande det svaga rättssystemet i dessa två medlemsstater. Några uppenbara påtryckningsmedel finns inte att tillgå inom ramen för denna utvärdering.

Ett annat förfarande är rådets och medlemsstaternas så kallade dialog om rättsstaten som upprättades år 2014. Dialogförfarandet äger rum en gång om året i ministerrådet (allmänna frågor).³² Medan kommissionens ram handlar om att komma tillrätta med överträdelser av rättsstatsprincipen handlar rådets dialog om att upprätthålla (och kanske i vissa fall upprätta) en rättsstatskultur. Förfarandet har beskrivits som än mer tandlöst än kommissionens ram eftersom de problem som förekommer i bland annat Polen och Ungern inte har synliggjorts; rådet och dess medlemsstater har också varit ytterst försiktiga i sin kritik av dessa båda länder.

Dialogen utvärderades under 2016. Inför en ny utvärdering 2019 diskuteras nu hur dialogen kan förbättras.³³ Ett förslag är att i samband med nästa utvärdering diskutera möjligheten till att göra om dialogen till en årlig så kallad ”peer review exercise”. Vad som avses är förmodligen att medlemsstaterna på ett mer ingående sätt ska kunna utvärdera varandra utifrån ett rättsstatsperspektiv. För att det ska få effekt kan man dock tänka sig att samtliga medlemsstater behöver vara än mer självkritiska än vad som är fallet inom ramen för det nuvarande dialogförfarandet.

Ytterligare ett alternativ som diskuteras för att komma tillrätta med hoten mot rättsstaten är att använda EU:s budget som påtryckningsmedel. I kommissionens ”diskussionsunderlag om EU:s framtida finanser”³⁴ från 2017 öppnar kommissionen upp för denna möjlighet. Enligt kommissionen finns det en ”tydlig koppling mellan rättsstatsprincipen och ett effektivt genomförande av de privata och offentliga investeringar som får stöd av EU-budgeten.” Under 2017 kom också Tyskland med

³¹ Se Christophe Hillion, ”Overseeing the rule of law in the European Union: Legal mandate and means,” European Policy Analysis, issue 2016:1epa, s. 5. Hillion argumenterar för att artikel 2 inte är undantagen kommissionens granskning och EU-domstolens jurisdiktion.

³² Doc. 17014/14.

³³ Doc. 13980/16.

³⁴ KOM(2017) 358, EU:s framtida finanser.

förslaget att koppla ihop utbetalningar av struktur- och investeringsfonder med rättsstatsprincipen.³⁵ Det verkar alltså finnas en politisk vilja till att använda sig av budgeten som påtryckningsmedel. Frågan är dock om det är rättsligt möjligt.

En möjlighet skulle kunna vara att använda EU:s struktur- och investeringsfonder i detta syfte. Den så kallade ESIF-förordningen innehåller gemensamma bestämmelser för dessa fonder.³⁶ Enligt förordningen kan så kallade förhandsvillkor ställas upp. Ett förhandsvillkor definieras som ”en konkret och på förhand exakt definierad avgörande faktor som är en nödvändig förutsättning för och har ett direkt och verkligt samband med och en direkt inverkan på det faktiska och effektiva uppnåendet av ett specifikt mål för en investeringsprioritering eller en unionsprioritering.”³⁷ Om villkor som rör rättsstatsprincipen inte kan rymmas inom denna definition måste förordningen ändras.

Enligt samma förordning kan numera även så kallade makroekonomiska villkor ställas upp. Under vissa förutsättningar kan kommissionen begära att medlemsstaterna *omfördelar* vissa delar av sin finansiering. Kommissionen kan också *hålla inne* medel.³⁸ Det är dock tveksamt om dessa mekanismer kan kopplas till rättsstatsprincipen. Det skulle med andra ord krävas en ändring av ESIF-förordningen. Det tar tid att genomföra ändringar av EU:s förordningar och förmodligen skulle en ändring kunna genomföras först inför nästa budgetperiod. Dessutom kan en fördragsändring bli nödvändig om åtgärderna är att se som sanktioner snarare än villkor.

Det är vidare tveksamt om man verkligen ska tillåta medlemsstater att ”köpa sig fria” från att respektera

rättsstaten. Detsamma skulle dock kunna sägas om överträdelseförfarandet, som också kan utmyнна i ekonomiska sanktioner. Men i båda fallen skulle sanktioner utgå tills rättelse sker – det handlar således inte om någon ”engångsavgift”.

