

Ola Zetterquist¹

Esse, non videri

– företrädesprincipens vara eller icke vara

Sammanfattning

Företrädesprincipen innebär att medlemsstaterna inte får tillämpa nationella bestämmelser som strider mot unionsrätten. Unionsrätten kan därmed sägas ha företräde framför den nationella rätten, även medlemsstaternas egna grundlagsbestämmelser. Principen är inte fördragsfäst utan har fastställts och preciserats av EG-domstolen i en rad rättsfall. Den går inte heller att finna i det nya Lissabonfördraget. I denna analys konstateras att det inte har någon rättslig betydelse att principen inte har tagits med i fördragstexten.

Analysen behandlar principen dels ur ett *internt* perspektiv, dels ur ett externt perspektiv. Att man betraktar principen ur ett internt perspektiv innebär att den "egna konstitutionen" ställs i centrum, det vill säga utgångspunkten är antingen fördragen eller medlemsstaternas konstitutioner. På detta sätt tydliggörs två diametralt olika synsätt vad gäller företrädesprincipens betydelse. Enligt det ena synsättet kan företrädet härledas direkt ur fördragen medan det andra synsättet hävdar att företrädet endast kan förklaras genom medlemsstaternas konstitutionella bestämmelser.

I denna analys hävdas emellertid att frågan om unionsrättens företräde bättre kan förklaras utifrån det så kallade *externa* perspektivet. Det är enligt detta perspektiv oväsentligt om företrädesprincipen är fördragsfäst eller inte eftersom svaret endast går att finna på ett annat, mycket djupare plan som kan betecknas som den samhällskontraktliga nivån och som gäller rättens materiella legitimitet. Problemet är att den så kallade yttersta valideringsgrunden, det vill säga grunden för rättens materiella legitimitet, inte är detsamma på medlemsstatsnivå som på unionsnivå. Slutsatsen är att företrädesprincipens konstitutionella karaktär kommer att vara otydlig så länge som medlemsstaternas yttersta valideringsgrund inte är maktindelning utan parlamentarisk demokrati.

Företrädesprincipens grundläggande kontrovers

Principen om EG-rättens företräde är en av hörnstenarna i vad som ofta kallas "konstitutionaliseringen av fördragen" och gäller i grund och botten frågan om gemenskapsrättens karaktär och förhållande till medlemsstaternas rättsordningar. Tagen på allvar innebär den att medlems-

staterna förlorar den rättsliga förmågan att lagstifta i strid med EG-rätten och utgör på så sätt en central förutsättning för tanken om EU som en federal rättsordning (vilket inte är detsamma som en federal *stat*).²

Principen är ända sedan 1964 etablerad i EG-domstolens

¹ Jur dr i allmän rättslära vid Juridiska Fakulteten vid Lunds Universitet. Idag verksam som universitetslektor i konstitutionell rätt och Europarätt vid Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet.

² Principen påminner starkt om den amerikanska konstitutionens *supremacy clause* (artikel VI.2) som stadgar att "This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof... shall be the supreme law of the land; and the Judges in every State shall be bound thereby."

(EGD) rättspraxis men i det numera saligen insomnade fördraget om upprättandet av en konstitution för Europa (konstitutionsfördraget), som antogs av det Europeiska rådet 2004, återfanns principen för första gången i fördragsform.

Företrädesprincipen har på grund av sin tydligt konstitutionella karaktär sedan länge varit föremål för starkt delade meningar. Frågans sprängkraft kommer just av att den aktualiserar kärnfrågan om suveränitetsbegreppets innebörd i EG:s kontext: Är EG en union av suveräna medlemsstater? Har suveräniteten i vissa delar övergått till EG? Frågan om företrädesprincipen fångar därmed också i ett nötskal den övergripande frågan om vad EU är som offentligrättsligt subjekt. Det finns också mycket riktigt flera exempel på att medlemsstaternas domstolar och regeringar har markerat ett principiellt avståndstagande från den.³ Dessa markeringar har varit avsedda att understryka medlemsstaternas status som just suveräna stater.

Oavsett dessa principiella markeringar kan det med säkerhet sägas att företrädesprincipen tillämpas i den dagliga verksamheten i medlemsstaterna. Det är näst intill okänt att en domstol i medlemsstaterna har vägrat åsidosätta en nationell norm som klart och tydligt står i strid med en EG-rättslig bestämmelse med hänvisning till den egna författningen. Ur ett praktiskt perspektiv är företrädesprincipen därför i huvudsak att beteckna som ”gällande rätt”. Svårigheten gäller det potentiella ”yttersta” fallet när en nationell domstol anser att den, vid en normkonflikt som inte kan lösas tolkningsvägen, bör upprätthålla en nationell rättsregel över en EG-rättslig.

Företrädesprincipen och det konstitutionella fördraget

En av de mest iögonfallande skillnaderna mellan det gamla fördraget om upprättandet av en konstitution för Europa (konstitutionsfördraget) jämfört med Lissabonfördraget är att principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt inte längre finns fördragsfäst. Denna princip återfanns i konstitutionsfördragets artikel I-6 och hade följande lydelse:

Konstitutionen och den rätt som antas av unionens institutioner genom utövande av de befogenheter som de har tilldelats ha företräde framför medlemsstaternas rätt.

