

Vad hände(r) med den konstitutionella krisen i EU?

Carl Fredrik Bergström, Jörgen Hettne,
Josefin Almer, Maria Bergström

Vad hände(r) med den konstitutionella krisen i EU?

– Sieps 2006:6 –

Rapport nr 6
September 2006

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på
www.sieps.se

Författarna står själva för analys och slutsatser

Omslag: Svensk Information AB

Tryck: EO-print AB

Stockholm i augusti 2006

ISSN 1651-8942

ISBN 91-85129-39-9

FÖRORD

Svenska institutet för europapolitiska studier, Sieps, har till uppgift att bedriva och främja forskning, utvärdering, analys och studier i europapolitiska frågor med inriktning främst på områdena statsvetenskap, juridik, ekonomi och handel.

Sieps har inom ramen för forskningsprojektet Strategi 2004 presenterat ett antal rapporter och studier som har syftat till att belysa innehållet i EU:s nya fördrag om upprättande av en konstitution för Europa (det konstitutionella fördraget). Sieps har även följt den nationella behandlingen – ratificeringsprocessen – som föregår det slutliga antagandet av detta fördrag. Efter att Frankrike och Nederländerna i folkomröstningar sagt nej till fördraget och en period av eftertanke och reflektion inletts, har Sieps valt att studera den konstitutionella utveckling som sker parallellt med och delvis oberoende av det konstitutionella fördraget.

I denna samlingsvolym behandlas mot denna bakgrund den övergripande frågan ”Vad hände(r) med den konstitutionella krisen i EU?” Ämnet berörs generellt av Carl Fredrik Bergström som framför allt behandlar frågan om EU:s demokratiska legitimitet i det nya perspektiv som öppnar sig efter den misslyckade ratificeringen. Därefter behandlas ämnet från tre skilda utgångspunkter. Jörgen Hettne tar avstamp i den rättsutveckling som skett i gemenskapsdomstolarnas rättspraxis och diskuterar vad som egentligen är nytt i det konstitutionella fördraget. Josefin Almer beskriver kommissionens strategier för att ta sig ur den nuvarande problematiken och förankra det europeiska integrationsprojektet bättre hos EU:s medborgare. Maria Bergström undersöker slutligen vilka handlingsalternativ som EU har vid sidan av ett nytt grundfördrag samt diskuterar om det är lämpligt att utnyttja dessa möjligheter i den uppkomna situationen.

Sieps ser som en av sina främsta uppgifter att fungera som en länk mellan den akademiska värden och beslutsfattare. Förhoppningsvis kommer denna samlingsvolym att leda till ökat intresse för frågor relaterade till den europeiska integrationen och debatten om framtidens Europa.

Annika Ström Melin
Kanslichef
Sieps

OM FÖRFATTARNA

Carl Fredrik Bergström är forskare i juridik vid Sieps och docent i europarätt vid Stockholms universitet.

Jörgen Hettne är forskare i juridik vid Sieps och tillförordnad kanslichef vid myndigheten från den 1 september 2006. Han har tidigare varit rättssekreterare vid EG:s förstainstansrätt och sakkunnig i rättssekretariatet på UD:s handelsavdelning.

Josefin Almer är utredare i juridik vid Sieps.

Maria Bergström är verksam som forskare och lärare vid Stockholms universitet. Doktor i juridik vid det Europeiska universitetsinstitutet i Florens.

INNEHÅLL

EN KONSTITUTIONELL KRIS?

Carl Fredrik Bergström 6

GAMMALT BLIR NYTT – SVÅRIGHETEN ATT KODIFIERA RÄTTSPRAXIS OCH ÅTERSPEGLA RÄTTSLÄGET

Jörgen Hettne..... 22

KOMMISSIONEN OCH DEBATTEN OM EU:S FRAMTID

Josefin Almer 71

RÄTTSLIGA HANDLINGSMÖJLIGHETER EFTER RATIFICERINGSKRISEN: MOT UTÖKAD FLEXIBILITET OCH AVKONSTITUTIONALISERING?

Maria Bergström100

EN KONSTITUTIONELL KRIS?

