

UiO : **Det juridiske fakultet**

Rettsstat som ideal og operasjonaliserbart rettslig argument

*En studie av «rule of law» sin rolle i EMDs og EU-domstolens møte med
rettsstatskrisen i Polen*

Kandidatnummer: 213

Leveringsfrist: 15. januar 2024

Antall ord: 39 842



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Om temaets aktualitet.....	1
1.2	Avhandlingens tema og problemstilling: fra rettsstat som ideal til rettsstat som argument.....	2
1.3	Avgrensninger.....	4
1.4	Noen metodiske betraktninger	6
2	OPERASJONALISERINGEN AV «RULE OF LAW» I EU-DOMSTOLEN OG EMD SINE AVGJØRELSER MOT POLEN.....	11
2.1	Innledende om drøftelsene i kapittel 2 og kort om utviklingen i Polen.....	11
2.2	«Rule of law» sin funksjon i EU-domstolens møte med rettsstatsutfordringene i Polen	13
2.2.1	Usikkerhet om EU-domstolens tilgjengelige verktøy i møte med rettsstatskrisen	13
2.2.2	Behovet for et nytt verktøy: «rule of law» som grunnlaget for en forpliktelse etter TEU art. 19 (1)	16
2.2.3	Om «rule of law» sin rolle for anvendelsesområdet til forpliktelsen etter TEU art. 19 (1) og forholdet til EU-charteret art. 47	21
2.2.4	Operasjonaliseringen av «rule of law» i lys av utviklingen av TEU art. 2 som forutsetningen for medlemsstatens rettigheter og forpliktelser	28
2.2.5	Avsluttende om operasjonaliseringen av «rule of law» i EU-domstolens avgjørelser	32
2.3	«Rule of law» sin funksjon i EMDs møte med rettsstatsutfordringene i Polen.....	34
2.3.1	Behovet for et nytt verktøy: EMDs manglende praksis knyttet til EMK art. 6 sin anvendelse på spørsmål vedrørende dommerutnevnelser.....	34
2.3.2	Utviklingen av rettigheten til «tribunal established by law» og Ástráðsson-testens tre trinn.....	35
2.3.3	«Rule of law» sin betydning for vurderingen av «manifest breach of domestic law» ved motstridende tolkninger av nasjonal rett: sammenblandingen av Ástráðsson-testens første og tredje trinn	40
2.3.4	Utviklingen av «rule of law» som et selvstendig grunnlag for «manifest breach of domestic law».....	45
2.3.5	Avsluttende om operasjonaliseringen av «rule of law» i EMDs avgjørelser ...	52
2.4	Sammenfattende om operasjonaliseringen av «rule of law» i EU-domstolen og EMD sine begrunnelser.....	53

3	REKKEVIDDEN TIL OPERASJONALISERINGEN AV «RULE OF LAW» I LYS AV DENS TRANSNASJONALE KONTEKST	55
3.1	Overgang til ny problemstilling: rekkeviddespørsmålets to dimensjoner	55
3.2	Operasjonaliseringens rekkevidde sett på som et spørsmål om rettslige begrunnelsers legitimitet	57
3.2.1	Innledende om legitimitetsdimensjonen	57
3.2.2	Om noen alternative tilnærminger til spørsmålet om rettslige prinsippers ontologi	62
3.2.3	Introduksjon til kritisk rettspositivisme og retten som et lagdelt fenomen	65
3.2.4	«Rule of law» forstått som et element fra rettens dypstruktur og betydningen for en legitimering av «rule of law» sin operasjonalisering	70
3.2.5	En skisse til hvordan EU-domstolen og EMD sin operasjonalisering av «rule of law» kan legitimeres	74
3.3	Operasjonaliseringens rekkevidde sett på som et spørsmål om rettslig pluralisme	76
3.3.1	Innledende om pluralismedimensjonen	76
3.3.2	Betydningen av spørsmålet om hva som utgjør en rettsorden og forholdet mellom forskjellige rettsordener	79
3.3.3	Kort om noen alternativer for å håndtere konflikt mellom rettsordener	82
3.3.4	Et rettslig hav og dets isfjell	84
4	NOEN AVSLUTTENDE REFLEKSJONER: MULIGHETER OG GRENSER FOR RETTEN SOM VIRKEMIDDEL I MØTE MED RETTSSTATSKRISEN I EUROPA.....	88
	KILDELISTE	91

1 Innledning

1.1 Om temaets aktualitet

Illiberale demokratier vokser frem i Europa. Myndighetene i land som Polen og Ungarn, har gjennomført reform etter reform hvor utøvende makt har styrket seg på bekostning av dømmende makt. Mediafriheten er blitt satt under press, og rettighetene til minoriteter og andre utsatte grupper er blitt innskrenket.¹ Utviklingen i disse landene truer vår forestilling om en nødvendig sammenheng mellom liberale verdier og et demokratisk styresett. Som uttrykket illiberale demokratier tilsier, er det nemlig det liberale som trues og ikke, i hvert fall til samme grad, demokratiet. Reformene i blant annet Polen ble ikke gjort mulig ved kupp, omfattende korrupsjon eller endringer i styresett. Reformene ble vedtatt av folkevalgte som var bevæpnet med loven. I dette har jussen blitt det illiberales håndlanger.

Utviklingen har samtidig ført til at man snakker om en rettsstatskrise i Polen. Særlig reformene knyttet til de polske domstolene fikk, etter hva man hadde sett i Ungarn, alarmene til å gå i flere europeiske hovedsteder. I Den europeiske union (EU) og i organisasjoner som Europarådet, har man vært på jakt etter nye verktøy å gripe til i det som mer og mer fremstår som en kamp om rettsstaten. De to europeiske domstolene, Den europeiske unions domstol (EU-domstolen) og Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), er blitt nødt til å håndtere hittil uprøvde rettsspørsmål. I en rekke avgjørelser har domstolene grepet til retten som skjold. Med det har de forsøkt å verne om rettsstatsidealet.

Denne dikotomien mellom jussen som redskap for undergraving av tradisjonelle liberale verdier på den ene siden, og på den andre siden jussen som beskyttelse mot slike forsøk, er del av bakgrunnen for denne oppgavens aktualitet. Et overordnet mål for oppgaven er dermed å belyse én side av hvordan retten kan brukes til beskyttelse av rettsstaten (eng. «rule of law») i Europa. Målet for denne avhandlingen er med andre ord ikke å vurdere om Polen er en rettsstat eller ei. Jeg har heller ingen ambisjoner om å gi svar på spørsmål av typen «Hva er en rettsstat?». Fokusert i min oppgave er derimot å studere hvordan de europeiske domstolene har gått frem i møtet med rettsstatskrisen.

Dikotomien tangeres av det jeg har valgt å kalle en hypotese om en tosidighet i hvordan uttrykk som «rule of law» brukes i en rettslig sammenheng.² På den ene siden anses «rule of law» som

¹ For Polens del blir dette gjerne representert ved blant annet innskrenkningene i rettighetene til abort og opprettelsen av såkalte «LGBT-free zones» (polsk. Strefy wolne od LGBT).

² Det at jeg i oppgaven som regel bruker uttrykket «rule of law» fremfor «rettsstat», «état de droit», «rechtsstaat» e.l., har først og fremst en rent praktisk begrunnelse: Avgjørelsene som utgjør utgangspunktet for studiet i oppgaven er lest på engelsk (se nærmere kapittel 1.4).

et form for ideal. Teorier knyttet til begrepet «rule of law» har en lang forhistorie innenfor politisk tenkning og rettsteori. I en rettslig kontekst blir disse teoriene gjerne presentert under merkelapper som politiske prinsipper eller retningslinjer for god statsstyring. På den annen side er det en utvikling i retning av at disse uttrykkene, tilsynelatende i større grad enn tidligere, tillegges betydning som ledd i den rettslige argumentasjonen til domstoler som EU-domstolen og EMD.³ En annen måte å fremstille dette skillet på er å kalle det henholdsvis «rule of law» *i* og *utenfor* rettslig argumentasjon. Hvilken betydning et uttrykk som «rule of law» har i rettslig argumentasjon, kan imidlertid ikke uten videre utledes fra diskusjonene knyttet til forståelsen av begrepet som ideal. En fremstilling av «rule of law» sin betydning i rettslig argumentasjon er noe som må hentes fra rettens egne kilder. Denne oppgaven konsentrerer seg derfor rundt en analyse av de to europeiske domstolenes avgjørelser i møte med rettsstatskrisen i Polen.

1.2 Avhandlingens tema og problemstilling: fra rettsstat som ideal til rettsstat som argument

Hypotesen om «rule of law» sin tosidighet blir særlig aktualisert i tilfeller hvor uttrykket tas i bruk som ledd i en rettsutvikling hvor formålet er å håndtere utfordringer mot idealet. Dette er utgangspunktet for valget av innfallsvinkel i denne oppgaven. Det virker klart at det om ikke annet eksisterer et inntrykk av at utviklingen i land som Polen representerer utfordringer mot rettsstatsidealet.⁴ Samtidig behøver man bare å kaste et blikk på avgjørelsene til EU-domstolen og EMD for å se at «rule of law» faktisk brukes som ledd i domstolenes argumentasjon. Tema for min masteroppgave er dermed ikke først og fremst *om* «rule of law» har spilt en rolle i argumentasjonen til de to domstolene. Jeg ønsker heller å konsentrere analysen rundt hvilken rolle argumentasjonen har fått over tid og hvordan man best kan forstå denne rollen gitt avgjørelsens kontekst. Det er med andre ord tale om å gjøre rede for og analysere en rettshistorisk utvikling. Nærmere bestemt er det tale om å studere en utvikling hvor man går fra en forståelse av «rule of law» som ligger nærmere et ideal, til en anvendelse av «rule of law» som et rettslig argument.

Avhandlingens overordnede problemstilling formuleres som følgende:

1. Hvordan er «rule of law» blitt operasjonalisert i EU-domstolen og EMD sin argumentasjon i møtet med Polen etter 2019, og hva er rekkevidden av denne operasjonaliseringen?

³ For en oversikt over «rule of law» sin forhistorie og utvikling i en rettslig kontekst se bla. Bingham (2010).

⁴ Det er skrevet omfattende om den såkalte rettsstatskrisen i Polen, både i internasjonale tidsskrifter, aviser og i litteraturen. For en oversikt over justisreformene som er regnet som bakgrunn for krisen i Polen se bla. Grzeszczak (2018) og ellers kapittel 2.1.

Valget av «operasjonalisert» er gjort for å synliggjøre at oppgaven konsentrerer seg rundt utviklingen fra ideal til argument. Det er derimot ikke gitt hvordan man skal kunne måle en slik operasjonalisering. I avhandlingen har jeg valgt å tilnærme meg spørsmålet om operasjonalisering ved å analysere hvilken rolle «rule of law» har fått i utviklingen av rettslige verktøy av EU-domstolen og EMD i deres møte med rettsstatskrisen i Polen. Med uttrykket «rettslig verktøy» i denne oppgaven sikter jeg til de rettsregler, i vid forstand, som domstolene har benyttet seg av når de i sine avgjørelser har vurdert hvorvidt Polen har brutt sine forpliktelser etter henholdsvis EU-traktatene og EMK (se kapittel 1.4). Ved å se på hvilken funksjon «rule of law» har hatt i denne sammenhengen vil det være mulig å si noe om bruken har hatt en identifiserbar innvirkning på rettsutviklingen. Enhver operasjonalisering vil imidlertid ha sin rekkevidde. Denne rekkevidden vil bero på hvilken mulighet man har til å benytte seg av operasjonaliseringens utfall, som i dette tilfellet er de rettslige verktøyene som er blitt utviklet.

Oppgavens struktur er valgt med bakgrunn i en todeling av den overordnede problemstillingen. Jeg vil ta for meg henholdsvis operasjonaliseringsspørsmålet og rekkeviddespørsmålet under hver sine delproblemstillinger. I kapittel 2 tar jeg for meg spørsmålet om operasjonalisering ved hjelp av følgende underproblemstilling:

1.1 Hvilken funksjon har «rule of law» hatt i utviklingen av de nye rettslige verktøyene EU-domstolen og EMD har tatt i bruk i sakene mot Polen etter 2019?

At det har skjedd en slik utvikling av nye verktøy, er det ingen tvil om. I både EU-domstolen og EMD førte nemlig utviklingen i land som Ungarn og Polen til at domstolene måtte ta stilling til hittil uprøvde spørsmål. Ut fra tidligere praksis var det ikke uten videre klart hvilke rettslige verktøy som var tilgjengelige for å møte det som av mange ble beskrevet som angrep på rettsstaten. I løpet av kort tid etter 2018 ser man imidlertid en utvikling innenfor både EU og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Denne rettsutviklingen har vært ledet av henholdsvis EU-domstolen og EMD. Angrepet mot rettsstaten utløste dermed et behov for nye verktøy på rettsregelnivå. Mens det er skrevet en hel del om avgjørelsene som ligger til grunn for denne utviklingen og hvordan domstolene kan bidra til verne om rettsstatsidealet, har jeg derimot ikke lyktes å finne mer omfattende analyser av hvordan «rule of law» rent faktisk brukes i argumentasjonen.

Spørsmålet om hvordan «rule of law» er blitt benyttet til å utvikle rettsreglene i EU og EMK, skiller seg imidlertid fra spørsmålet om hvorvidt disse verktøyene vil kunne få full virkning. Grensen for anvendelsen av verktøyene vil da også utgjøre rekkevidden av operasjonaliseringen av «rule of law». Det avgjørende for denne avhandlingen er det faktum at operasjonaliseringen har foregått i en transnasjonal kontekst. Nærmere bestemt innebærer utviklingen av nye rettslige

verktøy i EU-domstolen og EMD at «rule of law» sin operasjonalisering må stå seg i møte med kritikk fra polske myndigheter og domstoler. For å kunne gi et svar på hvilken rekkevidde operasjonaliseringen av «rule of law» kan ha i denne konteksten må man løfte blikket fra de enkelte avgjørelsene. Drøftelsene i kapittel 3 tar dermed utgangspunkt i følgende underproblemstilling:

1.1 Hvilken betydning har utviklingens transnasjonale kontekst for rekkevidden av operasjonaliseringen av «rule of law» i møtet med nasjonale domstoler?

Som drøftelsene i kapittel 2 vil vise, er utviklingen av de rettslige verktøyene i mindre grad blitt forankret i klare uttalelser i traktatene eller tidligere praksis, og er heller forankret i henvisninger til blant annet «fundamental principles of rule of law» og lignende. Når «rule of law» får denne avgjørende funksjonen, avkreves bruken en rettferdiggjøring. Behovet for å legitimere bruken av «rule of law» er også blitt gjort eksplisitt i kritikken fra polske myndigheter om at tolkningene til de to domstolene mangler grunnlag i de respektive rettssystem. En annen side ved rekkeviddespørsmålet aktualiseres ved at tolkningene til EU-domstolen og EMD er blitt kjent grunnlovsstridig av den polske konstitusjonsdomstolen.⁵ All den tid disse tolkningene blant annet er blitt muliggjort av operasjonaliseringen av «rule of law» blir også det et spørsmål om hvor langt operasjonaliseringen rekker. For å besvare problemstillingen i kapittel 3 er det dermed nødvendig å gi en teoretisk ramme som kan forklare og legitimere rollen «rule of law» spiller i argumentasjonen. Samtidig må man ta stilling til hvordan man kan håndtere en tilsynelatende konflikt mellom rettsordener.

Avhandlingens tema og innfallsvinkel gir oppgaven potensiell overføringsverdi til andre områder hvor det er interessant å studere hvordan man går frem for å omdanne et ideal til et rettslig argument. Dette er spesielt tilfellet ettersom vi lever i en tid preget av sterk internasjonalisering på flere områder av retten. Denne oppgaven vil gi noen bidrag til forståelsen av hvordan grunnleggende verdier eller prinsipper blir omdannet til, og får påvirkning som, rettslige argumenter. Det er likevel viktig å understreke at avhandlingen tar for seg en spesifikk utvikling, på ett område, i én tidsperiode. Dette fører til helt klare avgrensninger mot andre spørsmål knyttet til hva det er som kan føre til lignende utviklinger på andre områder.

1.3 Avgrensninger

Drøftelsen av operasjonaliseringsspørsmålet i kapittel 2 er begrenset til en studie av hvilken funksjon «rule of law» har hatt i utviklingen av de nye rettslige verktøyene som EU-domstolen og EMD har tatt i bruk i sakene mot Polen. I formuleringen «de nye rettslige verktøyene» ligger det også en begrensning. Drøftelsen er avgrenset til å i hovedsak gjelde utviklingen av de

⁵ Se avgjørelsene i henholdsvis K 3/21 og K 6/21.

enkelte traktatsbestemmelser som har stått sentralt i domstolenes avgjørelser. I kapittel 2.2 vil analysen konsentrere seg om hvordan EU-domstolen utvikler betydningen av verdien «rule of law» i traktaten om Den europeiske union (TEU) art. 2. Mer spesifikt vil hoveddelen av drøftelsen knytte seg til hvordan domstolen ved bruk av «rule of law» utvikler forpliktelsen til «efficient remedies» i TEU art. 19. I kapittel 2.3 vil jeg konsentrere meg om hvordan EMD går frem for å utvikle og anvende kravet til «tribunal established by law» i EMK art. 6. Analysen er dermed i all hovedsak avgrenset mot en studie av «rule of law» sin funksjon utover dette.

Avgrensingen i utvalget avgjørelser som analyseres har konsekvenser for hvilken forståelse av «rule of law» oppgaven tar sikte på å klarlegge. Drøftelsene avgrenses nemlig mot diskusjoner knyttet til håndteringen av rettsstatskrisen som ikke reflekteres i utvalget avgjørelser jeg tar for meg. Det innebærer at jeg blant annet ikke skal bruke tid på såkalte «soft law»-tiltak i EU, Europarådet eller lignende. Det vil heller ikke vil være mulig å si noe utfyllende om betydningen av «rule of law» løsrevet fra utvalget avgjørelser. Dette innebærer at jeg ikke forsøker å utlegge en forståelse av «rule of law» som uten videre kan trekkes inn i diskusjonen om hvordan dette uttrykket for øvrig kan eller bør forstås. Avhandlingen vil med andre ord ikke begi seg ut på lengre diskusjoner knyttet til «rule of law» sitt meningsinnhold i generell forstand. Det begrensede antallet avgjørelser medfører også naturligvis at oppgaven heller ikke har mål om å gi noe form for uttømmende redegjørelse for rettsstatsargumentasjonen i de to domstolene. Analysen er altså ikke ment til å kunne generaliseres til en allmenn utleggelse av domstolenes argumentasjonsmønstre. Det relativt lave antallet avgjørelser er begrunnet i et annet hensyn, nemlig for å muliggjøre en nærlesning de utvalgte dommene. For å gjøre slik nærlesning har jeg i all hovedsak begrenset tidsperioden til å omfatte fra og med 2018 til starten på prosjektperioden (februar 2023). Den praktisk viktigste konsekvensen av dette er at avgjørelser avsagt etter dette ikke faller inn i grunnlaget for analysene.⁶

Drøftelsene i kapittel 2 er avgrenset mot en sammenligning mellom de to domstolene. Dette er en avgrensning mot en drøftelse som kunne vært svært interessant. EMD og EU-domstolene er to domstoler med tette forbindelser, noe man kan se ved at det i utvalget avgjørelser er jevnlig henvisninger til hverandre. Dersom man ønsket å utvide spørsmålet om operasjonaliseringen av «rule of law» ville det vært aktuelt å se på hvordan dets funksjon er blitt formet i samspillet mellom domstolene. I lys av prosjektets rammer ville derimot en slik sammenligning ført til at andre sider av problemstillingen ikke ville blitt tilstrekkelig behandlet. I analysen vil dermed henvisninger til avgjørelser fra den andre domstolen kun bli aktuelt når det bidrar til å belyse «rule of law» sin funksjon i den avgjørelsen som til enhver tid er gjenstand for analysen.

⁶ Se her blant annet EU-domstolens avgjørelse i Case C-204/21 Commission v. Poland avsagt i juni 2023. Avgjørelsen leses for øvrig som en stadfestelse på den rettsutviklingen i EU som denne oppgaven tar for seg.

Drøftelsene av operasjonaliseringens rekkevidde i oppgavens kapittel 3 har forbindelseslinjer til svært mange pågående og omfattende diskusjoner i rettsteorien. Fremstillingen må dermed gis flere avgrensinger. Dette er først og fremst et resultat av litteratursituasjonen på området. Utgangspunktet for denne oppgaven er som nevnt at man må starte i operasjonaliseringens transnasjonale kontekst for å kunne si noe om dens rekkevidde. Dette er et tema som har forbindelseslinjer til mange og svært omfattende diskusjoner. For å belyse det som er sentralt for spørsmålet om rekkevidden til operasjonaliseringen av «rule of law» må jeg dermed foreta en hel del begrensinger i kildeomfang. Med tanke på rammen for oppgaven vil det derfor ikke være mulig å gi omfattende innføringer til de forskjellige teoretiske tilnærmingene som kunne vært valgt. Det sentrale for drøftelsen i kapittel 3 vil være å gi en mulig fremstilling av hvordan man kan tilnærme seg utfordringene når det gjelder å forstå hvilken rekkevidde operasjonaliseringen av «rule of law» har i møte med kritikken fra Polen og avgjørelsene fra den polske konstitusjonsdomstolen. Denne fremstillingen vil nødvendigvis måtte begrense seg til noen teorier, og bare til enkelte deler av de valgte teoriene. På tross av disse avgrensingene er drøftelsene egnet til å få frem de sentrale komponentene av rekkeviddespørsmålet. Selv om andre tilnærminger til spørsmålet ikke kan utelukkes er det etter mitt syn gode grunner for at det i løsningen som skisseres ligger et betydelig potensial for så vidt gjelder å forstå hva som skal til for å rettferdiggjøre «rule of law» sin funksjon som et operasjonalisert rettslig argument.

1.4 Noen metodiske betraktninger

Det følger av den overordnede problemstillingen at metoden som anvendes i denne oppgaven vil måtte være forskjellig fra studier av gjeldende rett som sådan. Dette er fordi oppgaven som nevnt tar for seg en rettshistorisk utvikling. Mer spesifikt skal jeg studere om og eventuelt hvordan «rule of law» over en kort tidsperiode har gått fra å være noe som mer ligner et ideal til å bli et rettslig argument i EMD og EU-domstolen sin argumentasjon. Oppgaven er dermed en kombinasjon av en rettshistorisk studie av to domstolers argumentasjon og en rettsteoretisk betenkning knyttet til denne studien. En slik studie forutsetter en nærlesing av domstolenes argumentasjon. Samtidig må man ha et teoretisk rammeverk for å kunne abstrahere fra de enkelte domsanalysene og med det beskrive en overordnet rettsutvikling. Metoden må dermed avpasses den rettshistoriske konteksten som er bakgrunnen for den aktuelle utviklingen.

Det er som nevnt den såkalte rettsstatskrisen i Polen som utgjør bakteppet for oppgavens aktualitet. Rettsstatskrisen er også både bakgrunnen og rammen for den konteksten som domstolenes argumentasjon må leses i. Denne nære rettshistoriske konteksten danner med andre ord bakteppet for nærlesningen av dommene. Utvalget avgjørelser er dermed gjort med bakgrunn i avgjørelsens rolle for den utviklingen som har funnet sted innen EU-retten og EMK i møte med rettsstatskrisen i Polen. Mer spesifikt vil utviklingen av henholdsvis TEU art. 19 av EU-domstolen og EMK art. 6 av EMD stå sentralt. Avgjørelsene som analyseres utgjør et klart

flertall av de avgjørelser som har stått sentralt for disse utviklingene. Formålet med analysen er som nevnt ikke å først og fremst gjøre rede for disse rettsutviklingene for seg selv. Analysen har derimot som formål å studere om og eventuelt hvordan «rule of law» som argument i domstolens begrunnelser har muliggjort utviklingene.

I oppgavens kapittel 2 er det med andre ord snakk om en fremstilling av en historisk utvikling basert på en analyse av domstolenes skriftlige begrunnelser. Kildetilfanget vil være begrenset til de offisielle engelske versjonene til henholdsvis EU-domstolen og EMD. Bruken av andre kilder som traktatsbestemmelser og uttalelser fra andre institusjoner vil bidra til å utdype det som allerede skrives i avgjørelsene. I og med at det er valgt en rettshistorisk og rettsteoretisk innfallsvinkel til oppgaven, er det viktig å understreke at uttrykket kilde i denne sammenheng brukes litt annerledes enn i mer rettsdogmatiske studier av retten. Det er først og fremst i egenkap av å være historiske dokumenter at domstolenes avgjørelser utgjør analyseobjekter i denne oppgavens forstand. Samtidig gjør nærheten i tid at en del tradisjonelle rettshistoriske metodeutfordringer, som for eksempel anakronismer, ikke gjør seg gjeldende.⁷

Metoden som brukes i oppgavens kapittel 2 kan sammenlignes med en tradisjonell domsanalyse hvor det metodiske står i fokus. Det handler om å forklare hvordan domstolene har gått frem for å komme til sitt tolkningsresultat. Dette utgangspunktet gjelder imidlertid bare med noen viktige begrensninger. For det første er jeg som nevnt opptatt av en spesifikk del av argumentasjonen, nemlig hvordan «rule of law» brukes i domstolens begrunnelser. Dette fører til at metoden ved lesing av dommene på mange måter har vært å spore bruken av termen «rule of law» og se i hvilken sammenheng og med hvilket resultat uttrykket opptrer. Analysen i kapittel 2 tar sikte på å avdekke «rule of law» sin funksjon i utviklingen av nye verktøy for EU-domstolen og EMD. Forutsetningen for at «rule of law» kan ha hatt en slik funksjon er at det har fått et innhold og blitt tillagt, i hvert fall en viss, selvstendig vekt som argument. Uttrykket argument brukes her i videste forstand, forstått som noe som har hatt innflytelse på tolkningen og anvendelsen av rettsgrunnlaget på området. I førsteomgang er det altså tale om å analysere domstolenes bruk av «rule of law» i sammenhengen av hver enkelt begrunnelse. Analysen utvides imidlertid ved at man, for å fremstille «rule of law» sin funksjon i utviklingen over tid, også må se bruken i lys av de andre avgjørelsene som inngår i utvalget fra samme domstol. Utvalget avgjørelser inngår dermed også som ramme for analysene av den enkelte avgjørelse. Med noen unntak vil det imidlertid ikke være behov for å vurdere hvordan begrunnelsene står seg i lys av hvordan den enkelt domstol tradisjonelt argumenterer eller hvordan det er blitt argumentert i avgjørelser utenfor utvalget.

⁷ Heivoll (2019) s. 72–75.

For å gi analysene i kapittel 2 et større teoretisk rammeverk er det nødvendig å besvare et spørsmål til: Hva vil det eventuelt si at «rule of law» har gått fra å være et ideal til å i større grad bli er rettslig argument? I dette spørsmålet ligger det to dimensjoner som er avgjørende for analysene i kapittel 2 og som i tillegg utgjør en form for bro mellom oppgavens to deler. For det første innebærer spørsmålet en tidsdimensjon. I kapittel 2 argumenterer jeg for at vi i EU-domstolen og EMD har vært vitne til en endring som har funnet sted over kort tid. På kun fem år, i perioden 2018–2023, utviklet domstolene nye rettslige verktøy ved å gi «rule of law» en avgjørende rolle i sine rettslige begrunnelser. Hva som ligger i selve overgangen fra ideal til argument utgjør spørsmålets andre dimensjon. Hva denne transformasjonen fra ideal- til argumentstype innebærer i en større kontekst er hovedtema for drøftelsene i kapittel 3. Selv om analysene i kapittel 2 vil bli gjennomført uten større teoretiseringer, er det likevel hensiktsmessig å gi en kort introduksjon til den teorien som vil utgjøre hoveddelen av oppgavens rettsteoretiske og rettshistoriske analysemodell.

Kaarlo Tuori presenterte i boken «Critical legal positivism» fra 2002 sitt konsept om retten. Sentralt i Tuoris teori står synet på retten som et lagdelt fenomen. Retten består etter Tuoris syn av et overflatenivå, et rettskulturnivå og et dypstrukturnivå.⁸ Rettsutvikling finner sted som følge av interaksjonenes mellom disse tre nivåene.⁹ Inspirasjonen for en slik lagdelt forståelse av retten, henter Tuori blant annet fra den historiske Annales-skolen. Annales-skolen la i sin historieforskning til grunn en lagdeling av historien. På den måten ønsket forskerne å få frem at historien formes av mer enn de til enhver tid observerbare individer, begivenheter og dokumenter.¹⁰ Sentralt for denne skolen var blant annet at hastigheten til historisk endring varierer alt ettersom hvilket nivå man befinner seg på. Hvert nivå er preget av sin historisitet, og mens endringer i blant annet persongalleriet vil skje hyppig, vil endringer i de mer grunnleggende rammene lagt av miljø, økonomi og kultur skje langt langsommere.¹¹ Tuori argumenterer for at den moderne retten, som positiv rett, ikke kan anerkjenne evige rettsprinsipper eller lignende. Som et resultat av menneskelige handlinger og valg vil retten nødvendigvis formes over tid og være åpen for endringer.¹² Hastigheten for slike endringer avhenger av hvilket nivå man befinner seg på i Tuoris modell:

⁸ Tuori (2002) s. 147.

⁹ Tuori (2002) s. 154.

¹⁰ Tuori (2002) s. 147.

¹¹ Tuori (2002) s. 148.

¹² Tuori (2002) s. 147.

«At the surface level, change is an everyday phenomenon, at the level of the legal culture the pace of change slows down, and the most inert level in its variation is the deep structure [...]»¹³

Tuoris kritiske rettspositivisme gir dermed en rettshistorisk analysemodell som er godt egnet til å studere endringer i retten over tid. For denne oppgavens del er det imidlertid ikke den horisontale endringshastigheten på ett nivå som står i sentrum. Tema for denne oppgaven er hvordan endringer i rettens overflatenivå kan manifestere seg etter kort tid når denne endringen er i tråd med innholdet i rettens underliggende nivåer. Nærlesingen av avgjørelsene i kapittel 2 kan dermed sees på som en studie av hvordan vertikale endringer finner sted i Tuoris modell.

Forståelsen av retten som et lagdelt fenomen gir et utgangspunkt for å forstå hvordan man kan gå fra det jeg har kalt et ideal om «rule of law» til «rule of law» som et rettslig argument. Det som jeg i oppgavens kapittel 2 behandler under en spørsmålstilling om operasjonaliseringen av «rule of law» kan dermed kontekstualiseres ytterligere. En slik operasjonalisering vil i Tuoris teori representere en rettsutvikling dersom man retter oppmerksomheten mot «rule of law» som et mulig element fra et av rettens underliggende nivåer. Dersom man ser «rule of law» som et element fra enten rettskulturen eller rettens dypstruktur er det mulig å si noe om hvordan et slikt element bidrar til utvikling av, og dermed får uttrykk i, rettens overflatenivå. Med en slik teori gir det mening å snakke om idealet «rule of law» i de underliggende nivåer, og «rule of law» som argument på rettens overflatenivå. I oppgavens kapittel 2 er jeg dermed opptatt av å utforske hvordan og over hvilken tid den vertikale interaksjonen mellom nivåene fører til endring i rettens overflatenivå. Analysene av EU-domstolens og EMDs avgjørelser bidrar derfor til å utforske en side av Tuoris teori som det er skrevet mindre om, nemlig den vertikale endringshastigheten mellom nivåene.

Det at utviklingen av «rule of law» har bakgrunn i behovet for å håndtere rettsstatskrisen gjør at man må løfte blikket. Blant annet må man se nærmere på hvilken betydning endringens bakgrunn i de vertikale interaksjonene mellom rettens forskjellige nivåer har for mulighetene til å implementere de rettslige verktøyene som er resultatet av utviklingen. Analysene i kapittel 2 leder dermed direkte over til drøftelsene i oppgavens kapittel 3. Kapittel 3 tar som nevnt utgangspunkt i spørsmålet om hvordan man best skal tilnærme seg operasjonaliseringens rekkevidde gitt dens transnasjonale kontekst. Behovet for å drøfte rekkeviddespørsmålet er en konsekvens av at den rettsutviklingen som har funnet sted, som følge av «rule of law» sin operasjonalisering av transnasjonale domstoler, er blitt møtt med kritikk fra polske nasjonale myndigheter. Tuori sin teori vil dermed måtte presenteres nærmere i oppgavens kapittel 3 (se

¹³ Tuori (2002) s. 150.

kapittel 3.2.3). I den sammenheng vil teorien bidra til å gi et rammeverk for blant annet å drøfte den transnasjonale operasjonaliseringens legitimitet i møte med polsk nasjonal rett.

Overgangen til spørsmålet om operasjonaliseringens rekkevidde representerer et skifte i oppgavens fokus. Dette får konsekvenser for metoden som anvendes. Spørsmålene som oppstår når det transnasjonale møter det nasjonale fører til at man må ta stilling til noen av diskusjonene knyttet til rettens grunnlagsproblematikk. Nærmere bestemt vil problemstillingen til kapittel 3 lede til at man må ta stilling til spørsmål som «hva vil det si at noe er et rettslig fenomen?», «hva er en rettsorden?» og «har man muligheter til å løse konflikter mellom to rettsordener?». Disse spørsmålene hører hjemme i rettsteorien. Fremgangsmåten i oppgavens kapittel 3 vil dermed måtte bero på min tolkning og anvendelse av et teoretisk rammeverk. Rettsvitenskapelige arbeider vil med andre ord stå sentralt. Jeg gir en nærmere presentasjon av valget av tilnærming til rekkeviddespørsmålet i kapittel 3.1. Med bakgrunn i oppgavens struktur, herunder valget om å dele oppgaven i to underproblemstillinger, er det ikke hensiktsmessig å gi en uttømmende introduksjon av den metodiske fremgangsmåten i starten av oppgaven. I lys av oppgavens overordnede problemstilling er det likevel nødvendig å komme med noen presiseringer innledningsvis.

For det første er det viktig å understreke at valget av tilnærming til rekkeviddespørsmålet må forstås i lys av operasjonaliseringsspørsmålet. Operasjonaliseringen av «rule of law» vil ikke få full virkning på nasjonalt nivå før man har avklart forholdet mellom det nasjonale og det transnasjonale. Studiet av operasjonaliseringsspørsmålet fører dermed direkte til rekkeviddespørsmålet. Behovet for å ha teoretisk rammeverk for å forstå dette forholdet mellom det transnasjonale og det nasjonale leder til drøftelsene om rettslig pluralisme (se kapittel 3.3). For det andre må valget av teori passe overens med det studieobjektet man har foran seg, som i dette tilfellet er operasjonaliseringen av «rule of law». Konsekvensen av dette er at jeg er på jakt etter teorier som er forenlige med de begrunnelser som operasjonaliseringen leses som en konsekvens av. For det tredje vil tilnærmingen i kapittel 3 nødvendigvis bli ufullstendig i noen relasjoner. De overordnede og grunnleggende spørsmålene som ligger til grunn for drøftelsen er alt for omfattende til at det er mulig å gi dem en fullstendig behandling innenfor rammen av denne oppgaven. De tilnærmingene som er valgt er etter mitt syn likevel godt egnet til å få frem det som er kjernen i problemstillingen om operasjonaliseringens rekkevidde. For å kunne bruke retten som et virkemiddel til forsvar om rettsstatsidealet i Europa må man nemlig ha en bedre forståelse for hvordan man kan rettferdiggjøre de verktøyene man tar i bruk.