5. Situationen i Polen

Som tidigare nämnts är det nu främst Polen som står i fokus.³⁹ I denna medlemsstat är det framför allt domstolarnas oberoende som hotas. Det handlar alltså om hot mot rättsstatsprincipens ”hårda kärna”. Utvecklingen i Polen aktualiserar och illustrerar därför frågan om hur EU ska komma tillrätta med överträdelser av rättsstatsprincipen.

I januari 2016 använde sig kommissionen för första gången av den nya ramen för rättsstatsprincipen. Kommissionen inledde då en dialog med Polen och har sedan dess upprättat tre rekommendationer, som beskrivs här nedan.⁴⁰ Dialogen har inte gett effekt: hittills har Polen avfärdat kommissionens kritik.

I den första rekommendationen uttalade kommissionen att Polens regering måste respektera den polska författningsdomstolens domar. Kommissionen påtalade vidare att domarna bör offentliggöras per automatik och inte vara beroende av ett godkännande från den verkställande makten. En sådan dom rörde de tre domare som hade utnämnts av den tidigare riksdagen (*sejmen*). Enligt den polska författningsdomstolen hade dessa domare rätt att påbörja sina mandat och inte de domare som hade utnämnts senare, av den nyttillträdde riksdagen. Polen fick tre månader på sig att lösa problemen men avfärdade kritiken. I detta skede kunde kommissionen ha gått vidare till artikel 7-förfarandet men utfärdade istället ännu en rekommendation.

³⁵ Joint statement by the German government and the German Länder on EU Cohesion Policy beyond 2020, tillgänglig här: http://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Downloads/S-T/stellungnahme-bund-lander-kooperationspolitik.pdf?__blob=publicationFile&v=1

³⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1303/2013 av den 17 december 2013 om fastställande av gemensamma bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden, Europeiska jordbruksfonden för landsbygdsutveckling och Europeiska havs- och fiskerifonden, om fastställande av allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden, Sammanhållningsfonden och Europeiska havs- och fiskerifonden, EUT L 347, s. 320.

³⁷ Se artiklarna 2.33 och 19 i ESIF-förordningen.

³⁸ Se artikel 23 i ESIF-förordningen.

³⁹ Situationen i Ungern anses på många sätt än mer allvarlig än situationen i Polen. Angående Ungern, se t.ex. Petra Bárd, ”Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och det ungerska rättssystemet, i *Hoten mot rättsstaten i Europa*,” Anders Mellbourn (red.), Premiss förlag, 2017; och Joakim Nergelius, ”The Hungarian Constitution of 2012 and its Protection of Fundamental Rights,” Sieps 2012:3epa.

⁴⁰ Commission Recommendation of 27.7.2016 regarding the rule of law in Poland, C(2016) 5703 final; Commission Recommendation of 21.12.2016 regarding the rule of law in Poland complementary to Commission Recommendation (EU) 2016/1374, C(2016) 8950 final; Commission Recommendation of 26.7.2017 regarding the rule of law in Poland complementary to Commission Recommendations (EU) 2016/1374 and (EU) 2017/146, C(2017) 5320 final.

I den andra rekommendationen från december 2016 konstaterade kommissionen att problemen fortfarande förelåg. Man lyfte också fram nya problem, bland annat i den polska författningsdomstolen. Kommissionen berörde bland annat utnämningen av domare och att ett antal domar inte hade offentliggjorts och genomförts, däribland domar rörande en lagreform av Högsta domstolen. Kommissionen anmärkte vidare på effektiviteten av lagprövning (så kallad *judicial review*).

I den tredje rekommendationen från juli 2017 berörde kommissionen en planerad reform av rättsväsendet som enligt kommissionen skulle förstärka det systematiska hotet mot rättsstaten. Vidare uppmanade kommissionen specifikt Polen att inte avskeda domare i Högsta domstolen eller tvinga dem att gå i pension. Om en sådan åtgärd vidtogs skulle kommissionen tillämpa det förebyggande förfarandet i artikel 7.1 FEU. Kommissionen gav de polska myndigheterna en månad på sig att lösa problemen.