Carl Fredrik Bergström

1 INLEDNING

Trots att ett flertal av EU:s 25 regeringar lyckats uppbåda nationellt stöd för godkännande eller ”ratificering” av fördraget om upprättade av en konstitution för Europa är dess framtid mycket oviss. Den omedelbara orsaken till detta finner man i franska och holländska medborgares beslut för något mer än ett år sedan att rösta nej. Något som i sin tur gav EU:s politiska ledare anledning att utlysa en ”period av eftertanke” eller ”reflektion”. Trots att några medlemsstater oförtrutet marscherat vidare mot ratificering har andra, med hänvisning till det undantagstillstånd som råder, tagit chansen att retirera och därmed undvika farofyllda eller till och med dödsdömda kampanjer.

Precis som den pågående reflektionsperioden syftar den här studien till att begrunda vad den misslyckade ratificeringen av det konstitutionella fördraget kan ha inneburit och besvara frågan om EU befinner sig i en konstitutionell kris? Detta omfattar inte något försök att bedöma orsakerna till franska och holländska medborgares beslut att rösta nej. En anledning till detta är att de förklaringar som hittills dykt upp inte pekar på något enkelt eller entydigt svar. Dessutom handlar flertalet trovärdiga förklaringar mer om så kallade *context factors* än om det nya fördraget (till exempel allmän ekonomisk och social situation eller parallella förhandlingar om turkiskt medlemskap). Det som mot denna bakgrund anses mest angeläget att bedöma är inte varför vissa medborgare sa nej utan vad detta fått för konsekvenser.

Ett ytterligare påpekande är på sin plats. Varje form av misslyckande är, för att kunna bedömas eller mätas, beroende av en måttstock. För frågan vad den misslyckade ratificeringen av det konstitutionella fördraget kan ha inneburit utgörs denna måttstock i väsentlig grad av föresatsen, det syfte som fördraget var tänkt att uppnå. Tyvärr är det dock svårt att identifiera något givet syfte. Istället kännetecknas den process som ledde fram till ett färdigförhandlat fördrag av att en mängd aktörer, med skiftande styrka, under olika skeden av processen, hävdade skilda och ofta motstridiga intressen. Svaret på frågan vilket syftet var, beror därmed på vilken röst man väljer att lyssna på och när. En röst väger dock tyngre än andra: den som regeringarna – i en eller annan form – samfällt förfogar över. Endast de får besluta att ett nytt fördrag behövs och sätta i gång processen samt avgöra när tiden är mogen att avsluta den.¹ Det kanske mest slående, vad beträffar regeringarnas svar på frågan vilket syfte som det nya fördraget

¹ Se EU-fördragets artikel 48.

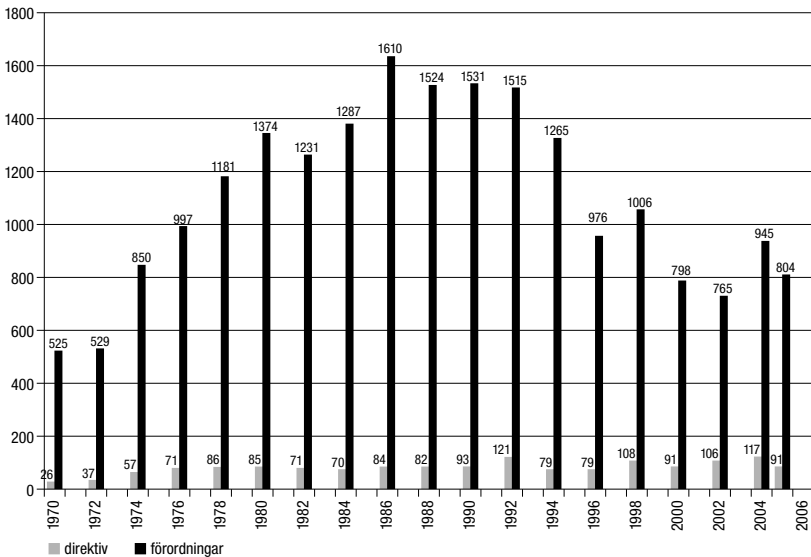
var tänkt att uppnå, är den otydlighet och försiktighet med vilken man uttryckt sig (framförallt vid ”toppmöten” i form av det så kallade Europeiska rådet). En av de viktigaste slutsatserna som dras i denna studie är att denna oförmåga hos nationella ledare att i EU:s namn tala tydligt och därmed ikläda sig politiskt ansvar är symptomatisk för det konstitutionella tillstånd i vilket EU befinner sig.