2 Operasjonaliseringen av «rule of law» i EU-domstolen og EMD sine avgjørelser mot Polen

2.1 Innledende om drøftelsene i kapittel 2 og kort om utviklingen i Polen

At det var et behov for rettsutvikling i både EU-domstolen og EMD ble tydelig etter hvert som den såkalte rettsstatskrisen i Europa utviklet seg ved starten av 2010-tallet. Utviklingen i land som Ungarn og Polen førte til rettsspørsmål som på mange måter var annerledes enn hva de to domstolene tidligere hadde behandlet. Reformene som ble gjennomført i disse landene skjedde stort sett på bakgrunn av helt ordinære og tilsynelatende lovlige vedtak i landenes demokratiske valgte parlamenter. Utviklingen i Polen var i denne sammenheng særlig bemerkelsesverdig, all den tid landet lenge var blitt ansett som det fremste eksempelet på overgangen til liberalt demokrati blant de tidligere sovjetstatene.¹⁴ Etter hvert førte særlig domstolsreformene i Polen til at det ble tale om en rettsstatskrise i landet. I møte med dette var det ikke tydelig hvilket rettslig handlingsrom som eksisterte i EU-domstolen og EMD. Dersom man plasserer avgjørelsene i sakene mot Polen langs en tidslinje, vil man imidlertid se en helt klar utvikling i de to domstolenes rettslige verktøy. Fra å ha ingen åpenbare rettsregler å ty til da reformene startet i 2015, sitter EU og EMD anno 2024 med et nytt sett med verktøy. Hvordan skjedde dette, og hvilken rolle spilte «rule of law» i avgjørelsene som har gitt disse nye redskapene?

Drøftelsene i kapittel 2 tar sikte på å studere denne rettsutviklingen gjennom følgende underproblemstilling:

- 1.2 Hvilken funksjon har «rule of law» hatt i utviklingen av de nye rettslige verktøyene EU-domstolen og EMD har tatt i bruk i sakene mot Polen etter 2019?

Den følgende analysen vil dermed konsentrere seg om hvordan «rule of law» inngår som del av den rettslige argumentasjonen til EMD og EU. Med dette mener jeg at jeg i kapittel 2 skal ta for meg hvilken rolle «rule of law» har som ledd i argumentasjonen, og hvilke konsekvenser denne argumentasjonen har for utviklingen av, eller subsumsjonen under de aktuelle reglene på området. Dette forutsetter en nærlesing av avgjørelsene. Drøftelsen og analysen vil vise hvordan de to domstolene har benyttet seg av «rule of law» til å utvikle og anvende reglene på hvert sitt område. For EU-domstolen har argumentasjonen knyttet til «rule of law» spesielt inngått i utviklingen av TEU art. 19. I EMD har utviklingen av den såkalte Ástráðsson-testen, gitt domstolen et nytt verktøy til å vurdere i hvilke tilfeller uregelmessigheter ved utnevnelsen av

¹⁴ Zerofsky (2023).

dommere kan utgjøre brudd på EMK art. 6. Begge domstolene sitter med andre ord igjen med et utvidet «repertoar» av rettslige virkemidler.

Rettsstatsutfordringene i Polen har vært gjenstand for omfattende kommentar og analyse de siste årene. Det faller utenfor denne oppgaven å gi noe inngående redegjørelse for hvilke utviklingstrekk i landet som har gitt grunnlag for den såkalte rettsstatskrisen. En kort oppsummering av utviklingene er likevel nødvendig på bakgrunn av den kontekstuelle rollen rettsstatskrisen spiller for analysen av «rule of law» sin funksjon i avgjørelsene. Introduksjonen som gis her tar utgangspunkt i den utviklingen og de reformene som fant sted i forkant av at de første sakene kom opp for EU-domstolen og EMD. Andre forhold vil tas opp når det er relevant for de enkelte avgjørelsene. Det gis heller ingen gjennomgang av endringer som har kommet i stand etter perioden som er utgangspunkt for oppgaven (se kapittel 1.3). Viktigst her er at det ble avholdt parlamentsvalg i Polen 15. oktober 2023, hvor den styrende koalisjonen mistet sitt flertall. Endringene og reformene som gjennomgås under er derimot dem som er viktigst for å forstå problemkomplekset som var grunnlaget for sakene for EU-domstolen og EMD.

I sentrum for de kontroversielle reformene står Lov og Rettferdighetspartiet (polsk. Prawo i Sprawiedliwość (PiS)). PiS fikk flertall i det polske parlamentet (Sejm) etter valget 25. oktober 2015. Starten på den såkalte rettsstatskrisen fant sted kort tid etter valget og omhandlet i første omgang sammensetningen av landets konstitusjonsdomstol. I løpet av november og desember 2015 gikk perioden til henholdsvis tre og to av dommerne i konstitusjonsdomstolen ut. Rett før valget, i starten av oktober 2015, valgte den daværende Sejm å vedta en resolusjon som ga dem myndighet til å utnevne alle fem dommerne. Resolusjonen ble vedtatt på tross av kritikk fra opposisjonen (inkludert PiS), som mente at det ikke var adgang til dette ettersom to av dommernes perioder utløp etter valget. Senere ble resolusjonen vedtatt opphevet av det nye parlamentet, som da bestod av et flertall fra PiS. Det nyvalgte parlamentet utnevnte deretter selv personer til alle fem postene. Både utnevnelsene til det eldre og nye parlamentet ble gjenstand for søksmål for den polske konstitusjonsdomstolen. På tross av avgjørelser i konstitusjonsdomstolen som tilsa at tre av utnevnelsene til det nye parlamentet var grunnlovsstridig, endte det med at også disse etter hvert inntok rollen som dommere.¹⁵

I tillegg til kontroversene rundt utnevnelsene til konstitusjonsdomstolen, ble det også gjennomført to reformer i justissektoren som er særlig relevante for denne oppgaven. Den første reformen knyttet seg til det nasjonale domstolsrådet, Krajowa Rada Sądownictwa (KRS). Domstolsrådet har blant annet ansvar for å innstille kandidater til dommere i alle polske domstoler, med unntak av den polske konstitusjonsdomstolen. En slik innstilling er en forutsetning for

¹⁵ Utnevnelsene til konstitusjonsdomstolen og etterspillet er redegjort for i Xero Flor v. Poland avsnitt 58–60.

presidentens kompetanse, som står for den endelige utnevnelsen. I den polske grunnloven er det nedfelt at domstolsrådet skal bestå av 25 medlemmer, hvorav 15 er dommere. Den mest kontroversielle endringen bestod i å endre hvem som skulle utnevne disse 15 dommerne til KRS. Frem til 2018 var reglene nemlig slik at disse medlemmene skulle velges av andre dommere. I 2017 endret parlamentet dette til at de 15 dommerne skulle velges av parlamentet.¹⁶ Kjernen i de etterfølgende diskusjonene og avgjørelsene i polske domstoler, så vel som i EMD og EU-domstolen, var hvorvidt (1) endringene var i strid med grunnlovens bestemmelser knyttet til sammensetningen av KRS, og (2) om endringene førte til at dommere som ble utnevnt av domstolsrådet ikke lenger kunne anses som uavhengige.

Den andre reformen rettet seg mot sammensetningen av polsk høyesterett. I 2017 ble det opprettet to nye kamre, Izba Kontroli Nadzyczajnej i Spraw Publicznych (kammeret for ekstraordinære ankesaker) og Izba Dyscyplinarna (disiplinærkammeret). Særlig opprettelsen av det sistnevnte kammeret skapte reaksjoner. Spesielt omstridt var prosessene knyttet til utnevnelsen av dommerne som skulle sitte i kammeret, i tillegg til kammerets kompetanse til å ilegge disiplinærsanksjoner mot dommere. I tiden etter avgjørelsene fra EU-domstolen og EMD, har det vært flere endringer og justeringer av reformene. Etter flere avgjørelser i EU-domstolen, som alle fant at disiplinærkammeret ikke oppfylte kravene til uavhengighet og upartiskhet, ble blant annet virksomheten i disiplinærkammeret stoppet i 2022.¹⁷ Ikke minst er det også ventet store endringer i Polen som følge av parlamentsvalget i oktober 2023. Med hensyn til analysen i kapittel 2 er det imidlertid ikke nødvendig å gå mer i dybden på senere utviklinger.

2.2 «Rule of law» sin funksjon i EU-domstolens møte med rettsstatsutfordringene i Polen

2.2.1 Usikkerhet om EU-domstolens tilgjengelige verktøy i møte med rettsstatskrisen

16. februar 2022 avsa EU-domstolen dom i sakene C-156/21 og C-157/21. De to søksmålene var fremmet av henholdsvis Ungarn og Polen mot EU-kommisjonen. Sakens kjerne var om det var anledning til å redusere utbetalinger fra EU til et medlemsland der hvor det forelå «breaches of the principles of the rule of law».¹⁸ Ungarn og Polen hevdet at forordningen fra 2020 som

¹⁶ EMD redegjør for endringene av domstolsrådet i bla. Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 85 og 86.

¹⁷ Tilles (2022).

¹⁸ Regulation 2020/2092/EU art. 3.

åpnet for dette, var i strid med EU-traktatene og at EU-institusjonene hadde gått utover sin kompetanse.¹⁹ EU-domstolen konkluderte med at forordningen var lovlig.²⁰

I forordningen som utgjorde bakgrunnen for søksmålet, blir man møtt med en legaldefinisjon av «the rule of law». Forordningens art. 2 slår blant annet fast følgende:

«For the purposes of this Regulation, the following definitions apply:

(a) “the rule of law” refers to the Union value enshrined in Article 2 TEU. It includes the principles of legality implying a transparent, accountable, democratic and pluralistic law-making process; legal certainty; prohibition of arbitrariness of the executive powers; effective judicial protection, including access to justice, by independent and impartial courts, also as regards fundamental rights; separation of powers; and non-discrimination and equality before the law.»²¹

Forordningen angir videre en prosedyre for hvordan EU-institusjonene kan gå frem for å avgjøre hvorvidt det har vært et brudd på prinsippene i art. 2. Forordningens art. 3, som har tittelen «Breaches of the principles of the rule of law», gir en liste over forhold som kan være indikativ på slike brudd. Blant disse forholdene er «endangering the independence of the judiciary».²²

Innholdet i disse artiklene virker tillatelig nok, spesielt dersom man leser dem med utgangspunkt i en oppfatning av «rule of law» som et politisk prinsipp eller lignende. Det at det knyttes konkrete rettsvirkninger til brudd på prinsippet, som reduksjon i utbetalinger, gjorde derimot forordningen historisk. Før forordningen var det nemlig ikke gjort lignende forsøk på å definere «rule of law» i en EU-rettslig kontekst. Formuleringene i forordningene blir også spesielt interessant i lys av «rule of law» sin forhistorie i EU-retten. Uttrykkets plass i TEU art. 2 ble nemlig tidligere som regel trukket frem som en verdi eller siktemål, uten evnen til å utgjøre grunnlaget for rettslige forpliktelser.²³ Utfallet i søksmålene til Polen og Ungarn var imidlertid ikke så oppsiktsvekkende. I sine uttalelser om «rule of law» sin rolle i unionstraktatene kunne nemlig EU-domstolen vise til det som etter hvert var blitt et betydelig antall avgjørelser hvor «rule of law» hadde spilt en særlig fremtredende rolle i begrunnelsene. Dersom man sammenligner med situasjonen bare knappe fire år tidligere, fremstår derimot avgjørelsen i 2022 som en slags

¹⁹ Se Ungarn og Polens anførsler i henholdsvis C-156/21 Hungary v. Parliament and Council avsnitt 67–96 og C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 63–110.

²⁰ Se C-156/21 Hungary v. Parliament and Council avsnitt 364 og C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 366.

²¹ Regulation 2020/2092/EU art. 2.

²² Regulation 2020/2092/EU art. 3 (a).

²³ Se f.eks Council of the European Union (2014) avsnitt 16.

kulminasjon av en rettsutvikling som på kort tid hadde ført til at EU-domstolen hadde nye verktøy i møte med situasjonen i land som Polen.

Et naturlig starttidspunkt for å studere denne utviklingen, finner man om man går tilbake til en avgjørelse EU-domstolen avsa mot Ungarn ti år tidligere i 2012. Etter å ha vunnet det ungarske valget i 2010, gikk den ungarske regjeringen, ledet av partiet Fidez, i gang med en rekke reformer i Ungarn. Blant disse reformene var en pensjonsreform for domstolene, som ville få den praktiske konsekvens at et stort antall dommere måtte gå av med pensjon. Reformen ble av mange ansett som et forsøk på å få erstattet eldre dommere med mer regjeringsvennlige kandidater. EU-kommisjonen var bekymret for ungarske domstolars uavhengighet og ønsket å hindre implementeringen av reformen.²⁴ Bekymringene førte til et søksmål for EU-domstolen, hvor EU-kommisjonen hevdet at reformen var i strid med EUs anti-diskrimineringsregelverk.²⁵ Domstolenes uavhengighet ble verken i søksmålet eller EU-domstolens avgjørelse nevnt med et ord. Syv år senere, i 2019, oppstod en lignende situasjon i Polen. Den polske regjeringen gjennomførte en pensjonsreform i domstolene og frykten var at reformen var et angrep på domstolenes uavhengighet. EU så igjen etter en måte å svare på. Denne gangen blir det etterfølgende traktatbruddsøksmålet begrunnet i nettopp trusselen mot domstolens uavhengighet.²⁶ Søksmålet endte med at Polen ble dømt for brudd på sine forpliktelser etter EU-traktatene. Domfellelsen av Polen representerer på mange måter starten på neste etappe av den utviklingen som førte frem til avgjørelsene i 2022.

I det følgende skal jeg analysere utviklingen i bruken av «rule of law» i EU-domstolen, og hvordan denne bruken bidro til nye verktøy for å vurdere sakene mot Polen. For å kunne svare på dette vil jeg se nærmere på begrunnelsene i de enkelte avgjørelsene. Funksjonen til «rule of law» vil dermed gis en forklaring ut fra den kontekst termen brukes i. I tråd med underproblemstillingen til kapittel 2, vil analysen av «rule of law» ta sikte på å utlegge hvordan «rule of law» er blitt operasjonalisert som et argument i EU-domstolens begrunnelser. For å kunne gi et godt nok bakteppe for utviklingen vil jeg innledningsvis, i kapittel 2.2.2, kort gjøre rede for hva som var diskusjonene knyttet til håndteringen av rettsstatsutfordringene i EU, forut for sakene mot Polen. I tillegg vil jeg se på utviklingen av TEU art. 19 som et nytt grunnlag for å vurdere domstolenes uavhengighet, og hvilken rolle «rule of law» har spilt i dette. I kapittel 2.2.3 vil jeg ta for meg «rule of law» sin rolle i angivelsen av anvendelsesområdet til denne «nye» forpliktelsen etter TEU art. 19, herunder «rule of law» sin rolle i angivelsen av grensen mellom TEU art. 19 og Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (EU-charteret) art.

²⁴ Than (2012).

²⁵ Case C-286/12 Commission v. Hungary avsnitt 1.

²⁶ Case C-619/18 Commission v. Poland.

47. Som det vil fremgå av drøftelsen fikk «rule of law» etter hvert også en mer selvstendig rolle som grunnlag for medlemsstatenes forpliktelser. Denne siden av «rule of law» sin operasjonalisering er tema for kapittel 2.2.4. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 2.2.5 returnere til sak C-157/21 og si noe om hva som per i dag kan sies å være «rule of law» sin funksjon i saker hvor domstolenes uavhengighet skal vurderes.

2.2.2 Behovet for et nytt verktøy: «rule of law» som grunnlaget for en forpliktelse etter TEU art. 19 (1)

Den såkalte rettsstatskrisen har vært gjenstand for diskusjon i EU over lengre tid.²⁷ I hvert fall siden valget av Fidez til regjeringsmakt i Ungarn i 2010, med etterfølgende grunnlovsreform i 2011, er det blitt diskutert hvordan unionen mer effektivt kan håndtere det som opplevdes som utfordringer mot verdiene nedfelt i TEU art. 2. Artikkelenes første setning slår fast:

«The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, *the rule of law* [egen kursivering] and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities.»²⁸

Den mest omtalte sanksjonsmekanismen i møte med trusler mot disse verdiene finner man i TEU art. 7. Etter artikkelen kan enkelte av rettighetene til et medlemsland suspenderes, dersom det foreligger «a serious and persistent breach [...] of the values referred to in Article 2.»²⁹ Et slikt vedtak krever enstemmighet i Det europeiske råd, da med unntak av medlemsstaten det gjelder. Sannsynligheten for et slikt vedtak er i utgangspunktet liten. Vedtak etter art. 7 mot Polen eller Ungarn har også vært praktisk umulig i lys av at de to landene har hatt en felles interesse i å blokkere et slikt vedtak mot den andre.

Utviklingen i Ungarn og Polen førte med andre ord til en rekke spørsmål knyttet til hvilke rettslige alternativer som var tilgjengelige for å verne om verdiene i TEU art. 2, herunder «rule of law». Et godt eksempel her er den nevnte saken mot Ungarn i 2012, som kommisjonen anla som et resultat av at pensjonsalderen for ungarske dommere ble redusert. Reformen hadde allerede blitt kjent grunnlovsstridig av at den ungarske konstitusjonsdomstolen, på bakgrunn av den var i strid med den ungarske grunnlovens bestemmelse om domstolenes uavhengighet.³⁰ EU-kommisjonen uttrykte på lik linje sin bekymring for endringenes betydning for uavhengigheten til ungarske domstoler.³¹ Utfordringen for kommisjonen viste seg å være at det ikke var

²⁷ Det er skrevet mye om hvordan EU kan og bør håndtere rettsstatsutfordringene i Polen, se bla. Crzeszczak (2018).

²⁸ TEU art. 2.

²⁹ TEU art. 7 (1).

³⁰ Gyulavári (2013) s. 289–297.

³¹ Than (2012).

tydelig hvordan slike reformer, med åpenbare rettsstatsimplikasjoner, kunne bli grunnlag for søksmål for EU-domstolen.

I saken som ble anlagt for EU-domstolen i kjølvannet av reformen i Ungarn, var spørsmålet dermed hvorvidt reformen stred med EUs anti-diskrimineringsregelverk.³² Sakens forhold til ungarske domstolars uavhengighet ble ikke kommentert av domstolen overhodet. Dette var på tross av blant annet EU-domstolens generaladvokat sin uttalelse i saken.³³ Saken etterlot seg et spørsmål om hvorvidt EU-domstolen i møte med en slik utvikling var begrenset til å anvende bestemmelser som ikke gikk etter sakens kjerne. Selv om Ungarn ble felt for brudd på EU-lovgivningen hadde EU-domstolen tilsynelatende ingen verktøy for å adressere sakens betydning for domstolens uavhengighet og unionens verdier, herunder «the rule of law».

Når en EU-institusjon, da særlig kommisjonen, identifiserer det de mener er en utfordring mot rettsstaten, blir det et spørsmål om og hvordan dette kan omsettes i form av rettslige forpliktelser for medlemsstatene. Særlig viktig her er forholdet mellom EU-retten på den ene siden, og områdene som er underlagt hvert enkelt medlemslands enesuverenitet på den andre siden.³⁴ Et sentralt uttrykk for dette forholdet, når det gjelder EU-domstolens kompetanse, er reglene i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TFEU) art. 258 om når kommisjonen kan gå til traktatbruddssøksmål. Bestemmelsen slår fast at det aktuelle medlemslandet må ha «failed to fulfil an obligation under the Treaties».³⁵

Dette innebærer at dersom domstolens uavhengighet skal anføres som grunnlag for et søksmål i et gitt tilfelle, må dette forankres i en bestemmelse gitt i kraft av EU-traktatene. Kravet om domstolens uavhengighet i EU-charteret artikkel 47, er et eksempel på en slik bestemmelse. Charteret har derimot et begrenset anvendelsesområde (se nærmere om dette i kapittel 2.2.3), og ville for eksempel ikke vært anvendelig for problemstillingen i saken mot Ungarn i 2012. Valget av diskrimineringsdirektivet som rettslig grunnlag for søksmålet mot Ungarn ble blant annet ansett som et utslag av at en alternativ begrunnelse ikke ville kunne forankres i en rettslig forpliktelse etter traktatene.³⁶ En nærliggende forklaring på valget er at en anførsel om at reformen stred mot vernet om domstolens uavhengighet, ikke ville kunne tilbakeføres til en forpliktelse etter EU-retten. Man ville da være inne på områdene som er forbeholdt medlemslandene etter TEU art. 4 og art. 5.³⁷ Selv om EU-kommisjonen var bekymret for pensjonsreformens

³² Case C-286/12 Commission v. Hungary avsnitt 1.

³³ View of Advocate General Kokott on Case C-286/12 Commission v. Hungary avsnitt 54 og 55.

³⁴ Se TEU art. 4 og 5.

³⁵ TFEU art. 258 første ledd.

³⁶ Gyulavári (2013) s. 297.

³⁷ Se bla. Gyulavári (2013) s. 289–297.

betydning for domstolenes uavhengighet, stod EU tilsynelatende uten passende rettslige verktøy.

I sakene C-619/18 og C-192/18 fra 2018, gikk EU-kommisjonen til traktatbruddssøksmål mot Polen på bakgrunn av endringer i pensjonsalderen for dommere i henholdsvis polsk høyesterett og de ordinære domstolene. De påståtte bruddene hadde med andre ord opphav i en reform som var lignende den som var bakteppet for saken mot Ungarn i 2012. Det sentrale vurderingstema var denne gangen ikke hvorvidt endringene var i strid med EUs regler mot diskriminering (selv om dette også utgjorde en del av søksmålet i C-192/18), men hvorvidt endringene var i strid med TEU art. 19 og EU-charteret art. 47.³⁸ TEU art. 19 (1) slår fast følgende:

«The Court of Justice of the European Union shall include the Court of Justice, the General Court and specialised courts. It shall ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed.

Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law [egen kursivering].»³⁹

Kommisjonen anførte at reformen stred med Polens forpliktelse etter bestemmelsens annet ledd. Bakgrunnen var den nye lovens bestemmelser om reduksjon i pensjonsalderen, sett sammen med at presidenten ble tillagt en diskresjonær kompetanse til å gi enkeltdommere utvidet funksjonstid. Disse endringene var etter komisjonens syn «[...] in breach of the principle of judicial independence and, in particular of the principle of the irremovability of judges [...]»⁴⁰

EU-domstolen ga komisjonen medhold, og med det ble avgjørelsene historiske. Dette var nemlig første gang et medlemsland ble felt for å ha brutt sine forpliktelser etter EU-traktatene på bakgrunn av brudd på prinsippet om domstolenes uavhengighet.⁴¹ Saken representerte også starten på en rekke av saker hvor domstolsreformene i Polen, og deres påvirkning på domstolenes uavhengighet, ble vurdert mot EU-retten. I tiden mellom saken mot Ungarn i 2012 og første traktatbruddssøksmål mot Polen i 2019 hadde domstolen med andre ord fått et nytt verktøy. I de neste kapitlene er spørsmålet hvordan man kan forstå denne utviklingen ved å se på «rule of law» sin rolle i begrunnelsen til EU-domstolen. Som drøftelsen vil vise, førte operasjonaliseringen av «rule of law» til at domstolen etter hvert var skodd med nye verktøy.

³⁸ Se C-619/18 *Commission v. Poland* avsnitt 1 og C-192/18 *Commission v. Poland* avsnitt 1.

³⁹ TEU art. 19 (1).

⁴⁰ Case C-619/18 avsnitt 25–26.

⁴¹ Craig (2021) s. 332.

For å forstå hvorfor EU-kommisjonen kunne bygge på TEU art. 19 (1) annet ledd overfor Polen i 2019, når dette ikke ble gjort overfor Ungarn i 2012, må man se hen til en prejudisiell avgjørelse (eng. preliminary ruling) EU-domstolen kom med i 2018. I saken C-64/16 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses, ASJP) var spørsmålet hvorvidt TEU art. 19 (1) og EU-charteret art. 47 var til hinder for en planlagt reduksjon i dommerlønningene, da på bakgrunn av om dette kunne være et inngrep i domstolens uavhengighet.⁴² EU-domstolen konkluderte med at det i den aktuelle saken ikke var tale om et slikt inngrep,⁴³ men la til grunn at TEU art. 19 (1) kunne brukes for å utlede slike type forpliktelser.

Domstolen slår raskt fast at EU er en union basert på verdiene nedfelt i TEU art. 2, herunder «the rule of law», og at dette medfører en rett til å få prøvd for en domstol saker vedrørende implementering av EU-rett.⁴⁴ «Rule of law» blir dermed springbrettet domstolen deretter benytter seg av for å komme seg fra verdien i TEU art. 2 til en forpliktelse etter TEU art. 19. Oppsummert kan domstolens resonnement fremstilles slik:

- (1) EU er basert på verdiene i TEU art. 2, herunder «rule of law».
- (2) Denne verdien har fått utslag i TEU art. 19 og i prinsippet om effektiv beskyttelse av rettigheter under EU-retten.
- (3) Effektiv domstolsprøving utgjør kjernen av «rule of law».
- (4) Effektiv domstolsprøving utgjør dermed en forutsetning for å sikre effektiv beskyttelse etter TEU art. 19.
- (5) EU-charteret art. 47 stiller opp domstolens uavhengighet som et av kravene til effektiv beskyttelse og domstolsprøving.
- (6) TEU art. 19 pålegger derfor medlemsstatene å sikre uavhengige domstoler.

Som vist, utgjør «rule of law» en avgjørende form for «bro» to ganger i domstolens resonnement. Først brukes uttrykket eksplisitt til å forbinde verdien «rule of law» i TEU art. 2 til prinsippet om effektiv beskyttelse under TEU art. 19. Bakgrunnen for å kunne bruke «rule of law» på denne måten, begrunnes med at verdiene i TEU art. 2 anses som grunnlaget for medlemsstatene felles forpliktelser og tilliten mellom dem. Eller, som domstolen skriver i sine begrunnelser:

«[...] it should be noted that mutual trust between the Member States and, in particular, their courts and tribunals is based on the fundamental premiss that Member States share

⁴² Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 18.

⁴³ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 52.

⁴⁴ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 30–31.

a set of common values on which the European Union is founded, as stated in Article 2 TEU [...].»⁴⁵

En avgjørende del av domstolens resonnement blir dermed overgangen mellom (1) og (2) i resonnementet. Forut for avgjørelsen var TEU art. 19 ikke blitt brukt til å pålegge medlemsstatene noen forpliktelser med tanke på de nasjonale domstolenes innretning og uavhengighet. Ved å forbinde verdien «rule of law» i TEU art. 2 til innholdet i TEU art. 19, mener domstolen at man kan utlede slike forpliktelser. I dommens begrunnelser fremgår dette av følgende:

«Article 19 TEU, which gives concrete expression to the value of the rule of law [egen kursivering] stated in Article 2 TEU, entrusts the responsibility for ensuring judicial review in the EU legal order not only to the Court of Justice but also to national courts and tribunals [...].»⁴⁶

«The Member States are therefore obliged, [...] to ensure, in their respective territories, the application of and respect for EU law [...] In that regard, as provided for by the second subparagraph of Article 19(1) TEU, Member States are to provide remedies sufficient to ensure *effective judicial protection* for individual parties in the fields covered by EU law. It is, therefore, for the Member States to establish a system of legal remedies and procedures ensuring *effective judicial review* [egen kursivering] in those fields [...].»⁴⁷

EU-domstolen ser med andre ord ut til å bygge på en forutsetning om at det som er en del av verdien «rule of law», også har fått utslag som en del av TEU art. 19. Dette er den avgjørende forutsetningen for at domstolen deretter skal kunne lese en forpliktelse om uavhengige domstoler ut av artikkelen. Prinsippet om effektiv beskyttelse etter art. 19, suppleres med prinsippet om effektiv domstolsprøving, noe som lar seg gjøre nettopp fordi det må følge av verdien «rule of law» i TEU art. 2. Dermed ligger veien åpen for å trekke inn kravene til rettferdig rettergang, herunder kravet til uavhengige domstoler i EU-charteret art. 47. Dette kravet gjøres dermed til en del av forpliktelsen i TEU art. 19. EU-domstolens resonnement på dette punktet kan leses ut av følgende:

«The very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law is of *the essence of the rule of law* [egen kursivering] [...].»⁴⁸

⁴⁵ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 30.

⁴⁶ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 32.

⁴⁷ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 34.

⁴⁸ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 36.

«It follows that every Member State must ensure that the bodies which, as ‘courts or tribunals’ within the meaning of EU law, come within its judicial system in the fields covered by that law, meet the requirements of effective judicial protection.»⁴⁹

«In order for that protection to be ensured, maintaining such a court or tribunal’s independence is essential, as confirmed by the second subparagraph of Article 47 of the Charter, which refers to the access to an ‘independent’ tribunal as one of the requirements linked to the fundamental right to an effective remedy.»⁵⁰

Svaret i den konkrete forespørselen fra Portugals høyesterett var som nevnt at reduksjonen i lønningene til dommerne i dette tilfellet ikke virket problematisk, blant annet fordi endringene rammet bredt i offentlig sektor og var av midlertidig karakter.⁵¹ EU-domstolens avgjørelse fikk likevel store etterfølgere. Da EU-kommisjonen gikk til søksmål mot Polen ni måneder senere, var det nemlig mulig å anføre at den polske pensjonsreformen var i strid med TEU art. 19. Selv om avgjørelsen i ASJP utgjorde et nødvendig grunnlag, var det derimot uklart både hva som skulle til for å bryte forpliktelsen etter TEU art. 19, og hvor stort anvendelsesområdet denne forpliktelsen hadde. Det siste ble spesielt viktig i kommisjonens søksmål mot Polen som fulgte i 2019. Det avgjørende var nå blant annet å slå fast hvor langt forpliktelsene etter TEU art. 19 strakk seg i møte med anførsler om at organiseringen av nasjonale domstoler var underlagt medlemsstatenes kompetanse.

2.2.3 Om «rule of law» sin rolle for anvendelsesområdet til forpliktelsen etter TEU art. 19 (1) og forholdet til EU-charteret art. 47

2.2.3.1 Spørsmålet om anvendelsesområdet til forpliktelsen i TEU art. 19 (1)

Traktatbruddssøksmålet i saken C-619/18 var første sak hvor EU-domstolen behandlet hvorvidt en medlemsstat kunne dømmes for brudd på forpliktelsene etter TEU art. 19 (1). Ettersom en slik forpliktelse var bekreftet av EU-domstolen i ASJP, var spørsmålet nå hvilket omfang denne forpliktelsen ville ha. I kapittelet ovenfor har jeg vist hvordan «rule of law» inngikk som sentral del i argumentasjonen som førte frem til at en slik forpliktelse ble utledet av TEU art. 19 (1). Temaet for dette kapittelet er hvordan «rule of law» ble brukt til å angi forpliktelsens anvendelsesområde.

⁴⁹ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juízes Portugueses avsnitt 37.

⁵⁰ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juízes Portugueses avsnitt 41.

⁵¹ Case C-64/16 Associação Sindical dos Juízes Portugueses avsnitt 46–52.

For EU-domstolen anførte Polen at søksmålsobjektet, nemlig pensjonsreformen, falt utenfor domstolens kompetanse.⁵² Anførselen sentrerte seg for det første rundt TEU art. 4 og art. 5. Artiklene slår fast at EU bare har den kompetansen som er gitt av medlemsstatene i kraft av traktatene, og at resterende kompetanse forblir hos medlemsstatene. For det andre anførte Polen at verken TEU art. 19 eller EU-charteret art. 47 var anvendelig på bakgrunn av disse artiklens sitt anvendelsesområde. Nærmere bestemt anførte Polen at saken falt utenfor henholdsvis «fields covered by Union law»⁵³ og «implementing union law»⁵⁴.

Som svar på Polens anførsler, bekrefter EU-domstolen sin begrunnelse i ASJP og etablerer dermed domstolens jurisdiksjon til å dømme i saken. EU-domstolen understreker igjen at unionen er basert på premisset om at alle medlemslandene deler verdiene i TEU art. 2, og at statene frivillig har valgt å slutte seg til, respektere og fremme disse verdiene.⁵⁵ Premisset om at TEU art. 2 gir uttrykk for felles verdier, gir grunnlaget for en gjensidig tillit mellom medlemsstatene. Dette innebærer at alle statene i EU, inkludert de nasjonale domstolene, skal sikre at «[...] those values upon which the European Union is founded, *including the rule of law* [egen kursivering], will be recognised, and therefore that *the EU law that implements those values* [egen kursivering] will be respected [...]».⁵⁶ På samme måte som i ASJP, slås det deretter fast at TEU art. 19 gir uttrykk for «the value of the rule of law».⁵⁷ Grunnlaget for at TEU art. 19 kan utgjøre en forpliktelse er med andre ord artikkelens kobling til verdien «rule of law» i TEU art. 2 (se kapittel 2.2.2).

Koblingen mellom TEU art. 2 og TEU art. 19 utgjør også EU-domstolens grunnlag for å håndtere andre del av Polens anførsel. Når det gjelder anvendelsesområdet («the fields covered by Union law») til forpliktelsen i TEU art. 19 (1) annet ledd, slår domstolen fast at bestemmelsen gjelder uavhengig av hvorvidt man er innenfor betydningen av «implementing Union law» i EU-charteret art. 51 (1).⁵⁸ Med tanke på anvendelsen av TEU art. 19 på sakskomplekset i ASJP, anførte Polen at dette kunne begrunnes i at den da omstridte lønnsreduksjonen til dommere hadde sin kilde i gjennomføringen av et økonomisk støtteprogram fra EU.⁵⁹ Dette avviser EU-domstolen, og understreker at TEU art. 19 (1) annet ledd kom til anvendelse «[...] on the basis

⁵² Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 37.

⁵³ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 38, jf. TEU art. 19 (1) annet ledd.

⁵⁴ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 41, jf. EU-charteret art. 51 (1).

⁵⁵ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 42.

⁵⁶ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 43.

⁵⁷ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 47.

⁵⁸ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 50, med henvisning til Case C-64/16 Associação Sindical dos Juízes Portugueses avsnitt 29.

⁵⁹ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 40.

of the fact that the national body which the case concerned [...] could [...] rule as a court or tribunal, on questions concerning the application or interpretation of EU law [...]»⁶⁰ Det at den nasjonale domstolen *kan komme til* å avgjøre saker om tolkningen eller implementering av EU-rett er altså i seg selv tilstrekkelig til at man kommer innenfor anvendelsesområdet til TEU art. 19 (1) annet ledd.⁶¹

Ved avgjørelsen i C-619/18 konsolideres dermed utviklingen av TEU art. 19 (1) annet ledd som grunnlag for medlemsstatenes forpliktelse om å sikre uavhengige domstoler. I utviklingen av dette nye verktøyet er avgjørelsen sentral av to grunner. For det første blir det klart at TEU art. 19 (1) annet ledd kan utgjøre et selvstendig grunnlag for traktatsbruddssøksmål etter TFEU art. 258. Dette ble senere stadfestet og utviklet i avgjørelsen C-824/18 (A.B and Others).⁶² For det andre stadfester EU-domstolen et vidt anvendelsesområde for denne forpliktelsen, da spesielt i forhold til EU-charteret art. 47. Avgjørelsen i C-619/18 bygger med andre ord videre på ASJP og tar utviklingen av TEU art. 19 som et rettslig verktøy ett steg videre.