Till det konstitutionella fördraget fogades även en förklaring om innehållet i artikel I-6. Förklaringen hade följande lydelse:

[Regerings-]Konferensen konstaterar att artikel I-6 återspeglar befintlig rättspraxis från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätten.

Avsikten med förklaringen ansågs vara att kodifieringen inte innebar någon förändring av rättsläget såtillvida att ingen ny beslutanderätt för EU skapades genom artikeln.⁴ Några av de svenska remissinstanserna hävdade dock att införlivandet innebar en faktisk förändring av rättsläget.⁵ Frågan som då naturligen inställer sig är om utelämnandet av artikel I-6 innebär någon egentlig förändring mellan de två fördragen eller om svaret på frågan måste sökas djupare än i själva fördragstexten.

Först och främst skall konstateras att artikeln som innehöll företrädesprincipen inte kan tolkas isolerat från fördragets övriga bestämmelser. Företrädesprincipen står i särskilt nära samband med den allmänna lojalitetsprincipen som finns i det nuvarande EG-fördragets artikel 10 och som stadgar att medlemsstaterna skall underlätta fördragsmålens uppfyllelse och att de skall avstå från sådana åtgärder som kan riskera att fördragens mål uppnås.⁶ Denna princip har, trots sin något programmatiska karaktär, kommit att användas i betydande omfattning av EGD som den kanske viktigaste grunden för konstitutionaliseringen av fördragen eftersom de nationella domstolarnas skyldighet att tillämpa alla övriga EG-rättsliga principer baseras just på lojalitetsprincipen.⁷ För att nämna ett praktiskt betydelsefullt exempel står lojalitetsprincipen som moderprincip för ”effektivitetsprincipen” som innebär att EG-rättigheter skall vara justiserbara och effektiva i realiteten. Företrädesprincipen kan ses som en naturlig förlängning och förstärkning av lojalitetsprincipen och gör denna (pedagogiskt) tydligare.

Lojalitetsprincipen är en av de tydligaste federala principerna i fördragen och som framhäver dess konstitutionella karaktär men det är ingen hemlighet att fördragen också innehåller inslag (förutom den institutionella utformningen och bestämmelserna om fördragsrevision, där medlemsstaterna har det avgörande inflytandet) som un-

³ För en empirisk redogörelse för dessa markeringar se L. Friedman Goldstein, *Constituting Federal Sovereignty – The European Union in Comparative Context*, Johns Hopkins University Press, 2001, s 172ff

⁴ Se regeringens lagrådsremiss av den 2 juni 2005 om det konstitutionella fördraget, avsnitt 7.3.2. Det kan anmärkas att förklaringar i anslutning till fördragen, men som inte infogas i själva fördragstexten eller ett protokoll, inte har någon bindande rättsverkan.

⁵ Ibid

⁶ Detta samband underströks särskilt av Finska statsrådets redogörelse till Riksdagen för Konstitutionsfördraget s 35–36, http://www.vn.fi/tiedostot/julkinen/vn/selonteot-mietinnot/Valtioneuvoston_selonteoko_Euroopan_unionin_perustuslakisopimuksesta/142701.pdf

⁷ Se närmare J. Temple Lang, *Article 10 EC – The Most Important ‘General Principle’ of Community Law*, i eds. U Bernitz, C. Cardner & J. Nergelius, *General Principles of European Community Law in a Process of Development*, Kluwer Law International, kommande publicering 2008

derstryker medlemsstaternas ställning som suveräna stater i folkrättslig bemärkelse och som så att säga verkar i motsatt riktning mot företrädesprincipen vad gäller frågan om EU:s ställning som offentligrättsligt subjekt. Även dessa principer fann sin väg in i konstitutionsfördraget. I artikel I-5 stadgades exempelvis att:

Unionen skall respektera medlemsstaternas nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det regionala och lokala självstyret. Den skall respektera deras väsentliga statliga funktioner, inbegripet funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten.

Formuleringen i artikel I-5 sträcker sig betydligt längre än den tidigare föreskriften i EU-fördragets artikel 6.3 som bara stadgade att "Unionen skall respektera den nationella identiteten hos medlemsstaterna". Syftet med det utökade skyddet av den nationella identiteten är, som framgår av ordalydelsen, inte att skydda någon "kulturell" identitet hos medlemsstaterna utan just deras status som suveräna stater. Denna ställning skyddades även genom att man i konstitutionsfördragets artikel I-60 föreskrev att en medlemsstat kunde utträda ur Unionen i enlighet med sina egna konstitutionella föreskrifter. I likhet med företrädesprincipen var utträdesrätten inte tidigare fördragsfäst utan ansågs föreligga underförstått, inte minst sedan Grönland 1985 faktiskt beviljades utträde ur EG.

Företrädesprincipen enligt det interna perspektivet

Det är väl bekant att det finns delade meningar om företrädesprincipens egentliga konstitutionella ställning med EGD i ena ringhörnan och vissa av medlemsstaternas domstolar, i synnerhet den tyska författningsdomstolen, och politiker t.ex. den svenska regeringen, i den andra. Dessa delade meningar kokar i grund och botten ner i två oförenliga grundpositioner men som är var för sig koherenta om de betraktas ur ett "internt" perspektiv där den "egna" konstitutionen står i centrum:

Å ena sidan hävdas att EG-rättens direkta effekt, och därmed dess företräde, härleds direkt ur fördragen. Dessa fördrag utgör därmed den konstitution som skall avgöra eventuella normkonflikter med nationell rätt. Å andra sidan hävdas att EG-rättens direkta effekt, och därmed dess företräde, endast kan förklaras genom medlemsstaternas konstitutionella bestämmelser och anslutningsinstrument. En ändring av dessa nationella bestämmelser skulle därmed med nödvändighet även ändra EG-rättens ställning inom staten.