2 EN VERKLIGHETSBEKRIVNING

För att kortfattat kunna beskriva en del av verkligheten i dagens EU och därmed skapa en referenspunkt för den relativt teoretiska frågan om dess konstitutionella tillstånd tas avstamp i årlig statistik över ”lagstiftning”, det vill säga den mängd förordningar och direktiv som antas i syfte att konkret manifesteras vad EU ska åstadkomma. Av särskilt intresse är siffrorna för 2005, det första år under vilket EU förmodas ha levt i skuggan av en konstitutionell kris. Det påstås inte att statistiken bär med sig någon revolutionerande förklaring av vad EU är. Däremot hävdas att den erbjuder en av flera tänkbara illustrationer av hur EU *de facto* fungerar.

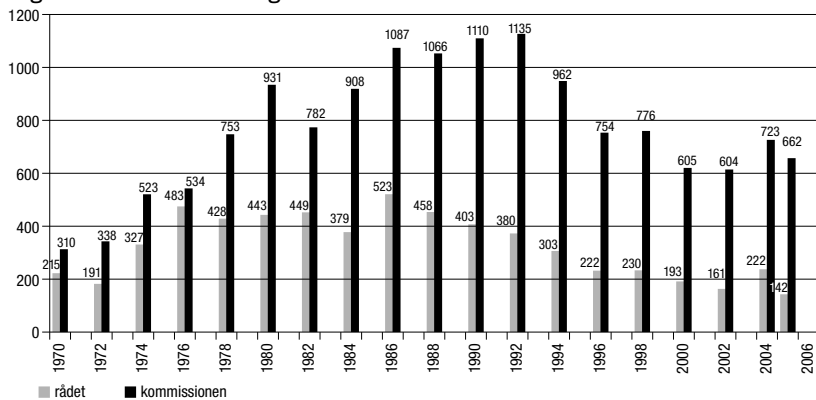
Den praktiska betydelsen av att titta på just lagstiftning följer av att lagstiftning, inom EU på samma sätt som i Sverige eller någon annan medlemsstat, är det allmänt förpliktande resultatet av den politiska process som ett demokratiskt system uttrycker sig genom.² Till skillnad mot intentioner och löften är lagstiftning formlunda åtaganden med ett eget liv. Detta i sin tur är en förutsättning för att kunna leva upp till rättstatsideal. Även om jurister och kanske politiker ibland glömmer bort det, är omfattande lagstiftning inte ett självklart tecken på framgång. Däremot är det svårt, åt-

Figur 2.1 Lagstiftning 1970–2005

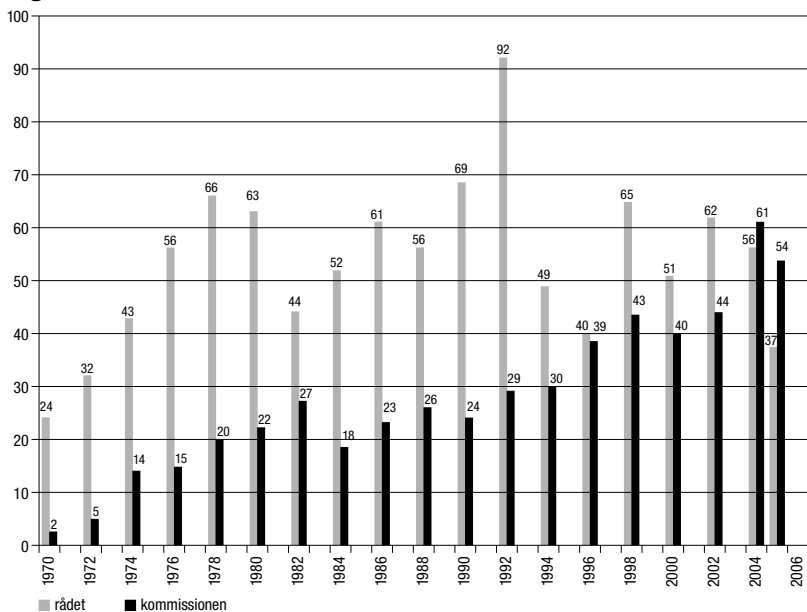


² Uttrycket ”lagstiftning” används här i vid mening, som en populariserad benämning för rättsligt bindande normgivning av generell karaktär, oavsett på vilken nivå i ett system den beslutas.

