

EU och medlemsländerna under covid-19-krisen

Tillsammans eller i klorna på varandra?

Anna Wetter Ryde

The EU and the Member States during the Covid-19-crisis – together or in the claws on each other?

In a very short time, the pandemic has shown Europe that a serious virus can drastically change human life and broader society. When the virus reached the borders of the EU Member States, most governments did what they had to do to fight the virus at home. But it took time before they realized their interdependence in other EU Member States, causing a state of “*health nationalism*”. Surely, states need to adjust their policies to the domestic conditions – especially during a state of emergency – but this paper argues that this could be the time to consider whether public health decision-making should be elevated to the European level in the case of pandemics. The discussion is conducted in the light of the conclusion that the EU Member States have a broad mandate to decide on both the state of emergency, and on their legal exceptions to protect public health.

1. Inledning

Spänningen mellan nationella befogenheter och EU:s befogenheter hör till ett av de mest omdiskuterade ämnena i den europarättsliga diskussionen. Frågan hur man kan hindra att EU – på bekostnad av den nationella parlamentariska församlingen – får ökade befogenheter genom fenomenet *competence-creep* upptog inte minst en stor del av arbetet inom det konvent som ledde fram till förslaget om en konstitution för Europa i början av 2000-talet (Weatherill 2004:1). Ett av konventets förslag var att förtydliga EU:s befogenhetskatalog och ett annat att ge de nationella parlamenten en roll i EU:s beslutsprocess. Eurokrisen 2008 satte dock i gång en delvis ny rörelse mot att fler beslut togs av de europeiska ledarna trots avsaknaden av ett tydligt EU mandat.

Anna Wetter Ryde är verksam vid Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps).
E-post: anna.wetter@sieps.se

Under covid-19-pandemin tyder mycket på att befogenheterna har flyttats i ytterligare en ny riktning, det vill säga medlemsländernas makt ser ut att ha stärkts i förhållande till EU:s befogenheter och institutioner. Det har talats om en *folkhälsonationalism*, som också kan beaktas i ljuset av att EU-nivån har erkänt medlemsländernas breda handlingsutrymme att fatta beslut om pandemibekämpningen.¹ Detta, trots att flera av de nationella åtgärderna har kunnat ifrågasättas med utgångspunkt i de gemensamma reglerna som gäller för deltagande i EU:s inre marknad och i ljuset av mer övergripande EU-rättsliga principer. Covid-19-krisen ser på så sätt också ut att ha förstärkt medlemsländernas "suveränitet" i relation till EU på ett sätt som inte har skådats tidigare under 2000-talet. Suveräniteten manifesteras inte minst i EU-nivån, i detta fall kommissionens, tillbakadragna roll när det gäller att utvärdera de nationella åtgärderna i ett EU-rättsligt perspektiv, åtminstone i inledningen av pandemin. Kommissionen har i stället verkat för att samordna medlemsländernas åtgärder enligt principen *rädda det som räddas kan* av den gemensamma marknaden under pandemin. Men den har också bidragit till att stärka krisberedskapen i medlemsländerna, bland annat genom att göra gemensamma upphandlingar av vaccin å medlemsländernas vägnar. Parallellt med detta har kommissionen lämnat förslag om ekonomiska stödåtgärder som den menat att Europeiska rådet och EU:s lagstiftare måste besluta om för att hindra en svår ekonomisk kris.

Ett uttryck för medlemsländernas suveräna ställning under pandemin är deras möjligheter att definiera innehållet i deras egna nödtillstånd.² Under covid-19-krisen har medierna nästan dagligen rapporterat om hur medlemsländer har vidtagit åtgärder med ingripande effekter för såväl enskildas grundläggande fri- och rättigheter som för deras möjligheter att åtnjuta sina EU-rättsliga fria rörligheter (nedan unionsfriheterna).³ Vissa undantagstillstånd har beslutats om med stöd i olika konstitutionella nödlagar, medan andra ter sig stå på en svagare konstitutionell grund. Flera av dessa nödtåtgärder skulle ha varit helt otänkbara att införa av liberala demokratier under ett normaltillstånd. Hit hör exempelvis massövervakning av invånarnas mobiltelefoner, begränsad rörelsefrihet och förbud mot religiösa sammankomster. Unionsfriheterna har begränsats genom bland annat stängda landsgränser och exportrestriktioner som riktats mot de europeiska företagen.

Även om det kan tyckas rimligt att EU:s överstatliga nivå (i detta fall kommissionen) accepterar – eller som antyds nedan *måste* acceptera – medlemsländernas

1 I språktidningen från 25 maj 2020 uppmärksammas ordet "folkhälsonationalism" som veckans nyord, där ordet sägs stå för en lojal hållning gentemot det egna landets hantering av pandemin.

2 Det ska dock påpekas att medlemsländerna utöver EU-rätten har internationella åtaganden, däribland i förhållande till Europarådet. Enligt ett åtagande ska Europarådets medlemsstater rapportera åtgärder som inskränker rättigheter som faller under Europakonventionen för mänskliga rättigheter (EKMR).

3 De nationella åtgärderna har framför allt fått konsekvenser för tre av EU:s fria rörligheter, nämligen fri rörlighet för personer, varor och tjänster.

breda handlingsutrymme under en pågående pandemi, ger covid-19-krisen nya perspektiv på de utmaningar som EU:s sentida kriser har fört med sig: I en sammanflätad ekonomi där länderna på många sätt är ömsesidigt beroende av varandra kan enskilda länders avsteg från de ordinarie reglerna på kort varsel få allvarliga konsekvenser också för andra medlemsländer. ”*No other emergency led to the paralysis of the world economy by brutally unveiling the gap between economic interdependence and nation-state governance*” (Alemanno 2020:188).

Samtidigt har den senaste tidens vaccindistribution till olika länder visat att kommissionen själv har svårt att veta vilket ben den ska stå på. I slutet av januari 2021 införde kommissionen exempelvis plötsligt exportrestriktioner som riktades mot de europeiska läkemedelsföretagen, i syfte att vaccinen skulle användas inom EU enligt de avtal som kommissionen hade slutit med europeiska läkemedelsföretag. Kommissionen reagerade mot att företagen delvis hade fått bättre villkor vid försäljning av vaccin till tredje land än till EU, med effekten att tillgången till vaccin inom EU begränsades. Kommissionens agerande har väckt stor kritik både inom och utanför EU.⁴ WHO konstaterade att EU:s agerande var en ”mycket oroväckande trend” som kan “äventyra den globala försörjningskedjan för vacciner”.⁵ Det man bland annat kan fråga sig är om detta agerande kan leda till negativa effekter för de europeiska företagens konkurrenskraft i ett globalt perspektiv.

I denna uppsats förs en rättspolitisk diskussion om behovet av att ge EU ett ökat ansvar för krishantering under exempelvis en pandemi. Diskussionen förs i ljuset av att covid-19-krisen har visat att medlemsländerna har ett mycket stort handlingsutrymme att både ensidigt besluta om vad som gäller i nödtillståndet, samt göra rättsliga undantag från de gemensamma reglerna i syfte att skydda folkhälsan. Även om detta handlingsutrymme ter sig rimligt med anledning av medlemsländernas ansvar för invånarnas hälsa, finns en väsentlig risk att ordningen gör att EU inte på ett effektivt sätt kan skydda de gemensamma intressena, med följden att länderna själva skadas. Dessa intressen är i synnerhet ekonomiska, men det rör sig även om EU:s mer övergripande mål som rättsstatens principer inklusive det demokratiska styrelseskicket. Samtidigt som EU kan behöva ett nytt mandat för att hantera de gemensamma kriserna, är det nu också dags att diskutera formerna för ett beslutscentrum för europeisk krishantering. Ett sådant beslutscentrum bör styras av mer formella strukturer än de som finns idag. Detta är särskilt viktigt i nödtillstånd, eftersom den exekutiva makten kan behöva ett utökat mandat för att kunna fatta snabba

4 EU-kommissionens exportrestriktioner ledde också till ytterligare kritik då kommissionen hotade med att aktivera en kontroversiell paragraf i Brexit-avtalet (nr 16) som säkerställer fri export utan tullkontroll vid gränsen mellan Irland och Nordirland.