Det är alltså tydligt att det inte finns ett entydigt "rätt" juridiskt svar på frågan om vilken ståndpunkt som är den korrekta. Argumentationen kan i denna del sägas ligga på en annan nivå än den rättsdogmatiska. Frågans besvarande kräver därför ett mer principiellt angreppssätt än att fokusera enbart på lydelsen av en artikel i ett fördrag.

Innan frågan om betydelsen av principens fördragsfästade behandlas skall de två grundpositionernas motivering rekapituleras. En sådan rekapitulering innebär med nödvändighet en förenkling eftersom dessa positioner företräds av flera olika aktörer men grunddragen är tydliga och gemensamma för de flesta som företräder endera av dem.

Argumenten för företrädesprincipen

Tesen om att Gemenskapsrätt skall ha företräde framför nationell rätt kan dateras till tidigt 1960-tal och då främst det klassiska rättsfallet *Costa v ENEL* (6/64) där EGD yttrade:

... den rätt som uppkommit ur fördraget och som härrör från en autonom källa alltså inte, till följd av sin självständiga och särpräglade karaktär, kan rättsligt befinna sig i konflikt med någon som helst nationell lagtext utan att förlora sin gemenskapskaraktär och utan att den rättsliga grunden för själva gemenskapen sätts i fråga.

Även om detta avgörande brukar anges som startpunkten för företrädesprincipen såddes fröna till denna princip emellertid redan i det tidigare och möjligen ännu mer klassiska fallet *van Gend en Loos* (26/62). I detta fall kom EGD som bekant fram till att EG-rätten var en ny och självständig rättsordning och att de inomstatliga effekterna av EG-rätten därför följde direkt av fördragen och inte, vilket är det vanliga beträffande folkrättsliga traktaters inomstatliga verkan, förmedlade genom medlemsstaternas konstitutioner. Den väsentliga konsekvensen var att EG-rätten övergick från att vara en gemensam rätt mellan medlemsstaterna till att bli en gemensam rätt inom dessa stater. Med denna utgångspunkt var Domstolens slutsats i det senare fallet *Costa v ENEL* egentligen given. En gemensam rätt inom samtliga medlemsstater kräver med nödvändighet att dess rättsregler ges företräde framför motstridig nationell rätt eftersom den annars de facto ganska snart kommer att upphöra att vara gemensam. Av detta skäl kan argumentet även kallas för *the or else argument*.⁸

Givet att man fullt ut accepterar tanken på EG-rätten som en *gemensam* och *enhetlig* rätt inom medlemsstaterna finns det i logisk bemärkelse inte mycket att invända mot företrädesprincipen från ett internt EG-rättsligt perspektiv. Den mer intressanta frågan i sammanhanget är emellertid vad som fick EGD att dra slutsatsen, i såväl van

⁸ Utvecklat av F. Mancini i *The Making of a Constitution for Europe*, *Common Market Law Review* [1989] s 595-614

Gend en Loos som i *Costa v ENEL*, att EG-rätten var en ny och gemensam rättsordning eftersom det är här vi finner kärnan i såväl företrädesprincipens berättigande som i motståndarlägrets attacker på densamma.

EGD använde sig huvudsakligen av följande argument i sitt resonemang i van Gend en Loos: För att besvara frågan om fördragets verkan i medlemsstaterna "... måste deras anda, uppbyggnad och avfattning beaktas". EGD fortsatte med att konstatera att målet för fördragen var att upprätta en gemensam marknad som direkt berörde medborgarna och att detta följaktligen "... innebär att fördraget är något mer än ett avtal som enbart skapar ömsesidiga skyldigheter mellan de avtalslutande staterna".

EG-rätten hade även enligt EGD en särskild betydelse för medborgarnas rättsliga ställning såtillvida att EG-rätten även är

...avsedd att oberoende av medlemsstaternas lagstiftning skapa rättigheter som blir en del av de enskildas rättsliga arv.

EGD har alltså huvudsakligen baserat EG-rättens anspråk på överhöghet på fördragets målsättningar om "en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken" och att denna målsättning påverkar medborgare i lika hög grad som stater. Det är vidare av central betydelse att medlemsstaterna genom fördragen frivilligt och i rättsligt bindande former tilldelat EG maktbefogenheter som typiskt sett är desamma som de som förknippas med den statliga suveräniteten. EGD använder sig explicit av skrivningen att medlemsstaterna har avstått sin suveränitet till förmån för EG.⁹ Detta avstående är enligt EGD permanent och därur följer företrädesprincipen såtillvida att medlemsstaterna tappar makten, som annars hör suveräniteten till, att lagstifta i strid med EG-rätten.

Den överföring som staterna företagit från sin nationella rättsordning till förmån för gemenskapsrättsordningen av rättigheter och skyldigheter i överensstämmelse med fördragets bestämmelser, medför således en definitiv inskränkning av staternas suveräna rättigheter.