Figur 2.2 Förordningar 1970–2005



Figur 2.3 Direktiv 1970–2005



minstone för en konstitutionell jurist, att tänka sig ett demokratiskt system med mycket politik och lite lagstiftning: lite lagstiftning bör istället innebära ett tillstånd där behovet av politik för stunden uppfattas som litet.

Två iakttagelser framstår som särskilt intressanta. Den första är att den totala mängden direktiv och förordningar³ inte kan anses som anmärkningsvärt låg för ”krisåret” 2005 (diagram 1). Då ska man dessutom komma ihåg att EU fortfarande befann sig under inskolningstiden för utvidgningen från 15 till 25 medlemsstater, något som borde ha bidragit till att försvåra beslutsfattande och lagstiftningsarbete. Den andra iakttagelsen handlar om en tydlig tendens över tid. Vad gäller såväl förordningar (diagram 2) som direktiv (diagram 3) har den andel av lagstiftningen som kommissionen antar konstant ökat i förhållande till den andel som rådet antar (tillsammans med eller utan Europaparlamentet⁴). Sedan ett par år tillbaka är det kommissionen som antar, inte bara flest förordningar, utan även flest direktiv: kommissionens ställning jämfört med rådets har aldrig varit starkare än 2005 ... och trenden fortsätter att peka uppåt.

Det finns ingen anledning, i det aktuella sammanhanget, att gå närmare in på en förklaring av de bestämmelser om delegering av beslutandemakt som gör det möjligt för kommissionen att anta lagstiftning. Däremot är det naturligt att uppmärksamma frågan om det inte finns kvalitativa skillnader – skillnader i politisk kaliber – mellan rådets lagstiftning och kommissionens? Utan att försöka ge ett mer ingående svar på denna fråga räcker det, för tillfället, att konstatera att kommissionens möjlighet att anta lagstiftning enligt gällande bestämmelser begränsas till ”genomförande” av uppgifter som rådet ger.⁵ Rent praktiskt innebär detta att rådets lagstiftning ofta utformas som ett ramverk vilket kommissionen ges mer eller mindre svängrum att fylla ut. Ju mer svängrum desto större möjlighet för kommissionen att anta lagstiftning med politisk kaliber.

Oavsett hur man bedömer de kvalitativa skillnaderna kan den statistiska utvecklingen ses som ett exempel på eller illustration av ett samarbete där rådets och därmed regeringarnas benägenhet att göra nya åtaganden i stadigt

³ Som brukligt utesluter statistiken en stor mängd förordningar, med begränsad giltighet i tid, vilka kommissionen antar inom ramen för den fortlöpande förvaltningen av jordbrukspolitiken. Dessa publiceras i annan (fin) stil i EU:s officiella tidning och finns inte sorterade i databasen Eur-LEX.

⁴ Som EG-domstolen förtydligt är även lagstiftning som rådet antar tillsammans med Europaparlamentet, framförallt inom ramen för det så kallade medbeslutandeförfarandet, att betrakta som lagstiftning vilken ”rådet antar”. Se mål C-378/00 Kommissionen mot Europaparlamentet och rådet REG 2003 s I-937.

⁵ Se EG-fördragets artikel 202: ”För att säkerställa att målen för detta fördrag uppnås ska rådet... i de rättsakter som rådet antar ge kommissionen befogenhet att genomföra de regler som rådet beslutar.” Se även mål 25/70 Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v Köster, Berodt & Co REG 1970 s 1161 och mål C-417/93 Europaparlamentet mot rådet REG 1995 s I-1185.

växande omfattning byts ut mot kommissionens benägenhet att genomföra äldre. Kanske är detta ett tecken på att taket är nått, att våra politiker är nöjda med vad de eller deras föregångare redan utfäst sig, och att det nu uppfattas som mer angeläget att genomföra och förvalta? Eller kanske är det så att deras politiska vilja saknas eller åtminstone inte klarar av att manifesteras tillräckligt kraftfullt?