5 EU kavlade upp ärmarna i vaccinkonflikten – försökte begränsa export av vaccin mellan Irland och Nordirland, men backar efter kritik | Utrikes | svenska.yle.fi.

och effektiva beslut. Om makten däremot inte tydligt avgränsas genom – på förhand antagna – regler riskerar det att uppstå maktförskjutningar mellan EU och medlemsländerna (eller tvärtom). I värsta fall kan det till och med leda till maktmissbruk.

Kapitlet inleds i avsnitt två med en översiktlig genomgång av medlemsländernas nödlagar i syfte att ge en bild av vilka möjligheter som medlemsländerna har – respektive inte har – när de hanterar kriser. I avsnitt tre ges argument till varför det är nödvändigt att till viss del begränsa de nationella nödtillståndens omfattning, sett i ljuset av europarätten samt EU:s politiska och ekonomiska system. I avsnitt fyra görs en rättslig analys av EU:s möjligheter att agera mot nationella åtgärder som motiveras av skyddet för folkhälsan. Avsnitt fem ger en överblick av olika initiativ som Europeiska kommissionen och EU:s beslutsfattare tillsammans med Europeiska rådet har tagit under pandemin. I avsnitt sex ges en bild av hur några forskare ser på möjligheten att utöka EU:s mandat att fatta beslut under en pandemi. Uppsatsen summeras genom några reflektioner i avsnitt sju.

2. Variationer i medlemsländernas nödlagar

Coronakrisen har väckt den gamla och klassiska diskussionen om den exekutiva maktens roll under ett nödtillstånd till liv. Utgångspunkten för den konstitutionella och politiska teorin om statsmaktens hantering av nödtillståndet är att ett nödtillstånd förutsätter massiva delegationer till den exekutiva makten. Detta beror på att den anses ha den bästa förmågan att fatta snabba, effektiva och informerade beslut under en pågående kris (Ginsburg & Versteeg 2020:1). En effekt av detta är att det demokratiska styrelseskicket sätts på undantag, exempelvis genom att den dömande makten kan få en mer begränsad roll under ett nödtillstånd. Ett kringskuret rättsväsende kan dock leda till maktmissbruk, i synnerhet i länder med svag demokratisk förankring. Andra orosmoln är att den exekutiva makten kan ta tillfället i akt för att tillskansa sig mer makt under ett nödtillstånd. De två medlemsländerna, Ungern och Polen, beskrivs idag som illiberala konstitutioner (Drinózi & Bién-Kacala 2019:1141). I båda länderna bedöms de sittande regeringarna ha missbrukat sina respektive konstitutioner och i det ungerska fallet menar man också att regeringen har använt sig av dekret för att göra saker som inte har med nödsituationen att göra (Cameron & Jonsson Cornell 2020:1174). Detta gör att många experter förespråkar att stater har nödlagar på plats och att de tidsbegränsas (Ackerman 2004:1029). Samtidigt ska påpekas att nödlagarna inte gör nytta i länder som missbrukat de konstitutionella bestämmelserna, som i fallet med Polen och Ungern.

Under den pågående pandemin har den svenska coronastrategin framstått som en särskilt stor gåta för många länder. Statsepidemologen, Anders

Tegnell, har fått stå till svars för folkhälsomyndighetens rekommendationer runt om i hela världen.⁶ Frågorna har framför allt rört varför Sverige inte gör som många andra länder och inför lockdowns för att komma till rätta med smittspridningen. Skälen till den svenska coronastrategin är mångbottnade. En förklaring torde vara Folkhälsomyndighetens starka ställning – i egenskap av expertmyndighet – i kombination med regeringens politiska val under pandemin. Samtidigt är det ett faktum att Sverige inte har någon generell nödlag för civila kriser.⁷ Bedömningen som ligger till grund för detta beslut är att regeringen endast har ansetts behöva särskilda möjligheter till att fatta beslut under krig eller vid risk för krig. De svenska beslutsfattarna förväntas alltså klara av att hantera de civila kriserna i enlighet med de ordinarie formerna för beslutfattande, inklusive med den normgivningsmakt som finns reglerad i den svenska grundlagen.⁸ I januari 2021 antog riksdagen en tillfällig pandemilag med syftet att ge regeringen ett större handlingsutrymme att vidta åtgärder för att minska smittspridningen.⁹ I denna lag ges regeringen vissa möjligheter att under en avgränsad tid begränsa vissa grundlagsskyddade rättigheter för enskilda, exempelvis rätten att delta i allmänna sammankomster.

Innebörden av detta är att de europeiska regeringarnas möjligheter att vidta åtgärder under pandemin har sett olika ut i medlemsländerna.

I en expertutredning från 2008 gör statsvetaren Anna Khakee en särskild genomgång av hur nödlagarna ser ut i EU:s medlemsstater samt i Norge och Schweiz. Hon delar in länderna i tre grupper med utgångspunkt i deras konstitutionella regleringar av nödlägen. För att gruppera länderna har hon bland annat ställt följande frågor: i) Finns nödtillstånd reglerat i konstitutionen?, ii) finns olika grader av nödtillstånd reglerat (exempelvis krig, naturkatastrof, epidemi)?, iii) vem beslutar om nödtillstånd (regeringen eller parlamentet)?, iv) finns tidsbegränsning för nödtillstånd och om ja – hur förlängs det?, v) vilka effekter har nödtillståndet på balansen mellan regering, statschef, parlament och domstolar?, vi) vilka effekter har nödtillståndet på militärens och polisens befogenheter och vii) vilka grundläggande fri- och rättigheter kan inskränkas under nödtillstånd?

Klassificeringen ledde till följande indelning: I den första gruppen hamnar länder med detaljerade bestämmelser om vad som gäller under nödtillstånd. I den andra gruppen ingår länder med vissa utförliga regler, men med vissa väsentliga frågor obesvarade och i den tredje gruppen hamnar länder med knapphändiga regleringar om nödlägen. Undersökningen ger en bild av två

6 Ett exempel är när Tegnell den 3 maj 2020 intervjuades i CNN om den svenska coronastrategin, se <https://www.fokus.se/2020/04/svepet-anders-tegnell-pa-cnn-fick-forsvara-sveriges-virusstrategi/>.

7 Se SOU 2008:125, på basis av en expertrapport SOU, 2008:61.

8 Se vidare Hirschfeldt, J., *Svensk krishantering i fredstid*, SvJT 2020, s. 1148, för en diskussion om hur Sverige kan behöva tänka framöver för att anpassa den svenska lagstiftningen till de moderna kriserna.

9 En tillfällig covid-19-lag Socialutskottets Betänkande 2020/21:SoU23 – Riksdagen.

extremer, nämligen Schweiz och Tyskland. Övriga länder, det vill säga Bulgarien, Estland, Finland, Frankrike, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Malta, Nederländerna, Rumänien, Slovakien, Slovenien och Spanien hamnar någonsans i mitten. I Schweiz har regeringen i det närmaste ett *carte blanche* att hantera kriser, medan Tyskland har en utförlig konstitutionell reglering av hur bland annat statsorganen ska fungera i en allvarlig nödsituation. Undersökningen visar också att länderna i den första gruppen, med de mest detaljerade bestämmelserna, har levande minnen och erfarenheter av diktatur och missbruk av undantagstillstånd. Förutom Tyskland gäller detta även Grekland, Polen, Portugal och Ungern. Sverige placeras i mellangruppen eftersom landet trots allt har konstitutionella bestämmelser om villkor vid krig och krigsfara.