Jämfört med folkrättens allmänna regler framträder här en betydelsefull skillnad. En stat kan lagstifta i strid med folkrättsliga förpliktelser i full vetskap om att den ådrar sig ett folkrättsligt ansvar för detta men inom staten kommer domstolar och myndigheter inte att tillämpa de folkrättsliga instrumenten utan den inhemska lagstiftningen. Ett eventuellt ansvar för fördragsbrottet får därmed sökas i ett annat forum än statens egna domstolar. Det är av betydelse för argumentet att, enligt fast etablerad folkrättslig traktatsrätt¹⁰ ingen stat kan ursäktas ett brott mot sina traktatsförpliktelser med hänvisning till interna rättsförhållanden (t.ex. att dessa förpliktelser står i strid med statens egen konstitution). Anspråket på EG-rättens företräde har alltså i grund och botten baserats på kontraktsgrunder¹¹ där betydelsen av upprättandet av fördragen har tillmätts en konstitutionell snarare än folkrättslig betydelse.¹²

Från ett internt EG-rättsligt perspektiv är det därmed också givet att frågan om en EG-rättslig norms giltighet slutligt endast kan bedömas av EGD självt eftersom det annars inte längre skulle vara fråga om en gemensam rättsordning. Detta gäller även för det fall frågan gäller om institutionerna haft kompetens att besluta åtgärden ifråga eller om den skall anses inkräkta på medlemsstatens "nationella identitet" som denna uttrycks i deras "politiska och konstitutionella grundstrukturer". Denna bestämmelse sätter visserligen materiella gränser för Unionens kompetenser som EGD skall respektera och medlemsstaterna kan också i fördragsform ändra dess innehåll men enligt rättsstatsprincipen, som uttrycks i det nuvarande EGF artiklar 220 och 292, tillkommer dess uttolkning EGD och inte medlemsstaternas domstolar.

Argumenten mot företrädesprincipen

Även argumenten mot företrädesprincipen kan förstås från en "intern" synpunkt. I detta fall är det den egna medlemsstatens konstitution som utgör referenspunkten. Från denna formella synpunkt göras gällande att fördragen, och därmed alla rättsakter och övrig rättsbildning, däri-

⁹ "...gemenskapen utgör en ny rättsordning inom folkrätten till vars förmån staterna, låt vara på begränsade områden, har inskränkt sina suveräna rättigheter och som inte enbart medlemsstaterna utan även dessas medborgare lyder under.", 26/62, van Gend en Loos, ECR [1963] s 12.

¹⁰ FN:s konvention om traktater (Wienkonventionen) har följande lydelse (artikel 46 1.A): A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

¹¹ Även i detta sammanhang kan Wienkonventionen vara av intresse: "...the principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule are universally recognized", preamble 3:e stycke.

¹² Det är mot bakgrunden av de konstitutionaliserande avgörandena i van Gend en Loos och *Costa v ENEL* som EGD:s fortsatta konstitutionisering av fördragen skall förstås. Om fördraget skulle "mutera" från sitt folkrättsliga ursprung till den konstitutionella domänen var det nödvändigt att också tillgodose andra väsentliga konstitutionella element som inte fanns i fördraget. Det är av dessa skäl som EGD kom att utveckla ett rättighetskydd inom ramen för de allmänna rättsprinciperna och ett embryomatiskt europeiskt "medborgarskap" genom att utvidga räckvidden för de individuella rättigheterna bortom de rent ekonomiska förhållandena (som t.ex. arbetstagare och företagare). För en utförligare redogörelse se F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, *Common Market Law Review* [1989] s 595-614

bland EGD:s domstolspraxis, som sker på grundval av fördragen, härleder sin giltighet ur ett folkrättsligt fördrag som i sin tur härleder sin giltighet ur medlemsstaternas konstitutioner. Det var just dessa konstitutioner som gav staterna förmåga att ingå fördragen med rättslig verkan. För svenskt vidkommande innebär detta, schematiskt uttryckt, att det är Regeringsformen som har konstituerat Riksdagen och gjort det möjligt, närmare bestämt genom RF 10:5, för Sverige att, genom Riksdagens beslut, tillträda fördragen.

Fördragen som sådana åtnjuter, till skillnad från Riksdagens ställning, inget grundlagsskydd enligt RF.¹³ Även de svenska domstolarna, som skall tillämpa företrädesprincipen, härleder, direkt eller indirekt, sin existens ur Regeringsformen (RF 11:1) och inte ur EGF. Eftersom fördragen härleder sin existens ur Regeringsformen står de därmed också nödvändigtvis på en lägre nivå än vad Regeringsformen gör. Det spelar vad gäller företrädesprincipen, från svenskt perspektiv, faktiskt ingen roll vad som står i fördragen eftersom Riksdagen alltid kan återkalla överlåtna befogenheter genom ett enkelt beslut.¹⁴

En annan formell angreppsvinkel är att medlemsstaterna inte kan överföra kompetenser till EU som inte tillkommer de egna statsorganen (alltså överlåtelser som står i strid med den egna författningen). Om en gemenskapsrättsakt eller dom skulle bryta mot den nationella konstitutionen kan denna alltså inte anses omfattas av överlåtelser utan EG har i sådant fall handlat utanför ramen för de tilldelade befogenheterna (*ultra vires*). Det centrala i denna uppfattning är att suveränitet och företräde är två konceptuellt skilda begrepp. Suveräniteten tillkommer medlemsstaten och uttrycks i dennas konstitution medan företrädet för EG-rätten är en instruktion till nationella domstolar och myndigheter att ge EG-rätten företräde inom de områden där EG har tilldelats kompetens.