Till skillnad från den första förklaringen framstår den senare som allt annat än sensationell. Tvärtom kännetecknas EU:s historia av en mer eller mindre permanent ovilja hos regeringarna att låta den gemensamma organisationen utvecklas till en stark aktör inom centrala politikområden. De avgörande steg som ändå tagits är ofta resultat av händelser i omvärlden eller ”yttre hot” vilka tvingat regeringarna att sluta upp bakom EU genom formbundna åtaganden. Tidiga exempel hittar man i den gemensamma jordbruks- och handelspolitikens tillkomst på 60-talet samt det ursprungliga EMU/EMS-projektet på 70-talet. Senare exempel hittar man framförallt i det nuvarande EMU-projektet, samarbetet för brottsbekämpning och, kanske, en framväxande europeisk energipolitik. Den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken och den så kallade Lissabonprocessen förtjänar att nämnas som projekt uttryckligt designade att möta yttre hot men där detta hot ännu inte tagits på så stort allvar att det resulterat i några större åtaganden.

EU:s historia visar också att det finns ett klart samband mellan regeringarnas förmåga att manifesteras gemensam politisk vilja och utvidgning av antalet medlemsstater: ju fler medlemsstater desto fler regeringar vars intressen ska sammanjämkas eller förlikas. Detta har under åren bekräftats i ett antal självvranssakande EU-utredningar och en slutsats man regelmässigt dragit har varit att regeringarnas förmåga att manifesteras gemensam politisk vilja efter en utvidgning blivit mer och mer beroende av möjligheterna att fatta beslut i rådet utan enhällighet och då framförallt genom så kallad kvalificerad majoritet (QMV).⁶ Parallellt till de utvidgningar som företagits har EU:s grundfördrag därför ändrats så att de formella möjligheterna att fatta beslut utan enhällighet blivit fler och fler. Även om det är oklart i vilken omfattning dessa möjligheter verkligen utnyttjas – och i så fall hur – är det klart att deras betydelse ökat med antalet medlemsstater och regeringar i rådet. Samtidigt kan man mot bakgrund av den tidigare redovisade statistiken konstatera att möjligheterna att fatta beslut utan enhällighet inte lett till någon generell ökning av lagstiftning antagen av rådet.⁷

⁶ Äldre exempel är Tindemansrapporten (1975), rapporten från de Tre Vise Männens Kommitté (1979) och kommissionens två Frescorapporter (1978 och 1983). Senare exempel är Westendorp-rapporten (1995) och kommissionens vitbok om nya styrelseformer (2001).

⁷ Självklart är frågan om vad möjligheterna att fatta beslut utan enhällighet innebär inte bara en fråga om mängden lagstiftning utan även, och kanske framförallt, en fråga om innehållet eller den politiska kalibern i den lagstiftning som antas.

3 FAKTISK FUNKTION OCH KONSTITUTIONELL ILLUSION

För att koppla den statistiska utvecklingen närmare till frågan om EU:s konstitutionella tillstånd är det på sin plats att fundera något över spänningen mellan det traditionella sättet att legitimera EU-samarbetet och det sätt på vilket samarbetet idag fungerar. Det traditionella eller konventionella sättet att legitimera EU-samarbetet är, med juristens ord, folkrättsligt med betoning på nationella regeringars ansvar att företråda sina medborgare i internationella förhandlingar och nationella parlamentens och därmed väljares möjlighet att – på ett eller annat sätt – kontrollera respektive regering. Samtidigt kännetecknas det sätt på vilket EU idag fungerar allt mer av ”genomförande” eller tillämpning, vilket kompletterande kuggar i maskineriet – institutioner som inte konstruerats för att företråda medborgare – står som ansvariga för.

Vad gäller den senare punkten och framförallt påståendet om ”kompletterande kuggar i maskineriet” bör framhållas att EG-domstolen redan på 70-talet grundmurade sitt rykte som aktivistisk. Genom djärva tolkningar av otydliga bestämmelser i grundfördragen lyckades man baxa integrationsprocessen framåt trots att regeringarnas vilja eller förmåga att enas om nya politiska åtaganden var så låg att den uppfattades som paralyserande. EG-domstolens bidrag omfattar, inte bara en utvidgning av centrala politikområdets omfång (framförallt det som idag inryms i ”den inre marknaden”) utan också förtydligande av maktförhållanden och kontrollprinciper av konstitutionell valör. Denna utveckling beskrivs närmare av Jörgen Hettne längre fram i denna samlingsvolym.⁸

Parallellt till den utveckling som EG-domstolen gjort sig känd för har kommissionen blivit allt flitigare med att kungöra sin vision om EU:s uppdrag och därmed behov av förbättringar. Ett av flera tydliga exempel på kommissionens reformagenda hittar man i 2001 års vitbok om nya styrelseformer. Detta är ett ämne som berörs närmare i Josefin Almers bidrag till denna samlingsvolym.⁹