I en ny sammanställning över de nu tjugosju medlemsländernas konstitutionella möjligheter att tillämpa nödlagar vid undantagstillstånd framträder en ganska liknande bild som ges i 2008 års utredning, men med några undantag (Michael Meyer-Resende 2020). I denna konstateras att Bulgarien, Cypern, Tjeckien, Finland, Grekland, Ungern, Litauen, Luxemburg, Portugal, Rumänien, Slovakien och Spanien har konstitutionella möjligheter att införa ett nationellt nödtillstånd. I den nya redogörelsen görs också en bedömning av hur pass ingripande de nationella åtgärderna som gjorts i länderna under covid-19-krisen är, i förhållande till enskildas fri- och rättigheter. Skalan är: *moderate-significant-high-severe*. I Finland, Nederländerna, Tyskland och Sverige beskrivs åtgärderna som "moderate", i Österrike, Danmark, Estland, Irland, Lettland, Litauen och Luxembourg som "significant", i Belgien, Bulgarien, Kroatien, Cypern, Tjeckien, Grekland, Malta, Polen, Rumänien, Slovakien och Slovenien som "high" och i Frankrike, Ungern, Italien och Spanien som "severe". I de länder där åtgärderna betecknas som "severe" visar redogörelsen att det saknas konstitutionellt stöd för nödtillstånd i två länder: Frankrike och Italien.¹⁰ Varken Frankrike eller Italien har dock infört begränsningar i rättsväsendets eller parlamentets funktioner.

Bilden som tecknas visar att EU:s medlemsstater ser olika på behoven av att möblera om i statsorganens funktioner i samband med ett nödtillstånd. Bilden återspeglar också att EU:s rättsordning ger medlemsstaterna ett brett utrymme att definiera sina egna konstitutionella system. Gränsen för vad EU:s rättsordning kan acceptera i ländernas konstitutionella frihet torde dock gå vid beslut som medlemsländerna fattar i strid med EU:s regler och som därtill strider mot EU:s egen konstitutionella ordning. Men exakt var den gränsen går är svårt att säga eftersom EU-domstolen ännu inte har prövat något mål som rör medlemsländernas nödtillstånd och deras förhållande till EU-rätten.

10 Som nämns ovan har kritiken mot Ungern och Polen framför allt inte handlat om att länderna har agerat i strid med de konstitutionella bestämmelserna, utan snarare om att de har missbrukat sin ställning och infört konstitutionella bestämmelser till stöd för sina åtgärder. I Ungern saknas framför allt en tidsbegränsning av undantagstillståndet.

3. Nödvändigt med begränsningar av nationella nödtillstånd i en europeisk kontext

Den bredare diskussionen om nödlagarnas existensberättigande handlar om att länder inte bör göra mer ingripande åtgärder i det demokratiska styrelseskicket än nödvändigt. Venedigkommissionen, som är ett rådgivande organ inom Europarådet med det formella namnet *Europeiska kommissionen för demokrati genom lag*, har skrivit många riktlinjer om hur länder bör tänka när de inför nödtillstånd. I ett specialnummer av Svensk juristtidning uppmärksammar professorerna Iain Cameron och Anna Jonsson Cornell hur Venedigkommissionen beskriver nödtillståndet i sina "Reflections":

Den enda legitima grunden för att anta nödatgärder är att hjälpa staten att övervinna en exceptionell situation. Det är arten, svårighetsgraden och varaktigheten av denna exceptionella situation som avgör typen, omfattningen och varaktigheten av de åtgärder som staten lagligen kan tillgripa. Nödatgärder bör respektera vissa allmänna principer som syftar till att minimera skadorna på grundläggande rättigheter, demokrati och rättsstat. Åtgärderna måste således vara i enlighet med ett antal principer. De första av dessa är nödvändighet, proportionalitet och tillfällighet.¹¹

Venedigkommissionen lyfter här upp respekten för rättsstatens principer, vilken är grundläggande också i EU:s konstitutionella system. Detta har blivit särskilt tydligt under senare år, då Polen och Ungern har ändrat i sina konstitutionella ordningar på ett sätt som har fått EU:s institutioner och många medlemsstater att starkt reagera (Hillion 2020).

Men det europeiska samarbetet väcker en *ytterligare* dimension av riskerna med att medlemsländerna ensidigt kan välja formatet på sina nödtillstånd: i ljuset av EU:s sammanlänkade ekonomiska system får enskilda medlemsländers nationella åtgärder snabbt konsekvenser också för andra medlemsländers invånare och ekonomier. Vissa menar att detta även skapar en risk att ländernas nationella åtgärder försämrar möjligheten för andra länder att klara av en pandemi. Den svenska näringsministern, Ibrahim Baylan, framförde detta argument under en pressträff i mars 2020.¹² Även kommissionen har tydligt påpekat att enskilda länders coronarestriktioner försämrar tillgången till

11 Venice Commission, Respect for Democracy, Human Rights and Rule of Law during States of Emergency: Reflections, CDL-AD(2020)014, 19 juni 2020.

12 Vid en pressträff med bland andra näringsministern Ibrahim Baylan den 13 mars 2020, sa ministern: "Flera medlemsländer har på egen hand infört exportrestriktioner (...). Detta är givetvis någonting som inte är acceptabelt (...). Samtal förs nu med kommissionen, men också bilaterala samtal med de länder som har infört restriktionerna. Detta påverkar naturligtvis förutsättningarna för oss alla. Sverige har under 25 år varit en del av en gemensam marknad och ett ömsesidigt beroende finns." Tillgänglig på <https://www.expressen.se/nyheter/coronaviruset/nya-beslutet-ingenet-hogskoleprov-i-var/>, 2020-11-27.

viktiga varor i medlemsländerna och därför endast bör vidtas när det inte finns några alternativ (Kommissionens meddelande, COM(2020) 318, 15 juli 2020).

För att visualisera den europeiska industrins sårbarhet när enskilda länder ensidigt vidtar åtgärder till skydd för folkhälsan kan det svenska företaget Mölnlycke användas. Företaget producerar skyddsmasker. Under Polens stängning av gränsen minskade produktionen med 40 procent, då de cirka 180 polska arbetstagarna inte kunde ta sig till sina arbeten vid Mölnlyckes fabrik i Tjeckien. Detta inträffade samtidigt som behovet av just skyddsmasker var extra stort i hela världen. Mölnlycke påverkades även av det franska exportförbudet för skyddsmasker från sin fabrik i Lyon, som till slut hävdades efter en månad av påtryckningar från den svenska regeringen. Under denna månad kunde företaget inte heller sälja maskerna till Spanien och Italien som led akut brist under pandemins inledande stadium.¹³ Exemplet är bara ett av många som visar att enskilda länders åtgärder till skydd för det egna landets invånare kan få långtgående konsekvenser för andra länders invånare och företag.

Samtidigt som de ekonomiska effekterna kan bli stora av de enskilda ländernas nödatgärder måste givetvis det andra perspektivet beaktas. Ett virus kan drabba EU:s invånare på huvudsakligen samma sätt, men deras överlevnad är starkt beroende av hur sjukvården i deras egna länder klarar av situationen. Har länderna satsat på modern sjukvård med välutbildad personal och hög beredskap har patienterna givetvis bättre förutsättningar att överleva om de blir svårt sjuka. Hur väl rustade medlemsländerna står inför en pandemi är med andra ord avhängigt nationella beslut som inte minst utgår från de egna beskattningsprinciperna. Detta tyder på att trots att de nationella besluten får stora konsekvenser för såväl enskilda medlemsländer som för de gemensamma intressena, finns goda skäl att ge medlemsländerna ett brett mandat att besluta om sina egna nödatgärder.

Medlemsländernas breda mandat att skydda folkhälsan återspeglas också i EU-domstolens uttolkning av EU:s fördrag. I avsnitt fyra beskrivs denna rättspraxis.