Ultra vires-argumentet är det tongivande i den svenska hållningen beträffande företrädesfrågan. Såväl inför medlemskapet som inför konstitutionsfördragets antagande framfördes från såväl riksdagens konstitutionsutskott som regeringens sida att företrädesprincipen bara gäller på de områden där Riksdagen har överlåtit beslutanderätt. Skulle en regel i en av Gemenskapens rättsakter ligga utanför detta

område föreligger inte en konflikt mellan svensk rätt och EG-rätt eftersom rättsakten då saknar rättsverkan i Sverige av det enkla skälet att EG organet aldrig haft befogenhet att utfärda den.¹⁵ Denna fråga skall enligt det interna perspektivet också slutligen avgöras av den egna medlemsstatens domstolar eller andra offentliga organ.¹⁶ Uttryckt i termer av nationell identitet, som detta begrepp används i konstitutionsfördraget, är det alltså medlemsstaterna som avgör när de europeiska organen har inkräktat på denna nationella (konstitutionella) identitet.

Lissabonfördraget – spelar principens fördragsfästade någon roll?

Vid en flyktig jämförelse mellan konstitutionsfördraget och Lissabonfördraget är det intressant att notera att de principer som uttrycker medlemsstaternas suveränitet – skyddet av medlemsstaternas nationella identitet och rätten till ensidigt utträde – har överlevt medan företrädesprincipen som gav uttryck för EU:s ställning som konstitutionellt subjekt har utgått. *Prima facie* förefaller därför som om Lissabonfördraget paradoxalt nog förstärker EU:s mellanstatliga karaktärsdrag.

Svaret är emellertid inte så enkelt. Företrädesprincipens kodifiering ansågs av de flesta bedömare vara pedagogisk snarare än konstitutiv. Det spelar, ur EG-rättslig (eller folkrättslig) synvinkel, inte någon rättslig roll för bedömningen om fördragsbrott föreligger huruvida företrädesprincipen är fördragsfäst eller ej.¹⁷ Principen fortsätter vara gällande rätt i vardaglig bemärkelse i den dagliga rättstillämpningen i medlemsstaterna och de problem som förknippas med principen försvinner inte bara för att den saknas i Lissabonfördraget.

Det kan göras gällande att den europeiska integrationen faktiskt gynnades av att företrädesprincipen utgick ur fördragen. En sådan fördragsmässig oklarhet behöver inte nödvändigtvis vara av ondo eftersom den kan sägas leda till en dynamisk dialektik mellan EGD å ena sidan och de nationella domstolarna å den andra. Det står klart att viktiga konstitutionaliserande framsteg i EGD:s rättspraxis har skett just efter det att medlemsstaters domstolar har markerat gräns mot EG-rättens företräde. Det tydligaste exemplet i detta hänseende är framväxten av det grund-

¹³ Vilket lagrådet påtalade i sitt yttrande över Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa. Enligt lagrådet är detta ett medvetet sätt att möjliggöra upphävande av fördragen genom enkelt riksdagsbeslut i vanlig ordning: ”En av vinsterna med denna konstruktion [RF 10:5.1] har, förutom att överlåtelserna kan beslutas med en gång, ansetts vara att den mellanfolkliga organisationens kompetens inte kommer att åtnjuta grundlagsskydd; en befogenhetsöverlåtelse kan återkallas genom ett enda beslut med vanlig majoritet.”, lagrådets yttrande av den 28 juni 2005, s 2.

¹⁴ Detta synsätt har sin motsvarighet i det brittiska House of Lords avgörande i fallet *Macarthy vs Smith*, [1979] 3 All ER 325 vid 329 och i den tyska författningsdomstolens avgörande i det kända Brunner fallet, 2 BvR 2134/92 & 2159/92, *Brunner v. European Union Treaty*, återgivet i Common Market Law Reports [1994] 1, s 88 § 77 samt s 91 § 55.

¹⁵ Bet 1993/94:KU 21 s 29, bet 2003/04: KUU1, s 51 samt lagrådsremissen av den 2 juni 2005 om det konstitutionella fördraget, avsnitt 7.3.2, s 45.

¹⁶ M. Melin, *Kodifiering av företrädesprincipen – förändring eller inte?*, Europarättslig Tidskrift [2004], s 27–31 vid s 31.

¹⁷ Annan mening se P. Cramér, *Does the codification of the principle of supremacy matter*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 7 [2004–2005], s 57–79 vid s 70.

läggande rättighetsskyddet i EG-rätten som framförallt är en följd av tyska domstolars dubier om EG-rättens adekvans i detta hänseende. Så länge de nationella domstolarna är lojala, vilket å andra sidan är långt ifrån givet, mot den europeiska integrationens grundideal kan de konstitutionella spänningarna bättre lösas med horisontell dialog snarare än genom vertikal adjudikation.¹⁸