Som forklart i kapittel 2.2.2, var det koblingen mellom TEU art. 19 og EU-charteret art. 47 som tillot EU-domstolen å utlede en forpliktelse om å sikre uavhengige domstoler ut fra TEU art. 19 (1) annet ledd. Etter at koblingen ble gjort mellom TEU art. 19 (1) annet ledd og EU-charteret art. 47, måtte forholdet mellom de to artiklene klarlegges. Parallelt med utviklingen av forpliktelsen etter TEU art. 19, førte sammenkoblingen av de to artiklene til at det ble uklart hvor grensen gikk til EU-charteret art. 47. I kjølvannet av dommen mot Polen i C-619/18, kom det dermed en rekke forespørsler om prejudisielle avgjørelser fra polske domstoler. Forespørslene tok sikte på å få avklart hvor langt forpliktelsene etter TEU art. 19 (1) annet ledd strakk seg. Etter de første avgjørelsene mot Polen var det dermed åpent om, og eventuelt til hvilken grad, forpliktelsen etter TEU art. 19 kom til å konsumere forpliktelsen etter EU-charteret art. 47.

Hvor langt man skulle gå i å klarlegge innholdet i TEU art. 19 (1) annet ledd i lys av EU-charteret art. 47, ble i C-619/18 formulert som at:

«[...] the second subparagraph of Article 19(1) TEU requires Member States to provide remedies that are sufficient to ensure effective legal protection, *within the meaning in particular of Article 47 of the Charter*, in the fields covered by EU law [...]»⁶³

⁶⁰ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 51.

⁶¹ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 56.

⁶² Case C-824/18 A.B and Others avsnitt 146. Se mer om denne avgjørelsen nedenfor.

⁶³ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 54.

Dette tilsier tilsynelatende at også all tidligere praksis knyttet til EU-charteret art 47 kan bli relevant i tolkningen av TEU art. 19 (1) annet ledd. I C-619/18 anså EU-domstolen det ikke som nødvendig å foreta separate vurderinger etter de to artiklene. Domstolen nøyde seg med å slå fast at TEU art. 19 hadde et annet, og tilsynelatende bredere, anvendelsesområde enn EU-charteret art. 47. Sistnevnte artikkel inngikk imidlertid i tolkningsgrunnlaget for førstnevnte. I denne sammenheng er det interessant å merke seg at EU-domstolen på dette punktet ser ut til å gå imot generaladvokatens uttalelse i saken, som advarte mot å blande sammen vurderingene etter de to artiklene, ettersom dette:

«[...] would be apt to undermine the current system of review of the compatibility of national measures with the Charter and open the door for Treaty provisions such as Article 19(1) TEU to be used as a ‘subterfuge’ to circumvent the limits of the scope of application of the Charter as set out in Article 51(1) thereof.»⁶⁴

En forklaring på EU-domstolens avvik fra generaladvokatens uttalelser kan ligge i spørsmålet om *hvorfor* kravet til domstolenes uavhengighet i EU-charteret art. 47 må anses som en del av forpliktelsen etter TEU art. 19 (1) annet ledd. EU-domstolen baserer seg nemlig også igjen på «rule of law» til å gjøre den nødvendige forbindelsen mellom det konkrete kravet til domstolenes uavhengighet i art. 47 i charteret og forpliktelsen etter TEU art. 19. Når kravet til uavhengighet presenteres som en del av forpliktelsen i TEU art. 19 (1) annet ledd, slår domstolen fast at:

«That requirement that courts be independent, which is inherent in the task of adjudication, forms part of the essence of the right to effective judicial protection and the fundamental right to a fair trial, which is of cardinal importance as a guarantee that all the rights which individuals derive from EU law will be protected *and that the values common to the Member States set out in Article 2 TEU, in particular the value of the rule of law, will be safeguarded* [egen kursivering] [...].»⁶⁵

Bruken av EU-charteret art. 47, til å tolke innholdet i TEU art. 19 (1) annet ledd, fortsatte i de prejudisielle avgjørelsene som ble avsagt av EU-domstolen etter de to første traktatbruddssøksmålene. I den prejudisielle avgjørelsen i de forente sakene C-585/18, C-624/18 og C-625/18 (A.K and others), avsagt i november 2019, baserte EU-domstolen sine begrunnelser nærmest utelukkende på EU-charteret art. 47, selv om spørsmålet fra den polske høyesteretten også var rettet mot tolkningen av TEU art. 19. Spørsmålet fra polsk høyesterett var hvordan TEU art. 2, TEU art. 19 (1) annet ledd, TFEU art. 267 og EU-charteret art. 47, skulle forstås når uavhengigheten og upartiskheten til det nyopprettede disiplinærkammeret i polsk høyesterett skulle

⁶⁴ Opinion of Advocate General Tanchev on Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 57.

⁶⁵ Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 54.

vurderes.⁶⁶ I begrunnelsen trakk domstolen frem at det ikke var nødvendig med en separat vurdering av de andre artiklene, ettersom denne vurderingen bare kunne forsterke konklusjonen med tanke på tolkningen av EU-charteret art. 47.⁶⁷

I EU-domstolens avgjørelse i saken C-824/18 (A.B and others), avsagt i mars 2021, var charteret ikke anvendelig.⁶⁸ Dette hindret ikke EU-domstolen fra å bruke EU-charteret art. 47 aktivt i tolkningen av TEU art. 19 (1) annet ledd, og med det ta utviklingen av sistnevnte artikkel enda et steg videre. Relevansen av praksis knyttet til EU-charteret art. 47 i tolkningen av forpliktelsen i TEU art. 19 (1), vises også ved at EU-domstolen i A.B and others gjennomgående henviser til begrunnelsen i A.K and others, selv om sistnevnte i de henviste delene av begrunnelsen forholder seg til tolkningen av EU-charteret art. 47.⁶⁹ Flere avgjørelser i 2021 og 2022 fortsatte denne kombinerte bruken av de to artiklene. Etter hvert ble stadig mer av EU-charteret art. 47 sitt innhold innfortolket i forpliktelsen etter TEU art. 19 (1) annet ledd.⁷⁰ Da EU-domstolen i juli 2021 avsa dom i et nytt traktatsbruddsøksmål, fremmet av EU-kommisjonen mot Polen, ble dette ettertrykkelig slått fast for så vidt gjelder kravet til «tribunal previously established by law» i EU-charteret art. 47.⁷¹ I lys av denne utviklingen blir det naturlig å spørre seg: Hva er forskjellen mellom medlemsstatenes forpliktelser etter TEU art. 19 (1) og EU-charteret art. 47? Kan de to forpliktelsene brukes om hverandre, eller har de hvert sitt designerte formål? Et svar kan tilsynelatende ligge i rollen til «rule of law».

2.2.3.2 Grensen mellom TEU art. 19 (1) og EU-charteret art. 47 forstått som et spørsmål om sakstemaets tilknytning til «rule of law»-problematikk

EU-domstolen har ikke vært eksplisitt på om det er designerte områder tiltenkt for forpliktelsene etter henholdsvis TEU art. 19 (1) og EU-charteret art. 47. Basert på de to forskjellige angivelsene av anvendelsesområdet til TEU art. 19 (1) annet ledd og EU-charteret art. 47, nemlig henholdsvis «fields covered by Union law» og «when implementing Union law», kunne man tenke seg at forpliktelsen etter EU-charteret kunne være en form for *lex specialis*. Det ville med andre ord innebære at dersom man er innenfor EU-charteret art. 47 sitt anvendelsesområde, så brukes denne artikkelen fremfor TEU art. 19. Denne forståelsen korresponderer bra med EU-domstolens valg av rettsgrunnlag i overnevnte A.K and others. I denne saken velger EU-domstolen å basere drøftelsen på charteret, selv om den bare få måneder tidligere hadde slått fast

⁶⁶ Joined Cases C-585/18, C-624/18 og C-625/18 A.K and Others avsnitt 72.

⁶⁷ Joined Cases C-585/18, C-624/18 og C-625/18 A.K and Others avsnitt 169.

⁶⁸ Case C-824/18 A.B and Others avsnitt 89.

⁶⁹ Case C-824/18 A.B and Others avsnitt 117–119.

⁷⁰ Se bla. Case C-896/19 Republika og Joined Cases C-748/19 to C-754/19 WB and Others.

⁷¹ Case C-791/19 Commission v. Poland avsnitt 164–177.

TEU art. 19 sin relevans. I senere avgjørelser kan bruken av TEU art. 19 (1) annet ledd da eventuelt forklares ved at EU-charteret ikke var anvendelig.⁷²

For noen av de senere avgjørelser fra EU-domstolen ser derimot ikke denne forståelsen av EU-charteret, som foretrukket *lex specialis*, ut til å passe like bra. I den prejudisielle avgjørelsen i de forente sakene C-748/19 til C-754/19 (WB and others), avsagt 16. november 2021, var spørsmålet fra den polske domstolen, og det etterfølgende svaret til EU-domstolen, først og fremst basert på TEU art. 19. Dette var på tross av at det var tale om implementering av et EU-direktiv, og at charteret dermed var anvendelig.⁷³ I den prejudisielle avgjørelsen C-132/20 (Getin Noble Bank), avsagt 29. mars 2022, var både TEU art. 19 og EU-charteret anvendelig. I sine begrunnelser valgte EU-domstolen å basere svaret sitt på en tolkning av begge artiklene.⁷⁴ EU-charteret art. 47 som *lex specialis*, forstått som utelukkende et spørsmål om når man er innenfor anvendelsesområdet i EU-charteret art. 51, ser dermed ikke ut til å være helt treffende. Dersom man ser nærmere på EU-domstolens begrunnelser kan det imidlertid virke som at de to artiklene kanskje har hver sin *lex specialis*-funksjon, men da avhengig av det underliggende saksforholdets relasjon til «rule of law»-problematikk.

EU-domstolen angir som sagt aldri eksplisitt et skille mellom de to artiklenes virkeområde og funksjon. Unntaket er forskjellene i deres respektive anvendelsesområde som redegjort for ovenfor. I lys av grunnlaget til forpliktelsen i TEU art. 19 (1) annet ledd, sett sammen med bakgrunnen for behovet til en slik forpliktelse (som gjort rede for i kapittel 2.2.2), kan det derimot være mulig å stille opp et slikt skille. Med tanke på grunnlaget for forpliktelsen i TEU art. 19 (1) kan dette leses ut av at EU-domstolen gjennomgående gjentar at artikkelen er et «concrete expression» av «rule of law». Som vist i utdraget fra C-619/18 avsnitt 54, gjengitt ovenfor, blir også innfortolkningen av kravet til uavhengighet fra EU-charteret art. 47 begrunnet i at dette er nødvendig for å sikre verdiene i TEU art. 2 og da spesielt for at «the value of the rule of law will be safeguarded».

Denne forståelsen av de to forpliktelsenes forskjellige formål og virkeområde, er også synlig i flere av uttalelsene til generaladvokatene i de aktuelle sakene. Allerede i uttalelsen til traktatbruddssøksmålet C-619/18 i 2019, skriver generaladvokat Tanchev følgende om hvorfor TEU art. 19 (1) annet ledd sitt anvendelsesområdet er videre enn det som følger av EU-charteret art. 51 (1):

⁷² Dette passer blant annet med bruken av TEU art. 19 (1) annet ledd i Case C-824/18 A.B. and Others, Case C-896/21 Repubblika, og Case C-487/19 W.Ż.

⁷³ Joined Cases C-748/19 to C-754/19 WB and Others avsnitt 39.

⁷⁴ Se C-132/20 Getin Noble Bank avsnitt 77 flg.

«[...] it is because this action *concerns an alleged breach of the rule of law* [egen kursivering], a foundational value of the Union and reflected in Article 19 TEU, that the Commission can institute these proceedings under Article 258 TFEU against a Member State [...].»⁷⁵

I sin uttalelse til saken A.K and others noen måneder senere skriver den samme generaladvokaten at spørsmålet om hvorvidt et brudd på kravet til domstolens uavhengighet etter EU-charteret art. 47 også kunne utgjøre et brudd på TEU art. 19 (1), er et spørsmål om hvorvidt det aktuelle bruddet kan anses som:

«[...] a structural or generalised infirmity which compromises the essence of judicial independence for the purposes of the second subparagraph of Article 19 (1) TEU, *thereby more broadly breaching the rule of law as protected by Article 2 TEU* [egen kursivering].»

Generaladvokat Bobak var i sine uttalelser til WB and others og Getin Noble Bank også eksplisitt på et slikt skille i virkeområde mellom de to artiklene. Bobak begrunner EU-domstolens sjenerøse tolkning av anvendelsesområdet til TEU art. 19 (1) annet ledd, med at det som gir i form av et større anvendelsesområde, tas igjen ved en strengere terskel for brudd. Med referanse til Tanchev sine uttalelser, skriver Bobak at det som er relevant etter TEU art. 19 (1) er å vurdere om «a Member State's judicial system complies with the principle of the rule of law». ⁷⁶ Vedrørende terskelen for brudd på forpliktelsen, skriver Bobak at:

«Article 19(1) TEU contains an extraordinary remedy for extraordinary situations. Its purpose is not to catch all possible issues arising with regard to the national judiciary, but only those of a certain gravity and/or of a systemic nature, to which the internal legal system is unlikely to offer an adequate remedy.»⁷⁷

Dette vurderingstema tilsier at man i vurderinger etter brudd på TEU art. 19 (1) annet ledd skal ta med alle relevante omstendigheter, både i og utenfor en aktuell sak, for å se om slike systematiske mangler foreligger.⁷⁸ Dette skiller seg fra vurderingstema etter EU-charteret art. 47, hvor forpliktelsen retter seg mot implementeringen av EU-rett som gir subjektive rettigheter til en part, og hvor vurderingen dermed må begrense seg til den aktuelle sak.⁷⁹

⁷⁵ Opinion of Advocate General Tanchev on Case C-619/18 Commission v. Poland avsnitt 63.

⁷⁶ Opinion of Advocate General Bobak on Joined Cases C-748/19 to C-754/19 WB and Others avsnitt 144.

⁷⁷ Opinion of Advocate General Bobak on Joined Cases C-748/19 to C-754/19 WB and Others avsnitt 147.

⁷⁸ Opinion of Advocate General Bobak on Joined Cases C-748/19 to C-754/19 WB and Others avsnitt 152.

⁷⁹ Opinion of Advocate General Bobak on Joined Cases C-748/19 to C-754/19 WB and Others avsnitt 165.

En forståelse av grensen mellom TEU art. 19 (1) og EU-charteret art. 47 basert på en vurdering av det underliggende sakskomplekset betydning for «rule of law», kan også bidra til en bedre forståelse av ellers uklare uttalelser fra EU-domstolen. I *A.B and others* kommer domstolen med en variasjon over det velkjente vurderingstema knyttet til domstolers uavhengighet, nemlig hvorvidt forholdene er egnet til å «give rise to legitimate doubts in the minds of individuals». I sine uttalelser om hvordan endringene i prosessene knyttet til innstillingen av dommerkandidater av det polske domstolsrådet skal vurderes opp mot forpliktelsen etter TEU art. 19 (1) annet ledd, gir EU-domstolen anvisning på at vurderingstema er hvorvidt endringene er egnet til å «give rise to *systemic* [egen kursivering] doubts in the minds of individuals as to the independence and impartiality of the judges appointed at the end». ⁸⁰ Dette vurderingstema plukkes riktignok ikke opp igjen av domstolen i de senere avgjørelsene, men uttalelsene er likevel egnet til å illustrere en sentral side ved EU-domstolens argumentasjon generelt: I sakene mot Polen er det de generelle og systematiske forholdene ved det polske justissystemet som vurderes, ikke forholdene i den enkelte sak.

Som drøftelsene så langt viser, gjorde rettsstatskrisen i Polen at EU-domstolen på kort tid utviklet TEU art. 19 (1) til å utgjøre grunnlaget for en rettslig forpliktelse som frem til da ikke var blitt formulert. Dette innebærer en tydelig kontrast til hvordan domstolen var i stand til å møte utfordringen i Ungarn i 2012. Det rettslige verktøyet som ble utviklet var med andre ord et svar på den konteksten domstolene befant seg i, etter hvert som rettsstatskrisen i unionen ble mer omfattende. «Rule of law» fikk i EU-domstolens svar en sentral rolle gjennom operasjonaliseringen av verdien i TEU art. 2. Utviklingen av «rule of law» i domstolens begrunnelser la nå grunnlaget for at domstolen i enda større grad kunne trekke på TEU art. 2 i sitt møte med Polen.

2.2.4 Operasjonaliseringen av «rule of law» i lys av utviklingen av TEU art. 2 som forutsetningen for medlemsstatens rettigheter og forpliktelser

Drøftelsen ovenfor viser hvordan «rule of law» sin tosidighet (se kapittel 1.1) også er å spore i EU-domstolens begrunnelser. Sakene mot Polen etter *ASJP* viser en klar tendens til at forpliktelsen i TEU art. 19 (1) annet ledd begrunnes i dens funksjon som vern om «rule of law» i TEU art. 2. I denne forstand kan man fremdeles holde fast ved en forståelse av «rule of law» som en form for rettslig ideal. Samtidig er det klart at utviklingen av forpliktelsen i TEU art. 19, angivelsen av dens nærmere innhold, anvendelsesområde og grense til allerede eksisterende forpliktelser, ikke er mulig uten en operasjonalisering av «rule of law» i EU-domstolens begrunnelser.

⁸⁰ Case C-824/18 *A.B. and Others* avsnitt 129 og 156.

På kun tre år førte rollen til «rule of law» i EU-domstolens begrunnelser til at EU hadde et nytt verktøy til å verne om verdien «rule of law» i TEU art. 2.

EU-domstolens stadige henvisninger til TEU art. 2 og det uttalte behovet for å verne om «rule of law», gikk ikke upåaktet hen av Polen. I landets søksmål mot kommisjonen i C-157/21 anførte den polske staten at den aktuelle forordningens bruk av «breaches of the principles of the rule of law» som grunnlag for sanksjoner, blant annet utgjorde en omgåelse av prosedyren nedfelt i TEU art. 7.⁸¹ Etter TEU art. 7 kreves det som nevnt enstemmighet i Det europeiske råd dersom man skal reagere på brudd på TEU art. 2. Drøftelsene ovenfor har konsentrert seg om hvordan «rule of law» ble tatt i bruk for å utvikle forpliktelsen i TEU art. 19 (1) annet ledd. Dette var imidlertid ikke den eneste utviklingen som fant sted i sakene som førte frem til dommen i C-157/21. Da EU-domstolen skulle begrunne hvorfor den omstridte forordningen som lå til grunn for Polens søksmål i 2022 var i tråd med EU-retten, var det ikke i hovedsak på bakgrunn av forpliktelsen etter TEU art. 19 (1) annet ledd, eller EU-charteret art. 47. I anledning forpliktelsen til å overholde prinsippene i forordningens art. 2, som gir en legaldefinisjonen av «rule of law» (gjengitt ovenfor i kapittel 2.2.1), skriver EU-domstolen at medlemsstatens forpliktelse:

«[...] stems directly from the commitments which they have undertaken vis-à-vis each other and with regard to the European Union, and which that regulation merely implements [...].»⁸²

EU-domstolen begrunner med andre ord forpliktelsen til å sikre «rule of law», i forordningens forstand, i medlemsstatens plikter mot hverandre. Ved å gjøre dette blir ikke bare verktøyet i TEU art. 19 videreutviklet, men EU-domstolen går også et steg videre for så vidt gjelder «rule of law» sin funksjon i traktatene for øvrig. For å se hvordan EU-domstolen kunne komme med denne begrunnelsen er det nødvendig å se på en utvikling som fant sted i sakene mot Polen parallelt med, og som følge av, utviklingen av TEU art. 19. Også denne gangen blir det viktigste grunnlaget for utviklingen lagt i en avgjørelse ikke mot Polen, men i en prejudisiell avgjørelse i en sak fra et annet medlemsland. Før vi returnerer til Polens søksmål og dommen i C-157/21, er det dermed nødvendig å kort se nærmere på EU-domstolens avgjørelse i saken C-896/19 (Repubblika).

I april 2019 brakte den maltesiske organisasjonen Repubblica, en sak for domstolene i Malta med krav om fastsettelse av at systemet for utnevnelsen av dommere i Malta var i strid med

⁸¹ Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 107.

⁸² Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 263.

landets forpliktelser etter TEU art. 19 (1) annet ledd og EU-charteret art. 47. Republika anførte at statsministerens diskresjonære kompetanse ved dommerutnevnelser var egnet til å skape tvil om de utnevnte dommernes uavhengighet. Spørsmålene fra den maltesiske domstolen var konsentrert rundt hvorvidt TEU art. 19 (1) og EU-charteret art. 47 var anvendelige for å vurdere systemet for dommerutnevnelser. I tillegg var det et spørsmål om hvordan disse artiklene eventuelt skulle tolkes med tanke på vurderingen av det maltesiske systemets overensstemmelse med EU-retten. Saken hadde med andre ord likhetstrekk med saksforholdet EU-domstolen hadde tatt stilling til i *A.K and others* og *A.B and others*.

EU-domstolens svar var at TEU art. 19 var anvendelig og at EU-charteret art. 47 måtte tas med i tolkningen av denne.⁸³ Den tidligere tolkningen av innholdet i forpliktelsen i TEU art. 19 (1) annet ledd, ble dermed bekreftet. EU-domstolen konkluderte derimot med at det var lite som tydet på at systemet på Malta var i strid med forpliktelsen etter TEU art. 19 (1).⁸⁴ Et resonnement som fikk tilsynelatende liten betydning for vurderingen i den konkrete saken er imidlertid sentralt for denne oppgavens del. EU-domstolen benyttet nemlig muligheten til å stille opp et forbud mot regresjon i beskyttelsesnivået av «rule of law». Måten dette ble gjort på kom til å bli viktig for den videre utviklingen av domstolens verktøykasse i møte med rettsstatsutfordringene i Polen.

I sine begrunnelser går EU-domstolen tilbake til hvordan reglene for dommerutnevnelser var i Malta på tidspunktet for landets inntreden i EU i 2004. Forutsetningene for å bli tatt opp som et medlemsland i EU er blant annet at gitt ved TEU art. 49, som innleder med: «Any European State which respects the values referred to in Article 2 and is committed to promoting them may apply to become a member of the Union.»⁸⁵ Respekt for blant annet verdien «rule of law» er med andre ord en forutsetning for å kunne bli med i EU. De omstridte bestemmelsene om statsministerens kompetanse, kom inn i den maltesiske grunnloven ved en reform i 2016. Det var med andre ord de eldre reglene for dommerutnevnelser som landet søkte medlemskap med. De eldre reglene ga etter EU-domstolens syn statsministeren enda større diskresjonær kompetanse. Reformen i 2016 hadde dermed bidratt til å gjøre prosessen mer objektiv.⁸⁶

Det er her EU-domstolen tar steget og oppstiller en forpliktelse for medlemsstatene om å forhindre en reduksjon i beskyttelsesnivået av verdien «rule of law». Etter å ha trukket inn TEU art. 49, gjentar domstolen at respekt for disse grunnleggende verdiene nedfelt i TEU art. 2, også

⁸³ Case C-896/19 Republika avsnitt 46.

⁸⁴ Case C-896/19 Republika avsnitt 73.

⁸⁵ TEU art. 49 første ledd.

⁸⁶ Se EU-domstolens gjennomgang av reformen i Case C-896/19 Republika avsnitt 58–66.

utgjør grunnlaget for «mutual trust» mellom medlemslandene. Den frivillige tilslutningen til verdiene i TEU art. 2, som også utgjør forutsetningen for medlemskap etter TEU art. 49, fører til at EU-domstolen kan slå fast at:

«[...] compliance by a Member State with the values enshrined in Article 2 TEU is a condition for the enjoyment of all of the rights deriving from the application of the Treaties to that Member State. A Member State cannot therefore amend its legislation in such a way as to bring about a reduction in the protection of the value of the rule of law [egen kursivering], a value which is given concrete expression by, inter alia, Article 19 TEU [...].»⁸⁷

Koblingen mellom «rule of law» og konseptet om «mutual trust» ble også i ASJP brukt som grunnlag for å utlede en forpliktelse etter TEU art. 19 (1) annet ledd (se kapittel 2.2.2). Denne koblingen gjøres imidlertid enda mer eksplisitt i Republika, ved at TEU art. 49 også trekkes inn. Konsekvensen er at EU-domstolen i praksis stiller opp et skille mellom før og etter tiltredelse til unionen. Det avgjørende med hensyn til grunnlaget for «mutual trust» er at ingen reduserer sin respekt for, og beskyttelse av, verdiene som utgjorde forutsetningen for deres medlemskap.

Dette resonnementet utgjorde som sagt ingen nødvendig forutsetning for EU-domstolens svar i den konkrete forespørselen i Republika. Domstolen konkluderte relativt raskt med at Malta sitt system for dommerutnevnelser ikke fremstod som problematisk.⁸⁸ Avgjørelsens viktighet bør heller vurderes i lys av sakene som kom for domstolen senere, hvor det var forholdene i Polen som skulle vurderes. Forbudet mot regresjon plukkes opp av domstolen allerede i avgjørelsen av EU-kommisjonens traktatsbruddssøksmål, C-791/19, bare knappe tre måneder etter avgjørelsen i Republika. I dommen, avsagt i juli 2021, blir forbudet brukt til å slå fast at Polen hadde brutt sine forpliktelser etter TEU art. 19 (1) annet ledd, ved å ikke sikre uavhengigheten til det polske disiplinærkammeret. EU-domstolen konkluderte her med at disiplinærregimet for dommerne var egnet til å undergrave «[...] the independence of those judges at, what is more, the cost of a *reduction in the protection of the value of the rule of law* [egen utheving] [...].»⁸⁹ Den viktigste konsekvensen av Republika er nok likevel å finne et annet sted. Ved å trekke inn TEU art. 49 skapte EU-domstolen en ny måte å se på «rule of law» i TEU art. 2 som grunnlag for forpliktelser, også utenfor kravet til «effective judicial protection» i TEU art. 19 (1) annet ledd. Avgjørelsen i Republika utgjør dermed på mange måter det siste steget i

⁸⁷ Case C-896/19 Republika avsnitt 63.

⁸⁸ Case C-896/19 Republika avsnitt 67–73.

⁸⁹ Case C-791/19 Commission v. Poland avsnitt 113.

utviklingen fra 2019, som gjorde det mulig for domstolen i 2021 å bekrefte lovligheten til forordningen som lå til grunn for søksmålet i C-157/21.

2.2.5 Avsluttende om operasjonaliseringen av «rule of law» i EU-domstolens avgjørelser

Formålet med drøftelsene i kapittel 2.2 har vært å vise hvordan «rule of law» er blitt operasjonalisert gjennom i EU-domstolens avgjørelser i sakene mot Polen etter 2018 på bakgrunn av rettsstatskrisen i landet. Denne operasjonaliseringen kan spores tilbake til «rule of law» sin sentrale rolle for utviklingen av de nye rettslige verktøy som domstolen har tatt i bruk. «Rule of law» sin sentrale rolle kan man se ved dets funksjon som del av grunnlaget for forpliktelser og dets funksjon i tolkningen av innholdet i disse forpliktelsene. Utviklingen av «rule of law» i EU-domstolen kan i stor grad oppsummeres ved tre observasjoner.

For det første så er det klart at «rule of law», både med og uten direkte referanse til verdien i TEU art. 2, er blitt trukket inn i sentrale deler av EU-domstolens begrunnelser for å utgjøre det nødvendige bindeleddet mellom allerede eksisterende traktatsbestemmelser og prinsipper. Som vist i kapittel 2.2.2, ble dette gjort i utpenslingen av forpliktelsen i TEU art. 19 (1) annet ledd, da for å kunne trekke inn kravet til uavhengige domstoler i EU-charteret art. 47. I domstolens avgjørelse i Republika ble «rule of law» også brukt for å koble sammen TEU art. 49 og TEU art. 19. På den måten kunne EU-domstolen oppstille et forbud mot reduksjon i beskyttelsesnivået.

For det andre er det en klar tendens til at TEU art. 2, og da særlig henvisningen til «rule of law», blir brukt som et selvstendig grunnlag for forpliktelser. Veien til den konkrete formuleringen av en slik forpliktelse ser fremdeles ut til å måtte gå innom en annen traktatsbestemmelse, men utsagn som det overnevnte utdraget fra Republika peker i en tydelig retning. Det er også på dette punktet at avgjørelsen i C-157/21 blir særlig relevant. I sine begrunnelser av hvorfor implementeringen av EU-budsjettet kan underlegges forutsetninger om overholdelse av «rule of law», baserer EU-domstolen seg i stor grad på at en slik overholdelse allerede følger av medlemsstatens forpliktelser (se utdrag fra dommen i kapittel 2.2.4). Det skal likevel understrekes at EU-domstolen er tydelig på at brudd på «rule of law» som sådan, ikke kan sanksjoneres gjennom budsjettet. Et brudd på «rule of law» i forordningens forstand, må «[...] affect or seriously risk affecting the sound management of the Unionen budget or the protection of the financial interests of the Union in a sufficiently direct way.»⁹⁰ Likevel skriver domstolen med

⁹⁰ Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 125, med referanse til forordningens artikkel 4 (1) og artikkel 6 (1).

bred penn når de i anledning Polens anførsler om at forordningen bryter med TEU art. 4 (1) og art. 5 (2), kommer med følgende uttalelse:

«[...] it must be borne in mind that Article 2 TEU *is not a mere statement of policy guidelines or intentions* [egen kursivering], but contains values which [...] are an integral part of the very identity of the European Union as a common legal order, values which are given concrete expression in principles comprising legally binding obligations for the Member States.»⁹¹

Her sier EU-domstolen med andre ord at «rule of law» i TEU art. 2 ikke bare er et ideal, men heller noe som er kilde til konkrete forpliktelser. Denne måten å formulere seg på skiller seg klart fra tidligere omtaler av verdiene i TEU art. 2, i forkant av sakene mot Polen.⁹² På lik linje er domstolen klar og tydelig i sitt svar på Polens anførsel om at «rule of law» er for uspesifisert til å kunne utgjøre grunnlaget for begrensninger i implementeringen av EUs budsjett. I sin begrunnelse for å avvise anførselen skriver domstolen:

«Observance of the principles of the rule of law constitutes an obligation as to the result to be achieved on the part of the Member States, which flows directly [...] from their membership of the European Union.»⁹³

Utformingen av forordningen som var gjenstand for søksmålet i C-157/21, gir grunnlaget for den tredje observasjonen. Legaldefinisjonen av «rule of law» representerer på mange måter en egen utvikling. Å gi «rule of law» en slik definisjon i en forordning, fører til nye spørsmål knyttet til «rule of law» sin rolle i rettsutviklingen og -anvendelsen i fremtiden. I sine begrunnelser i C-157/21 slår EU-domstolen fast at legaldefinisjonen i forordningen ikke er ment uttømmende, men for «the sole purposes of that regulation».⁹⁴ Det er imidlertid vanskelig å se hvordan en slik definisjon skal håndteres i fremtiden, all den tid legaldefinisjonen går ut på at «rule of law» i forordningens forstand *er* verdien i TEU art. 2.

Som konklusjon er det tilstrekkelig å slå fast at «rule of law» som ledd i EU-domstolens begrunnelser har spilt en tydelig funksjon i utviklingen av nye verktøy i møte med rettsstatsutfordringene i Polen. Operasjonaliseringen som har funnet sted kan i stor grad beskrives gjennom «rule of law» sin sentrale rolle i utviklingen av nye verktøy, hvor TEU art. 19 har stått sentralt. Det fremstår også klart at «rule of law» forstått som del av TEU art. 2, ser ut til å ha

⁹¹ Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 264.

⁹² Se Council of the European Union (2014) avsnitt 16.

⁹³ Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 169.

⁹⁴ Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 323.

fått en større rolle som grunnlag for medlemsstatens forpliktelser. Selv om analysene i denne oppgaven bare har tatt for seg et utvalg avgjørelser, kan det derfor ikke være noe tvil om at «rule of law» i løpet av kort tid har fått en klar og identifiserbar rolle i den rettslige utviklingen som har funnet sted som følge av EU-domstolens møte med rettsstatskrisen i Polen.

2.3 «Rule of law» sin funksjon i EMDs møte med rettsstatsutfordringene i Polen

2.3.1 Behovet for et nytt verktøy: EMDs manglende praksis knyttet til EMK art. 6 sin anvendelse på spørsmål vedrørende dommerutnevnelser

Da EMD i 2020 behandlet de første klagen i kjølvannet av PiS sine justisreformer i Polen, ble domstolen, på lik linje som EU-domstolen, stilt overfor hittil uprøvde spørsmål. En stor andel av klagen som kom inn, knyttet seg til anførte brudd på retten til rettferdig rettergang i EMK art. 6. Mer spesifikt kom det nå anførsler om at prosessene knyttet til utnevnelsen av dommere etter at PiS kom til makten, medførte at personer hvis sak ble pådømt av en av disse dommerne, ville få brutt sin rett til rettferdig rettergang. Før 2020 hadde ikke EMD tatt stilling spørsmålet om hvorvidt, og eventuelt hvordan, mangler ved utnevnelsen av dommere kunne medføre brudd på EMK art. 6, bortsett fra i enkelte saker om utnevnelsen av meddommere.⁹⁵ Problematikken knyttet til utviklingene i Polen var imidlertid på dette tidspunktet velkjent, blant annet gjennom EU-domstolens avgjørelser. Det var likevel ikke sakene mot Polen som ble de første hvor EMD tok stilling til betydningen av uregelmessigheter ved dommerutnevnelser. EMD hadde kun fire måneder før den første avgjørelsen mot Polen tatt for seg en lignende problemstilling i storkammerssaken *Guðmundur Andri Ástráðsson mot Island (Ástráðsson)*. Avgjørelsen i *Ástráðsson* la grunnlaget for det utvalget EMD-avgjørelser som utgjør utgangspunktet for denne oppgave. Analysen av hvordan «rule of law» er blitt operasjonalisert i EMDs praksis må dermed starte med *Ástráðsson*.

Klageren i *Ástráðsson* var en islandsk borger dømt for å ha kjørt i ruspåvirket tilstand og uten gyldig førerkort. Han anførte brudd på EMK art. 6 som følge av uregelmessigheter ved valgprosessen knyttet til en av dommerne som hadde behandlet anken i saken mot ham. Klageren anførte både at domstolen ikke var «established by law» og heller ikke «independent and impartial» i EMK art. 6 sin forstand.⁹⁶ Islandsk høyesterett hadde allerede slått fast at justisministeren og det islandske parlamentet hadde brutt nasjonale regler ved utnevnelsen av den aktuelle dommeren. Konklusjonen til høyesterett var likevel at retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 ikke var brutt, ettersom de aktuelle bruddene på nasjonal lovgivning ikke hadde hatt

⁹⁵ Se blant annet *Ilatovskiy v. Russia*.