4. Medlemsländernas åtgärder i ljuset av EU-rätten

Inom ramen för medlemsländernas åtgärder under pandemin ryms som redan nämnts inte bara åtgärder som har effekt på det demokratiska styrelseskicket, inbegripet de nationella nödtillstånden. Att ländernas konstitutionella traditioner för nödtillstånd påverkar EU:s demokratiska system må med andra ord vara en sak. Men för att förstå pandemins effekter på EU:s rättsliga, politiska och ekonomiska system är det också viktigt att se till de rättsliga gränserna

13 Se "Covid-19 och den fria rörligheten – preliminära lärdomar från hälsokrisen", Kommerskollegium: 2020, s. 8.

för EU:s kontroll av de nationella åtgärderna i ett inre marknadsperspektiv. I det följande ges några perspektiv på hur EU-domstolen har dömt i mål där medlemsländerna har gjort undantag från inre marknadsregelverket med stöd i EU-fördragets folkhälsoundantag.

Inledningsvis bör konstateras att en exceptionell omständighet med covid-19 pandemin är att det saknas kunskaper om virusets egenskaper. Detta skapar inte bara särskilda utmaningar för den tungt belastade sjukvården runtom i världen, utan medför även utmaningar i en EU-rättslig kontext. Skälet är att medlemsländernas undantag från de gemensamma reglerna i vanliga fall underkastas en evidensbaserad prövning av huruvida de är nödvändiga.

Utgångspunkten för medlemsstaternas möjligheter att göra undantag från de gemensamma reglerna till skydd för folkhälsan finns i artikel 36 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget) (se vidare Söderstens bidrag till detta nummer). Artikeln ger medlemsländerna ett relativt stort handlingsutrymme, i jämförelse med de strikta förbud mot ingrepp i den inre marknaden som vanligtvis råder. Eftersom det ännu saknas rättspraxis om hur EU-domstolen ser på medlemsländernas pandemiåtgärder får man luta sig mot EU-domstolens tidigare rättspraxis om tillämpningen av folkhälsoundantaget.

Tidigare rättspraxis visar att EU-domstolen inte accepterar att medlemsländerna åberopar undantaget i fördraget om det finns tecken på att det görs av protektionistiska skäl. Ett exempel är målet *kommissionen mot Storbritannien*, där EU-domstolen slog fast att det brittiska importförbudet för fläskkött inte kunde rättfärdigas av folkhälsoskäl. I målet var det i första hand proportionalitetsprincipen som låg till grund för avgörandet. Domstolen menade att Storbritannien inte hade motiverat tillräckligt väl på vilket sätt folkhälsan skulle skyddas av förbudet och misstänkte att förbudet snarare handlade om att den inhemska produktionen inte skulle konkurrensutsättas av utländskt kött i samband med julhandeln.¹⁴ Mycket tyder på att domstolen går olika djupt i sin kontroll av medlemsstaternas åtgärder, beroende på misstanke om protektionistiska ändamål ligger bakom ländernas ageranden (Craig & de Búrca 2011:532). Forskare menar också att EU-domstolens rättspraxis generellt sett innebär att de undantag som medges är mer vidsträckta inom områden där det i första hand är medlemsländerna som har befogenheten (såsom inom hälso- och djurskydd) medan de är betydligt mer begränsade inom områden som faller under EU:s befogenheter (Wiberg 2014: 121-123).

Under pandemin har det, som nämns ovan, saknats kunskaper om viruset vilket försvårar de rättsliga bedömningarna. Hur ska medlemsländerna exempelvis kunna visa att deras stängda gränser leder till färre dödsfall i covid-19, om åtgärden aldrig tidigare har testats?

14 Mål 40/82, *Kommissionen mot Förenade konungariket och Nordirland*, ECLI:EU:C:1982:285.

För att hantera situationer inom områden där det finns särskilt stora risker, såsom skyddet för miljö, människor, djur och växter, kan den så kallade *försiktighetsprincipen* tillämpas. Principens huvudsakliga syfte är att bidra till att beslutsfattarna tar höjd för risker som kan uppstå när besluten genomförs, men som inte går att helt förutse när besluten fattas. I en EU-rättslig kontext är principen särskilt tillämplig inom miljöområdet, där den uttryckligen nämns i artikel 191.2 i funktionsfördraget. Men det är även tydligt att den tillämpas när EU vidtar skyddsåtgärder för människors hälsa inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitik. Försiktighetsprincipen har bland annat varit föremål för EU-domstolens analys i målet *Pfizer mot rådet*, då Tribunalen (EU-domstolens förstainstans) utredde frågan om EU:s institutioner med hänvisning till principen kan vidta förebyggande åtgärder innan de har genomfört en vetenskaplig utvärdering av de påstådda riskerna med produkten.¹⁵ En särskilt intressant aspekt av detta mål är att EU-domstolen konstaterade att beslutsfattarna inom dessa högriskområden kan ge företräde åt skyddsbehov (exempelvis folkhälsa) framför ekonomiska intressen.¹⁶ Mål som detta kan dels aktualiseras när EU-domstolen ska pröva medlemsländernas coronaåtgärder i framtiden och dels få betydelse vid eventuella rättsprövningar av de vacciner som nu massproduceras i världen och som godkänns av EU. Om vaccinen skulle leda till allvarliga folkhälsoproblem och bli föremål för domstolsprövning kan läkemedelsföretagens olika riskbedömningar – och inte minst EU:s beslut om godkännande av vaccinen – bli bedömda i ljuset av denna typ av rättspraxis. I EU:s marknadsliberala kontext är domstolens åsidosättande av ekonomiska intressen till förmån för ett höggradigt försiktighetstänk annars ovanligt.

En ytterligare EU-rättslig princip som aktualiseras är *legalitetsprincipen*. I EU-sammanhang nämns den oftast i samband med att de gemensamma institutionerna ska utöva sina befogenheter i enlighet med de villkor som fastställs i EU:s fördrag. Det framgår dock av artikel 2 i fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget) att också EU-länderna måste visa respekt för rättsstatens principer, vilket inbegriper att deras åtgärder ska ha stöd i lag eller ha beslutats genom annat demokratiskt fattat beslut. Som en del av detta får länderna inte fatta godtyckliga beslut, vilket kan motverkas om åtgärder har ett direkt stöd i lag. Om proportionalitets- och försiktighetsprinciperna tillämpas för att bedöma om de nationella åtgärderna kan rättfärdigas enligt EU:s inre marknadsrätt handlar rättsstatsprincipen alltså snarare om att bedöma om åtgärderna har vidtagits med respekt för EU:s demokratiska principer.

Under pandemin har åtminstone tolv medlemsstater proklamerat någon

15 Mål T-13/99, *Pfizer Animal Health SA mot Europeiska unionens råd*, ECLI:EU:T:2002:209.

16 Mål T-13/99, punkt 456.

form av nödläge ("state of emergency")¹⁷ med utgångspunkt i konstitutionen, vilket har gett den exekutiva makten ökade befogenheter, i vissa fall på bekostnad av de parlamentariska församlingarna och den dömande makten. Som nämns ovan har också medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter begränsats. Ytterligare medlemsländer har proklamerat liknande tillstånd, trots att det saknats konstitutionella förutsättningar till att tillämpa ett nödtillstånd.¹⁸ I flera medlemsländer, däribland Frankrike, Italien, Spanien och Ungern, har nödtåtgärderna ifrågasatts.¹⁹ Experter har bland annat framhållit att nödtillstånden har proklamerats utan tydligt lagstöd, med bristande parlamentarisk kontroll samt på obestämd tid. Det ska dock tilläggas att det endast i några fall har uttryckts en verklig oro för att åtgärderna ska påverka rättsstatens principer på längre sikt. I bland annat Italien har åtgärder också vidtagits för att korrigera konstitutionella brister. I en rapport från Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, FRA, uppmärksammas dock att medlemsländernas pandemiåtgärder riskerar att urvattna medborgarnas rätt till en rättvis rättegång (artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna), likabehandlingsprincipen (artikel 20 i stadgan) samt rätten till god förvaltning (artikel 41 i stadgan).²⁰