Mot denna ståndpunkt kan dock anföras att det lömska inte ligger i själva företrädesprincipen, vare sig det är medlemsstatlig eller EG-rätt som skall äga företräde, som ”intern” princip. Det större problemet är snarare möjligheten domstolar ibland väljer att tillämpa den och ibland väljer att inte göra det, det vill säga en situation där det föreligger två parallella system med var sin företrädesprincip. En sådan ordning kommer med nödvändighet att strida mot principen om rättssäkerhet (*rule of law*). Enskilda parter har betydligt svårare att överblicka sin rättsliga ställning om denna dessutom skall innefatta en bedömning av huruvida den nationella domstolen avser följa företrädesprincipen eller inte. Därtill kommer risken att enskildas talan kommer att användas för politiska syften snarare än för rättslig prövning; den enskilde används med andra ord som politiskt slagträ i en debatt mellan två olika rättsordningar. En sådan rättslig situation strider mot de rättstatliga värden som finns nerfälda i den europeiska konstitutionella rättens paradigm om att rätten bör vara enhetlig och förutsägbar och en rättslig bedömning skall grunda sig på parternas, snarare än staternas, förhållanden. En pragmatisk modell riskerar att (ytterligare) sudda ut gränsen mellan juridik och politik inom EU. Det är trots allt inte något juridiskt revolutionerande över tanken att rättsliga frågor skall avgöras slutligt i en domstol och att, för det fall detta domslut inte faller omgivningen på läppen, korrigeringar skall ske i lagstiftningsprocessen snarare än genom judiciell obstruktion.

En andra invändning mot den pragmatiska modellen är att den undergräver EU:s konstitutionella ställning. Att medlemsstaterna förbehåller sig rätten att slutligt pröva EG-rättens giltighet inom det egna territoriet, vare sig detta sker med direkt hänvisning till företrädesprincipen eller med ett *ultra vires*-resonemang, innebär med nödvändighet att den egna författningen tillmäts större vikt än fördragen. Annorlunda uttryckt, att den enskilda delen väger tyngre än helheten. Det kan invändas att det är precis på detta sätt som medlemsstaterna velat ha det men så länge

rätten till ensidigt utträde finns är det mer logiskt att en medlemsstat som önskar kvarstå i Unionen i sådant fall får acceptera företrädesprincipen villkorslöst. Med andra ord är det bättre att ha ett internt perspektiv åt gången snarare än två. Ett tillstånd där domstolar kan komma att använda olika företrädesprinciper på lika fall är i grund och botten mer kännetecknande för ett (lockeanskt) rättsligt naturtillstånd än en gemensam rättsordning.¹⁹ Det är på denna punkt värt att dra sig till minnes Abraham Lincolns berömda sentens från 1858 om den amerikanska unionens framtid: ”A House divided against itself cannot stand.”²⁰

Företrädesprincipens samband med rättens djupstruktur – det externa perspektivet

Två av de alljämt största problemen i den europeiska konstitutionella debatten kan direkt härledas till avgörandet i Costa / ENEL och principen om EG-rättens företräde framför all nationell rätt. Företrädesprincipen ställer nämligen frågorna om EU har ett demokratiskt underskott och om EU erbjuder ett tillräckligt rättighetsskydd såväl materiellt som processuellt på sin spets eftersom principen innebär att medlemsstaterna inte längre kan korrigera eventuella brister på det nationella planet. Dessa frågor fanns inte reglerade i fördragen just eftersom de fördragsslutande staterna inte avsåg att fördragen skulle ha företräde framför deras egna konstitutioner.

Företrädesprincipen handlar således om två av de tyngsta konstitutionella frågorna: demokrati och rättsstatlighet. Det är därför ingen överraskning att denna diskussion leder oss till de djupaste delarna av juridiken, långt bortom texttolkningens grå tillvaro. Ståndpunkterna kring företrädesprincipen har istället ett direkt samband med frågan om rättens *materiella* legitimitet, dvs. under vilka förhållande kan den göra anspråk på den åtydning som vanligen är förknippad med suveräniteten.

Frågan gäller konstitutionens yttersta valideringsgrunder (*ultimate constitutional rules*). Dessa är att hänföra till sedvanerätten snarare än den kodifierade rätten såtillvida att den yttersta valideringsgrunden vilar på ett förhållande som inte är rättsligt till sin karaktär utan snarare moral-filosofiskt eller politiskt och att dess identifikation ligger hos rättstillämparna.²¹ Annorlunda uttryckt kan en företrädesprincip inte skapas genom att bara ertecknas på ett papper

¹⁸ P. Cramér, *Does the codification of the principle of supremacy matter*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 7 [2004-2005], s 57-79 vid s 77. Denna model kräver även att EGD har en i grund och botten positiv inställning till medlemsstaternas rätt till konstitutionell autonomi.

¹⁹ “In the State of Nature there wants a known and indifferent Judge, with Authority to determine all differences according to the established Law.”, J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, 1988, II, s 351, § 125.

²⁰ Hela talet finns tillgängligt på <http://showcase.netins.net/web/creative/lincoln/speeches/house.htm>. Det kan noteras att Hobbes använde sig av en likartad lokution (A Kingdome divided in it self canot stand) för att argumentera mot maktodelningsläran, *Leviathan*, Cambridge University Press, 1996, kap XVIII, s 127.

²¹ Cf. H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, Cambridge Law Journal [1955], p 189f

utan den kräver en annan och djupare (extern) förankring.