⁸ Jörgen Hettne anser bland annat att de konstitutionella principerna för EU-samarbetet på grund av denna utveckling i dagsläget i alltför stor utsträckning baseras på rättspraxis och oskrivna allmänna rättsprinciper. Enligt Hettne ankommer det på medlemsstaterna – och därmed nationella politiker – att återta initiativet när det gäller den konstitutionella utvecklingen. Han förespråkar mot denna bakgrund en kodifiering av EG-domstolens konstitutionella rättspraxis inom ramen för ett nytt fördrag.

⁹ Josefin Almer berör framförallt kommissionens vision och arbete för att inrätta ett mer demokratiskt system för beslutsfattande inom EU. EU ska föras närmare sina medborgare som ska involveras mer direkt i beslutsprocessen. Samtidigt ska nationella parlament få en tydligare roll och Europaparlamentets ställning stärkas. Hon uppmärksammar också kommissionens fokus på ”kommunikation” för att strategiskt förmedla sin vision om hur EU bör styras.

En slutsats som vissa drar av den pågående utvecklingen, till exempel Belgiens premiärminister, Guy Verhofstadt, eller den svenske kommissionären Margot Wallström, är att det traditionella sättet att legitimera EU måste bytas ut mot ett nytt som är bättre anpassat till nu rådande förutsättningar och det sätt på vilket EU idag fungerar. I stora drag betonar de nödvändigheten av att ge kommissionen större politiskt svängrum, till exempel för att anta lagstiftning, och argumenterar att detta erbjuder en alternativ form av legitimitet. Denna kännetecknas inte av (inter-)nationella representativa kanaler utan av kommissionens lyhörddhet för vad ”unionsmedborgarna”, ”det civila samhället” eller ”marknadsaktörerna” vill ha och dess förmåga att leverera.

Det är fullständigt normalt att uppfatta denna slutsats som alltför långtgående, i synnerhet med tanke på att det nya Europas generaler bevisligen inte kan påräkna något stöd för sitt regimskifte från en folklig befrielse-rörelse. Samtidigt motsvaras deras uppdrag av ett behov att besvara den grundläggande fråga som de flesta insett inte längre kan lämnas åt sidan: hur man ska bära sig åt för säkra legitimitet och demokratiskt stöd för ett europeiskt samarbete som tillräckligt kraftfullt kan hävda samtliga medlemsstaters gemensamma intressen?

Betydelsen av det traditionella sättet att legitimera EU-samarbetet, med betoning på nationella regeringars ansvar att företräda sina medborgare i internationella förhandlingar, tycks minska i samma takt som antalet medlemsstater ökar eller, uttryckt på ett annat sätt, i samma takt som kommissionens andel av lagstiftningen ökar och rådets möjligheter ökar att fatta beslut utan enhällighet. Den slutsats man måste dra om läget idag är att EU präglas av en konflikt mellan faktisk funktion och konstitutionell illusion.

Oavsett svaret på den grundläggande fråga som just uppmärksammas kan konstateras att vägen fram med största sannolikhet måste gå via ändring av EU:s grundfördrag och att detta förutsätter en ”regeringskonferens” där företrädare för samtliga medlemsstaters regeringar lyckas komma överens om vad som ska göras.¹⁰ Dessutom måste förhandlingsresultatet godkännas (ratificeras) av ”samtliga medlemsstater i överensstämmelse med deras konstitutionella bestämmelser.” Detta innebär beslut av samtliga nationella parlament och i vissa fall folkomröstningar.

I det ovan beskrivna förfarandet för fördragsändring finner man det tydligaste och livskraftigaste uttrycket för det traditionella sättet att legitimera EU-samarbetet. Det innebär att varje förändring av konstitutionell karaktär, det vill säga förändring av målsättning, organisation eller arbetssätt, även de som syftar till att säkra legitimitet och demokratiskt stöd, måste beslutas enligt regler som ytterst stöder sig på Europas folk men inte i egenskap av

¹⁰ Se EU-fördragets artikel 48.