Sammanfattningsvis kan det konstateras att medlemsländerna verkar ha ett relativt stort rättsligt utrymme att under en allvarlig pandemi vidta försiktighetsåtgärder med inverkan på EU:s inre marknadsregelverk, trots att åtgärderna kan få allvarliga ekonomiska konsekvenser för såväl enskilda som företag. Enligt en preliminär utredning från Kommerskollegium (myndigheten för utrikeshandel, EU:s inre marknad och handelspolitik) har majoriteten av de åtgärder som vidtagits med syfte att skydda folkhälsan varit lagliga.²¹ Utöver denna handlingsfrihet har EU-nivån förvisso reagerat på att vissa medlemsländers nödlagar inte respekterar de europeiska värderingarna, men

17 Det bör här uppmärksammas att vissa länder har tillämpat konstitutionella nödlagen medan andra har tillämpat ordinarie lagar för att proklamera ett nödläge. De länder som har konstitutionella nödlagen och som också har tillämpat dem är: Bulgarien, Cypern, Finland, Grekland, Ungern, Litauen, Luxemburg, Portugal, Rumänien, Slovakien, Spanien och Tjeckien. Endast Estland, Lettland och Rumänien har följt sina internationella åtaganden och rapporterat till Europarådet att de har aktiverat ett nödtillstånd. Av de tre länderna saknar Lettland konstitutionella möjligheter att tillämpa ett nödtillstånd.

18 Det går inte att samla dessa länder under ett tak eftersom länderna har använt olika slags benämningar på sina nödtillstånd. I stora drag rör det sig om: Danmark, Frankrike och Italien.

19 Se framförallt <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers/>, men även <https://verfassungsblog.de/governing-through-fear-in-france/>, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-italy/>, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-spain/>.

20 https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin-may_en.pdf.

21 Rapport från Kommerskollegium, Covid-19 och den fria rörligheten – Preliminära lärdomar från hälsokrisen, s. 3, publicerad den 1 oktober 2020, tillgänglig på <https://www.kommerskollegium.se/globalassets/publikationer/rapporter/2020/covid19-och-den-inre-marknaden.pdf>.

kommissionen har hittills inte väckt något överträdelseärende mot dessa länder.²²

Om EU:s institutioner har gjort en korrekt tolkning av fördelningen av EU:s och medlemsländernas befogenheter under pandemin ser EU:s fördrag ut att respektera att medlemsländerna kan behöva ett visst utrymme att balansera mellan å ena sidan robusta och transparenta bestämmelser och å den andra att ha en viss flexibilitet för att kunna fatta effektiva beslut under en pandemi. Men frågan kvarstår om denna rättsliga bedömning är svar nog på frågan om det politiska systemet (inbegripet både medlemsländerna och EU:s verkställande institutioner) förmår fatta beslut som både löser den akuta krisen och samtidigt skyddar de gemensamma intressena?

5. Europeiska kommissionen och Europeiska rådet under covid-19-krisen

EUROPEISKA KOMMISSIONEN UNDER COVID-19-KRISEN

Europeiska kommissionen har i första hand haft en samordnande roll under pandemin.²³ Motsatsen till en samordnande roll är i detta sammanhang rollen som väktare av EU:s fördrag. Kommissionens olika engagemang kan delas in i fyra kategorier: 1) riktlinjer till medlemsländerna om hur de bör agera för att orsaka så lite skada som möjligt på de gemensamma intressena, 2) beslut med rättsliga konsekvenser för medlemsländerna, 3) initiativ för att öka krisberedskapen i medlemsländerna och 4) förslag om ekonomiska åtgärder för att hindra en ekonomisk kris.

Vad gäller den första kategorin, det vill säga riktlinjerna till medlemsländerna, har kommissionen bland annat beskrivit hur medlemsländerna bör tänka när de stänger sina gränser, inklusive när de begränsar transporterna mellan länderna.²⁴ I ett meddelande från mars 2020 noterade kommissionen

22 Europaparlamentet uppvisade tidigt en oro för utvecklingen med de ungerska nödlagarna och antog en resolution den 17 april 2020 där den bland annat konstaterar att den ungerska regeringens beslut att förlänga undantagstillståndet på obestämd tid är oförenliga med europeiska värderingar, se https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_SV.html. Kommissionen har fört en dialog med Ungern samt övervakat de ungerska åtgärderna i ljuset av EU-rätten. Kommissionen har betonat att avsaknaden av en tidsbegränsning av de lagar som den ungerska regeringen kan vidta under nödtillståndet är det mest anmärkningsvärda med landets nödlagar. Under en debatt i Europaparlamentet den 14 maj 2020 sa EU-kommissionären, Věra Jourová, att *“the general states of emergency with exceptional powers granted to governments should gradually be removed or replaced by more targeted and less intrusive measures”*, tillgänglig på https://multimedia.europarl.europa.eu/en/emergency-legislation-in-hungary-and-its-impact-on-the-rule-of-law-and-fundamental-rights-closing-statements-by-council-and-commission_I191080-V_v.

23 Se bl.a. ordförande Ursula von der Leyens tal i Europaparlamentet den 26 mars, tillgängligt på https://ec.europa.eu/finland/news/UVDL-speech_200326_sv.

24 Tourism and transport: Commission’s guidance on how to safely resume travel and reboot Europe’s tourism in 2020 and beyond, 13 maj 2020.

att medlemsländernas covid-19-åtgärder får följd effekter som kommer att ha en störande inverkan på hela unionens ekonomi.²⁵ Den har tydligt försökt att motverka detta på olika sätt, däribland genom att uppmuntra medlemsländer att vidta proportionerliga gränstängningar. Ett sådant initiativ är de så kallade ”gröna filerna” för lastbilar som fraktar varor mellan medlemsstaterna.²⁶

Kommissionen har vidare använt sin delegerade kompetens som följer av att EU:s beslutsfattare har överlåtit vissa befogenheter till den. Dessa åtgärder faller under den andra kategorin. Ett sådant exempel är en genomförandeförordning som kräver exporttillstånd för vissa kritiska varor från EU till tredje land.²⁷ Innan kommissionen antog förordningen skärptes läget mellan institutionen och flera medlemsländer, inte minst Frankrike, med hot om överträdelseärenden. Frankrike vägrade att upphöra med sina exportrestriktioner inom EU, till dess att kommissionen hade begränsat exporten till tredje land. I januari 2021 förde kommissionen ett liknande resonemang om möjligheterna att begränsa exporten av vaccin från EU till tredje land i syfte att säkra vaccintillgången i EU.²⁸ Detta är en konsekvens av att ett läkemedelsföretag som kommissionen har tecknat avtal med inte har levererat i enlighet med kommissionens förväntningar. Inom EU pågår även diskussioner om kommissionen ska föreslå för rådet att artikel 122 FEUF läggs till grund för beslut om rättsliga åtgärder mot läkemedelsföretagen för att på det sättet öka takten i vaccinleveranserna. Detta är något som även Europeiska rådet driver.²⁹ En komplicerande faktor är att EU inte kan ta på sig att täcka kostnader för eventuella framtida skadeståndskrav från enskilda i det fall vaccinen skulle leda till biverkningar, vilket däremot enskilda tredje länder har valt att göra. Detta verkar ha gjort det mer förmånligt för företagen att teckna avtal med tredje land än med kommissionen. Kommissionen har vidare antagit ett nytt tillfälligt regelverk för statliga stödåtgärder med anledning av covid-19 och samtidigt kommunicerat vilka typer av statsstöd medlemsländerna kan ge utan att först inhämta kommissionens godkännande.³⁰ Institutionen har härutöver tillämpat undantagsbestämmelsen i EU-fördraget (artikel 107.3 b i funktionsfördraget) som ger en möjlighet att förklara stöd förenliga med den inre marknaden ”för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi”.