⁹⁶ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* avsnitt 3.

betydning for klagerens konkrete sak.⁹⁷ Da EMD avsa dom i saken 1. desember 2020, konkluderte den imidlertid med brudd på EMK art. 6. Mer spesifikt konkluderte EMD med at klageren hadde fått krenket sin rett til å få saken prøvd for en «tribunal established by law».⁹⁸ Måten EMD gikk frem for å slå fast bruddet på EMK art. 6 i Ástráðsson la grunnlaget for domstolens behandling av den første saken mot Polen tre måneder senere.

Etter Ástráðsson hadde EMD altså et nytt verktøy i møte med rettsstatskrisen i Polen. Formålet med dette kapitlet er å gi en fremstilling av hvordan «rule of law» ble brukt i EMDs utvikling og anvendelse av dette verktøyet. Nærmere bestemt er målet å analysere hvordan «rule of law» tas i bruk for å utvikle testen som i Ástráðsson ble brukt til å vurdere om det forelå brudd på «tribunal established by law». I tillegg skal jeg se på hvordan «rule of law» påvirker domstolens anvendelse av testen i sakene mot Polen.

Drøftelsen i kapittel 2.3.2 vil ta utgangspunkt i EMDs begrunnelser i Ástráðsson for å se hvilken funksjon «rule of law» hadde for etableringen av testen. I drøftelsene av «rule of law» sin rolle for den videre utviklingen og anvendelsen av denne testen vil jeg konsentrere meg om et utvalg av EMDs avgjørelser avsagt mot Polen etter 2020. I kapittel 2.3.3 ser jeg på hvordan forskjellene mellom situasjonene i Island og Polen, gjorde at EMD ble nødt til å videreutvikle testen fra Ástráðsson. Særlig det faktum at det i Polen forelå uenigheter mellom de nasjonale domstolene fører til at EMD måtte tilpasse testen, og i denne tilpasningen fikk «rule of law» igjen en sentral rolle. Tilpasningen ble blant annet gjort ved at elementer ved de forskjellige trinnene i testen blandes sammen. Etter hvert ser også «rule of law» ut til å ha blitt viktig for å avgjøre de tilsynelatende motstridende tolkningene fra nasjonale domstoler. Enda et skifte i «rule of law» sin funksjon fant nemlig sted når EMD bare et knapt år etter dommen i Ástráðsson bruker «rule of law» som et selvstendig grunnlag for å vurdere hvorvidt det foreligger brudd også på nasjonal lovgivning. Denne utviklingen er tema for kapittel 2.3.4.

2.3.2 Utviklingen av rettigheten til «tribunal established by law» og Ástráðsson-testens tre trinn

Et av spørsmålene EMD skulle ta stilling til i Ástráðsson var, som nevnt, hvorvidt og eventuelt hvordan uregelmessigheter ved prosessene knyttet til en dommerutnevning, kunne føre til brudd på EMK art. 6. For å ta stilling til dette spørsmålet starter EMD sin vurdering ved å se på rekkevidden av uttrykket «tribunal established by law». Med hensyn til uttrykket «established by law» slår storkammeret fast at dette «[...] reflects the principle of the rule of law which is

⁹⁷ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 90.

⁹⁸ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 289 og 290.

inherent in the system of protection established by the Convention and its Protocols [...]»⁹⁹ Hva dette spesifikt innebærer, sies det ikke noe mer om i denne sammenheng. Domstolen foretar deretter en rask gjennomgang av tidligere praksis, for å se hvilke tilfeller som dekkes av kravet til «tribunal established by law». Siden det ikke foreligger praksis knyttet til betydningen av brudd på nasjonale regler for dommerutnevnelser, ser EMD det som nødvendig å videreutvikle «the concept of “tribunal established by law”». ¹⁰⁰ Storkammeret legger deretter opp til en kursendring med tanke på hvordan «tribunal established by law» skal forstås og utdyper dette vilkårets forhold til uttrykkene «independent» og «impartial».

For det første skiller EMD «tribunal established by law» ut som en rett for seg. Domstolen foretar deretter en analyse av dette uttrykkets komponenter («tribunal», «established» og «by law»). I denne analysen blir «rule of law» brukt på flere måter. Et eksempel er storkammerets tolkning av uttrykket «tribunal». I anledning uttrykket skriver storkammeret at «it is inherent in the very notion of a “tribunal” that it be composed of judges selected on the basis of merit.»¹⁰¹ «Rule of law» blir i denne forbindelse brukt for å presisere at kravet til kompetansebasert utvelgelse kan anses som nødvendighet for domstoler «in a state governed by the rule of law». Med andre ord blir «rule of law» gitt som begrunnelse for å tillegge «tribunal» en gitt betydning, nærmere bestemt at man fra dette uttrykket kan slutte et krav om at utnevnelser skal være basert på kvalifikasjoner. Så lenge man tar begrunnelsene på ordet, er det verdt å merke seg at «rule of law» tilsynelatende utgjør den sentrale forankringen av dette kravet. Med andre ord, dersom man tar «rule of law» ut av begrunnelsen ville den konkrete slutningen blitt stående uten tilstrekkelig belegg.

«Rule of law» spiller også en rolle i EMDs tolkning av uttrykket «established». Før Ástráðsson var hovedvekten av saker, hvor det var spørsmål om tolkningen av «tribunal established by law», sentrert rundt betydningen av nasjonale regler knyttet til den aktuelle domstolens kompetanse i en spesifikk sak. Et viktig spørsmål i Ástráðsson var hvordan brudd på nasjonal lovgivning, allerede ved den opprinnelige utnevningen av dommeren, kunne representere brudd på retten til «tribunal established by law». ¹⁰² For å kunne besvare dette spørsmålet ser EMD til formålet bak kravet til at domstolen skal være «established by law»:

«That requirement *reflects the principle of the rule of law and seeks to protect the judiciary against unlawful external influence* [egen kursivering], from the executive in particular [...] although it is not excluded that such unlawful interference may also emanate

⁹⁹ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 211.

¹⁰⁰ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 218 flg..

¹⁰¹ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 220.

¹⁰² Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 224.

from the legislature or from within the judiciary itself. It moreover encompasses any provision of domestic law [...] which, if breached, would render the participation of one or more judges in the examination of a case “irregular” [...]»¹⁰³

Ettersom formålet bak «established by law» er å forhindre ulovlig innblanding, og slik innblanding også kan komme fra lovgivende myndighet, kommer EMD frem til at uttrykket må dekke prosessene knyttet til utnevning. På bakgrunn av dette uttaler domstolen at slike utnevningssprosesser må underlegges strenge krav, og at feil ved utnevningene kan medføre at deltakelsen av en dommer anses som «irregular».¹⁰⁴ I tolkningen av «established by law» tas dermed formålet til bestemmelsens inn igjen for å begrunne at man også skal se hen til brudd på nasjonal lovgivning knyttet til den opprinnelige utnevningen av den aktuelle dommeren. Med hensyn til «rule of law» sin funksjon i begrunnelsene kan man merke seg at henvisningen til dette uttrykket igjen utgjør grunnlaget for en sentral del av domstolens tolkning. «Rule of law» utgjør det rettslige argumentet for at uregelmessigheter ved dommerutnevninger også kan vurderes opp mot «established by law».

Videre i tolkningen av «established by law» slår EMD fast at brudd på nasjonal lovgivning knyttet til utnevningssprosedyren kan føre til at den aktuelle dommeren mangler den nødvendige legitimiteten til å kunne fungere som dommer. Nærmere bestemt konkluderer storkammeret med at det sett hen til den sentrale betydningen av prosessene knyttet til dommerutnevninger for «[...] the proper functioning and the legitimacy of the judiciary in a democratic State governed by the rule of law [egen kursivering] [...]», så må disse anses for å utgjøre «an inherent element» av uttrykket «established by law».¹⁰⁵ Det sentrale for forståelsen av domstolens bruk av «rule of law» i denne sammenheng, er at EMD også skriver at en annen tolkning ville være i opposisjon til («defy») formålet til bestemmelsen. «Rule of law» brukes dermed igjen til å legitimere en tolkning av uttrykkene i EMK art. 6, denne gangen ved å utelukke andre tolkningsalternativer.

Deretter vurderer domstolen forholdet mellom uttrykket «tribunal established by law» og uttrykkene «impartial» og «independent» i EMK art. 6. Her understrekes det at selv om storkammeret valgte å skille ut «tribunal established by law» som en selvstendig rettighet («a stand alone right») under EMK art. 6, så er denne retten tett knyttet til kravene om «independence» og «impartiality».¹⁰⁶ Domstolen ser, på tross av deres betydning som selvstendige garantier, en

¹⁰³ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 226.

¹⁰⁴ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 226. For betydningen av «irregular» se domstolens introduksjon av tidligere avgjørelsers betydning for tolkningen i avsnitt 212.

¹⁰⁵ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 227.

¹⁰⁶ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 231.

felles rød tråd («a common thread») for «tribunal established by law» og «impartial and independent». Nærmere bestemt er begge garantier «[...] guided by the aim of upholding the fundamental principles of the rule of law and the separation of powers.»¹⁰⁷ Denne delen av domstolens begrunnelser bidrar til å forsterke inntrykket av «rule of law» som noe bakenforliggende.

Utspaltingen av «tribunal established by law» som egen rettighet etter EMK art. 6, sett sammen med den klare understrekingen av denne rettens sammenheng til «independent» og «impartial», fører til nye spørsmål knyttet til «rule of law» sin funksjon i begrunnelsen. Avsnittene over viser hvordan «rule of law» aktivt trekkes inn i begrunnelsene for at «tribunal established by law» må stå på egne ben. Samtidig blir «rule of law» brukt for å si noe om de tette forbindelseslinjene til de øvrige kravene til domstolens upartiskhet og uavhengighet. Det er verdt å merke seg at det faktisk at «tribunal established by law» skilles ut som egen rettighet får viktige følger for vurderingene i de senere sakene mot Polen. Blant annet er det gjennomgående at det ikke vurderes hvorvidt det i de aktuelle sakene *også* foreligger brudd på kravene til «independence» og «impartiality».¹⁰⁸ På bakgrunn av begrunnelsene i Ástráðsson, sitter man dermed tilsynelatende igjen med en vurdering av typen *lex specialis* for tilfellene hvor det påberopte bruddet på EMK art. 6 kan spores tilbake til feil ved dommerutnevnelser.

Som vist ovenfor, brukes «rule of law» i begrunnelsene i Ástráðsson til å utvikle innholdet i EMK art. 6. Denne bruken bidrar for det første til at EMD slår fast at «tribunal established by law» skal utgjøre et selvstendig krav etter EMK art. 6. For det andre blir prosessene rundt dommerutnevnelser plassert som en del av dette kravet. Dersom man skal forstå sakene mot Polen, herunder hvordan «rule of law» inngår i EMDs vurderinger i sakene mot landet, gjenstår det imidlertid å si noe om innholdet i testen EMD utviklet for å vurdere hvorvidt eventuelle uregelmessigheter ved reglene knyttet til dommerutnevnelser, strider med kravet til «tribunal established by law». Utgangspunktet for denne testen gis i Ástráðsson når EMD skriver:

«The Court takes the view [...] that the examination under the “tribunal established by law” [...] must systematically enquire whether the alleged irregularity in a given case *was of such gravity as to undermine the aforementioned fundamental principles* [egen kursivering] and to compromise the independence of the court in question.»¹⁰⁹

¹⁰⁷ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 233.

¹⁰⁸ Se her blant annet *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 284, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* avsnitt 359, og *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* avsnitt 353.

¹⁰⁹ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 234.

De fundamentale prinsippene EMD her viser til er det som i avsnittet før er henvist til som «the fundamental principles of the rule of law and the separation of powers».¹¹⁰ «Rule of law» får dermed ikke bare en rolle i tolkningen av EMK art. 6 sitt innhold. Det blir også selve målestokken for den etterfølgende vurderingen. Målet med testen som deretter presenteres er med andre ord å vurdere om et påstått brudd på nasjonal lovgivning ved en dommerutnevning er av en slik alvorlighetsgrad at blant annet «rule of law» blir undergravd. Den nærmere vurderingen av om dette er tilfellet i en gitt sak skal gjøres ved hjelp av tre trinn.

Ástráðsson-testens første trinn består av å vurdere hvorvidt det foreligger et «manifest breach of domestic law». Den nærmere betydningen til dette uttrykket gis ved at bruddet må være «objectively and genuinely identifiable as such».¹¹¹ EMD sier på dette punktet ikke noe mer om hvordan denne vurderingen skal gjøres, men understreker at det som hovedregel vil være opp til nasjonale domstoler å vurdere om hvorvidt et slikt brudd foreligger. Unntaket er dersom tolkningen fra den nasjonale domstolen må anses som «arbitrary or manifestly unreasonable».¹¹²

Testens andre trinn er den faktiske terskelvurderingen. I dette trinnet skal det aktuelle bruddets alvorlighetsgrad vurderes i lys av «tribunal established by law» sitt formål.¹¹³ Det avgjørende er om den nasjonale lovgivningen som ble brutt har som hensikt å verne om dette formålet. Med tanke på hvilke brudd som må anses å være i strid med retten i EMK art. 6, avgrenser EMD det til «breaches that affect the essence of the right».¹¹⁴ Spesielt er det nødvendig å slå fast hvorvidt bruddet på den nasjonale lovgivningen førte til en reell risiko for at andre statsorganer har utøvd «undue discretion undermining the integrity of the appointment process».¹¹⁵

Det tredje trinnet i Ástráðsson-testen er en prøving av hvorvidt de nasjonale domstolene har gjort en forsvarlig vurdering av bruddet på nasjonal lovgivning og retten til «tribunal established by law». EMD understreker her sin subsidiære rolle, som blant annet har fått utslag i testens første trinn. Med henvisning til tidligere praksis knyttet til EMDs prøving av nasjonale domstolers balansering av konvensjonens hensyn, skriver domstolen:

¹¹⁰ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 233.

¹¹¹ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 244.

¹¹² Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 244.

¹¹³ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 246.

¹¹⁴ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 247.

¹¹⁵ Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 247.

«[...] once a breach of the relevant domestic rules has been established, the assessment by the national courts of the legal effects of such breach must be carried out on the basis of the relevant Convention case-law and the principles derived therefrom.»¹¹⁶

Der hvor de nasjonale domstolene har foretatt en slik balansering på en forsvarlig måte, skal det sterke grunner til for at EMD erstatter den nasjonale domstolens vurdering med dens egen.¹¹⁷

Da Island ble dømt for brudd på EMK art. 6, var det vurderingen av andre og tredje trinn av testen som ble avgjørende, ettersom islandsk høyesterett allerede hadde konkludert med at det var brudd på nasjonal lovgivning. For sakene mot Polen er ikke den konkrete anvendelsen av testen i saken *Guðmundur Andri Ástráðsson* mot Island avgjørende. Avgjørelsens betydning som sådan kan imidlertid ikke undervurderes. Ved etableringen av *Ástráðsson*-testen hadde EMD nemlig et nytt verktøy tilpasset den rettsstatskrisen som hadde vært et tema i europeisk politikk i flere år. Dette verktøyet skulle vise seg å bli gjennomgående i domstolens håndtering av klagene mot Polen.

Avgjørelsen mot Island markerte også startpunktet for en ny form for bruk av EMK art. 6. Nå var det klart at EMD også kunne teste regler om dommerutnevnelser opp mot retten til rettferdig rettergang. Det er vanskelig å tenke seg en slik utvikling av EMDs praksis uten den pågående rettsstatskrisen. Overføringen av *Ástráðsson*-testen til sakene mot Polen var imidlertid ikke uten utfordringer. Spesielt med tanke på testens første trinn førte forskjellene mellom situasjonen på Island og i Polen, til at *Ástráðsson*-testen måtte videreutvikles. I det videre skal jeg se på hvordan «rule of law» inngår i EMDs vurderinger testens første trinn, nemlig om man står overfor «manifest breach of domestic law».

2.3.3 «Rule of law» sin betydning for vurderingen av «manifest breach of domestic law» ved motstridende tolkninger av nasjonal rett: sammenblandingen av *Ástráðsson*-testens første og tredje trinn

Da EMD tok stilling til om den islandske domstolen var lovlig sammensatt i *Ástráðsson* kunne domstolen ta utgangspunkt i den islandske høyesteretts egen vurdering vedrørende uregelmessighetene ved dommerutnevnelser. Dette førte til at vurderingen av om kravet til «tribunal established by law» var oppfylt, hovedsakelig konsentrerte seg rundt *Ástráðsson*-testens andre trinn. Da EMD bare noen måneder etter å ha avsagt dom i *Ástráðsson* skulle ta stilling til den første klagen i kjølvannet av justisreformene i Polen, var det derimot ikke like lett å slå fast at *Ástráðsson*-testens første trinn var oppfylt. Forskjellene mellom situasjonene på Island og i

¹¹⁶ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* avsnitt 251.

¹¹⁷ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* avsnitt 251.

Polen, førte til at EMD måtte utbrodere innholdet i vurderingen av «manifest breach of domestic law». I denne utviklingen ble igjen «rule of law» sentralt.

I avgjørelsen *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. mot Polen (Xero Flor)* fra 2021 tok EMD for seg utnevnelsene til konstitusjonsdomstolen som fant sted etter PiS fikk flertallet i Sejm i 2015. Selskapet Xero Flor hadde i 2012 gått til søksmål mot den polske staten med krav om erstatning som følge av økonomisk tap forårsaket av at vilt hadde skadet torvet som selskapet brukte i virksomheten sin. Xero Flor fikk kompensasjon, men mente at lovgivningen som regulerte omfanget av kompensasjon for tap av denne typen var grunnlovsstridig. Saken endte opp i den polske konstitusjonsdomstolen i juli 2017, hvor en av dommerne i saken var utnevnt i de omstridte prosessene i kjølvannet av parlamentsvalget i 2015 (se kapittel 2.1). I klagen til EMD anførte Xero Flor blant annet at deltakelsen av denne dommeren var strid med EMK art. 6. Da EMD avsa dom i august 2021, lå forholdene til rette for å prøve ut Ástráðsson-testen i en sak hvor brudd på nasjonal lovgivning ikke var entydig slått fast.

Med tanke på å etablere om det forelå et «manifest breach of domestic law» kunne EMD denne gangen ikke nøye seg med å vise til at dette var slått fast i nasjonale domstoler. Den polske konstitusjonsdomstolen hadde nemlig avsagt til dels motstridende avgjørelser. På spørsmål om utnevnelsene til domstolen etter valget i 2015 var gjort i tråd med grunnloven, hadde konstitusjonsdomstolen allerede i desember 2015 sagt at det nyvalgte parlamentet ikke hadde adgang til å utnevne dommere til posisjonene som hadde blitt ledig i forrige valgperiode.¹¹⁸ De aktuelle personene trådte imidlertid inn i rollen som dommer i konstitusjonsdomstolen etter at presidenten for domstolen gikk av i desember 2016 og ble erstattet av en domstolspresident utnevnt av presidenten i Polen. Et knapt år senere, i en avgjørelse fra oktober 2017,¹¹⁹ erklærte konstitusjonsdomstolen at de tidligere avgjørelsene ikke hadde noen konsekvens for så vidt gjaldt de omstridte personenes status som dommere. I møte med disse avgjørelsene, ble spørsmålet for EMD om uregelmessighetene ved utnevnelsene i 2015 representerte «a manifest breach of domestic law».

I *Xero Flor*-dommen identifiserer EMD totalt tre brudd på nasjonal lovgivning. I sin vurdering støtter EMD seg på de første avgjørelsene fra den polske konstitusjonsdomstolen i tiden etter parlamentsvalget i 2015. Avgjørelsen fra oktober 2017 blir av EMD satt til side som dårlig fundert og verken egnet til å «cure the fundamental defects» eller «legitimise» utnevnelsene.¹²⁰ I *Xero Flor* fikk EMD dermed slått fast at første trinnet til Ástráðsson-testen var oppfylt, selv

¹¹⁸ Avgjørelse no. K 34/15.

¹¹⁹ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* avsnitt 61–63.

¹²⁰ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* avsnitt 272.

om den polske konstitusjonsdomstolen, etter en rekke utnevnelser fra den PiS-ledete regjeringen, hadde kommet med motstridende avgjørelser. De resterende delene av *Ástráðsson*-testen ble relativt raskt vurdert som oppfylt. For andre trinns del konkluderte EMD blant med at polske myndigheters manglende etterlevelse av konstitusjonsdomstolens tidlige avgjørelser var «incompatible with the rule of law».¹²¹ Bruddene på nasjonal lovgivning ble vurdert til å være «of such gravity as to [...] undermine the very essence of the right to a “tribunal established by law”».¹²² EMD konkluderte dermed med at selskapet Xero Flor hadde fått krenket sin rett etter EMK art. 6.¹²³

Avgjørelsene til konstitusjonsdomstolen fra 2015 og 2016 ble med andre ord ansett som tydelige nok til at EMD kunne foreta en vurdering av om det forelå «a manifest breach of domestic law», uten å måtte gå lengre inn i vurderingen av nasjonal rett. Behovet for å ta et slikt valg mellom forskjellige tolkninger i de nasjonale domstolene, representerte imidlertid bare starten på det som kom til å bli karakteristisk for utviklingen av *Ástráðsson*-testens første trinn i sakene mot Polen. I sakene som fulgte ville nemlig alternative tolkninger fra de nasjonale domstolene føre til at EMD måtte utvikle vurderingen av hva som kunne representere «manifest breach of domestic law».

Som nevnt i kapittel 2.1, var opprettelsen av et eget disiplinærkammer i den polske høyesterett, en av de mest kontroversielle delene av regjeringspartiet PiS sine reformer. Kontroversen handlet både om disiplinærkammerets kompetanse til å ilegge disiplinærsanksjoner og omfanget av disse sanksjonene. Spørsmålet i *Reczkowicz* mot Polen (*Reczkowicz*) var imidlertid om en advokat, hvis sak var tatt opp for disiplinærkammeret, hadde fått sine rettigheter etter EMK art. 6 brutt. Igjen var kjernen av problemstillingen for EMD prosessene knyttet til utnevnelser av dommerne. Nærmere bestemt var spørsmålet om disiplinærkammerets sammensetning i den aktuelle saken, oppfylte kravene til «tribunal established by law». EMD avsa dom 22. november 2021, og konkluderte med brudd på EMK art. 6.¹²⁴

På lik linje som i Xero Flor forelå det forskjellige, og motstridende, vurderinger fra de polske domstolene av hvorvidt det som var anført som uregelmessigheter ved utnevnelserprosessen faktisk var i strid med polsk lov. Den viktigste av de anførte uregelmessighetene i *Reczkowicz*, var at endringene i det nasjonale domstolsrådet (se kapittel 2.1) var i strid med den polske

¹²¹ Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland avsnitt 282.

¹²² Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland avsnitt 287.

¹²³ Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland avsnitt 291.

¹²⁴ *Reczkowicz* v. Poland avsnitt 280–282.

grunnloven.¹²⁵ Til støtte for dette synet kunne klageren trekke på avgjørelser fra den polske høyesterett. I desember 2019 hadde Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (kammeret med ansvar for arbeids- og trygdesaker) erklært at disiplinærkammeret ikke oppfylte den polske grunnlovens, EU-rettens, og EMKs krav til domstolars uavhengighet.¹²⁶ I vurderingen var endringene i reglene knyttet til valg av medlemmer til KRS særlig viktig. Kammeret konkluderte i samme avgjørelse at KRS ikke var et uavhengig organ.¹²⁷ Denne konklusjonen ble bekreftet av senere avgjørelser, samt i en tolkningsuttalelse avsagt av en samlet høyesterett (med unntak av de to nyopprettede kamrene) i januar 2020.¹²⁸

Polske myndigheter argumenterte på sin side for at de omstridte reformene av KRS var fullt lovlige. Til støtte for dette anførte den polske staten at reformene hadde vært påkrevd som konsekvens av en avgjørelse fra konstitusjonsdomstolen.¹²⁹ I juni 2017 hadde nemlig konstitusjonsdomstolen konkludert med at de dagjeldende reglene knyttet til valg av dommermedlemmene i KRS, var i strid med den polske grunnloven.¹³⁰ Med tanke på tolkningsuttalelsen fra januar 2020, mente polske myndigheter at denne ikke kunne tillegges noe, da som følge av at denne hadde blitt annullert («removed») av en senere avgjørelse fra konstitusjonsdomstolen, avsagt i april samme år.¹³¹

Da EMD gikk i gang med Ástráðsson-testen i *Reczkowicz* for å vurdere om det forelå «a manifest breach of domestic law», var det med andre ord to helt forskjellige forståelser fra nasjonale domstoler å bygge på. Dette skilte seg klart fra situasjon i *Ástráðsson*, hvor bruddet på nasjonale regler allerede var slått fast. Utgangspunktet i *Reczkowicz* var også forskjellig fra *Xero Flor*, hvor det kun var én avvikende avgjørelse fra samme domstol å ta stilling til. Det faktum at det forelå to fundamentalt forskjellige forståelser fra to av de høyeste domstolene i Polen, utgjorde dermed en utfordring for EMD. Også i *Reczkowicz* understrekte domstolen at det normalt ville være opp til de nasjonale domstolene å slå fast hvorvidt det foreligger «a manifest breach, objectively and genuinely identifiable as such».¹³² Unntaket, slik det også ble presentert i *Ástráðsson*, er situasjonene hvor EMD anser den nasjonale tolkningen for å være

¹²⁵ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 187–190

¹²⁶ Se EMDs gjennomgang i *Reczkowicz v. Poland* avsnittene 71–86. Saken som ble avgjort var den samme som ble tilsendt EU-domstolen for prejudisiell avgjørelse i *A.K and others* (se kapittel 2.2.3).

¹²⁷ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 86.

¹²⁸ Se EMDs gjennomgang i *Reczkowicz v. Poland* avsnittene 89–100.

¹²⁹ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 229.

¹³⁰ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 111.

¹³¹ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 229.

¹³² *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 230.

«arbitrary or manifestly unreasonable».¹³³ Spørsmålet for EMD i *Reczkowicz* ble hvordan Ástráðsson-testens første trinn kunne brukes, uten at domstolen selv måtte gå inn å vurdere nasjonal rett.

EMDs løsning var å trekke inn en del fra det som i Ástráðsson ble presentert som en del av testens tredje trinn, og bruke dette i vurderingen av testens første trinn. Med henvisning til Ástráðsson og utleggingen av innholdet i testens tredje trinn, skriver EMD at når det først er funnet et «manifest breach», så må vurderingen av dette bruddet gjøres på bakgrunn av relevant konvensjonspraksis.¹³⁴ I *Reczkowicz* presenteres vurderingstema slik:

«The Court’s task in the present case is therefore not to resolve the existing conflict of opinions as to the application and interpretation of the domestic law or to substitute itself for the national courts in their assessment of the applicable provisions, but to review, in the light of the above principles, whether the Polish courts in their respective rulings struck the requisite balance between the various interests at stake and whether, in carrying out that exercise and reaching their conclusions, they paid due regard to, and respect for, *the Convention standards required of a “tribunal established by law”* [egen kursivering].»¹³⁵

Det kan umiddelbart knyttes to observasjoner til denne tilsynelatende sammenblanding av Ástráðsson-testens første og tredje trinn. For det første kommenterer ikke EMD selv at de i sin vurdering av «manifest breach of domestic law» i *Reczkowicz*, siterer direkte fra den delen av begrunnelsen i Ástráðsson som tar for seg innholdet i testens tredje trinn.¹³⁶ For det andre er det ikke umiddelbart tydelig hva «the Convention standards required» skulle tilsi så lenge man er i vurderingen av «manifest breach». På bakgrunn av dette blir det et spørsmål om det er en vurdering av nasjonal rett eller EMK som er tema for Ástráðsson-testens første trinn. En naturlig lesning av EMDs argumentasjon, gitt overnevnte avsnitts plassering som del av tolkningen av innholdet i «manifest breach», blir at man i vurderingen av om det foreligger brudd på nasjonal lovgivning skal se hen til om det foreligger brudd på prinsippene i EMK. Med andre ord skjer det tilsynelatende en sammenblanding mellom det EMK-rettslige og det nasjonale. Mer konkret blir spørsmålet: Kan brudd på prinsippene bak «tribunal established by law» i seg selv utgjøre et «manifest breach of domestic law» etter Ástráðsson-testens første trinn? I det videre skal jeg se nærmere på hvordan «rule of law» etter hvert brukes som et grunnlag for å etablere at det foreligger et «manifest breach of domestic law».

¹³³ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 230.

¹³⁴ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 230, se også *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* avsnitt 251.

¹³⁵ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 231.

¹³⁶ EMD viser bare til avsnitt 251 i *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* hvor innholdet er hentet fra. Denne blandingen mellom testens første og tredje trinn kommenteres imidlertid i den alternative begrunnelsen til dommer *Wojtyczek i Reczkowicz v. Poland* (se alternativ begrunnelse avsnitt 1.4).

2.3.4 Utviklingen av «rule of law» som et selvstendig grunnlag for «manifest breach of domestic law»

Som redegjort for ovenfor, medførte uenighetene mellom den polske konstitusjonsdomstolen og den polske høyesterett, at EMD i *Reczkowicz* ikke lenger kunne anvende Ástráðsson-testens første trinn uten endringer. For å vurdere hvorvidt det foreligger et «manifest breach» introduserer EMD derfor et nytt vurderingstema, nemlig en test av om de nasjonale domstolene har «[...] paid due regard to, and respect for, the Convention standards required of a “tribunal established by law”». ¹³⁷ Som fremhevet ovenfor (se kapittel 2.3.2), er «rule of law» med på å danne grunnlaget for disse konvensjonsstandardene.

I *Reczkowicz* var spørsmålet hvordan EMD skulle håndtere to fundamentalt forskjellige tolkninger av nasjonal rett. Som det fremgår av utdraget fra avgjørelsen ovenfor, blir dermed vurderingen av om det foreligger «manifest breach of domestic law», om til en vurdering av om de to nasjonale domstolene har tatt tilstrekkelig hensyn til EMDs praksis knyttet til EMK art. 6 og kravet til «tribunal established by law». På bakgrunn av dette vurderer EMD henholdsvis konstitusjonsdomstolens og den polske høyesteretts vurdering av om endringene knyttet til domstolsrådet var i strid med polsk rett. Vurderingen tar i stor grad form som en kritikk av konstitusjonsdomstolens begrunnelser. Med tanke på formålet i denne oppgaven, er det ikke hensiktsmessig å gjennomgå EMDs begrunnelser i detalj. Det som er sentralt, er at «rule of law» i *Reczkowicz* i større grad blir operasjonalisert som en del av vurderingen av «manifest breach», enn hva det var lagt opp til i Ástráðsson og *Xero Flor*.

EMD tar først for seg konstitusjonsdomstolens begrunnelser for hvorfor det tidligere lovverket om valg til domstolsrådet, var grunnlovsstridig. Med henvisning til konstitusjonsdomstolens tolkning skriver EMD at:

«[...] no consideration appears to have been given to the Convention case-law or *the fundamental Convention principles of the rule of law, separation of powers and independence of the judiciary* [egen kursivering], principles which are also enshrined in the Polish Constitution and were obviously relevant in the context of the new interpretation.»¹³⁸

Deretter går EMD i gang med en til dels omfattende gjennomgang av uttalelser fra europeiske og internasjonale organisasjoner, som alle pekte på at de foreslåtte endringene av domstolsrådet

¹³⁷ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 231.

¹³⁸ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 239.

var problematiske med tanke på «compliance with the European standards» og «impact on the independence of this body».¹³⁹ Særlig viktig i denne delen av begrunnelsene er uttalelsene fra EU-institusjonene og den prejudisielle avgjørelsen fra EU-domstolen i *A.K and others*. Med bakgrunn i denne gjennomgangen, supplert med EMDs egne understrekninger av viktigheten av «rule of law» som grunnlaget for kravet til «tribunal established by law» i EMK art. 6, konkluderer EMD med at:

«Considering the apparent absence of a comprehensive, balanced and objective analysis of the circumstances before it in Convention terms, the Court finds that the Constitutional Court's evaluation must be regarded as arbitrary and as such cannot carry any weight in the Court's conclusion as to whether there was a manifest breach, objectively and genuinely identifiable as such, of the domestic law [...]»¹⁴⁰

EMD vurderer kort betydningen av konstitusjonsdomstolens avgjørelse som ifølge den polske statens anførsler hadde annullert avgjørelsen fra høyesterett. Denne avgjørelsen anser EMD for å utgjøre en tilsiktet innblanding overfor polsk høyesterett, da fra konstitusjonsdomstolens side.¹⁴¹ Spesielt interessant her er at et av EMDs argumenter for å sette denne avgjørelsen til side, er at slik innblanding må anses for å være «an affront to the rule of law and the independence of the judiciary».¹⁴²

Én måte å lese dette på er at vurderingen av om det foreligger et «manifest breach» må gjøres med tanke på bakgrunnen for hele *Ástráðsson*-testen. Manglende etterlevelse av slike konvensjonsstandarder må vurderes i lys av om manglende etterlevelse kan være av «such gravity as to undermine the aforementioned fundamental principles and to compromise the independence of the court in question».¹⁴³ Dette ville i så fall tilsi at det som på overflaten skal være en vurdering av om det foreligger brudd på nasjonal lovgivning, blir om til en vurdering av om EMD mener at nasjonale domstoler ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til sine forpliktelser etter konvensjonen, og da mer spesifikt EMK art. 6 og kravet til «tribunal established by law». I lys av at *Ástráðsson*-testen ble introdusert nettopp for å kunne vurdere om slik ikke-etterlevelse foreligger, fører sammenblandingen av testens første og tredje trinn til at det blir mer uklart hva som faktisk vurderes.

¹³⁹ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 240, se gjennomgangen av de forskjellige organisasjonens utspill i avsnittene 241–254.

¹⁴⁰ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 262.

¹⁴¹ *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 263.

¹⁴² *Reczkowicz v. Poland* avsnitt 263.

¹⁴³ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* avsnitt 234.

Med bakgrunn i EMD sine uttalelser knyttet til domstolens subsidiære rolle, er det imidlertid nærliggende å lese begrunnelsene som at EMD setter konstitusjonsdomstolens begrunnelse til side som «arbitrary or manifestly unreasonable», med hensyn til Ástráðsson-testens første trinn. Uansett blir konklusjonen på spørsmålet om det foreligger et «manifest breach of domestic law» i Reczkowicz et naturlig resultat av at konstitusjonsdomstolens avgjørelser settes til side. Med bakgrunn i den overnevnte avgjørelsen og resolusjonen fra polsk høyesterett, slår EMD fast at det foreligger et «manifest breach».¹⁴⁴ EMDs vurdering av om et slikt brudd forelå er imidlertid ikke knyttet til høyesteretts vurdering som sådan. EMDs konklusjon på at Ástráðsson-testens første trinn er oppfylt, er heller konsentrert rundt en delegitimering av konstitusjonsdomstolens avgjørelser. Denne vurderingen var på sin side kun muliggjort ved at EMD presiserer at vurderingen av «manifest breach of domestic law» også stiller krav til at den nasjonale domstolen har tatt tilstrekkelig hensyn til konvensjonsstandarder.