”unionsmedborgare” eller transnationella intressegrupper utan i egenskap av medborgare i någon av alla medlemsstater. Slutsatsen är både betryggande och nedslående. Betyggande för att den tydliggör att den formella makten över EU-samarbetet fortfarande vilar i vanliga svenskars händer... och fransmäns, polackers och britters. Nedslående för att varje försök att förstärka deras inflytande över den reella makten löper stor risk att komma av sig. Ju mer långtgående förändringar som eftersträvas med ett nytt grundfördrag desto större risk att medborgarna i minst en medlemsstat (direkt, i en folkomröstning, eller via representanter i sitt parlament) förkastar det eller att deras regering redan på förhandlingsstadiet avvisar det som orealistiskt. Kanske inrymmer denna logik den idag starkaste förklaringen till hur EU:s överstatliga drag utvecklas? Inte som resultat av ett medvetet val med otvetydigt folkligt stöd utan som förutsägbar bieffekt av ett maskineri som, trots brist på nya instruktioner, obevekligt tuffar vidare på för länge sedan lagda spår.

4 BEFINNER SIG EU I EN KONSTITUTIONELL KRIS?

Det omedelbara svaret på den inledande frågan om EU befinner sig i en konstitutionell kris är, på forskarens manér, både nej och ja. En av de stora förtjänsterna med det system som EU utvecklats till är att det står påfallande stadigt när vinden blåser och kan stå så ganska länge. Den okänslighet som maskineriet tuffar på med, till exempel genom att fortsätta pumpa ut lagstiftning eller genom att fortsätta lösa de rättsliga tvister som förlöpande uppstår, erbjuder en garanti för stabilitet vilken få, efter närmare eftertanke, skulle vilja vara utan. Samtidigt ger just den okänslighet som kännetecknar maskineriet anledning att fundera över om det ändå inte finns en kris eller i alla fall riskerar att bli en? Ju bättre och längre EU klarar av att fungera utan nya politiska åtaganden till vilka medborgarna – oavsett beskrivning – kan relatera, desto mer riskerar EU att leva upp till nidsbilderna av sig själv som en avlägset belägen byråkrati. Det är medborgarnas insikt om att flera av dagens viktigaste politiska frågor förutsätter internationellt samarbete och deras tro på eller snarare förtroende för just EU-samarbetet som redskap för att hantera dessa frågor som motiverar EU:s existens. Om detta samband glöms bort riskerar – och förtjänar – EU med tiden att själv dö.

Det nu föreliggande konstitutionella fördraget är det konkreta resultatet av den senaste i en rad av regeringskonferenser. Även om alla dessa regeringskonferenser har haft egna ambitioner och – i skiftande omfattning – skördat egna framgångar bör de ses som en sammanlänkad svit. En anledning till detta hittar man i den ökade takt med vilken de avlöst varandra. Efter den regeringskonferens som hölls 1985 har andra följt med korta och framförallt kortare intervaller (1991, 1996, 2000, 2003). En annan, kanske viktigare anledning, är att de, trots sina unika inslag, i stor utsträckning adresserat likartade eller till och med identiska frågor. En förklaring till detta mönster är att man hela tiden misslyckats med att finna – eller enas om – svar på frågor som uppfattas som så viktiga att de inte kan lämnas olösta särskilt länge. En kompletterande förklaring är att nya utvidgningar och utvidgningsplaner tvingat fram nya förhandlingar om gamla frågor. Kanske är det också tänkbart att just ”regeringskonferens” har blivit ett bekvämt sätt för de direkt inblandade att påskina handlingskraft och flagga för sin egen betydelse?

Oavsett detta är det helt klart så att den grundläggande fråga som tidigare uppmärksammades; hur man ska bära sig åt för att säkra legitimitet och demokratiskt stöd för ett europeiskt samarbete som tillräckligt kraftfullt kan hävda samtliga medlemsstaters gemensamma intressen, funnits med i hela sviten av regeringskonferenser. Trots deklarerade framgångar (framförallt QMV och parallell förstärkning av Europaparlamentets ställning, subsidiaritetsprincip och öppenhetsregler) har frågan framställts som mer och mer central i varje ny regeringskonferens. Den tydligaste slutsatsen man kan dra av detta är att frågan inte ansetts löst.