Som exempel på initiativ i den tredje kategorin kan nämnas kommissionens förslag att rådet ska aktivera EU:s krisstödsinstrument för att kunna

25 Kommissionens meddelande från den 19 mars 2020: Ändring av den tillfälliga ramen för statliga stödåtgärder till stöd för ekonomin under det pågående utbrottet av covid-19.

26 Se: https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201897_en.pdf.

27 Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2020/402 av den 14 mars 2020, om att kräva uppvisande av exporttillstånd för export av vissa produkter.

28 EU vill införa exportrestriktioner för AstraZeneca vaccin | Nyhetssajten Europaportalen.

29 Charles Michel says EU could invoke 'urgent measures' in response to vaccine shortfall – POLITICO.

30 https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_temporary-framework.pdf.

stödja medlemsländerna ekonomiskt med inköp av sjukvårdsmaterial.³¹ Kommissionen har också verkat för att utveckla EU:s civilskyddsmekanism under covid-19-krisen, genom att skapa EU-lager för medicinsk utrustning.³² Detta har lett till att EU ska ha ett eget lager med medicinteknisk utrustning, såsom ventilatorer, ansiktsmasker och skyddsrockar. Utrustningen ska fördelas ut till medlemsländerna under kriser, när den egna lagerhållningen inte räcker till. Sverige är ett av de sex länder som har fått i uppdrag att lagra produkterna.

Inom denna tredje kategori ryms också kommissionens initiativ att erbjuda länderna att ingå i gemensamma upphandlingar om vaccin efter eget intresse.³³ EU:s vaccinstrategi innebär att kommissionen har använt EU:s krisstödsinstrument till att finansiera kontrakt med läkemedelsföretag som på så sätt kan påskynda framtagandet av säkra vaccin. Kommissionens intresse är att bidra till att alla medlemsstater kan få tillgång till vaccin samtidigt, samt att distributionerna går rättvist till. I kommissionens ögon är detta en viktig aspekt av att EU-samarbetet ska kunna återgå till normaltillståndet så snart som möjligt.

I den fjärde kategorin ryms åtgärder för att motverka en ekonomisk kris i EU. Hit hör förslaget att rådet ska fatta beslut om att EU ska kunna ge lån till medlemsstater som blir särskilt drabbade av bland annat arbetslöshet under covid-19-krisen, genom ett instrument som kallas SURE ("ett europeiskt instrument för tillfälligt stöd för att minska risken för arbetslöshet i en krissituation till följd av covid-19-utbrottet").³⁴ Ett indirekt syfte, utöver solidaritetshandlingen, är att motverka ökade socioekonomiska effekter i medlemsländerna. Men framför allt ryms här kommissionens omfattande förslag om EU:s så kallade återhämtningsplan. Denna plan godkändes av rådet och Europaparlamentet i slutet av 2020, men för att den ska kunna realiseras måste alla medlemsländer ratificera beslutet om egna medel enligt sina egna grundlagsbestämmelser. I vissa medlemsländer har man ifrågasatt EU:s befogenheter att kunna göra de planerade upplåningarna som krävs för att få ihop de ca 750 miljarder euro som ska kunna portioneras ut till medlemsstaterna i syfte att bromsa negativa ekonomiska och sociala effekter i länderna med anledning av pandemin.³⁵

Det finns också experter som är kritiska mot att kommissionen har varit passiv i sitt arbete med att lägga förslag på åtgärder som faller inom EU:s befogenheter och som de menar hade kunnat bidra till en bättre pandemibekämpning. Några exempel som ges är konsumentlagstiftning till skydd mot viruset

31 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/mex_20_657.

32 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1971.

33 Se bland annat: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/public-health_en#eu-vaccine-strategy.

34 <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/09/25/covid-19-council-approves-87-4-billion-in-financial-support-for-member-states-under-sure/>.

35 Se exempelvis den finska riksdagens (Eduskunta) utlåtande från 12 juni 2020, Grundlagsutskottet har bedömt EU:s återhämtningsplan (eduskunta.fi).

samt att genomföra WHO:s rekommendationer om tekniska standarder för vatten, sanitet, hygien och avfallshantering för covid-19 (Purnhagen 2020:301). Kommissionen hade vidare kunnat skjuta fram eller ”pausa” EU-lagstiftning i syfte att skydda folkhälsan samt bidra till att sjukvårdspersonal lättare kan arbeta inom EU genom att lätta på yrkeskvalifikationskraven.

Listan över vad kommissionen har gjort och inte har gjort är inte uttömmande, men ger en bild av kommissionens roll under covid-19-krisen.

Att många av de medlemsländer som initialt tillämpade exportförbud hävde dem efter relativt kort tid tyder möjligen på att samarbetet mellan medlemsländerna och kommissionen har fungerat väl under krisen, givet de svåra omständigheterna. Men det är inte helt självklart att orsaken är kommissionens samordnande roll, eftersom det också finns tecken på att medlemsländerna exempelvis vågade häva sina exportförbud då den globala handeln, i synnerhet den asiatiska, trots allt visade sig kunna leverera de efterfrågade varorna. Denna uppfattning styrks i en utredning från Kommerskollegium, som menar att den globala handeln kom igång relativt snabbt och bidrog till ett minskat tryck på medlemsländerna att hålla inne med varor för att skydda sig själva under pandemin.³⁶ Ett annat tecken på att kommissionens mandat är relativt begränsat är dess förslag till en rekommendation från september, där medlemsländerna uppmanas att samarbeta i ökad utsträckning om de nationella åtgärderna.³⁷ Att det är en rekommendation – som saknar rättslig kraft – understryker att kommissionen är relativt tandlös när det gäller att skydda det gemensamma intresset från att skadas av medlemsstaternas nationella åtgärder (Renda & Castro 2020:278). En av kommissionens styrkor under covid-19-krisen har däremot visat sig genom att den i flera fall med framgång har lyckats få stöd för sina förslag i Europeiska rådet – och då inte minst för sitt förslag om EU:s återhämtningsplan.

EUROPEISKA RÅDET OCH EU:S LAGSTIFTARE UNDER COVID-19-KRISEN

Mötena i Europeiska rådet har under pandemin i första hand skett i digital form, vilket säkerligen har varit en prövning i sig. Under dessa möten har de europeiska ledarna diskuterat hur deras nationella åtgärder kan utformas på ett sätt som motverkar skador på de gemensamma intressena, samtidigt som man har poängterat medlemsstaternas ansvar för folkhälsofrågorna.³⁸

En intressant sak är att diskussionerna i Europeiska rådet denna gång inte verkar ha kantats av att medlemsländerna har beskyllt varandra för att pandemins effekter är ett resultat av nationella misslyckanden – en tendens som

36 Improving Economic Resilience Through Trade – should we rely on our own supply? Kommerskollegium 2020, s. 21.

37 Proposal for a Council Recommendation on a coordinated approach to the restriction of free movement in response to the Covid-19 pandemic, 4 september 2020.

38 Se exempelvis <https://www.consilium.europa.eu/media/43076/26-vc-euco-statement-en.pdf>, se särskilt para 16.

annars har varit vanlig när Europeiska rådet har hanterat kriser, framför allt under finanskrisen.

EU-ledarna har i första hand tagit ställning till olika förslag om ekonomiska stödåtgärder för att hjälpa medlemsländerna på fötter efter krisen. Det har framför allt handlat om åtgärder för ekonomisk återhämtning och stärkt återhämtningsförmåga i form av återhämtningsplanen, som grundar sig på det förslag från kommissionen som nämns ovan. Planen innebär i stora drag att EU ska låna upp till 750 miljarder euro för att ge lån och bidrag till medlemsstaterna enligt ett regelverk som kommissionen föreslår.