«Rule of law» får på denne måten en sentral rolle når EMD i 2021 gjør sine vurderinger i Reczkowicz. Avgjørelsen viser at ikke-etterlevelse av «rule of law» kan inngå i begrunnelsene for hvorfor en domstols vurdering av om det foreligger brudd på nasjonal lovgivning, skal settes til side. Et annet spørsmål som reiser seg er om en slik manglende etterlevelse av «rule of law» også kan utgjøre grunnlaget for «manifest breach of domestic law», når man ikke har en nasjonal domstols vurderinger å lene seg på. Det blir da et spørsmål om «rule of law» også kan utgjøre grunnlag for å slå fast at det foreligger et «manifest breach». Noen uttalelser i Reczkowicz, blant annet formuleringen om at innblandingen fra konstitusjonsdomstolen var «an affront to the rule of law» kan peke i denne retning. Tema i det videre er dermed om etterlevelse av «rule of law» også kan brukes til å slå fast hvorvidt det foreligger et «manifest breach of domestic law».

Samtidig med opprettelsen av disiplinærkammeret i 2017, ble det som nevnt også opprettet et kammer i den polske høyesterett med ansvar for ekstraordinære ankesaker (se kapittel 2.1). I en sak hvor to personer ikke var blitt innstilt til dommerembeter av det nasjonale domstolsrådet i 2018, ble anken behandlet av dette kammeret, og de ikke-innstilte personens anker ble forkastet. De to personene klaget saken inn til EMD og anførte at domstolen som hadde behandlet anken ikke var «independent and impartial tribunal established by law».¹⁴⁵ I Dolińska-Ficek og Ozimek mot Polen (Dolińska-Ficek) var spørsmålet om det nyopprettede kammeret oppfylte kravene til «tribunal established by law» i EMK art. 6. EMD avsa dom 8. februar 2022, og

¹⁴⁴ Reczkowicz v. Poland avsnitt 264.

¹⁴⁵ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 1.

konkluderte med brudd.¹⁴⁶ Avgjørelsen representerer en utvikling av Ástráðsson-testen og ikke minst «rule of law» sin funksjon i testen.

I Dolińska-Ficek ble det anført tre brudd på nasjonal lovgivning. For det første, at reformene av KRS hadde ført til at domstolsrådet manglet tilstrekkelig uavhengighet.¹⁴⁷ For det andre, anførte klagerne at presidentens utnevning av dommere til kammeret var i strid med nasjonal rett, ettersom sivilkammeret i polsk høyesterett hadde utstedt en midlertidig forføyning mot implementeringen av domstolsrådets innstilling av disse kandidatene.¹⁴⁸ Det tredje anførte bruddet var mangelen på statsministerens kontrasignatur ved utlysningen av ledige stillinger til kammeret.¹⁴⁹ EMDs vurdering av det første anførte bruddet ble i stor grad gjort etter linjene i begrunnelsene i Reczkowicz (se kapittel 2.3.3), ettersom det også i Dolińska-Ficek var nødvendig å ta stilling til de motstridende tolkningene av nasjonal rett fra henholdsvis konstitusjonsdomstolen og polsk høyesterett. I det videre vil jeg dermed konsentrere meg om hvordan EMD vurderer det andre og tredje anførte bruddet. I EMDs begrunnelser for hvorfor disse også utgjør «manifest breach of domestic law», får nemlig «rule of law» en annen rolle enn tidligere.

For å vurdere betydningen av presidentens utnevninger, på tross av forføyningen fra høyesterett, starter EMD i polsk høyesteretts begrunnelser, og supplerer dem med uttalelsene til EU-domstolen i den prejudisielle avgjørelsen Case C-487/19 (W.Ż.).¹⁵⁰ På bakgrunn av disse uttalelsene understreker EMD viktigheten av at nasjonale myndigheter respekterer domstolens avgjørelser, og trekker frem slik forutberegnelighet som «one of the fundamental aspects of the rule of law».¹⁵¹ Det avgjørende for utviklingen av EMDs bruk av «rule of law» som del av Ástráðsson-testen, er hva domstolen deretter beskriver som følgene av dette. EMD tydeliggjør hva slik respekt for domstolens avgjørelser innebærer når de skriver:

«The State's obligation to ensure a trial by an "independent and impartial tribunal" under Article 6 § 1 of the Convention is not limited to the judiciary. It also implies obligations on the executive, the legislature and any other State authority, regardless of its level, to respect and abide by the judgments and decisions of the courts, even when they do not agree with them. *Thus the State's respect for the authority of the courts is an*

¹⁴⁶ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 253–255.

¹⁴⁷ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 290 flg.

¹⁴⁸ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 321 flg.

¹⁴⁹ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 339 flg.

¹⁵⁰ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 321–327.

¹⁵¹ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 328.

indispensable precondition for public confidence in the judiciary and, more broadly, for the rule of law [egen kursivering].»¹⁵²

Det som umiddelbart er verdt å merke seg, er at EMD her ikke forsøker å koble argumentet opp til en vurdering av hva som følger av polsk rett, men foretar istedenfor en vurdering av statens forpliktelser etter EMK art. 6. I lys av vurderingstema «manifest breach of domestic law», er det dermed ikke klart hvordan denne argumentasjonen knyttet til respekt for domstolens avgjørelser kan bidra til å fastslå om det foreligger et brudd på nasjonal lovgivning. Hvorvidt det foreligger et brudd på EMK art. 6 er akkurat hva Ástráðsson-testen er skapt for. EMDs begrunnelse ser ut til å supplere testens innhold, uten at begrunnelsene er eksplisitt på at det er det som blir gjort. «Manifest breach of domestic law» ser dermed ut til å bli mer et spørsmål om det foreligger brudd på EMK art. 6 overhodet, heller enn første trinn i en test hvor det først skal slås fast et brudd på nasjonal rett. Denne endringen gjør også at funksjonen til «rule of law» kan bli en annen. EMDs argumentasjon åpner døren for å bruke «rule of law» som et grunnlag for å etablere et «manifest breach of domestic law», og det er nettopp det domstolen gjør i Dolińska-Ficek.

Allerede i neste avsnitt etablerer EMD at polske myndigheters innblanding i, og ikke-etterlevelse av, den midlertidige forføyningen fra polsk høyesterett ble gjort «in flagrant breach of the requirements of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention and were incompatible with the rule of law [egen kursivering].»¹⁵³ Deretter trekker EMD inn funksjonen og den etterfølgende praksisen til det nyopprettede kammeret, igjen med henvisninger til internasjonale organisasjoners uttalte bekymringer.¹⁵⁴ Med henvisning til en av de nye dommerens behandling av en anke mot en av KRS sine avgjørelser, hvor dommeren avviste anken uten å ha tilgang til saksdokumentene, skriver EMD at slike handlinger «[...] on the part of a “court” must per se be considered to challenge the letter and spirit of the rule of law [egen kursivering].»¹⁵⁵

Konklusjonen på spørsmålet om det andre anførte bruddet utgjorde et «manifest breach of domestic law» kommer like etter. Som utdraget under viser, blir et spørsmål om «manifest breach of domestic law» tilsynelatende løst på bakgrunn av brudd på EMK-retten, herunder «rule of law»:

¹⁵² Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 329.

¹⁵³ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 330.

¹⁵⁴ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 331–337.

¹⁵⁵ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 336.

«[...] the Court concludes that the President of Poland's appointment of all the judges to the Chamber of Extraordinary Review and Public Affairs [...], *amounted to a manifest breach of the domestic law* [egen kursivering]. Conduct of the State's highest executive authority which, by deliberate actions disregarding a binding judicial decision and through *faits accomplis*, interferes with the course of justice, in order to vitiate and render meaningless a pending judicial review of the appointment of judges, *can only be characterised as blatant defiance of the rule of law* [egen kursivering].»¹⁵⁶

Etter en lengre vurdering er det altså kategoriseringen av myndighetens handlinger som å være i opposisjon til «the rule of law», som trekkes inn i konklusjonen. Hva som er «manifest breach of domestic law» ser med andre ord ut til å etableres på bakgrunn av at handlingene (det å utpeke dommerne i strid med forføyningen) var i strid med «rule of law», heller enn noen nasjonale regler. Ikke en gang den polske grunnlovens bestemmelser om domstolens uavhengighet eller lignende, er blitt forsøkt trukket inn som grunnlaget for bruddet på nasjonal rett. Denne lesningen av «rule of law» sin sentrale rolle forsterkes dersom man ser på EMDs vurdering av det tredje anførte bruddet, i tillegg til den etterfølgende vurderingen av Ástráðsson-testens andre trinn.

EMD anser det nemlig ikke som nødvendig å ta endelig stilling til hvorvidt mangelen på statsministerens kontrasignatur også utgjorde et «manifest breach of domestic law». På bakgrunn av vurderingene av første og andre anførte brudd, understreker imidlertid EMD at presidentens utnevning av dommere til kammeret for ekstraordinære ankesaker uansett var «in breach of the rule of law». ¹⁵⁷ Domstolen er i tillegg helt eksplisitt på «rule of law» sin rolle som grunnlaget for «manifest breach of domestic law», når de under den relativt kortfattede vurderingen av Ástráðsson-testens andre trinn skriver at:

«[...] the breaches of the domestic law that it has established above, *arising from non-compliance with the rule of law* [egen kursivering], the principle of the separation of powers and the independence of the judiciary, inherently tarnished the impugned appointment procedure.»¹⁵⁸

Endringen av vurderingstema for «manifest breach of domestic law» ser ut til å være nærmest fullbyrdet når EMD deretter i den overordnede konklusjonen skriver at utnevningen av dommerne ble gjort i «manifest disregard for the rule of law». ¹⁵⁹

¹⁵⁶ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 338.

¹⁵⁷ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 339.

¹⁵⁸ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 349.

¹⁵⁹ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 253.

Etter mønster fra domstolens resonnement i Dolińska-Ficek, fortsatte EMD også i senere saker å knytte vurderingen av «manifest breach of domestic law» til en vurdering av «rule of law». Spørsmålet i Advance Pharma Sp. z o.o mot Polen (Advance Pharma) var om deltagelsen av dommere utnevnt etter reformene i 2017, førte til at den aktuelle sammensetningen av kammeret for sivile saker i den polske høyesterett ikke oppfylte kravene til «tribunal established by law». ¹⁶⁰ I dommen fra mai 2022, ble et av bruddene på nasjonal lovgivning, på lik linje som i Dolińska-Ficek, formulert på bakgrunn av at statens handlinger var «incompatible with the rule of law». ¹⁶¹ EMDs avgjørelse i Advance Pharma representerer med det en konsolidering av utviklingen fra Dolińska-Ficek. I Juszczyszyn mot Polen (Juszczyszyn) fra januar 2023, henviser EMD til begrunnelsene i Reczkowicz for hvorfor sammensetningen av disiplinærkammeret i den aktuelle saken brøt med EMK art. 6. ¹⁶² Kort tid etter avgjørelsene i Reczkowicz og Dolińska-Ficek er det dermed blitt klart at overholdelse av «rule of law» må anses en sentral del av vurderingen av «manifest breach of domestic law».

En konsekvens av at «rule of law» trekkes inn som grunnlag for brudd på nasjonal lovgivning er dermed at skillet mellom Ástráðsson-testens første og andre trinn, etter hvert blir overflødig. Dette er naturlig enn så lenge det identifiserte bruddet på nasjonal lovgivning formuleres som et brudd på «rule of law», ettersom det da er klart at aktuelle bruddet var i strid med formålet bak retten til «tribunal established by law», som er å ivareta nettopp «rule of law». Sammenblandingen mellom vurderingen av «manifest breach» i første trinn og vurderingen av om nasjonale domstoler har foretatt en ansvarlig balansering etter testens tredje trinn, bidrar ytterligere til at skillene mellom testens tre trinn blir obskure.

Et resultat av utviklingen i bruken av «rule of law» i sakene mot Polen er dermed at de tre trinnene i Ástráðsson-testen mister sin funksjon. Man sitter heller igjen med det opprinnelige vurderingstemaet bak testen, nemlig en vurdering av om uregelmessighetene knyttet til dommerutnevnelser var av en slik alvorlighetsgrad at de er egnet til å «undermine the aforementioned fundamental principles». Det sentrale for EMD i sakene mot Polen ser dermed i all hovedsak ut til å være en vurdering av om de nasjonale myndighetenes handlinger står seg i møte med grunnleggende prinsipper om «rule of law», uten at domstolen er eksplisitt på dette. Noe av grunnen til dette kan være de grunnleggende forskjellene mellom forholdene som lå til grunn for utviklingen av Ástráðsson-testen på Island og situasjonen i Polen. Mer presist kan nok utviklingen av Ástráðsson-testen i sakene mot Polen forklares ved at det sentrale for EMD hele

¹⁶⁰ Advance Pharma sp. z o.o v. Poland avsnitt 1.

¹⁶¹ Advance Pharma sp. z o.o v. Poland avsnitt 333.

¹⁶² Juszczyszyn v. Polen avsnitt 210.

tiden har vært sakskompleksets relasjon til «rule of law»-problematikk. Det var med andre ord rettsstatskrisen i Polen som ble den avgjørende katalysatoren for utviklingen av Ástráðsson-testen som et rettslig verktøy.

2.3.5 Avsluttende om operasjonaliseringen av «rule of law» i EMDs avgjørelser

Drøftelsene i kapittel 2.3 har vist hvordan «rule of law» sin funksjon i EMDs avgjørelser i sakene mot Polen, på lik linje som utviklingen på EU-siden, kan forstås i lys av behovet for nye rettslige verktøy. Konteksten for utviklingen, nemlig rettsstatskrisen i Polen, førte til at «rule of law» fikk en sentral funksjon i utviklingen og anvendelsen av Ástráðsson-testen. Det er dermed klart at det i EMD har funnet sted en operasjonalisering av «rule of law». «Rule of law» ble avgjørende for EMDs mulighet til å håndtere utfordringene knyttet til uregelmessigheter ved dommerutnevnelser, i en situasjon hvor EMD på forhånd stod uten de nødvendige verktøyene. Ástráðsson-testen ble EMDs svar. Dermed har drøftelsene konsentrert seg rundt utviklingen, og anvendelsen, av denne testen. Med bakgrunn i disse drøftelsene kan man komme med noen generelle observasjoner knyttet til hvordan operasjonaliseringen av «rule of law» har funnet sted i EMD sine avgjørelser.

Som vist i kapittel 2.3.2, ble «rule of law» sentral for tolkningen av EMK art. 6 og «tribunal established by law», og for hvorfor et slikt verktøy var nødvendig. Analysen av avgjørelsene har gjort det klart at «rule of law» sin rolle som tolkningsmoment var det som gjorde utviklingen av nye rettslige verktøy mulig overhodet. Det som var avgjørende for operasjonaliseringen av «rule of law», var imidlertid at EMD ikke stanset her. Når Ástráðsson-testen etableres får nemlig «rule of law» en enda større rolle. «Rule of law» ble ikke bare brukt for å tolke EMK art. 6, men ble angitt som selve vurderingstema for Ástráðsson-testen. Når EMD deretter går videre til anvendelsen av testen, bidrar dette til en utvikling av hvordan «rule of law» som vurderingstema for testen skal forstås.

Ástráðsson-testen viste seg å være dårlig tilpasset i situasjoner hvor det forelå motstridende tolkninger av nasjonal rett. Drøftelsene i kapittel 2.3.3 viser hvordan EMDs svar ble å trekke inn «rule of law» i enda større grad i sine begrunnelser. I førsteomgang ble dette gjort for å rettferdiggjøre hvorfor en nasjonal domstols tolkning måtte settes til side i tilfellet hvor det er uenighet mellom to nasjonale domstoler. Mer utfordrende blir det i tilfellet hvor man ikke lenger har en nasjonal domstols vurdering å lene seg på. EMD møter mangelen på tolkninger av nasjonalt rett med å videreutvikle «rule of law» sin rolle. Som vist i kapittel 2.3.4, blir nemlig «rule of law» etter hvert brukt som det sentrale vurderingstema også for vurderingen av om det foreligger et «manifest breach of domestic law». Dette blir bare muliggjort ved en sammenblanding av Ástráðsson-testens trinn. Spørsmålet om det foreligger brudd på nasjonal lovgivning blir da omsatt til et spørsmål om det foreligger brudd på «rule of law». Fra og med avgjørelsen i Reczkowicz, har «rule of law» fått stadig større plass som grunnlaget for bruddet på

EMK art. 6, og i sakene Dolińska-Ficek og Advance Pharma blir bruddet på nasjonal lovgivning i stor grad formulert som et brudd på «rule of law».

På bakgrunn av analysen ser det dermed ut til at testen i Ástráðsson ikke var tilpasset det som i rekken avgjørelser mot Polen er blitt bekreftet som dens rette kontekst. EMD sin utvikling og bruk av testen peker nemlig i retning av at den ikke først og fremst er ment for å vurdere forholdet i den konkrete sak. Testen ble utviklet i kontekst av rettsstatskrisen i Polen, og det er i denne konteksten man finner Ástráðsson-testen sin hensikt. Man står da tilsynelatende tilbake med en test hvor betydningen av de tre trinnene blir mindre åpenbar. Det som derimot er åpenbart er at EMD i sitt møte med rettsstatskrisen har tydd til «rule of law» som grunnlag for, og del av, de rettslige verktøy som er tatt i bruk. Utviklingen av EMK art. 6, kravet til «tribunal established by law» og Ástráðsson-testen, ser dermed alle ut til å være uløselig knyttet til operasjonaliseringen av «rule of law».

2.4 Sammenfattende om operasjonaliseringen av «rule of law» i EU-domstolen og EMD sine begrunnelser

I møte med rettsstatskrisen i Polen har både EU-domstolen og EMD i perioden 2018–2023 i stor grad benyttet seg av «rule of law» i sin argumentasjon. Som vist i kapittel 2.2 og kapittel 2.3, så begge domstolene seg nødt til å utvikle nye verktøy i møte med spørsmålene som oppstod i kjølvannet av PiS sine reformer av den polske justissektoren. Selv om innholdet i disse verktøyene naturlig nok ble nokså forskjellig, så er den fremskutte betydningen av «rule of law» i begrunnelsene en likhet mellom argumentasjonen til både EU-domstolen og EMD. Drøftelsene over viser dermed at man kan forstå «rule of law» sin funksjon i de to domstolenes argumentasjon som en nødvendig forutsetning for utviklingen av nye rettslige verktøy i møte med rettsstatskrisen i Polen. At «rule of law» får denne funksjonen er tydelig når man ser på hvordan domstolene argumenterer for grunnlaget til, innholdet i og utviklingen av verktøyene.

Da EU-domstolen i saken Associação Sindical dos Juízes Portugueses la grunnlaget for bruken av TEU art. 19 som en rettslig forpliktelse for EUs medlemsstater var det koblingen til «rule of law» som utgjorde forutsetningen for dette (se kapittel 2.2.2). EMD rettferdiggjorde på sin side Ástráðsson-testen ved å vise til «rule of law» er en nødvendig forutsetning for å forstå «tribunal established by law». På spørsmålet om hvorvidt utnevnesprosedyren for dommere falt inn under denne rettigheten, svarte EMD at en annen tolkning ikke ville være i overenstemmelse med dette uttrykkets formål, herunder «rule of law» (se kapittel 2.3.2). I den nærmere utleggingen av innholdet i domstolens verktøy blir «rule of law» blant annet brukt til å utpensle TEU art. 19 sin nødvendige kobling til kravet om uavhengige domstoler i EU-charteret art. 47. I tillegg kan «rule of law» se ut til å spille en rolle i hvordan man kan skille anvendelsesområdet til de to artiklene fra hverandre (se kapittel 2.2.3). I EMD er «rule of law» allerede fra starten av en del av selve vurderingstemaet for Ástráðsson-testen (se kapittel 2.3.2).

Etter hvert som verktøyene tas i bruk, og det blir nødvendig å utvikle dem lengre, ser man i begge domstoler en tendens til at «rule of law» i større grad løsrives fra de opprinnelige vurderingene og etter hvert få en mer selvstendig betydning. I EU-domstolen er dette best representert ved Polens søksmål i saken C-157/21 og den underliggende forordningen, hvor brudd på «rule of law» blir gjort til grunnlaget for sanksjoner (se kapittel 2.2.1). I tillegg etablerer EU-domstolen et forbud mot reduksjon i beskyttelsesnivået av «rule of law» i saken *Republika* (se kapittel 2.2.4). I EMD ser man at vanskelighetene ved å identifisere brudd på nasjonal lovgivning i saker hvor nasjonale domstoler er uenige, fører til «rule of law» etter hvert får en rolle som selvstendig grunnlag for «manifest breach of domestic law» (se kapittel 2.3.4).

Gjennom utviklingen av nye rettslig verktøy er det tydelig at «rule of law», i både EU-domstolen og EMD, i større grad er blitt operasjonalisert siden de første sakene mot Polen kom for de to domstolene i henholdsvis 2019 og 2020. Fra å spille en rolle som formålet til for eksempel «tribunal established by law», eller en forutsetning for tolkningen av TEU art. 19, blir «rule of law» i større grad brukt som et selvstendig grunnlag for forpliktelser eller rettigheter. Man ser med andre ord at i løpet av kort tid har «rule of law» blitt trukket ned fra fortalenivå, og i større grad blitt operasjonalisert i argumentasjonen.

Som jeg introduserte i kapittel 1.4 har tidsdimensjonen ved utviklingen av «rule of law» sin funksjon stått sentralt for analysen. Utviklingen av nye rettslige verktøy har funnet sted over kort tid og «rule of law» sin betydning i argumentasjonen har økt parallelt med utviklingen. Behovet for og konteksten til domstolenes rettsutvikling oppstod derimot ikke plutselig da sakene mot Polen skulle behandles. Rettsstatskrisen hadde vært under oppseiling over flere år og nødvendiggjorde en respons fra de to domstolene. Tidsdimensjonens betydning kan eksemplifiseres av hvordan EU-kommisjonens søksmål mot Ungarn ble behandlet i 2012, i kontrast til EU-domstolens avgjørelse mot Polen kun syv år senere. I 2019 var EU-domstolen bedre forberedt på å gi effekt til verdiene i TEU art. 2, herunder «rule of law». For søksmålene som fulgte fikk «rule of law» ikke bare en viktig rolle i tolkningene av TEU art. 19, men fikk stadig mer selvstendig uttrykk iblant annet forpliktelsen til å forhindre reduksjon i beskyttelsesnivået (se kapittel 2.2.4).

Hittil har analysen funnet sted uten større teoretiseringer. Som understreket i kapittel 1.4 kan imidlertid utviklingen i funksjonen til «rule of law» settes inn i en større rettshistorisk analysemodell. Ved å se på utviklingen som et utslag av den vertikale interaksjonen mellom rettens forskjellige nivåer får man en mulighet til å forklare hvordan EU-domstolen og EMD sine referanser til prinsippet eller verdien «rule of law» har fått en slik konkret funksjon i domstolenes begrunnelser. Også her kommer tidsdimensjonen tilbake dersom operasjonaliseringen av «rule of law» kan sees på om et utslag av at innholdet på et nivå av retten fører til endring i et annet.

Kapittel 2 gir i så fall et utgangspunkt for å kunne si noe om at hastigheten av slik vertikal endringshastighet mellom nivåene kan være høy. Resten av oppgaven er dedikert til å utforske rekkevidden til den operasjonaliseringen som har funnet sted.

3 Rekkevidden til operasjonaliseringen av «rule of law» i lys av dens transnasjonale kontekst

3.1 Overgang til ny problemstilling: rekkeviddespørsmålets to dimensjoner

Som drøftelsene i kapittel 2 viser, har operasjonaliseringen av «rule of law», forstått som en utvikling fra ideal til argument, muliggjort EU-domstolens og EMDs respons på rettsstatskrisen i Polen. Analysen av «rule of law» sin sentrale rolle i domstolens begrunnelser har dermed gitt et svar på oppgavens første underproblemstilling knyttet til hvordan operasjonaliseringen har funnet sted. I inneværende kapittel legges dermed disse funnene til grunn. Drøftelsene i kapittel 3 vil ta utgangspunkt i følgende underproblemstilling:

- 1.3 Hvilken betydning har utviklingens transnasjonale kontekst for rekkevidden av operasjonaliseringen av «rule of law» i møtet med nasjonale domstoler?

Rekkevidde er her forstått som hvilke muligheter man har til å nyttiggjøre seg av resultatene av «rule of law» sin operasjonalisering, med andre ord de nye rettslige verktøyene som EU-domstolen og EMD har utviklet. Dette krever at man ser nærmere på hvordan rettsutviklingen kan få full virkning overfor de rettssubjekter som er ment å tjene på den. Hvem dette er, kan man identifisere ganske enkelt ved å se på hvor operasjonaliseringen har funnet sted. For EU-domstolen er det alle rettssubjekter i et EU-land og for EMD er det alle dem som bor i en stat som har ratifisert EMK.

Spørsmålet om rekkevidde blir aktualisert gjennom operasjonaliseringens transnasjonale kontekst. For at EU-domstolen og EMD sine nye verktøy skal kunne få full virkning, må de omsettes til og implementeres i nasjonale rettssystem. For denne oppgaven er det naturlig nok spørsmålet om gjennomføringen i Polen som er det mest relevante. Polske myndigheter har hele tiden anført argumenter imot utviklingen av TEU art. 19 (1) og EMK art. 6. I tillegg har den polske konstitusjonsdomstolen konkludert med at EU-domstolens og EMDs tolkninger av de relevante traktatene er i strid med polsk grunnlov.¹⁶³ Både kritikken fremført av polske myndigheter og den polske konstitusjonsdomstolens avgjørelser fører til spørsmål om hvilken rekkevidde

¹⁶³ EU-domstolens tolkning av TEU art. 19, så vidt den ga nasjonale domstoler en plikt til å vurdere andre polske dommere sin uavhengighet, ble kjent grunnlovsstridig i K 3/21. Tilsvarende ble følgene av EMD sin tolkning av «tribunal established by law» i EMK art. 6 kjent grunnlovsstridig i K 6/21.

operasjonaliseringen av «rule of law» kan ha. Det er etter mitt syn imidlertid her tale om to forskjellige spørsmål, selv om de også kan forbindes. I det videre vil jeg dermed dele drøftelsene mellom det jeg har valgt å kalle legitimitetsdimensjonen og pluralismedimensjonen av rekkeviddespørsmålet.

Legitimitetsdimensjonen baserer seg på kritikken polske myndigheter har fremført i flere av avgjørelsene. Som regel er kritikken rettet mot at EU-domstolen og EMD sine tolkninger av traktatene utgjør en ulovlig utvidelse av de respektive domstolenes kompetanse. I EU-domstolen kan man se dette ved polske myndigheters gjennomgående henvisninger til TEU art. 4 og 5, og til områder som er forbeholdt medlemsstatenes jurisdiksjon.¹⁶⁴ Overfor EMD har polske myndigheter gjentatte ganger argumentert både for at EMK art. 6 ikke er anvendelig og subsidiært at EMD ikke har kompetanse til å tolke nasjonal rett slik de gjør.¹⁶⁵ Polen har ikke fått gjennomslag for sitt syn. Derimot har de to domstolene utviklet nye rettslige verktøy ved hjelp av operasjonaliseringen av «rule of law». I lys av «rule of law» sin sentrale rolle i argumentasjonen avkreves den en rettfærdiggjøring og avgjørelsens legitimitet vil særlig bero på hvordan man skal forstå denne argumentstypen. Kapittel 3.2 er dedikert til å utforske hva som ligger i dette kravet på rettfærdiggjøring. Nærmere bestemt vil det være nødvendig å se nærmere på hva som kan utgjøre grunnlaget for den nærmere legitimeringen av «rule of law» sin operasjonalisering.

Pluralismedimensjonen tar på sin side utgangspunkt i konsekvensene av at EU-domstolen og EMD sine tolkninger er blitt kjent grunnlovsstridig av den polske konstitusjonsdomstolen. Dette kan også anses som en form for grunnleggende kritikk av de to domstolene, men situasjonen skiller seg like fullt fra kritikken polske myndigheter har fremmet i de forskjellige sakene. Mens sistnevnte kan sees på som en rettsordenintern kritikk, utløser konstitusjonsdomstolens avgjørelser en annerledes hindring for gjennomføringen i nasjonal rett. Som følge av avgjørelsene kan man stille opp en tilsynelatende konflikt mellom polsk rett på den ene siden og EU/EMK på den andre siden. Det er på dette punktet viktig å understreke at jeg med dette ikke forsøker å ta stilling til hvorvidt konstitusjonsdomstolens avgjørelse av andre grunner skal anses ulovlig eller ugyldig etter polsk rett. Polsk høyesterett har blant annet kommet til at dette er tilfellet i kjølvannet av EMDs avgjørelse i Xero Flor.¹⁶⁶ For denne oppgaven er det avgjørende at den polske konstitusjonsdomstolen er institusjonen som etter polsk rett har kompetanse til å avgjøre grunnlovsspørsmål. Som en følge av konstitusjonsdomstolenes avgjørelser står

¹⁶⁴ Se bla. argumentasjonen til Polen i Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnittene 63-110.

¹⁶⁵ Se bla. argumentasjonen til Polen i Advance Pharma sp. z o.o v. Poland avsnittene 237–238 og 252–267.

¹⁶⁶ Så sent som i januar 2024 avsa polsk høyesteretts kammer for strafferettsaker en avgjørelse hvor den polske konstitusjonsdomstolens avgjørelser ble kjent som grunnlovstridig og dermed ugyldig, se Tilles (2024).

dermed de som befinner seg i Polen overfor et tilfelle hvor samme spørsmål er regulert på motstridende vis av systemer som begge hevder å ha jurisdiksjon på området. Dette er utfordringen ved rettslig pluralisme. Denne utfordringen representerer en potensiell slutt på rekkevidden til operasjonaliseringen av «rule of law». Med dette mener jeg at en polsk dommer som velger å følge tolkningen til EMD i for eksempel Xero Flor samtidig vil bryte den polske grunnloven slik den er tolket av landets konstitusjonsdomstol. Hvordan man kan håndtere utfordringen ved rettslig pluralisme er tema for kapittel 3.3.

Som drøftelsen vil vise, kan legitimitetsdimensjonen og pluralismedimensjonen også sees i sammenheng. Dette er fordi man som ledd i drøftelsene av begge må ta stilling til noen felles problemstillinger knyttet til rettens natur mer generelt. Valget av tilnærming så vidt gjelder rettslige begrunnelsers legitimitet vil dermed legge noen føringer for ens tilnærming til utfordringen ved rettslig pluralisme. I kapittel 3.3.4 ønsker jeg med utgangspunkt i pluralismedimensjonen å trekke inn følgene av drøftelsen av legitimitetsdimensjonen. Ved å gjøre dette får man etter mitt syn en ny innfallsvinkel for å tilnærme seg diskusjonene om «rule of law» sin rolle i håndteringen av rettsstatskrisen.

Overgangen fra operasjonaliseringsspørsmålet i oppgavens kapittel 2 til rekkeviddespørsmålet i kapittel 3 representerer også et skifte i metode og fremgangsmåte (se kapittel. 1.4). Det er nødvendig med et mer omfattende teoretisk rammeverk dersom man skal kunne tilnærme seg spørsmålene om begrunnelsenes legitimitet og utfordringen fra rettslig pluralisme. Oppgavens rammer legger imidlertid begrensninger på hvor dypt og bredt man kan gå i den relevante litteraturen på området. Min innfallsvinkel er dermed bare ment å representere én blant flere mulige. Likevel mener jeg at tilnærmingen i det videre er særlig egnet for å tilby en modell som fanger opp både legitimitetsdimensjonen og pluralismedimensjonen ved spørsmålet om rekkevidden til operasjonalisering av «rule of law».

3.2 Operasjonaliseringens rekkevidde sett på som et spørsmål om rettslige begrunnelsers legitimitet

3.2.1 Innledende om legitimitetsdimensjonen

Kritikken fra polske myndigheter går blant annet ut på at EU-domstolen og EMD går utenfor sin kompetanse når de tolker henholdsvis TEU art. 19 og EMK art. 6. I og med at dette retter seg mot tolkninger som i all hovedsak er muliggjort av rollen til «rule of law» i domstolens argumentasjon, er det et spørsmål om operasjonaliseringens rekkevidde. I det videre skal jeg ta stilling til kritikken fra polske myndigheter ved å behandle det som et spørsmål om legitimiteten til EU-domstolen og EMD sine avgjørelser. For å kunne gjøre det må jeg imidlertid først presentere nærmere hva jeg legger i dette legitimitetsbegrepet.

For det første er det viktig å understreke at jeg i denne sammenheng først og fremst omtaler legitimitet som et rettsordeninternt spørsmål. Betydningen av dette vil bli tydelig når jeg går over til den pluralistiske dimensjonen av rekkeviddespørsmålet. Det viktigste i denne omgang er at kritikken fra Polen sees på som en form for intern kritikk, i den forstand at rammen for kritikken er definert av det rettssystemet kritikken fremmes innenfor.¹⁶⁷ Dette følger av at kritikken er fremstilt som argumenter polske myndigheter anfører som part i sakene for EU-domstolen og EMD. Anførlene retter seg dermed mot tolkningene av rettsreglene i et system, med bakgrunn i at de aktuelle artiklene *egentlig* skal tolkes annerledes. Argumentasjonen er med andre ord utledet fra rettssystemets egne premisser. For det andre er legitimitet i denne sammenhengen et relasjonelt konsept. Dette innebærer at legitimiteten til begrunnelsene kan sees på som et forhold mellom et objekt som skal begrunnes og et publikum hvor objektet skal anses legitimt.¹⁶⁸ I denne sammenheng er det «rule of law» sin funksjon i begrunnelsene som må legitimeres, og det er det polske myndigheter, som representant for medlemsstaten Polen, som er det relevante publikum.

For det tredje må man velge en standard for ens begrep om legitimering. Standarden kan være basert på hvorvidt objektet rent faktisk er oppfattet som legitimt av den relevante gruppen eller om det skal anses legitimert på annet grunnlag. Dette kan beskrives som en forskjell mellom empirisk legitimitet og normativ legitimitet. Mens empirisk legitimitet ser på om noe faktisk er akseptert som legitimt hos mottaker, er fokuset for normativ legitimitet hvorvidt noe er akseptabelt i en eller forstand.¹⁶⁹ Dersom man legger til grunn et normativt begrep om legitimitet er det med andre ord tale om å rettferdiggjøre en uttalelse med referanser til en standard som er uavhengig av hvorvidt uttalelsen er faktisk akseptert. Det er et slikt normativt begrep om legitimitet som er innfallsvinkelen for inneværende drøftelse.

At man må ta stilling til hvordan man skal forstå rettslige begrunnelsers legitimering følger av at rettslig argumentasjon av natur er normativ. Som ledd i en rettslig begrunnelse bærer nemlig henvisningene til «rule of law» med seg et krav på anerkjennelse, i den forstand at normative utsagn som sådan har en innebygd forutsetning om å være gyldig.¹⁷⁰ Behovet for å begrunne «rule of law» sin funksjon i avgjørelsene som er blitt analysert i denne oppgaven er dermed en avledet versjon av jussens grunnleggende legitimitetsspørsmål: Hva utgjør rettens legitimitetsgrunnlag? En annen måte å fremstille dette spørsmålet på er nettopp å spørre om hva som er

¹⁶⁷ Eriksen (2016) s. 56.