Eftersom kommissionens ram inte fick avsedd effekt var det nödvändigt att byta strategi och ta till nya medel. I juli 2017 inledde kommissionen därför även ett överträdelseförfarande mot Polen. Överträdelseförfarandet gäller den nya polska lagen om olika pensionsåldrar för domare beroende på om de är kvinnor (60 år) eller män (65 år). Enligt kommissionen strider denna lag mot EU-rätten, specifikt mot EU-rättsliga bestämmelser om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.⁴¹ Kommissionen anmärker även på att den polska justitieministern ges befogenhet att förlänga mandattiden för domare som uppnått pensionsålder samt utnämna och avskeda domstolsordförande. Dessa reformer hotar enligt kommissionen domstolarnas oberoende, en princip som också är skyddad genom specifika EU-rättsliga bestämmelser.⁴² Kommissionen skickade en formell underrättelse till Polen som fick en månad på sig att svara. Eftersom Polen höll fast vid sitt svar beslutade därför kommissionen i september 2017 att gå vidare och skicka ett motiverat yttrande. Polen har en månad på sig att vidta lämpliga åtgärder. Om det inte sker kan kommissionen dra Polen inför rätta i EU-domstolen och där riskerar Polen att få betala böter.

Det är viktigt att påpeka att överträdelseförfarandet endast gäller specifika frågor och att det därför inte är tillräckligt för att komma tillrätta med problemen i Polen: hotet mot rättsstaten är av systemnatur. Det är dock tydligt att kommissionen försöker komma tillrätta med problemen i Polen på alla fronter. Strategin är att ta till alla tillgängliga medel och att därmed arbeta brett. Kommissionen har även sagt att möjlighet till dialog fortfarande är ett alternativ. Men det är nu uppenbart att kommissionens ram inte har gett något resultat. I detta läge kan man naturligtvis fråga sig vad Polen egentligen eftersträvar. Önskar Polen verkligen kvarstå som EU-medlem?

6. Slutsatser

Som beskrivits ovan förfogar EU över en rad olika mekanismer för att komma tillrätta med hot mot rättsstaten. Hittills har EU dock inte lyckats hantera hot av mer systematisk karaktär.

Fallet Polen visar tydligt att kommissionens ram för rättsstatsprincipen har uttömts. Processen har varit långdragen och inte mindre än tre rekommendationer har utfärdats utan framgång. Det är också osäkert om överträdelseförfarandet kommer att ge effekt. Generellt är det förfarandet inte heller effektivt eftersom det kräver att en medlemsstat har begått ett specifikt regelbrott, och i fallet Polen är det ju snarare de ”systematiska” överträdelserna som EU måste komma tillrätta med.

Varför har det visat sig vara så svårt att komma tillrätta med problemen och vad kan göras?

Att upprätta nya förfaranden – såsom en tvingande utträdesklausul – är i nuvarande läge varken aktuellt eller önskvärt. En första fråga är därför om redan existerande mekanismer istället behöver revideras.

De mekanismer som finns i EU:s fördrag (artikel 7 och 258 FEUF) är svåra att ändra. Som bekant är fördragsändringar både komplicerade och tidsomfattande. De förfaranden som har upprättats *utanför* fördragen (kommissionens ram och rådets dialog) skulle däremot kunna revideras på ett enklare sätt.

⁴¹ Artikel 157 FEUF och Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet, EUT L 204, s. 23.

⁴² Se artikel 19.1 FEU samt artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.

En andra fråga är om de begränsade framgångarna snarare rör själva genomförandet. Det är med andra ord kanske så att existerande mekanismer inte används tillräckligt effektivt?

I det sammanhanget bör det påpekas att det förebyggande förfarandet kan vara effektivt trots att det saknar regelrätta sanktioner (jfr sanktionsförfarandet och även användningen av budgeten som påtryckningsmedel). Det är nämligen inte förekomsten av sanktioner som får stater att rätta sig efter internationella regler. Det är inte heller mer allmänt förekomsten av sanktioner (såsom straff) som är orsaken till att lagar och regler följs. Det handlar snarare om att (socialt) internalisera rätten; om viljan att vara en del av ett samhälle.⁴³

Det finns dock ett hinder mot att tillämpa det förebyggande förfarandet, som alltså består av en ”naming and shaming”-mekanism. Den går nämligen på tvärs mot den tradition om samstämmighet och dialog som finns inom EU.⁴⁴ Det har visat sig att EU:s medlemsstater inte gärna öppet kritiserar varandra. Medlemsstater har till exempel möjlighet att inom ramen för överträdelseförfarandet dra andra medlemsstater inför rätta i EU-domstolen. Men denna möjlighet har genom årens lopp endast använts vid något enstaka tillfälle.⁴⁵

EU:s svårigheter att lösa problemen bottnar i att rättsstatsprincipen tangerar den nationella suveräniteten på ett sätt som få andra rättsområden gör; det går nästan inte att tänka sig en fråga som är mer politiskt känslig. EU:s svårigheter grundar sig också i att bestämmelser om rättsstatsprincipen inte är lika distinkt formulerade som bestämmelser om konkurrens eller handel på den inre marknaden. EU saknar således rutin när det gäller att använda sig av de regler som faktiskt finns. På det här området utmanar Polen alltså inte bara en kärnprincip för EU utan också unionens tradition att prioritera samstämmighet framför sanktioner eller öppen kritik.