Denna extraordinära nödgärd från EU:s sida har mött många hinder på vägen, vilket tyder på att det rör sig om ett helt nytt inslag i EU:s verksamhet. Hur planen ska förverkligas har också varit föremål för institutionella maktkamper. Europaparlamentet ställde sig exempelvis tidigt bakom planen, men ville ha ett ökat inflytande över genomförandet av fonden.³⁹ Enligt kommissionens ursprungliga förslag skulle nämligen rådet ansvara för att utvärdera medlemsländernas återhämtningsplaner och att besluta om utbetalningar på förslag från kommissionen. Kommissionen skulle endast rapportera till Europaparlamentet, men efter påtryckningar från parlamentet har institutionen fått ett ökat inflytande över hela genomförandet av planen. Under senhösten 2020 ökade också vissa medlemsstaters motstånd, då de ungerska och polska regeringarna opponerade sig mot att medel ur fondens pengar skulle villkoras av att mottagarländerna lovar att respektera de demokratiska principerna, även kallat *rättsstatskonditionalitet*.⁴⁰ I slutförhandlingarna av återhämtningsplanen uppstod ett skarpt läge, när de två länderna hotade med att lägga in sina veton mot hela planen om man inte drog bort kravet på rättsstatskonditionaliteten. Detta är en oroande utveckling mot bakgrund av att syftet med villkoret var att medlemsländerna skulle lämna garantier till EU om att de medel som betalas ut genom fonden kommer användas på ett lagligt sätt.

Återhämtningsplanen har många inslag av finanspolitik och bedömningen är att detta nya element av unionspolitik på sikt kan innebära ett steg mot ökad överstatlighet. Medlemsländernas erfarenheter av hur finanskrisen påverkade euroområdet anses ha varit avgörande för enigheten om planen, trots motsättningar mellan medlemsländerna under vägen (Flam 2020).

Sammanfattningsvis kan det konstateras att medan kommissionen på ett tydligt sätt har försökt att artikulera medlemsländernas gemensamma intressen under covid-19-krisen har samtalen i Europeiska rådet snarare kantats av att medlemsländerna uttrycker sitt eget ansvar för folkhälsofrågorna. En konsekvens av detta är att Europeiska rådet, som vanligtvis ger unionen impulser

39 <https://www.europaortalen.se/2020/07/eu-parlamentet-missnojt-med-budgetuppgorelse>.

40 Se ländernas gemensamma uttalande: <https://www.euronews.com/2020/11/26/hungary-and-poland-maintain-united-front-blocking-eu-covid-19-recovery-fund>.

för den politiska utvecklingen, under covid-19-krisen snarare har agerat på initiativ från kommissionen. Detta har möjligen gett kommissionen en mer framskjuten roll än vad den annars skulle ha haft.

6. Var bör makten placeras under de europeiska kriserna?

Under covid-19-krisen har en europeisk debatt blossat upp om de internationella samarbetsorganisationernas roll i hanteringen av transnationella kriser. Denna debatt är inte ny då det finns flera forskare som länge har arbetat med frågeställningen, Emergency Powers in International Organizations (EPIO). Men eftersom pandemin så tydligt har visat på hur spänningen mellan staters formella suveränitet och den sammanlänkade globala, respektive europeiska, ekonomin riskerar att undergräva möjligheterna till en effektiv krishantering har forskningen fått särskild uppmärksamhet under pandemin.

I en workshop som organiserades på midsommarafton i år ställde sig Christian Kreuder-Sonnen frågan om inte Världshälsoorganisationen (WHO) rentav hade kunnat motverka pandemin om organisationen direkt hade konfronterat den kinesiska regeringen och därtill utfärdat resevarningar över hela världen. Sonnen-Kreuder undrade också om Europeiska kommissionen hade kunnat bromsa de negativa effekterna inom Schengenområdet om den direkt hade förklarat för medlemsländerna vilka villkor som gäller för resebegränsningar inom Schengen, samt vilka exportrestriktioner av sjukvårdsmateriel som kan rättfärdigas enligt EU-rätten. Sist ställde han sig frågan om FN hade kunnat göra mer för krisens dödsoffer i underutvecklade länder, genom att ge FN:s myndigheter ett operativt mandat under kapitel VII i FN-stadgan.⁴¹

Frågorna kan läsas som ett ifrågasättande av hur det globala nödtillståndet har stärkt nationalstaten, i ett läge där det mellanstatliga samarbetet kanske behövdes som mest. Det finns nämligen en stor risk att nationalstaten begränsas till att se de mest akuta problemen som utspelar sig på hemmaplan, men utan att se sina ömsesidiga beroenden av andra länder i den globala ekonomin.

Perspektivet tas även upp av Mary Dobbs i ett specialnummer av *European Journal of Risk Regulation* från juni 2020. Dobbs ifrågasätter rentav hela den westfaliska ordningen med nationalstaten som primärt beslutscentrum och utgångspunkt för internationellt samarbete i relation till beslut som rör pandemier. Hennes analys utgår från subsidiaritetsprincipen. Hon menar också att det kan vara aktuellt att överväga en beslutsnivå som inte utgår från nationalstaten för att möjliggöra en mer effektiv pandemibekämpning (Dobbs 2020:248). Även Kelley Lee och Julianne Piper resonerar på ett liknande sätt,

41 Perspektiven presenterades muntligt under workshopen *The Transnational Politics of Emergency* den 19 juni 2020.

när de i en artikel i *Global Governance* ställer sig frågor om WHO:s mandat inte behöver ses över med anledning av organisations begränsade möjligheter att hantera covid-19-pandemin (Lee & Piper 2020:523-533).

En teoretisk utgångspunkt för forskningen inom EPOI är att nödtillstånd tenderar att generera överlåtelser av makt till internationella organisationer. *”It is the raw exceptionalism in a world of a weakly institutionalized international legal spheres that allows for IO ”authority leaps” which are contested but tend to be normalized”* (Kreuder-Sonnen 2019). Ett exempel skulle kunna vara de befogenhetsöverlåtelser som har skett från medlemsländerna till EU under framför allt eurokrisen. Samtidigt, påpekas det, saknas det oftast en formell maktöverlåtelse, vilket tenderar att ge den nya beslutsnivån fria tyglar att verka utan formella regler. *”The euro crisis is widely perceived to have originated in an institutional misfit where the lack of supra-national authority in fiscal policy represented a functional gap that begged closure”* (Scharpf 2013). När pandemin började orsaka motsvarande problem i medlemsländerna - inte minst till följd av nationella lockdowns - ökade också användningen av de informella beslutsmekanismer som användes under finanskrisen (det vill säga bond-buying program av ECB) - återigen utan att ge det nya beslutscentrumet ett formellt mandat.

Om covid-19-krisen leder till att de europeiska ledarna låter sig övertygas om att medlemsländernas ömsesidiga ekonomiska beroendeförhållande förutsätter en ökad samordning av de nationella åtgärderna på EU-nivån, är det mot denna bakgrund också nog läge att diskutera hur formerna för ett sådant europeisk beslutscentrum skulle kunna se ut. Det är med andra ord inte rimligt att ställa krav på att medlemsländer ska begränsa sina nödtillstånd för att motverka negativa effekter för det demokratiska styrelseskicket, om motsvarande krav inte kan ställas på det europeiska beslutscentrumet.