¹⁶⁸ Tuori (2002) s. 246.

¹⁶⁹ Tuori (2002) s. 244.

¹⁷⁰ Eng (2007) s. 32.

rettens rekkevidde. Hvordan man tilnærmer seg slike spørsmål avgjør hvordan man kan forsvare EU-domstolens og EMDs tolkninger og konklusjoner i møte med kritikken fra Polen.

Det rettsordeninterne perspektivet, det relasjonelle konsept og valget av et normativt legitimitetsbegrep kan forenes. Det avgjørende for den videre drøftelsen blir dermed å finne en måte å imøtegå kritikken fra polske myndigheter hvor legitimeringen av domstolenes argumentasjon kan forankres i rettssystemet selv. I dette ligger det at jeg ønsker å se nærmere på hvordan «rule of law» sin funksjon kan legitimeres overfor polske myndigheter når man ser på kritikken som et utslag av uenighet om denne argumentasjonens plass i henholdsvis EU-retten og EMK. For å kunne imøtegå kritikken trenger man dermed en teori som kan svare på hva det egentlig vil si å utlede grenser for retten fra retten.

Hva som skal være grensenene for retten er et tema som er aktuelt i alle situasjoner hvor noen er gitt kompetanse til å fastsette rettslige normer overfor andre. Hva skal være grensene for slik kompetanse, og hvordan skal man gå frem for å fastlegge slike grenser? Et alternativ er å si at retten ikke selv setter opp noen grenser. Man må da eventuelt se hen til standarder utenfor den positive retten. For eksempel kan man ha et syn om at den positive retten ikke skal stride med moralen, Guds vilje eller menneskets fornuft. Det er imidlertid ikke slike teorier jeg er opptatt av i denne oppgaven. Slik jeg forstår polske myndigheters kritikk, er den ikke basert på at EU-domstolens og EMDs tolkninger er i strid med noen utenomrettslige standarder. Polens argumentasjon bygger heller på at tolkningene strider med reglene om domstolens kompetanse, slik disse egentlig er å forstå innenfor rammen av henholdsvis EU-retten og EMK. Mer spesifikt innebærer kritikken et syn på at operasjonaliseringen av «rule of law» ikke har forankring i rettssystemenes positivt gitte rett.

Et spørsmål er om det overhodet gir mening å utfordre domstolenes legitimitet under en innfallsvinkel om rettens grenser som sådan. Er det eventuelt bare et spørsmål om EU-domstolens og EMDs *autoritet* overfor Polen? Forstått som et spørsmål om hvem sin tolkning som skal vinne frem, blir dette til en utfordring knyttet til møtet mellom forskjellige rettsordener. Det er temaet for oppgavens drøftelser av pluralismedimensjonen, og jeg går dermed ikke nærmere inn på det her. Dersom man skal holde fast ved det rettsordeninterne perspektivet på spørsmålet om tolkningenes legitimitet, må man dermed stille seg spørsmålet om det er mulig å oppstille grenser for den positive rett på bakgrunn av den positive retten selv. Med en slik tilnærming har man potensialet til å imøtekomme Polens kritikk uten å måtte henvise ene og alene til et autoritetsargument.

Under legitimitetsdimensjonen velger jeg derfor å ta utgangspunkt i et rettspositivistisk syn på kritikken fra Polen og på retten som sådan. I denne sammenheng mener jeg med uttrykket rettspositivistisk ikke mer enn en referanse til tanken om at all rett er positiv rett og at positiv rett er

noe annet enn moral.¹⁷¹ Det avgjørende for drøftelsens del er at den positive rett kun aksepterer grenser for retten som er gitt av den positive retten selv.¹⁷² Dette er ikke for å si at man ikke kan fremme annen form for kritikk, da for eksempel på politiske eller moralske premisser. Rettens grenser *qua* positiv rett, vil imidlertid ikke være satt før man kan peke på disse grensenes grunnlag i retten selv. Hvordan kan man da gå frem for å avdekke den positive retts grenser? Svaret kan bare ligge i hvilket konsept om retten man legger til grunn. Drøftelsen i det videre må dermed se nærmere på hva det vil si at noe er en del av retten. Nærmere bestemt må det forklares hvordan argumentasjonen knyttet til «rule of law» i EU-domstolen og EMD skal forstås som en form for rettslig argumentasjon. Dette kan omsettes til et spørsmål om *hva det er domstolene sikter til* når de henviser til «the principle of the rule of law» o.l.¹⁷³ Det er med andre ord et spørsmål om «rule of law» sin ontologi. En naturlig innfallsvinkel her er å ta utgangspunkt i diskusjonene knyttet til rettslig prinsippargumentasjon som sådan.

I norsk rettsteori er det nok Thomas Frøbergs sin doktorgradsavhandling, «Rettslig prinsippargumentasjon», som gir den mest omfattende innføringen i hvordan prinsipper brukes i rettslig argumentasjon. Blant annet har Frøberg inngående diskusjoner knyttet til prinsippers ontologi.¹⁷⁴ Frøbergs fremgangsmåte gir etter mitt syn også en hensiktsmessig innfallsvinkel til fremstillingen i denne oppgaven. Jeg trekker imidlertid kun på Frøbergs metode og fremgangsmåte. Dermed avgrenser jeg mot hans drøftelser angående de nærmere beskrivelsene av de argumentasjonsmønstre som identifiseres ved en analyse av norsk høyesteretts bruk av prinsipp-termer. Det er spesielt to metodiske grep Frøberg gjør som også har overføringsverdi til denne oppgaven.

For det første vil mitt valg av bakgrunnsteori ha grunnlag i at jeg velger å anlegge et første-personsperspektiv ved lesningen av avgjørelsene. Dette valget av innfallsvinkel innebærer at en teori som skal forklare hvordan «rule of law» sin operasjonalisering kan legitimeres, må kunne passe med domstolens egen oppfatning av denne formen for argumentasjon.¹⁷⁵ Et slikt første-personsperspektiv er av Eng beskrevet som å ta «utgangspunkt i [aktørenes] egen oppfatning av rasjonaliteten i sin aktivitet».¹⁷⁶ Den praktiske konsekvensen av dette er at jeg i de

¹⁷¹ Akkurat hva som skal legges i begrepet rettspositivisme er et svært omdiskutert tema i rettsteorien. For en fremstilling av noen av hovedtrekkene i debatten om rettspositivisme se Svein Eng sin fremstilling i kompendiet «Rettspositivisme» (2015) s. 1 – 181. For den såkalte «grunntesen» som utgjør bakgrunnen for trekkene jeg har trukket frem se s. 3.

¹⁷² Tuori (2002) s. 217.

¹⁷³ Jerkø (2012) s. 11.

¹⁷⁴ Se spesielt Frøberg (2014) s. 206 – 218, som også er grunnlaget for denne oppgavens inndeling av henholdsvis konstatierende og konstituerende tilnærminger til prinsippers ontologi i kapittel 3.2.2.

¹⁷⁵ Frøberg (2014) s. 84.

¹⁷⁶ Eng (2007) s. 509.

kommende drøftelsene er på jakt etter den forståelsen av EU-domstolen og EMD sine avgjørelser som passer med måten domstolene ordlegger seg. Med andre ord bygger drøftelsen på at en slik tilnærming bringer oss nærmere å kunne besvare spørsmålet om hva dommerne kan tenkes å sikte til når de henviser til «rule of law».¹⁷⁷

For det andre kombineres førstepersonsperspektivet med et syn på at det som står skrevet i avgjørelsene er representativt for, eller om ikke annet det beste grunnlaget for å si noe om, domstolenes faktiske overveielser. Det motsatte av dette ville være å si at teksten kan være misvisende eller rett og slett fungere som et dekke for hva dommerne egentlig har lagt vekt på i sine begrunnelser. Mitt utgangspunkt vil være at domspremissene i de enkelte avgjørelsene er det nærmeste man kommer de faktiske overveielserne til dommerne i saken.¹⁷⁸ Utgangspunktet for de sentrale delene av den videre drøftelsene vil dermed være den faktiske argumentasjonen til EU-domstolen og EMD slik denne fremgår av utvalget avgjørelser gjennomgått i kapitlene 2.2 og 2.3.

Som drøftelsene i kapitlene 2.2 og 2.3 viser, blir «rule of law» i stor grad trukket inn i argumentasjonen som noe som ligger bakenfor, eller forut for, traktatsbestemmelsene som domstolene baserer drøftelsene sine på. Som eksempler på dette, kan man trekke frem EU-domstolens utsagn om at TEU art. 19 «[...] gives concrete expression to the value of the rule of law [...]»¹⁷⁹ og EMDs uttalelser om at «established by law [...] reflects the principle of the rule of law [...]»¹⁸⁰. Kanskje mer grunnleggende trekkes «rule of law» inn som noe som gjennomsyrrer både EU-retten og EMK. I søksmålet fra Polen i saken C-157/21 skriver EU-domstolen som nevnt at «rule of law», som del av TEU art. 2, er «[...] an integral part of the very identity of the European Union as a common legal order [...]»¹⁸¹ EMD skriver også flere ganger at artiklene i EMK må forstås i lys av konvensjonens fortale som blant slår fast at «rule of law» er en del av «[...] the common heritage of the Contracting States [...]»¹⁸² Målet for den videre drøftelsen må med andre ord være å gi en forståelse av «rule of law» som både muliggjør legitimeringen av operasjonaliseringen og samtidig passer overens med denne måten å ordlegge seg på.

¹⁷⁷ Se ellers Frøberg (2014) s. 84–86 for mer om betydningen av å anlegge førstepersonsperspektiv ved studier av rettslig prinsippargumentasjon.

¹⁷⁸ Se her blant annet Frøberg (2014) s. 86–89 om den såkalte «fasadelegitimasjonstesen».

¹⁷⁹ Se f.eks Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 32.

¹⁸⁰ Se f.eks Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 211.

¹⁸¹ Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 264.

¹⁸² Se f.eks Advance Pharma Sp. z o.o v. Poland avsnitt 331.

3.2.2 Om noen alternative tilnæringer til spørsmålet om rettslige prinsippers ontologi

I lys av at både EU-domstolen og EMD referer til «rule of law» ved bruk av prinsippterminologi er det naturlig å anta at en tilnærming til spørsmålet «hva er et rettslig prinsipp?» også kan føre en nærmere svaret på spørsmål om hvordan man kan forklare «rule of law» sin funksjon i domstolens begrunnelser. Å gi et generelt svar på spørsmålet «hva er et rettslig prinsipp?», hvis noe slik er mulig, faller godt utenfor denne avhandlingens formål. Spørsmål på formen «hva er x» er så vage at det ikke vil være mulig å si noe meningsfullt uten å gi en nærmere beskrivelse av hva som er målet ved å stille spørsmålet.¹⁸³ Når man i sammenhengen av rettslig argumentasjon møter på uttrykket prinsipp må bruken forstås innenfor den rammen det fremsettes i, nemlig som ledd i en rettslig begrunnelse. Det er dermed på bakgrunn av «rule of law» sin til tider avgjørende rolle i begrunnelsene til EMD og EU-domstolen at spørsmålet om prinsippers rolle i rettslig argumentasjon blir aktuelt.

Svaret på hva «rule of law» sin kobling til prinsippterminologien innebærer kan derimot ikke gis ved å studere ‘prinsipper’ som sådan. I henhold til det grunnleggende kravet til begrunnelsens legitimitet vil innfallsvinkelen i dette kapittelet heller være å gi en teori om hva henvisningen til prinsipp kan sies å innebære. Med andre ord vil jeg istedenfor å stille spørsmålet «hva er et rettslig prinsipp?», stille spørsmålet «hva siktes det til når prinsippet påberopes?». ¹⁸⁴ I formuleringen «hva det siktes til» ligger det et ontologisk element. Med dette mener jeg at man i en utdyping av hva som ligger i henvisningen til «rule of law» som et prinsipp nødvendigvis vil måtte ta stilling til spørsmålet om hvilken form for eksistens et slikt fenomen har.

Hvordan man best skal tilnærme seg spørsmål knyttet til normers, og herunder rettslige prinsippers, eksistens er et omdiskutert tema innen rettsteorien. Spørsmålet om prinsippers eksistens vil, gitt antagelsen om at vises til en norm, naturlig nok påvirkes av hvordan man ser på spørsmålet om normers eksistens. Dette er et for omfattende tema til å gi noen utdypende fremstilling her. Det er likevel viktig å gi et bakteppe for valget av teori, både for å ha et grunnleggende grep om spørsmålsstillingen og for å tydeliggjøre at teorien som er valgt bare representerer én av flere. I det følgende vil jeg dermed kort presentere enkelte av tilnærmingene til prinsippers eksistensform. Målet er ikke å utelukke disse teoriene som reelle alternativ. Jeg vil likevel argumentere for at valget av Kaarlo Tuori sin fremstilling av retten i kritiske rettspositivisme best ivaretar måten EU-domstolen og EMD benytter seg av «rule of law» i sin argumentasjon.

¹⁸³ For en fremstilling av utfordringene knyttet til denne formen for utsagnstyper, se Eng (2007) s. 12–28.

¹⁸⁴ Jerkø (2012) s. 11.

For å forenkle fremstillingen, vil jeg ta utgangspunkt i en kategorisering av de forskjellige teoriene basert på om de har en konstituerende eller konstaterende tilnærming til prinsippers ontologi.¹⁸⁵ Med en konstituerende tilnærming mener jeg her teorier som tilskriver prinsippers eksistens til «rettsanvenderens egne overveielser», eller med andre ord at prinsippenes skapes av rettsanvenderen.¹⁸⁶ Teorier med en konstaterende tilnærming vil på sin side mene at prinsippenes har en egen eksistens utenfor den enkelte rettsanvender. Forskjellen mellom tilnærmingene kan noe upresist fremstilles som et spørsmål om prinsipper er noe rettsanvender finner eller skaper. Teorier vil imidlertid som regel ikke være enten eller og det vil innenfor en fremstilling kunne være innslag av elementer fra begge synspunktene.¹⁸⁷

Norsk rettskildelære har over lengre tid vært preget av teorier med en konstituerende tilnærming til prinsippers eksistensform. En av de kanskje mest kjente formuleringene finner man hos Per Augdahl. I sin bok «Rettskilder» skriver han følgende om dommeres bruk av rettsprinsipp i sine vurderinger:

«De tror at de *finder* rettsprinsippet – finder det i den eller de bestemmelser som generaliseres. De smugler ubevisst sitt hjemmelagde prinsipp inn i bestemmelsen og så haler de det ut igjen og sier: Se hva vi har funnet!»¹⁸⁸

Med tanke på prinsippers ontologi, passer dette godt overens med et syn på termen prinsipp som en merkelapp plassert *ex post* på dommerens egne vurderinger. Om man sier at normers eksistens er knyttet til rettsanvenderen sine vurderinger, kan man kalle det for en psykologisk tilnærming til normers eksistens. Dersom man i tillegg legger til grunn at en individualpsykologisk eksistens utgjør den eneste formen for normers eksistensform, vil man lande på at henvisningen til et prinsipp ikke utgjør annet enn et uttrykk for den enkeltes vurderinger.¹⁸⁹ Om man har en mer eller mindre konstituerende tilnærming langs de linjer som skisseres her, vil dette også påvirke ens tilnærming til hvordan man kan legitimere operasjonaliseringen av «rule of law». EMDs og EU-domstolens henvisninger til «rule of law» vil i så fall ikke være annet enn et uttrykk for vurderingene til hver av dommerne. Det vil da tilsynelatende ikke være mer å hente hva gjelder spørsmålet om hvorvidt disse vurderingene kan forsvares med henvisninger til rettslige standarder utenfor rettsanvenderen selv.

¹⁸⁵ Inspirasjonen til inndelingen er hentet fra Frøberg (2014) s. 206–218.

¹⁸⁶ Frøberg (2014) s. 206.

¹⁸⁷ Frøberg (2014) s. 207.

¹⁸⁸ Augdahl (1973) s. 96.

¹⁸⁹ Eng (2007) s. 290 om betydningen av synet på individuell internalisering som eneste formen for normers eksistens.

Blant teorier med en mer konstaterende tilnærming, representerer Ronald Dworkin sin konstruktive fortolkningsteori et interessant alternativ. Kort fortalt baserer Dworkins tilnærming seg på at juss, herunder rettsanvendelse, må sees i lys av at jussen er en sosial praksis. Som deltaker i denne praksisen vil en rettsanvender tilnærme seg jussen med en fortolkende innstilling («interpretive attitude».¹⁹⁰ Det avgjørende er da å finne det formål eller de verdier som begrunner retten som sosial praksis.¹⁹¹ Målet med tolkningen blir å komme frem til det resultatet hvor det som tolkes, med andre ord historisk praksis, stemmer best overens med de verdier som praksisen er ment å ivareta.¹⁹² Når rettsanvender påkaller et prinsipp,¹⁹³ vil prinsippet da kunne sees på som det som binder sammen den historiske praksisen med de underliggende verdiene. Dworkins teori er blitt omtalt som en konstruktiv teori.¹⁹⁴ Med dette menes at Dworkins tilnærming til prinsippers eksistensform bygger på en tanke om at rettsanvenderen ikke egentlig *finner* prinsippet i praksisen. Prinsippene må heller konstrueres på bakgrunn av praksisen.¹⁹⁵ Med en slik forståelse av Dworkin vil man i spørsmålet om prinsippenes eksistensform dermed ikke nødvendigvis si at prinsippenes har noen eksistens uavhengig den enkeltes rettsanvender. Rettsanvenderen vil likevel være mer bundet av historisk praksis i sine vurderinger, sammenlignet med den alternative tilnærmingen karikert ved sitatet fra Augdahl.¹⁹⁶

Dworkins teorier om retten representerer en mulig forklaringsmodell for EU-domstolens og EMDs argumentasjon med prinsipper. Det utstrakte omfanget av henvisninger til prinsipper i de to domstolene kan da leses nettopp i lys av dommerens forsøk på å tolke de aktuelle konvensjonene i lys av henholdsvis EU-retten og EMK sine mer bakenforliggende verdier. Dworkins arbeid kunne dermed vært et passende utgangspunkt for en annen fremstilling av «rule of law» sin ontologi enn den som gjøres i denne oppgaven. En slik fremstilling ville med nødvendighet måtte gå dypere i Dworkins teori om «law as integrity»¹⁹⁷, herunder hans forutsetning om at må foreligge et «true community».¹⁹⁸ Hvorvidt et slikt ekte fellesskap foreligger vil bero på en normativ teori om hvilke verdier som må ligge til grunn i et samfunn, sammen med samfunnsindividenes opplevelse av gjensidige og personlige forpliktelser.¹⁹⁹ Dworkins teori blir

¹⁹⁰ Dworkin (1986) s. 46.

¹⁹¹ Dworkin (1986) s. 47–48.

¹⁹² Dworkin (1986) s. 230–231.

¹⁹³ Jeg bruker her uttrykket prinsipp på en annen, og mer generell, måte enn hva som er tilfellet i Dworkin sine arbeider. Hos Dworkin spiller «principles» en helt sentral rolle, da som et resultat av den konstruktive fortolkning hos rettsanvender, se bla. Dworkin (1986) s. 243–244.

¹⁹⁴ Se Frøberg (2014) s. 210.

¹⁹⁵ Se bla. Frøberg (2014) s. 213 og Bergo (2002) s. 888 for en slik forståelse.

¹⁹⁶ Frøberg (2014) s. 213.

¹⁹⁷ Se Dworkin (1986), spesielt s. 225 flg.

¹⁹⁸ Dworkin (1986) s. 201.

¹⁹⁹ Mähle (2005) s. 100–107.

spesielt interessant i lys av hvordan EMD og EU-domstolen henviser til «rule of law». Domstolens bruk av uttrykket er i stor grad preget av henvisninger til «rule of law» som et felles verdigrunnlag. Dette verdigrunnlaget påberopes for å rettferdiggjøre prinsippets betydning i tolkningen av konvensjonene. Forsøk på å lese de to domstolens praksis inn i en «dworkiansk» kontekst er heller ikke ukjent.²⁰⁰

Som tidligere nevnt, har denne oppgaven ikke som mål å fremstille noe som den eneste mulige fremgangsmåten. Jeg går likevel videre fordi en annen innfallsvinkel etter mitt syn representerer en spesielt interessant tilnærming til spørsmålet om rekkevidden til operasjonaliseringen av «rule of law». Det finnes nemlig en mulighet til å beholde normers psykologiske eksistensform, samtidig som man kan si at det ikke er den individuelle rettsanvenderen som blir avgjørende. I diskusjonene om normers eksistensform har teorier basert på normer som institusjonelle fakta representert en slik tilnærming.

Typiske eksempler på utsagn som involverer institusjonelle fakta er «Peder Ås giftet seg med Marte Kirkerud» eller «Den norske bank satt opp renten med ett prosentpoeng». Giftemål og renter er ikke rent fysiske eller individualpsykologisk størrelser, men det gir likevel mening å snakke om at et ekteskap eller en valuta *eksisterer*. Som fakta kan man ikke undersøke sannhetsverdien i slike utsagn ved å studere den materielle verden for seg selv, men de har likevel en sannhetsverdi «[...] in virtue of an interpretation of what happens in the world, an interpretation of events in the light of human practices and normative rules.»²⁰¹ Dersom man kan si at det er slik sannhetsverdi også for utsagn om normer i et rettssystem får man en alternativ tilnærming til rettslige prinsippers eksistensform. En slik tilnærming kan imøtekomme kritikken fra Polen gjennom å legitimere operasjonaliseringen av «rule of law» ved å vise til at dette ikke representere en nyvinning i egentlig forstand, men kun utgjør en operasjonalisering av et element som allerede eksisterer i henholdsvis EU-retten og EMK. Blant teoriene som bygger på sitt konsept om retten på institusjonelle fakta, finner man kritisk rettspositivisme.²⁰²

3.2.3 Introduksjon til kritisk rettspositivisme og retten som et lagdelt fenomen

I sin bok «Critical Legal Positivism» fra 2002, fremsatte Kaarlo Tuori sitt konsept om retten. Bakgrunnen for Tuoris prosjekt var utfordringene tradisjonell rettspositivisme, hos Tuori representert ved H.L.A Harts og Hans Kelsens teorier, har med å legitimere retten som grunnlag for maktbruk.²⁰³ Tuori anser tradisjonell rettspositivisme for å være karakterisert av tre hovedtrekk.

²⁰⁰ For EU-domstolens del se Bengoetxea (1993) s. 9. George Letsas sin fremstilling av EMDs metode er også sterkt inspirert av Dworkin sine teorier, se Letsas (2007) s. 5.

²⁰¹ MacCormick (1986) s. 10.

²⁰² Tuori (2002) s. 127.

²⁰³ Tuori (2002) s. 7–8.

For det første at retten er grunnleggende positivistisk i den forstand at den kun er et resultat av bevisst menneskelig handling («conscious human action»)²⁰⁴ Deretter forestillingen om at rettens positivitet fører til en deling mellom verden av «er» og verden av «bør». Disse to verdenene skiller empirisk observerbare sosiale fakta, fra det normative.²⁰⁵ Rettens positivitet medfører med andre ord at innholdet i normene for rettens del er et resultat av empiriske fakta. Rettens positivitet fører til et sprang fra verden av «er» til verden av «bør». Den tredje karakteristikken til tradisjonell rettspositivisme er at man innad i verden av «bør» skiller mellom retten som normativt fenomen og andre normative ordener, som for eksempel moral. Dette skillet er en naturlig konsekvens av rettens grunnlag i empirisk observerbare sosiale fakta. Rettslige er bare de normer som er blitt innført på den positivistisk godtatte fremgangsmåte.²⁰⁶

Tradisjonell rettspositivisme utfordres i møte med spørsmål knyttet til kriteriene for rettens legitimitet. Dersom man ser på retten som grunnleggende positivistisk burde rettens gyldighets-kriterier være å finne i retten selv. Det strenge skillet mellom verden av «er» og verden av «bør» fører imidlertid til at dette blir vanskelig. Verken Hart sin «rule of recognition» eller Kelsen sin «grundnorm» kan enkelt plasseres med tanke på skillene mellom det empiriske og det normative. Her mener Tuori at man enten blir tvunget til å gi opp dette skillet (Hart) eller postulere en ikke-positivert gyldighetsnorm (Kelsen).²⁰⁷ Resultatet er at rettens legitimitetsgrunnlag ikke stemmer overens med synet på retten som grunnleggende positiv.

Den kritiske rettspositivismen presentert av Tuori baserer seg, på lik linje som tradisjonell rettspositivisme, på et syn på retten som et grunnleggende positivistisk fenomen. Med andre ord bygger også Tuoris teori seg på den første av de tre karakteristikkene presentert ovenfor. Tuoris mål er å presentere en teori som gir grunnlag for å vurdere rettens gyldighet og rekkevidde med bakgrunn i kriterier hentet fra retten selv. Dette kaller Tuori for muligheten for iboende normativ kritikk av den positive rett («immanent normative criticism of positive law»)²⁰⁸ Muligheten for slik iboende kritikk ligger etter Tuoris syn i forståelsen av retten som et lagdelt fenomen.

I følge Tuori er tradisjonell rettspositivismes blindgate at teoriene unngåelig vil ende opp med å ikke kunne legitimere retten fra et rettsinternt perspektiv. En slik blindvei kan bare unngås dersom man legger til side tradisjonell rettspositivismes syn på retten som bare bestående av ett lag, og vedkjenner at «the law as a legal order is not exhausted by its visible, discursively

²⁰⁴ Tuori (2002) s. 7.

²⁰⁵ Tuori (2002) s. 7.

²⁰⁶ Tuori (2002) s. 8.

²⁰⁷ Tuori (2002) s. 27.

²⁰⁸ Tuori (2002) s. 28.

formulated surface». ²⁰⁹ Med andre ord består ikke retten bare av det man kan finne formulert i tekster som lovverk og domstolsavgjørelser. Vel så viktig som dette nivået av retten er nivåene under, som både legger føringer og grenser for innholdet på overflatenivå. Disse undernivåene kaller Tuori for rettskulturnivået («the legal culture») og rettens dypstruktur («the deep structure of the law»). ²¹⁰ Det er ikke rom for å gi noe inngående oversikt over Tuoris kritiske rettspositivisme innenfor rammen av innværende arbeid. Det er likevel noen elementer som må utdypes før man kan gå i gang med å analysere legitimitetsdimensjonen av «rule of law» sin operasjonalisering i lys av teorien. Dette knytter seg hovedsakelig til de forskjellige nivåenes innhold, hvordan nivåene blir formet og kommunikasjonen mellom de respektive nivåene.

Rettens overflatenivå består av det rettslige materialet man finner i kilder som lovtekster, domstolsavgjørelser og juridisk litteratur. Det som kjennetegner materialet på overflatenivået er at innholdet er gitt et diskursivt uttrykk i form av språklige formuleringer. ²¹¹ Produksjonen av rett på overflatenivået er preget av aktørene i det Tuori kaller rettslig praksis *in sensu stricto*. ²¹² Denne praksisen er først og fremst knyttet til lovgivning, domstolspraksis og rettsvitenskapen. Innholdet på overflatenivået er i konstant endring og endringene kan i stor grad sees på som resultatet av den pågående diskusjonen mellom aktørene i rettslig praksis *in sensu stricto*. ²¹³ Rettens overflatenivå vil som regel være spesifikk for hvert enkelt rettssystem. ²¹⁴

På nivået under overflatenivået finner man det som er felles for rettssystemene som deler rettskultur. Innholdet av retten på dette nivået har i utgangspunktet ikke fått et diskursivt uttrykk, men inngår som del av den individuelle juristens praktiske kunnskap («practical knowledge»). ²¹⁵ Tuori fremstiller det som en form for taus kunnskap blant jurister. Kunnskapen gis ikke nødvendigvis noe konkret språklig uttrykk som del av en rettslig vurdering, men ligger likevel bak og inngår som en forutsetning for denne vurderingen. Rettsanvenderen bærer rettskulturen med seg i kraft av å være representant for en sosial gruppe, for eksempel juristprofesjonen. ²¹⁶ Det er med andre ord snakk om et slags kulturelt formet habitus for medlemmene av rettskulturen.

²⁰⁹ Tuori (2002) s. 147.

²¹⁰ Tuori (2002) s. 147.

²¹¹ Tuori (2002) s. 154.

²¹² Tuori (2002) s. 133.

²¹³ Tuori (2002) s. 155.

²¹⁴ Tuori (2002) s. 185.

²¹⁵ Tuori (2002) s. 163.

²¹⁶ Tuori (2002) s. 165.

Nivået for rettskulturen har både metodiske og konseptuelle elementer, i tillegg til normative deler i form av blant annet generelle rettsprinsipper («general legal principles»).²¹⁷ Som eksempel på et generelt rettsprinsipp, trekker Tuori blant annet frem legalitetsprinsippet i straffetretten. I diskusjoner om prinsippers rolle er det viktig å skille mellom slike prinsipper som normative element i rettskulturen og prinsipper som er gitt diskursivt uttrykk på rettens overflatenivå. Selv om uttrykket på overflaten er preget av en eventuell forbindelse til et element i rettskulturen, er ikke dette språklige uttrykket det samme som prinsippet i rettskulturen.²¹⁸ Som et mellomnivå, hvor blant annet rettskildesprinsippene befinner seg, spiller nivået for rettskulturen en medierende rolle mellom overflatenivået og rettens dypstruktur.²¹⁹

I rettens dypstruktur plasserer Tuori det som kan tenkes å være felles på tvers av rettskulturer.²²⁰ På samme måte som med innholdet i nivået for rettskulturen er elementene herfra noe den rettslige aktøren bærer med seg som praktisk kunnskap. Selv slik taus kunnskap fra rettens dypstruktur kan få diskursiv form, blant annet i form av rettsfilosofiske arbeider.²²¹ Når en rettsanvender trekker veksler på elementer fra dypstrukturen, gjør vedkommende derimot ikke dette som enkeltindivid eller representant for en rettskultur, men heller som et rettssubjekt i et moderne samfunn.²²² Innholdet i rettens dypstruktur er det som er minst utbrodert i Tuoris fremstilling, men består av blant grunnleggende rettslige kategorier («basic legal categories»)²²³ og enkelte normative elementer. Disse normative elementene må etter Tuoris syn blant annet inkludere grunnleggende menneskerettigheter og rettsstatsprinsipper.²²⁴

Som nevnt er kritisk positivisme grunnleggende positivistisk i den forstand at den ser på retten som et resultat av bevisst menneskelig handling. Ved å se på retten som et lagdelt fenomen får kritisk rettspositivisme også frem rettens historisitet. Det er menneskelig handling som skaper og fører til endring i rettens forskjellige nivåer. De rettslige relevante handlingene det her er snakk om er det som ovenfor er presentert som rettslig praksis. Ved å skape, endre og opprettholde rettsordenen er det praksisen som «[...] transmit its internal relations.»²²⁵ Tuori presenterer flere forskjellige forhold («relations») mellom rettens overflatenivå, rettskulturen og rettens dypstruktur. Disse forholdene får på hvert sitt vis frem interaksjonen og den gjensidige

²¹⁷ Tuori (2002) s. 177.

²¹⁸ Tuori (2002) s. 179.

²¹⁹ Tuori (2002) s. 192.

²²⁰ Tuori (2002) s. 183.

²²¹ Tuori (2002) s. 184.

²²² Tuori (2002) s. 185.

²²³ Tuori (2002) s. 186.

²²⁴ Tuori (2002) s. 190.

²²⁵ Tuori (2002) s. 197.

påvirkningen mellom de forskjellige nivåene. I førsteomgang må tre av disse presenteres, nemlig sedimenteringsforholdet («relation of sedimentation»), konstitusjonsforholdet («relation of constitution») og konkretiseringsforholdet («relation of specification»).^226

Sedimenteringsforholdet er det som mest av alt bidrar til det positivistiske i kritiske rettspositivisme. Sedimenteringen finner sted som følge av at den rettslige praksisen *in sensu stricto*, da lovgivning, domstolspraksis og rettsvitenskapen, over tid fester seg i henholdsvis rettskulturen og dypstrukturen.^227 Denne avleiringen fra praksisen på overflatenivået kan ikke bare endre nivåene under, men utgjør det historiske grunnlaget for disse nivåene. Slik sedimentering tar tid og dette forklarer hvorfor de respektive nivåene har forskjellig endringshastighet.^228 Dette er også viktig å ha i mente når jeg i kapittel 3.2.4 går videre til å drøfte «rule of law» forstått som et element *fra* et underliggende nivå. Å bygge på en slik forståelse av et underliggende rettsstatsprinsipp, forutsetter at dette prinsippet har sin opprinnelse i praksis fra overflatenivået.

Mens sedimenteringsforholdet tar utgangspunkt i overflatenivåets påvirkning på underliggende nivåer, ser konstitusjonsforholdet på hvordan materialet på rettskulturnivået og rettens dypstruktur utgjør grunnlaget for overflatepraksisen. Dette har å gjøre med materialets egenskap av å være praktisk kunnskap for aktørene på overflatenivå. Praksisen på rettens overflate er bare gjort mulig gjennom aktørens kunnskap om praksisen og forutsetningene for denne.^229 Materialet på rettens underliggende nivåer konstituerer dermed muligheten for praksis på overflatenivået, eller sagt med Tuoris ord:

«The legal culture and the deep structure provide the conceptual, normative and methodical means without which the legislator could not enact its statutes, the judge issue her decisions or the legal scholar write her books or articles.»^230

Samtidig som innholdet på rettskulturnivået og rettens dypstruktur konstituerer muligheten for rettslig praksis på overflatenivået, vil denne rettslige praksisen alltid medføre en konkretisering av materialet på underliggende nivåer.^231 Ethvert uttrykk for elementer fra rettens dypstruktur er blitt filtrert gjennom en rettskultur og aktører på overflatenivå som er spesifikk for det aktuelle rettssystem. Denne prosessen bidrar dermed til at det diskursive uttrykket et element fra rettens dypstruktur får på overflatenivå ikke vil være autoritativ for elementets innhold i

²²⁶ Tuori (2002) s. 199.

²²⁷ Tuori (2002) s. 200.

²²⁸ Tuori (2002) s. 201.

²²⁹ Tuori (2002) s. 210.

²³⁰ Tuori (2002) s. 210.

²³¹ Tuori (2002) s. 212.

dypstrukturen.²³² Dette får ifølge Tuori spesielt betydning for ens forståelse av rettslige prinsippers rolle, noe jeg vil returnere til under kapittel 3.2.4. Det gjenstår nemlig å si noe om hvordan man skal forstå «rule of law» sin funksjon i lys av Tuoris teori. Nærmere bestemt blir det nå interessant å se hvordan man kan plassere henvisningene til «rule of law» i møte med retten som et lagdelt fenomen.