Denna distinktion mellan den yttersta konstitutionella principen och konstitutionell rätt i allmänhet är viktig och kan liknas vid skillnaden mellan, å ena sidan, ”beslutet att spela spelet” och, å andra sidan, ”spelets regler”. Det är sant att spelets regler kan säga att det på planen finns en enväldig domare vars beslut inte får överklagas och som inte behöver följa något annat rättesnöre än sitt eget samvete. Beslutet att vilja spela spelet däremot kommer mer sannolikt från spelarna än från domaren. Skapandet, förändringen eller, ytterst, skrotandet av spelet är en aktivitet som äger rum utanför spelets interna regelverk. Detta handlande är externt i förhållande till det system det skapar eller förstör.²² Beslutet att skapa spelet, snarare än domarens befogenheter inom spelet, är den yttersta konstitutionella principen eller den yttersta valideringsgrunden.

Inom rättsteorin har den yttersta valideringsgrunden oftast konstruerats som en ”igenkänningsregel” (*rule of recognition*). Vad domstolar och andra rättstillämpare erkänner och tillämpar som gällande rätt är det egentliga kriteriet, snarare än vad som råkar stå i ett visst dokument, för rättens fastställande. Ett intressant exempel härvidlag är den i brittisk konstitutionell rätt etablerade grundprincipen om parlamentets totala suveränitet. Det brittiska parlamentet är sannolikt världens mest suveräna parlament vars handlingar inte kan mätas mot någon annan rättsregel, eller som en engelsk domstol slagkraftigt formulerade saken år 1700: ”[a]n act of Parliament can do no wrong, though it may do several things that look pretty odd.”²³ En brittisk domstol är därmed i princip förhindrad att anlägga några kritiska synpunkter på parlamentets handlande så länge det står klart att parlamentet faktiskt avsett att göra det man gjort. Om man däremot ställer frågan *hur* det brittiska parlamentet nådde denna avundsvärda position kommer svaret paradoxalt nog att bli att detta beror på att de brittiska domstolarna har beslutat att så är fallet.²⁴

Tillämpat på EG ger ett sådant synsätt vid handen att det i strikt bemärkelse egentligen inte var EGD som startade det hela med avgörandena i van Gend en Loos respektive Costa v ENEL, utan den holländska respektive italienska domstol som därefter faktiskt tillämpade principerna om direkt effekt och företräde. Företrädesprincipens konstitutionella status följer i så fall inte av vad det råkar stå i fördraget utan av det faktum att den upprätthålls av de nationella domstolarna som dömer i de enskilda fallen.²⁵

Vissa bedömare menar att det av just detta skäl skedde en konstitutionell revolution i Storbritannien när House of Lords i fallet *Factortame* med hänvisning till EG-rättens företräde, som följde av 1972 års *European Communities Act*, beslöt att åsidosätta parlamentets senare *Merchant Shipping Act* från 1988. House of Lords frångick därmed, med hänvisning till EG-rättens företräde, den för brittisk konstitutionella fundamentala principen att ett parlament (*in casu* 1972 års parlament) aldrig kan binda ett senare parlament.²⁶

En sådan slutsats är dock sannolikt förhastad. Ingen nationell domstol har hittills ställts inför den ultimata frågan om en nationell rättsregel som otvetydigt avser bryta mot EG-rätten (alternativt en EG-rättslig norm som bryter mot en vital nationell konstitutionell princip) skall hantearas. I ett sådant fall är den nationella domstolen tvungen att göra en materiell värdering av de motstående ståndpunkterna. Ur ett sådant mer materiellt perspektiv görs gällande att företräde inte kan ges åt EG-rätten eftersom, exempelvis, den svenska rätten åtnjuter en högre grad av materiell legitimitet. Enligt den svenska Regeringsformens portalstadgande utgår all offentlig makt från folket (RF 1:1.1) och med ”folket” avses det *svenska* folket. Grundvalarna för det svenska folkstyret är en representativ parlamentarisk demokrati byggd på fri åsiktsbildning (RF 1:1) och med Riksdagen som det svenska folkets främsta företrädare (RF 1:4). Om utgångspunkten för rättens moraliska acceptans är att den primärt skall formars i en parlamentarisk demokratisk process där svenska medborgare har det slutgiltiga inflytandet är det ingen tvekan om att den svenska Riksdagens lagar bättre avspeglar denna princip än vad fallet är med EU:s olika rättsinstrument.²⁷ Den svenska grundlagen väger alltså som moralisk företrädesprincip tyngre än vad EGF gör.

Det är naturligtvis en aning spekulativt att uttala sig om ett hypotetiskt fall av konflikt kring den yttersta valideringsgrunden men Lord Denning gav 1979 i House of Lords en tydlig indikation om hur brittiska domstolar skulle ställa sig i frågan:

If the time should come when our Parliament deliberately passes an Act with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it or if intentionally acting inconsistently with it and says so in express terms then I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament.²⁸

²² Jfr J. Hampton, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, s 282

²³ *City of London v. Wood*, 88 Eng. Rep. 1592, 1602, (1700), citerat efter Laurence Tribe and Michael Dorf, *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, 1991, s 32.

²⁴ H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, Cambridge Law Journal [1955], s 190

²⁵ H.W.R. Wade, *Sovereignty – Revolution or Evolution?*, The Law Quarterly Review [1996], s 568-575 vid s 572ff.

²⁶ För en annat åsikt se T.R.S. Allan, *Constitutional Justice – A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, 2001, s 229ff.