7. Avslutande ord

Uppsatsen resonerar framför allt kring medlemsstaternas möjligheter och begränsningar under ett nödtillstånd i den sammanflätade europeiska ekonomin. En slutsats är att covid-19-krisen tyder på att medlemsländerna har haft ett näst intill obegränsat mandat att fatta egna beslut till skydd för folkhälsan. En annan slutsats är att en sådan handlingsfrihet hos medlemsländerna riskerar att fördjupa krisen då medlemsländerna tenderar att agera utifrån sina egna akuta behov utan att relatera till sina ömsesidiga beroendeförhållanden till varandra. Ätminstone syntes sådana tendenser i det tidiga stadiet av pandemin. En underliggande fråga i denna diskussion är hur långt EU:s rättsliga och politiska system kan sträcka sig in i i medlemsländernas så kallade ”suveränitet” år 2020. De tidigare kriserna under 2000-talet har visat på en rörelse mot en ökad överstatlighet, exempelvis genom ECB:s ökade kontroll över finanspolitiken,

men också genom den europeiska gränsbevakningsbyråns (Frontex) utvidgade mandat under flyktingkrisen. Covid-19-krisen ser än så länge ut att gå i den motsatta riktningen, vilket kan förklaras av att EU-nivån snabbt konstaterade att folkhälsopolitiken faller inom medlemsländernas befogenheter. Även om själva utformningen och finansieringen av hälso- och sjukvården ligger hos medlemsländerna, är dock slutsatsen att EU inte har några befogenheter alls på området felaktig. Det är bland annat på EU-nivån som reglerna om vilka produkter som får användas i den europeiska sjukvården beslutas samt vilka kvalitetssäkringskrav som ska ställas på medicinerna respektive vaccinen. Därtill är medlemsländernas hälso- och sjukvårdssystem djupt beroende av EU:s inre marknad, som säkerställer tillgången till sjukvårdsutrustning och även personal i länder som har brist på sjukvårdspersonal. Givetvis kan även EU-samarbetet påverka finansieringen av systemen genom att medlemsländer kan åtnjuta ekonomiska fördelar av samarbetet.

I en antologi utgiven av Sieps framhålls två vitt skilda perspektiv på hur Lissabonfördraget har klarat av att hantera EU:s utmaningar sedan 2009, då fördraget trädde i kraft. Luuk van Middelaar menar att fördraget är fullgott med tanke på EU:s uppgift. Förutsatt att alla aktörer spelar sina roller på rätt sätt har EU en välfungerande dubbel verkställande makt i form av Europeiska rådet och Europeiska kommissionen. Han menar också att fördraget erbjuder tillräckligt med flexibilitet för att unionen ska kunna utvecklas vidare, samtidigt som medlemsländerna kan gå utanför fördragets ramar om det är nödvändigt. Han understryker dock behovet av politisk vilja (van Middelaar 2019). I samma antologi menar Daniel Keleman att löftena om att Lissabonfördraget skulle göra EU mer demokratiskt och mer effektivt inte har infriats. Han understryker särskilt att de reformer som syftade till att öka öppenheten och effektiviteten inte var tillräckliga för att lösa de största problemen med den bristande insynen och effektiviteten i EU – i synnerhet i Europeiska rådet (Keleman 2019). I ljuset av covid-19-krisen ter sig märkligt nog båda perspektiven vara giltiga. van Middelaar kan ges rätt, genom att EU-nivån i flera avgörande frågor har förmått fatta beslut i syfte att motverka en fördjupad ekonomisk kris. Samtidigt ser även Keleman ut att få rätt när han menar att besluten i Europeiska rådet fortsatt sker i dunkel, vilket urvattnar EU:s legitimitet.

Även om covid-19-krisen kan betraktas som en exceptionell kris på det sätt den har lamslagit större delen av världen på en och samma gång, går det inte att utesluta att exempelvis en framtida klimatkatastrof med omfattande effekter för den globala livsmedelsproduktionen skulle kunna leda till motsvarande protektionistiska tendenser i medlemsländerna. Eller varför inte en ny pandemi? I ljuset av detta behöver EU och medlemsländerna nu föra en diskussion om hur den framtida krishantering ska se ut. En sådan diskussion bör inte utgå från principiella ställningstaganden om vem som ska bestämma över vad, utan bör inriktas på att hitta ett system som förhåller sig till den realitet som

EU-samarbetet idag innebär: EU:s sammanflätade ekonomiska system innebär att medlemsländernas öden under kriserna kan komma att avgöras av staternas gemensamma förmåga att förstå hur deras nationella beslut påverkar dem alla.

Litteratur

- Ackerman, Bruce, 2004. "The Emergency Constitution", *The Yale Law Journal* 113, s. 1029.
- Alemanno, Alberto, 2020. "Taming COVID-19 by Regulation: An Opportunity for Self-Reflection", *European Journal of Risk Regulation* 11(2), s. 187-194.
- Cameron, Iain & Jonsson Cornell, Anna, 2020. "Fredstida kriser i en konstitutionell kontext – en komparativ analys och en försiktig framåtblick för Sveriges del", *Svensk Juristtidning*, häfte 10.
- Craig, Paul & de Búrca, Gráinne, 2011. *EU Law: Texts, Cases and Materials*, femte upplagan. Oxford: Oxford University Press.
- Drinóczi, Tíme & Bień-Kacala, Agnieszka, 2019. "Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland", *German Law Journal* 20, s. 1140-1166.
- Dobbs, Mary, 2020. "National Governance of Public Health Responses in a Pandemic?", *European Journal of Risk Regulation* 11(2), s. 240-248.
- Farrell, Henry & Newman, Abraham L., 2019. "Weaponized Interdependence: How Global Economic Networks Shape State Coercion", *International Security* 44 (1), s. 42-79.
- Flam, Harry, 2020. "År återhämtningsplanen börjar på överstatlig finanspolitik i EU?", *Svenska institutet för europapolitiska studier*, 2020:11epa.
- Ginsburg, Tom & Versteeg, Mila, 2020. "The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic", *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52*, University of Chicago, Public Law Working Paper No. 747, tillgänglig på <https://ssrn.com/abstract=3608974>.
- Hillion, Christophe, 2020. "Poland and Hungary are withdrawing from the EU", *VerfBlog*, 2020-04-27, <https://verfassungsblog.de/poland-and-hungary-are-withdrawing-from-the-eu/>.
- Hirschfeldt, Johan, 2020. "Svensk krishantering i fredstid", *Svensk Juristtidning*, häfte 10.
- Kreuder-Sonnen, Christian, 2019. "International authority and the emergency problematique: IO empowerment through crises", *International Theory* 11 (2), s. 182-210.
- Lee, Kelley & Piper, Julianne, 2020. "The WHO and the COVID-19 Pandemic", *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations* 26(4), s. 523-533.
- Meyer-Resende, Michael, 2020. "The Rule of Law Stress Test: EU Member States' Responses to COVID-19", *VerfBlog*, 2020-11-29, <https://verfassungsblog.de/the-rule-of-law-stress-test-eu-member-states-responses-to-covid-19/>.
- Purnhagen, K. P. et al, 2020. "More Competences than You Knew? The Web of Health Competence for European Union Action in Response to the Covid-19 Outbreak", *European Journal of Risk Regulation* 11(2), s. 297-306.
- Renda, A. & Castro, R., 2020. "Towards Stronger EU Governance of Health Threats after the COVID-19 Pandemic", *European Journal of Risk Regulation* 11(2), s. 273-282.

- Scharpf, Fritz W., 2013. "Monetary Union, Fiscal Crisis and the Disabling of Democratic Accountability", s. 108 -142 i Streeck, Wolfgang & Schäfer, Armin (red.), *Politics in the Age of Austerity*. Cambridge: Polity Press.
- Södersten, Anna (red.), 2019. *The Lisbon Treaty 10 years on: Success or Failure?*, Sieps 2019:20p.
- Weatherill, Stephen, 2004. "Competence Creep and Competence Control", *Yearbook of European Law* 23(1). Oxford.
- Wiberg, Maria, 2014. *The EU Service Directive: Law or Simply Policy?*. T.M.C. Asser Press.