3.2.4 «Rule of law» forstått som et element fra rettens dypstruktur og betydningen for en legitimering av «rule of law» sin operasjonalisering

Kritisk rettspositivisme innebærer som nevnt en mer konstaterende tilnærming til rettsprinsippers eksistens. Synet på normer som institusjonelle fakta suppleres av Tuoris syn på retten som et lagdelt fenomen. Denne kombinasjonen fører til at man i en analyse av EU-domstolen og EMD sin argumentasjon kan se på «rule of law» som noe som ligger bak de spesifikke normformuleringene på overflatenivå. Det relevante overflatematerialet for denne oppgavens del er de enkelte konvensjonsbestemmelsene som EU-domstolen og EMD har som formål å tolke og anvende. Teksten i TEU art. 19, EU-charteret art. 47 og EMK art. 6 er alle eksempler på materiale på rettens overflatenivå. Etter hvert som de blir avsagt vil domstolenes avgjørelser også utgjøre overflatemateriale.

Kritisk rettspositivismes tilnærming til prinsippers ontologi passer godt sammen med måten EU-domstolen og EMD argumenterer i sine avgjørelser. I kapittel 3.2.1 trakk jeg frem hvordan henvisninger til «rule of law» som regel gjøres ved å peke på at dette er noe som ligger bak den aktuelle konvensjonsbestemmelsen eller konvensjonen som helhet. Gjennomgående for EU-domstolens behandling av TEU art. 19, etter det først trekkes frem i ASJP, er utsagn om at denne traktatsbestemmelsen «gives concrete expression to the value of the rule of law».²³³ På samme måte blir EMDs omtale av kravet til «tribunal established by law» preget av uttalelser om at dette uttrykket «reflects the principle of the rule of law».²³⁴ Det er med andre ord et kjennetegn ved domstolenes argumentasjon at «rule of law» trekkes frem som noe som ligger bak bestemmelsene og har fått uttrykk i disse. Samtidig er det klart at prinsippet favner bredere enn den enkelte bestemmelsen.

Henvisningene til «rule of law», som noe som har fått utslag i traktatsbestemmelsene, stemmer også godt overens med en forståelse av retten som et lagdelt fenomen. Henvisningene EU-domstolen og EMD gjør til «rule of law» kan forstås som en referanse til et element i et av rettens underliggende nivåer. Dette elementet er dermed ikke identisk materialet på overflaten,

²³² Tuori (2002) s. 194.

²³³ Se f.eks Case C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses avsnitt 32.

²³⁴ Se f.eks Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland avsnitt 211.

som for eksempel TEU art. 19, men er noe som like fullt påvirker dommerens forståelse av dette materialet. I lys av konstitusjonsforholdet kan man gå enda lengre. Ikke bare er «rule of law» noe som påvirker lesningen av blant annet TEU art. 19 og EMK art. 6, men ens forståelse av «rule of law» vil nødvendigvis inngå som del av selve grunnlaget for å kunne lese de respektive artiklene. Dette forutsetter at man plasserer «rule of law» som et element fra et av rettens underliggende nivåer. Det er dermed naturlig å spørre seg hvilket nivå det i så fall er.

Både rettskulturen og rettens dypstruktur har som nevnt innslag av normative elementer, herunder prinsipper av forskjellig art. Tuori presenterer en rekke eksempler på generelle rettsprinsipper på rettskulturnivået, som blant annet *pacta sunt servanda* i kontraktsretten, legalitetsprinsippet i strafferetten og likebehandlingsprinsipper i forvaltningsretten.²³⁵ I sin omtale av innholdet i rettens dypstruktur er Tuori svært tilbakeholden med å utdype hva som ligger i «the normative deep structure» av moderne rett, men sier seg enig i viktigheten Habermas tilskriver menneskerettigheter og «Rechtstaats principles».²³⁶

Tuori gir ikke særlig mange retningslinjer for hvordan man faktisk skal vurdere hvorvidt en henvisning til et prinsipp i argumentasjonen på rettens overflatenivå er en referanse til et prinsipp på rettskulturnivå eller i rettens dypstruktur. Det faller også utenfor denne oppgaven å kunne gi et definitivt svar på hvorvidt henvisningene til «rule of law» i EU-domstolen og EMD sine avgjørelser må forstås som enten en referanse til et element på rettskulturnivået eller et element på rettens dypstruktur. På lik linje ville det krevd en mer dyperegående analyse for å kunne svare på hvorvidt de to domstolenes bruk av «rule of law» bør forstås som henvisninger til ett eller flere prinsipper, og om det faktisk er det eller de samme element(ene) begge domstoler viser til. For denne oppgavens del mener jeg imidlertid at det er forsvarlig å ta utgangspunkt i et syn på at «rule of law» i EU-domstolen og EMD best forstås som en henvisning til et element fra rettens dypstruktur. Dette er for det første et resultat av hvordan jeg leser Tuoris fremstilling av de normative elementene i dypstrukturen, og for det andre et resultat av min lesing av domstolens faktiske argumentasjon.

Når det gjelder Tuoris fremstilling av innholdet i de forskjellige nivåene kan det særlig nevnes at han som sagt plasserer «Rechtstaats principles» på rettens dypstruktur. Henvisningene til «Rechtstaat» gir ikke i seg selv nødvendigvis noe, men senere i sin fremstilling går Tuori imidlertid noe nærmere inn på hva som kan legges i dette uttrykket. Igjen med henvisning til Habermas, slår Tuori fast at disse rettsstatsprinsippene må inkludere «[...] protection against the state provided by basic rights, the separation of powers, as well as the legality of

²³⁵ Tuori (2002) s. 177.

²³⁶ Tuori (2002) s. 190.

administration.»²³⁷ Dette passer godt sammen med konteksten til sakskomplekset i avgjørelsene fra EU-domstolen og EMD, nemlig rettsstatskrisen og reformene av polske domstoler.

Den viktigste årsaken til at jeg mener «rule of law» kan plasseres som dypstrukturelement, finner man imidlertid i måten EU-domstolen og EMD selv omtaler «rule of law». Som nevnt tidligere, viser både EU-domstolen og EMD til «rule of law» som et prinsipp som ikke bare gjennomsyrrer hele EU- og EMK-retten, men også medlemslandenes rett. Da EU-domstolen skulle ta stilling til Polens søksmål i C-157/21 kunne «rule of law» brukes som grunnlag for den aktuelle forordningen ettersom «rule of law» er «[...] a value common to the European Union and the Member States which forms part of the very foundations of the European Union and its legal order [...]»²³⁸ I samme avgjørelse skriver EU-domstolen at «rule of law», sammen med de andre verdiene i TEU art. 2, er med på å «[...] define the very identity of the European Union as a common legal order [...]»²³⁹ Som nevnt tidligere skriver EMD også flere ganger at EMK artikkel 6, og herunder uttrykket «tribunal established by law», må forstås i lys av konvensjonens fortale hvor det slås fast at «rule of law» er en del av «the common heritage of the Contracting States».²⁴⁰ I lys av denne måten å fremstille «rule of law» som forankret i kjernen av det respektive rettssystem, mener jeg at det er mest hensiktsmessig å forstå henvisningene som en referanse til rettens dypstruktur. Hvorvidt man anser «rule of law» som en del av rettskulturen eller rettens dypstruktur er imidlertid ikke avgjørende for denne oppgaven. Det sentrale for drøftelsen er at det med bakgrunn i EU-domstolen og EMD sine avgjørelser er nærliggende å forstå argumentasjonen knyttet til «rule of law» som en referanse til noe som ligger under rettens overflatenivå. Gitt at man legger dette synet til grunn gjenstår det derimot fremdeles å si noe om hva slike henvisninger til prinsipper nærmere innebærer i Tuoris modell.

Tuori skiller mellom to roller prinsipper kan ha i rettslig argumentasjon. For det første har man prinsipper formulert som normer på overflatenivå. Når prinsippene gis en slik diskursiv form, spiller de en komplementær rolle til andre former for rettslige normer på overflatenivået. Det er derimot når prinsipper brukes som en form for kilde til materialet på overflatenivået at de trer frem som elementer fra rettskulturen eller rettens dypstruktur.²⁴¹ Disse forskjellige måtene å forstå prinsipper på er ifølge Tuori godt egnet til å få frem «[...] the recursivity which characterises the functioning of the legal system.»²⁴² Prinsippenes forskjellige rolle får med andre ord frem den gjensidige avhengigheten og påvirkningen som preger interaksjonen mellom

²³⁷ Tuori (2002) s. 236.

²³⁸ Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 146.

²³⁹ Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council avsnitt 145.

²⁴⁰ Se f.eks Advance Pharma sp. z o.o v. Poland avsnitt 331.

²⁴¹ Tuori (2002) s. 214.

²⁴² Tuori (2002) s. 215.

rettens forskjellige nivåer. Henvisningen til prinsipper som kilder representerer nærmere bestemt en aktivisering av konkretiseringsforholdet ved at overflatematerialet som viser til prinsippene bidrar til å «[...] specify the principles' implications and enrich their contents.»²⁴³ En slik forståelse av «rule of law» som en form for kilde passer godt sammen med måten EU-domstolen og EMD fremstiller rettsstatsprinsippet som noe som har fått utslag i konvensjonsbestemmelser som TEU art. 19 og EMK art. 6.

Denne måten å forstå prinsipper på, som en norm eller som en kilde, kan også bidra til å forklare den utviklingen av «rule of law» sin funksjon som ble vist i kapitlene 2.2 og 2.3. I tillegg til å trekkes frem som noe som ligger bak de enkelte artiklene, og som dermed begrunner en spesifikk tolkning, får nemlig «rule of law» etterhvert også preg av å være en selvstendig norm med mer konkrete rettsfølger.²⁴⁴ Tydeligst er dette når EMD for eksempel konkluderer med at det foreligger et brudd på nasjonal lovgivning som følge av «non-compliance with the rule of law».²⁴⁵ EMDs argumentasjon om at et brudd på «rule of law» kan utgjøre et «manifest breach of domestic law» (se kapittel 2.3.4), passer bedre med et syn på «rule of law» som en norm på overflatenivå enn et syn på prinsippet som en kilde til å tolke EMK art. 6. Det samme gjelder til en viss grad når EU-domstolen går langt i å formulere innholdet til «rule of law» i forordningen som lå til grunn for søksmålet i C-157/21 (se kapittel 2.2.1). Det er med andre ord når «rule of law» referes til som det bakenforliggende som har fått uttrykk i for eksempel TEU art. 19 at man har med referanser til «rule of law» som et element fra rettens dypstruktur å gjøre.

Forholdet mellom rettens forskjellige nivåer, denne gangen ved konkretiseringsforholdet, gjør dermed at det ikke blir treffende å snakke om ett prinsipp kalt «rule of law». Denne forskjellen mellom prinsippet som element i dypstrukturen og dets diskursive uttrykk på overflaten følger av den nødvendige filtreringen et overflateuttrykk har vært gjennom. Formuleringer på overflatenivået som tar for seg elementer fra rettens underliggende nivåer vil ikke kunne være identisk til innholdet i det underliggende nivået.²⁴⁶ Likevel vil det kunne fortelle oss noe om elementet fra dypstrukturen. Kritisk rettspositivisme ser dermed ut til å gi en tilnærming til å forstå funksjonen til «rule of law» i begrunnelsene til EU-domstolen og EMD som ivaretar hvordan de to domstolene faktisk argumenterer. Teorien om retten som et lagdelt fenomen, preget av interaksjonene mellom rettens forskjellige nivåer, gir oss også et rammeverk for å behandle legitimitetsdimensjonen av spørsmålet om operasjonaliseringens rekkevidde.

²⁴³ Tuori (2002) s. 215.

²⁴⁴ Se her kapittel 2.3.2 hvor det vises hvordan «rule of law» aktivt brukes for å tolke EMK art. 6 og uttrykket «tribunal established by law».

²⁴⁵ Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland avsnitt 349.

²⁴⁶ Tuori (2002) s. 194.

3.2.5 En skisse til hvordan EU-domstolen og EMD sin operasjonalisering av «rule of law» kan legitimeres

Plasseringen av «rule of law» som et element på rettens dypstruktur gir en mulighet til å imøtegå polske myndigheters kritikk. For å forstå dette må man utdype hvordan operasjonaliseringen, og dets rekkevidde, kan forstås gjennom de forskjellige forholdene mellom rettens tre nivåer. Nøkkelen til å forstå legitimitetsdimensjonen ved rekkeviddespørsmålet er å forstå forholdet mellom operasjonaliseringen som en konkretisering av dypstrukturelementet, og rammen for denne operasjonaliseringen gitt ved konstitusjonsforholdet.

Det jeg har valgt å kalle en operasjonalisering av idealet «rule of law» kan altså like godt forstås som en konkretisering av dypstrukturelementet «rule of law». Med dette mener jeg at «rule of law» sin rolle i tolkningen av henholdsvis TEU art. 19 og EMK art. 6 kan sees på som et utslag av konkretiseringsforholdet mellom rettens overflatenivå og dypstruktur. Jeg forstår som nevnt Polens kritikk som rettet mot at «rule of law» sin operasjonalisering medfører en form for ulovlig utvidelse av henholdsvis EU-retten og EMK. Kritisk rettspositivisme gir en måte å svare på kritikken. Man kan peke på at «rule of law» som dypstrukturelement har ligget der hele tiden. Det konkrete utslaget av prinsippet er gjerne nytt, men tolkningene av artiklene forblir forankret i den allerede gjeldende rett. En egentlig utvidelse av rettssystemenes innhold har ikke funnet sted, men heller en konkretisering av dets innhold. For å kunne gi en rettferdiggjøring av «rule of law» sin operasjonalisering er det imidlertid ikke tilstrekkelig å peke på at en slik operasjonalisering kan sees på som en konkretisering av dypstrukturelementet.

I kapittel 3.2.3 introduserte jeg hvordan elementene på de underliggende nivåene skaper grunnlaget for praksisen på overflatenivået. Dette uttrykkes i Tuoris teori gjennom konstitusjonsforholdet. Om operasjonaliseringen av «rule of law» skal anses for å være en konkretisering av et dypstrukturelement, setter naturligvis dypstrukturelementet grensene for hva som kan konkretiseres. Konstitusjonsforholdet speiles dermed av avgrensingsforholdet («relation of limitation»)²⁴⁷ Dette avgrensingsforholdet er sentralt for hvorfor «kritisk» inngår i uttrykket kritisk rettspositivisme. Ved å studere hvorvidt utviklingen på overflatenivå faktisk er innenfor grensene gitt ved elementene i underliggende nivåer, har man gitt en rettsintern måte å kritisere en gitt rettslig praksis.

Vår mulighet til å legitimere EU-domstolen og EMD sin operasjonalisering av «rule of law» ligger som en fortsettelse av avgrensingsforholdet. Om overflateuttrykket er innenfor grensene

²⁴⁷ Tuori (2002) s. 217.

gitt av konstitusjonsforholdet, har nemlig den gitte konkretiseringen samtidig fått sin rettferdiggjøring. Tuori uttrykker dette legitimeringsforholdet («relation of justification»)²⁴⁸ slik:

«The relation of justification can be conceived of as the obverse side of the relation of limitation. The principles sedimented into the legal culture and the law's deep structure impose limitations on the contents possible for the surface-level normative material. On the other hand, they justify these contents. [...] From the point of view of the relations connecting the law's levels, normative legitimacy is identical to *justifiability*»²⁴⁹

Kritisk rettspositivisme gir oss dermed ikke bare muligheten til å forklare hvordan «rule of law» kan sees på som en del av EU-retten og EMK. Man har også en fremgangsmåte for hvordan man kan legitimere EU-domstolens og EMDs bruk av prinsippet. For så vidt gjelder den endelige legitimeringen til operasjonaliseringen av «rule of law» vil denne måtte avgjøres av hvorvidt, og til hvilken grad, operasjonaliseringen er gjort innenfor rammene av «rule of law» som dypstrukturelement. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig for å anse legitimitetsspørsmålet som utkvittert. For å kunne gi en fullstendig fremstilling av dette spørsmålet måtte man ha gått mer i dybden på konsekvensene av anvendelsen av Tuoris teori. Nærmere bestemt ville det vært nødvendig å se nærmere på spesielt to deler av teoriens anvendelse på operasjonaliseringen av «rule of law».

For det første har jeg valgt å plassere «rule of law» som et element i rettens dypstruktur. Det er ikke sikkert at dette er rett plassering av prinsippet, og det må mer omfattende studier til før man kan si noe mer endelig om på hvilket nivå «rule of law» hører hjemme. For det andre, og tett knyttet til spørsmål om plasseringen av «rule of law», må det mer ytterligere studier til for å kunne vurdere om operasjonaliseringen har funnet sted på en måte som tilstrekkelig ivaretar prinsippets innhold på dypstrukturen. Legitimiteten til operasjonaliseringen ligger nettopp i om utslaget på overflatenivå, står seg i lys av prinsippet forstått som et element fra et underliggende nivå. I denne oppgaven har jeg begrenset meg til å presentere legitimitetsdimensjonen, med en tilhørende fremgangsmåte som gir potensialet til å løse utfordringen knyttet til denne dimensjonen av rekkeviddespørsmålet.

Legitimitetsdimensjonen utgjør imidlertid bare en side av rekkeviddespørsmålet slik jeg introduserte dette i kapittel 3.1. For selv om operasjonaliseringen av «rule of law» kan sees på et spørsmål om denne er legitim i lys av EU-retten og EMK sine egne premisser, er ikke det den eneste utfordringen som har oppstått i kjølvannet av de to domstolenes avgjørelser. Sentralt her

²⁴⁸ Tuori (2002) s. 245.

²⁴⁹ Tuori (2002) s. 245.

står den polske konstitusjonsdomstolen avgjørelser om å kjenne tolkningene til EU-domstolen og EMD for grunnlovsstridige. Dette har jeg valgt å kalle utfordringen ved rettslig pluralisme, og det er denne utfordringen som fører til pluralismedimensjonen ved rekkeviddespørsmålet.

3.3 Operasjonaliseringens rekkevidde sett på som et spørsmål om rettslig pluralisme

3.3.1 Innledende om pluralismedimensjonen

Se for deg at du er en dommer i en polsk anke-domstol. Saken du administrerer er i forrige instans blitt behandlet av en dommer som ble utnevnt etter reformene av det nasjonale domstolsrådet. Ankende part fremsetter en anførsel om at han eller hun har fått sin rett til rettfærdig rettergang krenket som resultat av prosessen knyttet til utnevningen av dommeren i førsteinstans, og som grunnlag viser parten til praksis fra EMD. Du som dommer kjenner selvsagt til avgjørelsene fra polsk konstitusjonsdomstol, hvor tolkningen av EMK art. 6 i *Xero Flor, Dolinska-Ficek* og *Reczkowicz* er blitt kjent grunnlovsstridig. Hva gjør du?

Spørsmålet dommeren må ta stilling til har oppstått som et resultat av at det foreligger en konflikt mellom EMD på den ene siden og polsk konstitusjonsdomstol på den andre siden. Den samme konflikten er samtidig til stede mellom EU-retten, slik den er tolket av EU-domstolen, og polsk grunnlov, slik denne er tolket av den polske konstitusjonsdomstolen. Disse konfliktene synliggjør det som er kjernen i diskusjonene knyttet til rettslig pluralisme: Kan man, og eventuelt hvordan kan man, gå frem for å løse tilsynelatende kollisjoner mellom to rettsordener? Eksempelet med dommeren i en polsk domstol viser også at dette er et praktisk viktig spørsmål å ta stilling til. Helt enkelt kan man si som Neil MacCormick at «[...] for a person confronted by competing judgements of substantially the same question in practically different senses, the issue is which to respect.»²⁵⁰ Dersom man ser på situasjonen fra et ståsted utenfor Polen, for eksempel i et annet EU-land, blir spørsmålet «which to respect» om til et spørsmål om «[...] which ought to prevail?».²⁵¹ Kan man si at den ene domstolens avgjørelser skal gå foran den andres? Hvordan skal man overhodet tilnærme seg et slikt spørsmål? Betyr den polske konstitusjonsdomstolens avgjørelser slutten på rekkevidden til «rule of law» som operasjonalisert argument? Dette har jeg valgt å kalle utfordringen ved rettslig pluralisme.

Pluralismedimensjonen av spørsmålet om operasjonaliseringens rekkevidde skiller seg fra legitimitetsdimensjonen. Utfordringen fra rettslig pluralisme kan forstås uavhengig av spørsmålet om hvorvidt EU-domstolen og EMD har gått utenfor sin kompetanse i hvert sitt system. Dette

²⁵⁰ MacCormick (1999) s. 8.

²⁵¹ MacCormick (1999) s. 8.

betyr at man i motsetning til drøftelsen over ikke lenger kan ha et rettsordeninternt perspektiv på rekkeviddespørsmålet. Det er ikke lenger et spørsmål om hvordan operasjonaliseringen kan legitimeres *qua* EU-rett eller EMK-rett. Nå er spørsmålet hvordan man kan tilnærme seg rekkevidden til «rule of law» som operasjonalisert argument når man møter avgjørelser som sier at en slik operasjonalisering skal anses som ugyldig av andre grunner.

En praktisk viktig konsekvens av dette perspektivet er blant annet at man ikke kan løse den tilsynelatende konflikten mellom EU-domstolen og den polske konstitusjonsdomstolen ved å peke på EU-rettens forrang fremfor nasjonal rett (eng. «primacy of European Union Law»²⁵²). Slike betraktninger er først og fremst rettsinterne i den forstand at det i EU-retten er slått fast at unionens rett går foran nasjonal rett. Annerledes blir det dersom et rettssystem underkjenner et annet på et område hvor begge domstolene etter eget syn har jurisdiksjon. Det er dette som tilsynelatende har funnet sted etter den polske konstitusjonsdomstolens avgjørelser. Av samme grunner kan man i en pluralistisk kontekst ikke bruke EU-domstolen og EMD sine avgjørelser om konstitusjonsdomstolens uavhengighet til å gi de to europeiske domstolenes tolkning fortrinn fremfor det nasjonale.²⁵³

Utfordringen fra rettslig pluralisme tvinger oss til å tenke annerledes med hensyn til hvordan vi tilnærmer oss retten som fenomen. For å kunne ta stilling til denne utfordringen er det nødvendig å ha en bakgrunnsteori om retten, som kan hjelpe oss med å se når det foreligger konflikt mellom rettsordener, og deretter noe om hvordan slike konflikter eventuelt kan løses. En slik teori må for det første svare på hva som skal til for at et fenomen skal anses som en del av retten. For det andre må man ha et begrep om rettsorden, og da særlig hvordan man kan skille en rettsorden fra en annen. For det tredje må man ta stilling hvordan eventuelt forskjellige rettsordener kan sameksistere, herunder hvordan man skal håndtere eventuelle konflikter mellom dem.²⁵⁴

I kapittel 3.2.3 introduserte jeg kritisk rettspositivisme som en teori som gir et svar på det første spørsmålet en slik bakgrunnsteori må besvare. I den videre drøftelsen vil jeg ta med meg denne forståelsen av retten. Kapittel 3.3 vil dermed konsentrere seg rundt de to siste spørsmålsstillingene. I kapittel 3.3.2 ser jeg nærmere på hvordan man gå frem for å slå fast hva som er en rettsorden og hva som skiller en rettsorden fra en annen. I kapittel 3.3.3 introduserer jeg to alternative måter å tilnærme seg en potensiell konflikt mellom rettsordener. Det at jeg tar med meg

²⁵² Se blant annet Case C-6/64 Flaminio Costa v. E.N.E.L hvor EU-domstolen for første gang eksplisitt slår fast EU-rettens fortrinn fremfor nasjonal rett.

²⁵³ Se spesielt EMD sin avgjørelse i Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland, analysert i oppgavens kapittel 2.3.3.

²⁵⁴ Bengoetxea (2014) s. 148.

teoriene til Tuori videre inn i pluralismedimensjonen vil imidlertid få betydning for hvordan man kan møte utfordringen ved rettslig pluralisme. Kombinasjonen av aspekter av de to dimensjonene av rekkeviddespørsmålet gjør at jeg i kapittel 3.3.4 foreslår en tilnærming til løsning på pluralismedimensjonen. Tilnærmingen ivaretar kritisk rettspositivismes syn på retten som et lagdelt fenomen, og gir en mulighet til å tilnærme seg utfordringen ved rettslig pluralisme og samtidig ivareta måten EU-domstolen og EMD faktisk argumenterer. Det som tidligere er sagt om blant annet førstepersonsperspektivet ved lesningen av avgjørelsene gjelder dermed fremdeles (se kapittel 3.2.1).

I tillegg til å ivareta aspekter ved Tuoris teori, vil drøftelsene i stor grad bygge på arbeidet til Neil MacCormick, først og fremst hans tilnærming til rettslig pluralisme i boken «Questioning Sovereignty» fra 1999. Gitt arbeidets alder, kan man stille spørsmål ved om MacCormicks teori på området fremdeles er relevant. Dette gjelder spesielt i lys av den store utviklingen som har vært innen rettspluralismedebatten, og da gjerne særlig med tanke på utviklingen av EU som rettsorden. Når jeg likevel velger å lene meg på hans fremstilling for å presentere utfordringen ved rettspluralisme er dette hovedsakelig av tre grunner. For det første er store deler av hans fremstilling knyttet til mer overordnede spørsmål, da for eksempel hva som utgjør en rettsorden. Denne spørsmålstypen er på ingen måte blitt mindre relevant, snarere tvert imot. For det andre er MacCormicks arbeid på området fremdeles mye sitert og brukt i nyere arbeid om rettspluralisme.²⁵⁵

Den tredje grunnen til å bruke MacCormicks teori er at denne bidrar til å få frem betydningen av diskusjonene om rettslig pluralisme for grensene til operasjonaliseringen av «rule of law». Ved å se på MacCormicks fremstilling av en rettsorden, får man også frem hva som er avgjørende for de forskjellige domstolenes inntrykk av egen autoritet. Konflikten mellom EU-domstolen/EMD og den polske konstitusjonsdomstolen består nettopp i at de innenfor hvert sitt system påberoper seg endelig autoritet, i stor grad ved å vise til seg selv. Det at man ved å identifisere slik selvrefererende argumentasjon fra domstolenes side også kan identifisere forskjellige rettsordener, gir imidlertid ikke svaret på hvorvidt konflikt mellom to rettsordener ikke kan harmoniseres. MacCormicks fremstilling av «radical pluralism» og «pluralism under international law» (se kapittel 3.3.3) som de to alternativene ved konflikt utgjør på sin side et godt utgangspunkt for å drøfte spørsmålet om harmonisering nærmere. I kapittel 3.3.4 vil jeg imidlertid argumentere for at det finnes et tredje alternativ, som bedre ivaretar EU-domstolens og EMDs bruk av «rule of law» i sine begrunnelser. MacCormick sin fremstilling utgjør med andre ord bare et utgangspunkt.

²⁵⁵ Se f.eks Bengoetxea (2014), spesielt s. 145–169.

3.3.2 Betydningen av spørsmålet om hva som utgjør en rettsorden og forholdet mellom forskjellige rettsordener

I det følgende skal jeg presentere et syn på hva som utgjør en rettsorden, med utgangspunkt i MacCormicks institusjonelle teori om retten.²⁵⁶ Det er som nevnt flere grunner til at jeg i drøftelsen tar utgangspunkt i MacCormicks syn på retten. Det må imidlertid igjen understrekes at formålet er å gi en ramme for drøftelsene av den pluralistiske utfordringen man møter når man skal ta stilling til rekkevidden av EU-domstolens og EMDs operasjonalisering av «rule of law» i møte med Polen. Det er dermed ikke hensikten å gi noe utfyllende innføring til MacCormicks institusjonelle rettsteori. Drøftelsene vil dermed i stor grad begrense seg til det MacCormick presenterer med tanke på spørsmålet om hva som skiller en rettsorden fra en annen.

En normativ orden er, etter MacCormick syn, en type idealorden.²⁵⁷ Med dette menes det at vi som mennesker har en klar tanke om at hva som *er* klart skiller seg konseptuelt fra hvordan ting *bør* være. Det at det er en idealorden betyr imidlertid ikke at den fremstiller en form for utopi. For å være en reell normativ orden må den være konstituert av menneskers vilje til å etterleve normene i systemet. Normene i systemet tar nemlig sikte på å være handlingsdirigerende i form av å stille opp forbud («negative duties, prohibition») og påbud («positive duties, obligations»).²⁵⁸ Det som hittil er sagt er altså kjennetegn for alle normative ordener, og ikke kun retten som normativ orden.

Juss er tolkning og anvendelse av normer. Dette fører ifølge MacCormick nødvendigvis til et innslag av menneskelige vurderinger.²⁵⁹ Sånn må det være i lys av normers innretning som henholdsvis påbud og forbud. Når man står overfor en norm må man bedømme ens egen eller andres fortidige, nåværende eller fremtidige handlinger i lys av en oppstilt norm som sier hva som burde blitt gjort i det aktuelle tilfellet. Det er med andre ord snakk om å felle en dom over en handling. En institusjonalisering av noen former for normative ordener kan finne sted når denne typen for vurderinger av handlingers overensstemmelse med normer øker i antall. MacCormick sitt eksempel på hvordan slik institusjonalisering finner sted er at man overlater til en tredjemann å bedømme en norms anvendelse i et tilfelle hvor to andre er involvert.²⁶⁰ Etter hvert som vurderingene delegeres på stadig flere områder, vil det gjerne bli til at noen får rolle som faste dommere i systemet. Deretter kan det utvikles nye normer om avgjørelsers

²⁵⁶ MacCormick sin institusjonelle rettsteori er omfattende behandlet i andre av MacCormick sine arbeider, men i lys av formålet med drøftelsen i denne oppgaven vil MacCormick sitt arbeid i «Questioning Sovereignty» (1999) utgjøre utgangspunktet for fremstillingen.

²⁵⁷ MacCormick (1999) s. 3.

²⁵⁸ MacCormick (1999) s. 4.

²⁵⁹ MacCormick (1999) s. 4.

²⁶⁰ MacCormick (1999) s. 7.

endelige virkning, eventuelt med innslag av ankemuligheter. En slik organisering av en normativ orden er heller ikke begrenset til å gjelde i retten, og «[...] occurs in a wide variety of settings, through churches, sporting organizations, commercial guilds, and leagues, international organizations, and agencies [...]».²⁶¹

Det er institusjonaliseringen av normanvendelsen som gir den normative ordenen karakter av å være et system. Et system oppstår når vurderingene er koordinert under felles normer om blant annet hva som utgjør endelige avgjørelser og lignende. Denne formen for system vil etter MacCormick syn ha «a self-referential quality».²⁶² Normene som aktørene, da først og fremst dommerne, bruker for å angi hva som utgjør endelige avgjørelser vil nemlig selv være normer i systemet. I tillegg vil en eventuelt bindende vurdering av om man anser en slik norm om endelig virkning som en del av systemet, igjen være avhengig av en forutsatt norm om at den aktuelle normanvenderen har kompetanse til å avgjøre spørsmålet. Systemets selvrefererende karakter har som konsekvens at det finnes en måte å definitivt avgjøre et spørsmål innenfor et system, nemlig ved å se hen til de dommere som i systemet er gitt kompetanse til å fatte endelige avgjørelser.²⁶³ Systemets forfatning («constitution») anser MacCormick dermed for å være summen av de normer som til sammen etablerer visse institusjoner og gir de kompetanse til å artikulere, anvende og implementere de normer som oppstår som følge av slik kompetanse.²⁶⁴

Et kjennetegn ved en institusjonell rettsorden er altså at en avgjørelse fattet med rett kompetanse er endelig innenfor den gitte rettsordenen. Det kan imidlertid også foreligge det MacCormick kaller for «cross-recognition» mellom forskjellige rettsordener, og MacCormick trekker her frem forholdet mellom EU og unionens medlemsland som et eksempel.²⁶⁵ Når det på denne måten foreligger mulighet for «[...] a plurality of judgements each conclusive within a particular order [...]»,²⁶⁶ kan det bli et spørsmål om hvilken avgjørelse som skal få forrang. Dersom en aktør fullt og helt tilhører et system, vil svaret på den pluralistiske utfordringen være gitt allerede ved systemets selvrefererende karakter. En gjensidig anerkjennelse, slik som mellom EU-retten og polsk nasjonalrett, åpner imidlertid for dilemmaet for den polske dommeren som ble presentert i forrige kapittel. Som dommer i begge system blir vedkommende nødt til å ta stilling til eventuelle motstridende avgjørelser av den typen som er utgangspunktet for

²⁶¹ MacCormick (1999) s. 7.

²⁶² MacCormick (1999) s. 7. MacCormick henter inspirasjon til sin fremstilling av et system som selvrefererende fra Teubner og Luhmann sitt arbeid i henholdsvis «Law as an Autopoietic System» (1993) og «Law as a Social System» (1989).

²⁶³ MacCormick (1999) s. 8.

²⁶⁴ MacCormick (1999) s. 102.

²⁶⁵ MacCormick (1999) s. 8.

²⁶⁶ MacCormick (1999) s. 8.

drøftelsene i dette kapittelet. Den rettspluralistiske utfordringen oppstår dermed som følge av «[...] interlocking of legal systems, with mutual recognition of each other's validity, but with different grounds for that recognition [...]»²⁶⁷

Det er imidlertid verdt å kort se nærmere på hva gjensidig anerkjennelse innebærer, for tilfellet mellom Polen og EU/EMK. Kan man se på det ene systemet som avledet fra det andre? Eller er de respektive rettsordenene undersystem av en annen rettsorden? Ved å besvare slike spørsmål kommer man, både som polsk dommer og utenforstående, et steg nærmere å kunne ta stilling til den pluralistiske utfordringen. Først skal jeg kort ta for meg det første av disse spørsmålene. På den måten er det mulig å etablere at EU-retten og EMK-retten hver for seg utgjør separate, ikke avledede, systemer fra polsk rett.

Konstitusjonell pluralisme eksisterer når det er flere ordener, hver med sine forfatninger, hvor de forskjellige ordenene anerkjenner de andre, men hvor ingen av ordenene påberoper seg konstitusjonell overhøyhet overfor de andre.²⁶⁸ Det finnes imidlertid tilfeller hvor man klart kan si at en normativ ordens forfatning er avledet fra en annen, da under forutsetning av at man opererer med samme begrep om et systems forfatning som presentert ovenfor.²⁶⁹ Man kan for eksempel si at foreninger, organisasjoner og universiteter kan ha egne forfatninger i MacCormicks forstand, men at etableringen av disse og rekkevidden av deres kompetanse, er avledet fra en stats forfatning. Det synes klart at henholdsvis EMK, EU og Polen på dette punktet representerer selvstendige ordener i den forstand at ingen av dem anser sin egen karakter som rettsorden å være avledet fra en annen. For EMKs del er dette klart i lys av at EMDs avgjørelser ikke har direkte virkning i nasjonal rett, men heller utgjør en forpliktelse for den aktuelle staten.²⁷⁰ Her kan man med andre ord si at vilkårene for konstitusjonell pluralisme er oppfylt.

På dette punktet kommer forskjellene mellom EU og EMK som rettsordener tydelig til syne. EU-domstolen har helt siden 1960-tallet omtalt EU-retten som en rettsorden *sui generis*,²⁷¹ og uttalt at EU-retten på en rekke områder skal ha forrang («primacy») fremfor medlemsstatens nasjonale rett.²⁷² EU-domstolen har dermed i sin praksis gått eksplisitt vekk fra å behandle de forskjellige traktatene som instrumenter underlagt internasjonal rett, noe som ville vært det mest

²⁶⁷ MacCormick (1999) s. 102.