När det gäller Polen återstår därför endast att tillämpa det förebyggande förfarandet i artikel 7.1. Sanktionsförfarandet (the ”nuclear option”) i artikel 7.2 kommer dock aldrig att

användas eftersom enhällighet gäller i rådet och allt tyder på att åtminstone en medlemsstat, nämligen Ungern, skulle sätta käppar i hjulet. För att tillämpa det förebyggande förfarandet i artikel 7.1 och ”peka ut” en medlemsstat krävs däremot ”endast” en majoritet på fyra femtedelar av medlemsstaterna. Frågan är om ministerrådet når upp till detta beslutskrav och om tillräcklig majoritet kan nås i Europaparlamentet. Det behöver inte nödvändigtvis vara enkelt. Problemen sprider sig och ju längre tid som EU väntar med att ta till detta medel, desto svårare kan det bli att nå upp till beslutskravet.⁴⁶ Frågan är dessutom om det förebyggande förfarandet kommer att få avsedd effekt. Kommer Polen att rätta sig och börja respektera rättsstatsprincipen eller kan det snarare vara så att situationen eskalerar? Men av de ovan tillgängliga mekanismerna verkar artikel 7.1 trots allt vara det alternativ som har störst möjlighet till framgång.

För att komma tillrätta med medlemsstater som inte respekterar rättsstatsprincipen skulle också rådets dialog kunna vidareutvecklas. Som nämnts är den i sin nuvarande form än mer tandlös än kommissionens ram. Rådets dialog är dock potentiellt mer effektiv än kommissionens ram eftersom medlemsstater i regel anser det allvarigare att rådet (som består av medlemsstaternas regeringar) utfärdar kritik än att kritik utfärdas av kommissionen. En vidareutveckling av rådets dialog är därför nödvändig.

Syftet med en vidareutveckling skulle vara att få medlemsstater att socialt internalisera rätten. Det räcker dock inte med att som tidigare diskutera rättsstatsprincipen utifrån ett antal på förhand bestämda teman – det som måste till är ett mer regelrätt utvärderingsförfarande (”peer review”). För att uppnå syftet krävs det som nämnts att samtliga medlemsstater agerar mer självkritiskt än som tidigare har varit fallet: genom att agera självkritiskt blir det lättare att kritisera andra. Det är med andra ord ett sätt att hantera traditionen om samstämmighet och dialog. För att spetsa till dialogförfarandet ytterligare skulle en starkare koppling kunna göras mellan rådets dialog och det förebyggande förfarandet, dvs. dialogen skulle kunna utmytna i det förebyggande förfarandet.

⁴³ Se H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Clarendon law, 1994, 2. uppl). Se även J.H.H. Weiler, ”Epilogue: Living in a Glass House: Europe, Democracy and the Rule of Law,” i *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Carlos Closa och Dimitry Kochenov (red.), s. 313–326.

⁴⁴ Jan Werner Müller, ”Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law Inside Member States?” *European Law Journal*, Vol. 21, Issue 2, s. 141–160, 2015.

⁴⁵ Se artikel 259 FEUF.

⁴⁶ I fallet Ungern var problemet att beslutskravet inte kunde nås i Europaparlamentet eftersom Orbáns parti Fidesz har många allierade på europeisk nivå. Det polska regeringspartiet Lag och rättvisa har dock inte samma inflytande. Det skulle därmed vara lättare att nå beslutskravet i Europaparlamentet i en fråga om Polen än när det gäller Ungern.

Konsekvenserna av ett misslyckande från EU:s sida är ödesdigra. Om önskvärd effekt inte kan nås står EU:s trovärdighet på spel. Trovärdigheten kan anses bestå av två dimensioner: en intern och extern. Den interna dimensionen handlar om möjligheten för EU att effektivt genomföra sin politik. Den externa dimensionen handlar

om möjligheten för EU att agera som en stark internationell aktör i frågor som rör rättsstaten. Är det ens möjligt om inte EU är en förebild? Men ett scenario där EU *inte* agerar är lika skadligt. De mekanismer som står till buds måste därför användas – och de måste användas med större beslutsamhet än tidigare.