²⁷ Detta är inte detsamma som att demokrati endast kan förstås som parlamentariskt majoritetsstyre av det slag som vi känner igen från RF. Detta är en grov förenkling av demokratibegreppet som i de flesta konstitutioner, även RF, begränsas av t.ex. fri- och rättighetsskydd.

²⁸ [1979] 3 All ER 325 vid 329.

Lord Dennings uttalande är sannolikt representativt för ett stort antal domare inte bara i Storbritannien utan även i andra medlemsstater.²⁹ Som synes av detta uttalande spelar fördragsfästandet av en princip liten roll för svaret på frågan om vilken regel det i slutändan är som äger företräde.

Med tanke på att demokratin i de europeiska medlemsstaterna överlag är av parlamentarisk karaktär är det betydligt svårare för en rättsordning som inte vilar på denna grund att göra gällande ett anspråk på materiell överhöghet.³⁰ Det är i grund och botten bara en övergång från en parlamentarisk till en konstitutionalistisk värdegrund som kan få EG-rätten att väga tyngre, dvs. övergång till en mer amerikansk (republikansk) typ av konstitution i medlemsstaterna där tonvikten på maktindelning och författningskontroll är betydligt starkare än vad som är fallet i Europa.

En sådan gradvis övergång kan i och för sig inte uteslutas. Över fyrtio år med principerna om direkt effekt och företräde har tveklöst medverkat till att transformera de europeiska nationella domstolarnas ställning i riktning mot en mer maktodelningsbetonad och federal roll med ”spill over”-effekter på den nationella rätten. Kodifieringen av företrädesprincipen skulle kunna ses som ett led i denna gradvisa förändring, ett slags ”sedimentering” som pekar på att rättens djupstruktur håller på att skifta i och med att medlemsstaternas parlament tar ställning till den inte bara underförstått (genom att inte riva upp fördragen) utan genom att uttryckligen befästa den. En sådan förändring kan på sikt också påverka den yttersta valideringsgrunden.

Emellertid förefaller det mig att detta i nuläget vore att dra för stora växlar på principens kodifiering eftersom den omgärdades med så många reservationer och balanserande principer, vilka dessutom blev kvar i Lissabonfördraget när företrädesprincipen försvann ur det. Den republikanska konstitutionen är också alltjämt huvudsakligen frånvarande i medlemsstaterna och detta förhållande utgör en brist i koherenshänseende som är ägnad att leda till svårösta värdekonflikter. Här föreligger också en väsentlig skillnad vid jämförelse med USA. Den amerikanska konstitutionen går till och med så långt som att föreskriva

(artikel IV.4) att alla delstater skall ha en republikansk konstitution och att det är Unionens plikt att garantera detta. Även om denna bestämmelse i modern tid främst har handlat om frågan om hur långt kongressens makt kan sträcka sig över delstaterna utan att äventyra deras självstyrelse tillkom den just för att skapa koherens mellan de olika nivåerna.³¹ Det saknas därmed en väsentlig förutsättning för materiell acceptans av företrädesprincipen i medlemsstaterna.

Slutsatser

Från ett ”internt” perspektiv kan det konstateras att Lissabonfördraget snarast verkar förstärka de mellanstatliga dragen i och med att företrädesprincipen utelämnas medan bestämmelserna om utträdesrätten och den nationella identiteten kvarstår. Utelämnandet av principen i fördraget har å andra sidan inte tagits till intäkt för att den skulle försvinna ur den rättsliga vardagen i medlemsstaterna. Om principen aldrig ansågs tillföra något materiellt nytt är det svårt att hävda att dess utelämnande har någon självständig betydelse.

Som har berörts i det föregående ligger emellertid företrädesfrågan egentligen på ett annat plan som kan betecknas som det ”externa” perspektivet. Slutsatsen är att fördragsfästandet av företrädesprincipen inte som sådan har någon materiell rättslig betydelse. Dess förekomst i positiverad form har saknat betydelse för argumentationen såväl för EGD som för dess kritiker. Den egentliga företrädesfrågan befinner sig ”en trappa ner” i den rättsliga strukturen, dvs. på den nivå i rättens djupstruktur som kan betecknas som den samhällskontraktliga och vars yttersta valideringsgrund inte är rättslig till sin karaktär. Eftersom vi nu har två parallella (en medlemsstatlig och en EG-rättslig) yttersta valideringsgrunder i den europeiska rätten är det ofrånkomligt att betydande oklarhet kommer att råda ifråga om företrädesprincipens konstitutionella karaktär. Dock är den konstitutionella modellen såväl i Sverige som i de flesta övriga medlemsstater, den parlamentariska demokratin och detta talar för att den yttersta valideringsgrunden i nuläget (även om detta kan ändras över tid) snarast kommer att finnas i medlemsstaternas konstitutioner än i fördragen. ●

²⁹ Denna slutsats delas av T.C. Hartley som till och med går så långt som att beteckna EGD:s uppfattning som *'a reality deficit'*, se T.C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*, Hart Publishing, 1999, s 181.

³⁰ Vilket även påtalats av en av EGD:s mer kända medlemmar Federico Mancini, jfr D.T. Keeling & F. Mancini, *Democracy and the European Court of Justice*, *The Modern Law Review* [1994], s 175-190 vid s 177.

³¹ ”Governments of dissimilar principles and forms have been found less adapted to a federal coalition of any sort than those of a kindred nature.”, J. Madison, *The Federalist* no 43.