²⁶⁸ MacCormick (1999) s. 104.

²⁶⁹ MacCormick (1999) s. 104.

²⁷⁰ I praksis vil betydningen av dette for nasjonal rett blant annet avhenge av om den aktuelle stat operer med et dualistisk eller monistisk forhold til sine internasjonale forpliktelser, se Chiam (2018).

²⁷¹ For en av de første omtalene av EUs rettsorden som «a new legal order», se Case C-26/62 Van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration avsnitt 10.

²⁷² Se bla. Case C-6/64 Flaminio Costa v. E.N.E.L.

nærliggende alternativet.²⁷³ EMD har på sin side behandlet EMK mer som en ordinær internasjonal konvensjon. Statenes forpliktelse til å etterleve EMD sine avgjørelser er et resultat av statens internasjonale forpliktelser som sådan. De grunnleggende problemstillingene knyttet til situasjonen som oppstod i lys av den polske konstitusjonsdomstolens avgjørelser, er imidlertid de samme for begge rettssystemer. Uavhengig av EU-domstolens syn på egen autoritet har den polske konstitusjonsdomstolen et annet syn på hvem det er som har det siste ordet innenfor den polske rettsorden. Det avgjørende for drøftelsen i det videre er dermed at denne forskjellen mellom EU-domstolens og EMDs syn på egen autoritet, ikke er speilet i nasjonalstatenes syn på sitt forhold til henholdsvis EU-domstolen og EMD. Den polske konstitusjonsdomstolen anser seg som den øverste domstol innenfor den polske konstitusjonelle rettsorden, og mener seg dermed kompetent til å ha siste ord i hva som gjelder innenfor denne rettsorden. EU-domstolens krav på overhøyhet blir dermed møtt med samme krav fra den polske konstitusjonsdomstolen. Spørsmålet er dermed fremdeles «[...] how to settle boundaries between interacting systems on the assumption of non-hierarchical ranking between them.»²⁷⁴ Det er hvordan man kan tilnærme seg dette spørsmålet som er temaet for neste kapittel.

3.3.3 Kort om noen alternativer for å håndtere konflikt mellom rettsordener

Synet på retten som institusjonalisert normtolkning og -anvendelse er altså sentralt for MacCormicks fremstilling av hva som utgjør en rettsorden. Et selvstendig rettssystem oppstår etter hvert som systemet får en selvrefererende karakter. Som følge av at domstolene i et system referer til systeminterne normer for å understøtte egen legitimitet, kan man dermed tale om separate rettssystemer. Når det i tillegg foreligger gjensidig anerkjennelse mellom rettssystemene, ender man opp i en situasjon hvor begge rettsordener godtar det andres systems normer som gyldige. På bakgrunn av systemenes selvrefererende karakter vil imidlertid bakgrunnen for slik gjensidig anerkjennelse være systemintern. Med andre ord: begge systemer forbeholder seg den endelige kompetansen til å avgjøre hva som skal regnes som gjeldende normer i systemet. Dette er bakgrunnen for konflikten mellom Polen på den ene siden, og EU-domstolen og EMD på den andre siden. Drøftelsen videre bygger dermed på en forutsetning om at ingen av systemene kan anses som avledet fra et av de andre. Dermed står man igjen med to alternativer som etter MacCormicks syn er de eneste som er «reasonably arguable».²⁷⁵ Enten er de forskjellige rettsordenene helt uavhengig av hverandre, eller så er den polske rettsorden, EU og EMK, alle undersystemer av en annen rettsorden.

²⁷³ MacCormick (1999) s. 105.

²⁷⁴ MacCormick (1999) s. 113.

²⁷⁵ MacCormick (1999) s. 117.

For å starte med det sistnevnte alternativet først: Istedenfor å anse det ene systemet som et undersystem av det andre, er det mulig å plassere de forskjellige rettssystemene som adskilte systemer, men da underlagt et overordnet system. Dette alternativet kaller MacCormick for rettspluralisme underlagt internasjonal rett («pluralism under international law»)²⁷⁶ Med sikte på situasjonen i EU skriver MacCormick at dette alternativet tilsier at det er mulig å bruke den internasjonale rettsorden som «[...] a common ground of validity both of member-state systems and of Community law, neither being therefore a sub-system of the other, but both cohering within a common legal universe governed by the norms of international law.»²⁷⁷ Dette synet åpner opp for et pluralistisk forhold mellom de forskjellige undersystemene, i den forstand at ingen av systemenes forfatning utleder sin gyldighet fra det andre. Samtidig kan potensielle konflikter mellom undersystemene håndteres rettslig ved at de plasseres innenfor et monistisk syn på retten som helhet. Det andre alternativet kaller MacCormick for radikal rettspluralisme («radical pluralism»)²⁷⁸ Forskjellen mellom dette alternativet og rettspluralisme underlagt internasjonal rett, er at sistnevnte setter forpliktelsene etter internasjonal lov som en del av gyldighetsgrunnlaget for forfatningene til både EU, EMK og nasjonale rettsordener. Dersom man derimot inntar en posisjon om at det er radikal rettspluralisme som råder, vil bare internasjonal rett representere enda et rettssystem, som ikke kan bidra til å løse eventuelle konflikter mellom de andre rettssystemene.²⁷⁹

Det må understrekes at begge alternativene medfører at man må se på forholdet mellom EU, EMK og Polen som pluralistisk. Nærmere bestemt innebærer dette at den polske konstitusjonsdomstolen vil, på bakgrunn av egen forfatning, ha rett til å nekte enhver innskrenkende tolkning av egen kompetanse som følge av avgjørelser i EU-domstolen og EMD. På lik linje vil de to europeiske domstolene stå fri til å se bort ifra avgjørelser fra den polske konstitusjonsdomstolen som innskrenker deres kompetanse til å tolke egne traktater. Hvordan skiller så henholdsvis radikal rettspluralisme og rettspluralisme underlagt internasjonal rett seg fra hverandre, for så vidt gjelder spørsmålet om hvordan man skal håndtere situasjonen hvor de forskjellige domstolene nettopp har avsagt slike avgjørelser?

Dersom man anlegger synspunktet til radikal rettspluralisme, finnes det ingen rettslig løsning på en slik konflikt. Et slikt ståsted innebærer at man aksepterer at «[...] not every legal problem can be solved legally.»²⁸⁰ Som MacCormick peker på, så ligger ikke utfordringen ved rettslig

²⁷⁶ MacCormick (1999) s. 117.

²⁷⁷ MacCormick (1999) s. 116–17. MacCormick er på dette punktet inspirert av Hans Kelsens teorier om rettsmonisme.

²⁷⁸ MacCormick (1999) s. 118.

²⁷⁹ MacCormick (1999) s. 118.

²⁸⁰ MacCormick (1999) s. 119.

pluralisme på dette punktet i at det ikke foreligger noen rettslig svar på spørsmålet, men heller i det faktum at det foreligger for mange rettslige svar.²⁸¹ Å håndtere eller unngå slike konflikter kan dermed ikke ligge til retten, og man må heller se hen til for eksempel politikk. Om man heller tar utgangspunkt i rettspluralisme underlagt internasjonal rett, blir man derimot ikke like raskt nødt til å gi opp retten som grunnlag for å løse slike konflikter mellom rettsordener. Heller enn å kolliderer i et rettstomt rom, vil internasjonal rett da kunne utgjøre et grunnlag for å håndtere konflikten. Med sikte på en potensiell konflikt mellom EU og en medlemsstat skriver MacCormick at internasjonal rett til og med kan bli:

«[...] decisively relevant, given the origin of the Community in Treaties and the continuing normative significance of *pacta sunt servanda*, to say nothing to the fact that in respect of their Community membership and otherwise the states owe each other obligations under international law.»²⁸²

For enkelhetens skyld kan man fremstille det som et valg mellom to alternative syn på om konflikten overhodet er rettslig, og i hvert fall to alternativer med tanke på om retten er en del av løsningen.

Ved å velge mellom pluralisme underlagt internasjonal rett på den ene siden, og radikal pluralisme på den andre siden, kan man falle ned på at retten enten har eller ikke har en rolle i løsningen av konflikten. I det videre skal jeg imidlertid legge litt til side spørsmålet om hvordan man kan løse en konflikt mellom rettssystemene forstått som et spørsmål om domstolenes systeminterne autoritet til å avsi avgjørelser med endelig virkning. For er det slik at man faktisk bare står overfor et valg om uløselig konflikt eller mediering gjennom en tredje rettsorden? Er det mulig å legge til grunn en radikal pluralistisk forståelse i den forstand at det eksisterer en uløselig konflikt, som følge av systemenes uavhengige karakter og domstolenes systeminterne kompetanse, men at man med det ikke har kommet til veis ende for så vidt gjelder forståelsen av rettens rolle i konflikten? Det finnes etter mitt syn et slikt alternativ.

3.3.4 Et rettslig hav og dets isfjell

«Rule of law», og da spesielt prinsippets avgjørende funksjon i argumentasjonen til EU-domstolen og EMD, står i kjernen av konflikten mellom polsk konstitusjonsdomstol og de to europeiske domstolene. Hvilken forståelse man har av hva denne formen for argumentasjon innebærer, påvirker dermed ens mulighet til å gå løs på utfordringen ved rettslig pluralisme. I kapittel 3.2.2 har jeg presentert noen forskjellige måter å tilnærme seg spørsmålet om prinsippers ontologi, og landet på at forståelsen kritisk rettspositivisme er den som best ivaretar analysen

²⁸¹ MacCormick (1999) s. 119.

²⁸² MacCormick (1999) s. 120.

av domstolens argumentasjon (se kapittel 3.2.4). Konsekvensene av å anse «rule of law» som et element fra rettens dypstruktur er at man ikke lenger har å gjøre med noe som fullt ut kan forstås med bakgrunn i dets fremtreden på rettens overflatenivå. Som følge av blant annet konkretiseringsforholdet vil man med andre ord ikke kunne se til de enkelte avgjørelser for med det å avdekke «rule of law» sitt innhold som dypstrukturelement. I tillegg kommer det at man i kritisk rettspositivisme anser de dypereliggende nivåene av retten som felles for en rekke retts-systemer. I dette kapittelet ser jeg nærmere på følgene av denne forståelsen av «rule of law» sin operasjonalisering i møte med utfordringen ved rettslig pluralisme.

For å fremstille hvordan man kan bruke kritisk rettspositivisme til å også tilnærme seg utfordringen ved rettslig pluralisme, låner jeg metaforen om «det rettslige hav» fra Jørn Øyrehagen Sunde. Med referanse til Tuori og hans kritiske rettspositivisme, fremstiller Sunde retten som et lagdelt fenomen ved å bruke et språklig bilde av retten som et hav med forskjellige nivåer. Ved å gjøre dette får man en måte å tilnærme seg spørsmålet om hvordan «[...] den materielle retten vert danna, arbeidde med, kommunisert og forstått innan rettskulturelle rammer.»²⁸³ Bildet av det rettslige hav er nyttig for denne avhandlingens vedkommende fordi den gir et godt utgangspunkt for å tilnærme seg utfordringen fra rettslig pluralisme. Metaforen blir imidlertid bare et utgangspunkt. Jeg mener ikke å tilskrive Sunde de analyser jeg kommer med. Samtidig vil bruk av ethvert språklig bilde nødvendigvis representere en forenkling fremstilling av tema.

Mens det rettslige hav i første omgang får frem et bilde av retten som et lagdelt fenomen, gjenstår det å si noe om metaforen holder vann når man introduserer spørsmål knyttet til rettslig pluralisme. Sunde bruker bildet til å få frem hvordan man kan tilnærme seg rettens overflate som bestående av «[...] rettslege normer som ein siglar på i kvardagen [...]»,²⁸⁴ mens man da må fiske etter for eksempel elementer på rettskulturnivået. Dette passer bra når man har foran seg ett rettssystem eller man drøfter et konsept om retten som sådan, men hva gjør man dersom man skal anvende modellen for å få frem sammenhengen mellom flere rettssystem samtidig? Her blir etter mitt syn det rettslige havet bare desto mer treffende som et språklig bilde. For at det skal være tilfellet trenger man imidlertid noen isfjell.

Se for deg et hav med flere isfjell. Hvert isfjell representerer forskjellige rettsordener. De synlige delene av isfjellene, det som er over havoverflaten, vil da tilsvare rettens overflatenivå. Dette er med andre ord det rettsmaterialet som man i hver rettsorden til enhver tid kan finne formulert i lover, rettspraksis og rettsvitenskapelig litteratur. Under havoverflaten finner man

²⁸³ Sunde (2005) s. 27.

²⁸⁴ Sunde (2005) s. 31.

imidlertid resten, og kanskje det meste, av isfjellene. Disse delene av isfjellene representerer rettskulturnivået og dypstrukturen til hvert enkelt rettssystem. La oss nå si at du befinner deg på land og ser ut på dette havet. Eller kanskje du står på toppen av ett isfjell og ser utover mot de andre. Fra dette ståstedet vil alt man ser være de delene av isfjellene som er synlige over havoverflaten. Man vil med andre ord ikke være i stand til å se noe forbindelse mellom et isfjell og et annet. Dersom man tar utgangspunkt i at overflatemateriale som for eksempel domstolsavgjørelser befinner seg over overflaten, vil det dermed ikke være noe som direkte forbinder slike avgjørelser i et system med avgjørelsene i et annet system. Med et slikt syn vil det være mindre treffende å si at det foreligger en direkte konflikt eller kollisjon mellom avgjørelsene fra EU-domstolen/EMD og den polske konstitusjonsdomstolen. Om man legger til grunn at alle de tre domstolene representerer forskjellige rettssystemer, og dermed forskjellige isfjell, vil det være mer nærliggende å si at det ikke er noe kontakt mellom de forskjellige domstolene overhodet. En slik mangel på felles tilknytning vil med andre ord bringe oss nærmere situasjonen under radikal rettspluralisme. Det finnes ingen overordnede rettsordener eller rettsnormer som kan direkte avgjøre hvilken av avgjørelsene som skal gå foran den andre.

Situasjonen blir derimot annerledes dersom man ser argumentasjonen til de to europeiske domstolene som et forsøk på å hente opp, og dra nytte av, «rule of law» fra havdypet. Dette blir tydelig om man strekker metaforen om det rettslige hav litt lengre. For om man ser under havoverflaten, vil strømninger både på mellomnivå og langs havbunnen sørge for kontinuerlig kontakt mellom de forskjellige isfjellene. «Rule of law», i kraft av å være et element fra rettens dypstruktur, vil inngå i disse strømningene og vil dermed være noe som de forskjellige rettsordenene alle har til felles. Når «rule of law» derimot trekkes opp og gis spesifikke uttrykk på overflaten, vil disse uttrykkene nødvendigvis være forbeholdt den enkelte rettsordenen. Konsekvensene av å anse retten som et lagdelt fenomen, hvor de underliggende nivåene er felles for flere rettssystem, må likevel være at disse uttrykkene på overflaten ikke kan gi oss hele bildet. Selv om toppen av isfjellet er særegent, står de alle i samme hav.

Jeg skal ikke trekke metaforen om det rettslige hav og dets isfjell noe lenger, men jeg mener at bildet er treffende for å få frem det som er det vesentligste for denne analysens del: Kritisk rettspositivisme sin tilnærming til prinsipper som institusjonelle fakta, sammen med synet på retten som et lagdelt fenomen, gir anledning til å møte utfordringen ved rettspluralisme. Selv om man med en slik fremstilling som den over ikke kan si at man har en rettslig løsning på konflikter av den typen man står ovenfor med Polen, vil retten likevel kunne være en del av løsningen. Dette er ikke motstridende, men et resultat av hvordan retten som et lagdelt fenomen og forholdene mellom de forskjellige nivåene, får utslag når man anvender teorien på flere rettssystemer samtidig. Betydningen «rule of law» får som et argument og et prinsipp på overflatenivået vil dermed i all hovedsak måtte vurderes innen hvert system. Man sitter derimot ikke

uten redskap for å vurdere hvorvidt og hvordan et slikt utslag på overflaten eventuell står seg sammenlignet med «rule of law» som et element fra rettens dypstruktur (se kapittel 3.2.5)

Fremstillingen av det rettslige hav som en form for synergi mellom legitimitetsdimensjonen og pluralismedimensjonen bidrar også til å synliggjøre noen mer overordnede sider ved spørsmålet om rekkevidden til operasjonaliseringen av «rule of law». En av de viktigste konsekvensene av å se på retten som et lagdelt fenomen, er at man åpner for et bredere perspektiv på enhver rettslig utvikling av denne typen. Det er ikke tilstrekkelig å se på det rettslige overflatematerialet som lover, domstolsavgjørelser og formuleringer om «gjeldende rett» i rettsvitenskapen. Selv om disse diskursive uttrykkene for retten er sentrale for vårt konsept om retten, uttømmer de ikke den moderne rettens innhold. Behovet for å også inkludere elementene fra rettskulturen og rettens dypstruktur i analysen blir desto tydeligere når man står ovenfor hittil uprøvde tilfeller eller spesielt vanskelige saker. I såkalte «hard cases» kan rettsanvenderen ikke lenger belage seg utelukkende på de formulerte normuttrykkene på overflaten og «[...] the judge must ‘open’ the legal order towards its sub-surface layers and convert part of her practical knowledge about them into a discursive state [...]»²⁸⁵ Da EU-domstolen og EMD måtte ta stilling til hvordan de skulle møte utviklingen i Polen, stod de etter mitt syn ovenfor en form for «hard case». Som illustrert i kapittel 3.2.4 innebærer imidlertid en slik vending mot rettens underliggende nivåer to ting. For det første blir det uttrykket «rule of law» får på rettens overflatenivå i avgjørelsene til EU-domstolen og EMD ikke identisk med «rule of law» som element fra rettens dypstruktur. For det andre innebærer likevel henvisningen til, og operasjonaliseringen av, dette elementet i dypstrukturen at man trekker veksel på noe som er felles for rettsordenene. Det er spesielt følgende av denne siste observasjonen som får betydning for hvordan man kan tilnærme seg den såkalte rettsstatskrisen i Europa.

Selv om de diskursive uttrykkene «rule of law» får på overflaten ikke er likt dypstrukturelement, kan domstolenes virksomhet fremdeles inngå i en kommunikasjon med hverandre dersom de forsøker å gi et *legitimt* uttrykk for dypstrukturelementet. Denne forbindelsen mellom overflatenivået og de underliggende nivåene er selve grunnlaget for det kritiske i kritisk rettspositivisme. Gjennom de underliggende nivåenes positivitet åpnes det for iboende kritikk av retten på overflatenivået.²⁸⁶ Man kan med andre ord kritisere EU-domstolens og EMDs bruk av «rule of law» og det diskursive uttrykket dette får i avgjørelsene som har vært gjenstand for analyse i denne oppgaven. Ståstedet for slik rettsintern kritikk blir i dette tilfellet synet på «rule of law» som element i rettens dypstruktur, et ståsted som potensielt er åpent for alle aktører både i og utenfor det enkelte rettssystem. Dette blir imidlertid noe annet enn å si at man har rettslige

²⁸⁵ Tuori (2002) s. 195.

²⁸⁶ Tuori (2002) s. 29.

redskap til å løse konkrete konflikter mellom rettsordener. Når man står på toppen av hvert sitt isfjell kan man ikke gjøre annet enn å rope til hverandre.

4 Noen avsluttende refleksjoner: muligheter og grenser for retten som virkemiddel i møte med rettsstatskrisen i Europa

Denne oppgaven har tatt sikte på å avklare hvordan «rule of law» er blitt operasjonalisert i EU-domstolen og EMD sin argumentasjon i møte med Polen etter 2019, og hva rekkevidden av denne operasjonaliseringen er. For å besvare denne overordnede problemstillingen har drøftelsene vært delt mellom henholdsvis operasjonaliseringssiden og rekkeviddesiden av spørsmålet. Basert på drøftelsene av underproblemstillingene i kapittel 2 og kapittel 3 er det nå mulig å returnere til og besvare oppgavens overordnede problemstilling.

For det første kan man besvare operasjonaliseringsdelen av spørsmålet ved å studere hvilken funksjon «rule of law» har hatt i argumentasjonen til EU-domstolen og EMD i møte med rettsstatskrisen. Man ser da at «rule of law» har utviklet seg til å i stadig større grad bli benyttet som et rettslig argument. Operasjonaliseringen av «rule of law» gjenspeiles dermed i argumentets sentrale betydning for utviklingen av de ny rettslige verktøy som er tatt i bruk i møte med justisreformene i Polen. For å verne om rettsstatsidealet har de to domstolene med andre ord trukket «rule of law» ned fra fortalenivå og gitt uttrykket en sentral og identifiserbar rolle i sin argumentasjon. Selv om det fremdeles er vanskelig å angi hvilket innhold man konkret kan tillegge uttrykket «rule of law», er uttrykkets funksjon blitt en annen enn hva som var tilfellet før sakene mot Polen. Operasjonaliseringen av «rule of law» har en klar sammenheng med hvorfor EU-domstolen og EMD nå sitter med nye rettslige verktøy.

For det andre må man, for å få grep om operasjonaliseringens rekkevidde, se hen til det faktum at den har funnet sted i en transnasjonal kontekst. Spesielt kritikken fra polske myndigheter og avgjørelsene fra den polske konstitusjonsdomstolen gjør at det blir naturlig å stille spørsmål ved rekkevidden til operasjonaliseringen av «rule of law». I vurderingen av operasjonaliseringens rekkevidde må man vurdere om domstolenes tolkninger kan forsvares innenfor rammene av de respektive systemene. I tillegg må man vurdere hvorvidt EU-domstolen og EMD har endelig autoritet i møte med det polske rettssystemet og særlig den polske konstitusjonsdomstolen. Disse to sidene ved rekkeviddespørsmålet har jeg i denne oppgaven omtalt som henholdsvis legitimitetsdimensjonen og pluralismedimensjonen.

I analysen av disse dimensjonene utgjør kritisk rettspositivisme etter mitt syn en særlig egnet tilnærming. For det første gir teorien et rammeverk for å imøtekomme kritikken fra polske myndigheter når man forstår «rule of law» som et element fra rettens dypstruktur. Istedenfor å representere en nyvinning eller utvidelse av henholdsvis EU-retten eller EMK vil «rule of law»

sin operasjonalisering kunne forklares som en konkretisering av noe som allerede har vært en del av retten. Operasjonaliseringen av «rule of law» innebærer at dette dypstrukturelementet er blitt løftet opp og gitt flere diskursive uttrykk gjennom rettsutviklingen på rettens overflatenivå. For det andre gir synet på rettskulturen og rettens dypstruktur som felles for flere rettsordener også en tilnærming til utfordringen ved rettslig pluralisme. Konflikten som oppstår som følge av enkeltavgjørelser på overflatenivået kan ikke nødvendigvis underlegges en rettslig løsning. Konsekvensen er heller at man må se annerledes på interaksjonen mellom de respektive domstolene og deres individuelle påberopelse av endelig autoritet. Spørsmålet om rekkevidden til de enkelte domstolenes tolkninger av dypstrukturelementer blir om til et spørsmål om hvordan disse tolkningene lar seg rettferdiggjøre i lys av elementene fra rettens dypstruktur.²⁸⁷ Svaret på dette spørsmålet kan man ikke finne i domstolenes selvrefererende forhold til egen autoritet. En nærmere studiet av argumentasjonens grunnlag i underliggende nivåer vil derimot gi en ramme for å forstå, legitimere eller kritisere det uttrykket dypstrukturelementet har fått innenfor det enkelte rettssystemet.

Innledningsvis i denne oppgaven skrev jeg at et overordnet formål var å utforske en side av spørsmålet knyttet til hvilke muligheter man har til å bruke retten som virkemiddel i møte med rettsstatskrisen i Europa. I lys av drøftelsene ovenfor er det etter mitt syn noen innsikter man må ta med seg for så vidt gjelder «rule of law» sin rolle som et slikt virkemiddel. For det første er det klart at «rule of law» faktisk har fått en viktig funksjon i argumentasjonen til EU-domstolen og EMD i deres møte med rettsstatskrisen i Polen. For det andre fører denne sentrale rollen til «rule of law» at man må undersøke nærmere hva denne formen for argumentasjon innebærer. Blant annet må man ta stilling til hvordan argumentasjonsformen kan avstemmes med en bakkenforliggende teori om retten som sådan. For det tredje vil det være avgjørende for ens tiltro til retten som virkemiddel at man har en teori om rettens legitimitet som gir et rammeverk i møte med slike grunnleggende diskusjoner om retten. For det fjerde må man ta stilling til hvordan man kan møte utfordringen ved rettslige pluralisme. Med tanke på EU-domstolen og EMD sin evne til å møte rettsstatskrisen er spørsmålene knyttet til rettslig pluralisme blitt spesielt tydelig i de avgjørelsene hvor «rule of law» har spilt en sentral rolle.

Det er ingen tvil om at EU-domstolen og EMD sin bruk av «rule of law» fortjener mer oppmerksomhet. Videre studier vil kunne gi en bedre forståelse av den argumentasjonen som stod sentral for den rettsutviklingen som på kort tid ga de to domstolene nye rettslige verktøy. I tillegg er det nødvendig å integrere flere av de mer dyperegående perspektivene knyttet til hva det vil si å beskytte rettsstatsidealet i møte med nye trusler. Denne oppgaven har derfor forsøkt å legge noen forutsetninger for diskusjonene om mulighetene til å bruke retten som virkemiddel

²⁸⁷ Tuori (2002) s. 245.

i møte med rettsstatskrisen i Europa. Forhåpentligvis kan oppgaven bidra til å vinkle kommende studier mot spørsmålene som oppstår som følge av utviklingen av «rule of law» som har funnet sted, da først og fremst spørsmål knyttet til argumentasjonsformens legitimitet og utfordringen ved rettslig pluralisme. Disse studiene må gjennomføres på en måte som ivaretar den praktiske innvirkningen bruken av «rule of law» har hatt, og kommer til å ha, i rettslig argumentasjon. Denne oppgaven kan ikke utgjøre annet enn et utgangspunkt for fremtidige studier knyttet til forståelsen av «rule of law» i rettslig argumentasjon. Slike studier burde konsentrere seg om hvordan man bør tilnærme seg spørsmålet om slik argumentasjon sin legitimitet i moderne rett på en måte som tar innover seg konsekvensene av retten som et lagdelt fenomen.

Det at rettsstatsidealet er blitt operasjonalisert og i større grad omgjort til et rettslig argument nødvendiggjør etter mitt syn dessuten et skifte i hvordan man behandler uttrykk som «rule of law» i en rettslig kontekst. Ved å rette søkelys på hvordan rettslig praksis former og formes av elementer som er forankret i underliggende nivåer av retten, kan man ha en annen form for rettslig diskusjon om hvordan å ivareta rettsstatsidealet i møte med rettsstatskrisen i Europa. Man bør dermed unngå å ha et for løssluppet forhold til bruken av uttrykk som «rule of law» i en rettslig kontekst. Dette krever en større bevissthet rundt bruken av rettsstatsprinsipper i rettslig argumentasjon. Herunder kreves det en erkjennelse av at henvisninger til et slikt prinsipp må kunne legitimeres. En slik dreining vekk fra rettsstat som et festtaleelement til en forståelse av rettsstatsprinsipper potensiale i rettslig argumentasjon er først og fremst et oppdrag for rettsvitenskapen. Forhåpentligvis kan denne oppgaven utgjøre et steg i en slik retning.

Kildeliste

Litteratur

- Augdahl (1973) Augdahl, Per. *Rettskilder*. 3. utg., Oslo: H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), 1973.
- Bengoetxea (1993) Bengoetxea, Joxerramon. *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a european jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Bengoetxea (2014) Bengoetxea, Joxerramon. «Rethinking EU law in light of pluralism and practical reason.» I *Transnational law: rethinking European law and legal thinking*. Miguel Poiares Maduro, Kaarlo Tuori og Suvi Sankari red., Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 145–169.
- Bingham (2010) Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Penguin Books Ltd, 2010.
- Chiam (2018) Chiam Madelaine. «Monism and Dualism in International Law.» (27.06.18) <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0168.xml> hentet 08.12.23
- Council of the European Union (2014) Council of the European Union. *Opinion of the Legal Service: Commission's Communication on a new EU Framework to strengthen the Rule of Law – compatibility with the Treaties*. 10296/14. Brussel: 2014. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10296-2014-INIT/en/pdf>
- Craig (2021) Craig, Paul og Grainne de Burca. *The Evolution of EU law*. New York: Oxford University Press, 2021.
- Dworkin (1986) Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge Mass.: Belknap Press, 1986.
- Eng (2007) Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.

- Eng (2015) Eng, Svein. *Rettspositivismedebatt: Kompendium*. Oslo: Universitetet i Oslo, 2014.
- Eriksen (2016) Eriksen, Christoffer Conrad. *Kritikk*. Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Frøberg (2014) Frøberg, Thomas. *Rettslig prinsippargumentasjon*. Oslo: Gyldendal, 2014.
- Grzeszczak (2018) Grzeszczak, Robert og Ireneusz Pawel Karolewski. «The Rule of Law Crisis in Poland: A New Chapter.» *Verfassungsblog*, 8. august 2018, <https://verfassungsblog.de/the-rule-of-law-crisis-in-poland-a-new-chapter/> hentet 28.12.2023
- Gyulavári (2013) Gyulavári Tamás, Nikolett Hős. «Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts.» *Industrial Law Journal* vol. 42, nr. 3 (2013), s. 289–297. <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwt010>
- Heivoll (2019) Heivoll, Geir. «Å ikke se skogen for bare trær. Anakronismer som metodisk utfordring for den politirettshistoriske forskningen.» I *Fordom og forventning. Ei handbok i rettshistorisk metode*. Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Akademisk Publishing, 2019, s. 72–89.
- Jerkø (2012) Jerkø, Markus. «En taksonomi over rettslige prinsipper.» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 125, 1–2/2012, s. 1–48. <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-2012-01-02-01>
- Letsas (2007) Letsas, George. *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Luhmann (1989) Luhmann, Niklas. «Law as a Social System.» *Northwestern University law review* vol. 83 nr., 1 & 2 (1989), s. 136–150.

- MacCormick (1986) MacCormick Neil, Ota Weinberger. *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Dordrecht: Reidel, 1986.
- MacCormick (1999) MacCormick, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Mæhle (2005) Mæhle, Synne Sæther. *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Oslo: Gyldendal, 2005.
- Sunde (2005) Sunde, Jørn Øyrehagen. *Speculum legale: rettspegelen: ein introduksjon til den norske rettskulturen si historie i eit europeisk perspektiv*. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke, 2005.
- Teubner (1993) Teubner, Gunther. *Law as an Autopoietic System*. Oxford: Blackwell, 1993.
- Than (2012) Than, Krisztina. «Hungary court says judge retirement law unconstitutional.» *Reuters*, 16. Juli 2012, <https://www.reuters.com/article/uk-hungary-judges-court-idUK-BRE86F0LS20120716/> hentet 08.12.23.
- Tilles (2022) Tilles, Daniel. «Poland closes judicial disciplinary chamber at heart of dispute with EU.» *Notes from Poland*, 15. juli 2022, <https://notesfrompoland.com/2022/07/15/poland-closes-judicial-disciplinary-chamber-at-heart-of-dispute-with-eu/> hentet 25.12.2023.
- Tilles (2024) Tilles, Daniel. «Constitutional court rulings involving illegitimate PiS-appointed judges not valid, finds Supreme Court.» *Notes from Poland*, 3. januar 2024, <https://notesfrompoland.com/2024/01/03/constitutional-court-rulings-involving-illegitimate-pis-appointed-judges-not-valid-rules-supreme-court/> hentet 04.01.2024.

Tuori (2002) Tuori, Kaarlo. *Critical Legal Positivism*. Surrey: Ashgate Publishing, 2002.

Zerofsky (2023) Zerofsky, Elisabeth. «Poland's War on Two Fronts.» *The New York Times*, 4. april 2023, <https://www.nytimes.com/2023/04/04/magazine/poland-eu-ukraine-war.html> hentet 18.12.2023.

EU-rettslige kilder

Rettsakter

TEU *Treaty on European Union*. Consolidated version 2016 (EUT 2016/C 202/01).

TFEU *Treaty on the Functioning of the European Union*. Consolidated version 2016 (EUT 2016/C 202/01).

EU-charteret *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Version 2012 (EUT 2012/C 326/02).

Regulation 2020/2092/EU *Regulation (EU, Euratom) no. 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget*.

Rettspraksis

Case C-26/62 Van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration ECLI:EU:C:1963:1

Case C-6/64 Flaminio Costa v. E.N.E.L ECLI:EU:C:1964:66

Case C-286/12 Commission v. Hungary ECLI:EU:C:2012:687

Case C-64/16 Associação Sindical dos Juízes Portugueses ECLI:EU:C:2018:117

Case C-619/18 Commission v. Poland ECLI:EU:C:2019:531

Case C-192/18 Commission v. Poland ECLI:EU:C:2019:924

Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 A. K. and Others ECLI:EU:C:2019:982

Case C-824/18 A.B and others ECLI:EU:C:2021:153

Case C-896/19 Repubblika v. Il-Prim Ministru ECLI:EU:C:2021:311

Case C-791/19 Commission v. Poland ECLI:EU:C:2021:596

Case C-487/19 W.Ż. ECLI:EU:C:2021:798

Joined Cases C-748/19 to C-754/19 WB and others ECLI:EU:C:2021:931

Case C-156/21 Hungary v. Parliament and Council ECLI:EU:C:2022:97

Case C-157/21 Poland v. Parliament and Council ECLI:EU:C:2022:98

Case C-132/20 Getin Noble Bank ECLI:EU:C:2023:366

Case C-204/21 Commission v. Poland ECLI:EU:C:2023:442

Uttalelser fra generaladvokaten

View of Advocate General Kokott on Case C-286/12 Commission v. Hungary ECLI:EU:C:2012:602

Opinion of Advocate General Tanchev on Case C-619/18 Commission v. Poland. ECLI:EU:C:2019:325

Opinion of Advocate General Tanchev on Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 A. K. and Others. ECLI:EU:C:2019:551

Opinion of Advocate General Bobak on Joined Cases ECLI:EU:C:2021:403

C-748/19 to C-754/19 WB
and others.

EMD

Traktater

EMK *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome 4 November 1950.

Rettspraksis

Ilatovskiy v. Russia	Case of Ilatovskiy v. Russia, no. 6945/04, 9. oktober 2009.
Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland	Case Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland, no. 26374/18, 1. desember 2020.
Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland	Case of Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland, no. 4907/18, 7. august 2021.
Reczkowicz v. Poland	Case of Reczkowicz v. Poland, no. 43447/19, 22. november 2021.
Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland	Case of Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland, no. 49868/19 and 57511/19, 8. februar 2022.
Advance Pharma sp. z o.o v. Poland	Case of Advance Pharma sp. z o.o v. Poland, no. 1469/20, 3. mai 2022.
Juszczyszyn v. Poland	Case of Juszczyszyn v. Poland, no. 35599/20, 30. januar 2023.