Precis som sina föregångare hade också den senaste regeringskonferensen egna ambitioner och föresatser vilka framstår som unika. Trots detta var förväntningen, mer än någonsin tidigare, att det nu var dags att fullfölja sviten genom att fänga upp de stora frågor som lämnats olösta och ge svar. Detta fick sitt tydligaste uttryck i den så kallade Niceförklaringen, vilken hjälpte regeringarna att rädda sig ur den närmast föregående regeringskonferensen och blåsa av sitt halvfärdiga arbete. Samtidigt som man pliktskyldigt konstaterade att de reformer som just beslutats var tillräckligt viktiga för att öppna vägen för ytterligare utvidgning uttryckte man sin önskan om att genast inleda en bredare och djupare diskussion om EU:s framtid. Framförallt pekade man på ”behovet av att förbättra och övervaka unionens och dess institutioners demokratiska legitimitet och öppenhet för att föra dem närmare medlemsstaternas medborgare.”

Mot bakgrund av den styrka med vilken frågan om EU:s legitimitet kom till uttryck i Niceförklaringen (trots formkrav om enhällighet mellan regeringarna) är det inte överraskande att just den frågan kom att bli en slags minsta gemensamma nämnare för alla intressenter i den fortsatta processen fram till och med regeringskonferensen och även utvecklingen därefter. Det avgörande för hela händelseförloppet har dock inte varit frågan utan svaret. Bristen på samstämmiga uttalanden om vad man egentligen menar med ”legitimitet” och vad som krävs för att förbättra den är påfallande. De enda vägledning man finner i Niceförklaringen är några följdfrågor vilka lyftes fram som ”centrala i den fortsatta processen”. Dessa var:

- hur man ska upprätta och upprätthålla en mer exakt avgränsning av EU:s och medlemsstaternas befogenheter som överensstämmer med subsidiaritetsprincipen?
- vilken status den just utfärdade EU-stadgan om grundläggande rättigheter ska ha?
- hur en förenkling av EU:s grundfördrag kan göras i syfte att de ska vara tydligare och lättare att förstå, *men utan att deras innebörd ändras?*
- vilken roll de nationella parlamenten ska ha i den europeiska strukturen?

Trots Niceförklaringen var det sedan länge välkänt att de svar på ”legitimitetsfrågan” som olika regeringsförhandlare gick runt med i sina portföljer var svåra eller till och med omöjliga att förlika. Det är troligt att just vetskapen om risken för fortsatt dödläge i en fråga som man inte längre hade råd att lämna olöst var den främsta anledningen till den okontrollerade process som följde. Framförallt tre sammanhängande händelser är av betydelse: igångsättandet av processen utan tydligt syfte och mål, beslutet att, för första gången, sätta förberedelsearbetet för regeringskonferensen i händerna på ett öppet och till synes magiskt ”konvent” (det så kallade Framtidskonventet) och det något magiska förvandlingsnummer som gjorde det möjligt för vissa att till andras förtret skruva upp förväntningarna på det utlovade fördraget som en ”konstitution”. Detta förvandlingsnummer erbjö-

der troligen den starkaste förklaringen till varför det nya fördraget – trots samtliga stats- och regeringschefers underskrift – inte lyckats ta sig ur sin egen ratificeringsprocess.

Det avgörande var inte att det till ”konstitution” stylade fördraget innehåller några uppseendeväckande svar på olösta frågor. Tvärtom är det svårt att undgå slutsatsen att alla entusiaster involverade i det förmodat förbehållslösa förberedelsearbetet med förvånansvärd precision lyckats återuppfinna hjulet. Hur detta, i sin tur, gick till kan vara värt att fundera över. Det avgörande var istället förväntningarna. Till skillnad från ”regeringskonferens” och ”fördragsreform” – relativt intetsägande företeelser som de flesta européer vant sig bläddra förbi i det dagliga nyhetsflödet – lyckades ”framtidskonvent” och ”konstitution” tränga sig på och förmedla en känsla av momentum: nu skulle något viktigt ske.

Framförallt allvaret förknippat med ordet ”konstitution” gav ny sprängkraft åt målsättningar och mekanismer som länge levt ett undanskynt liv mellan EU-fördragens dammiga pärmar. Tveklöst var det just detta som förvandlingsnumret var avsett att åstadkomma: att öppna upp en direkt linje mellan EU och unionsmedborgarna eller, uttryckt annorlunda, att introducera ett nytt sätt att åberopa legitimitet för EU-samarbetet.¹¹ Om detta lyckats – om medborgarna slutit upp bakom sin nya konstitution (fortfarande i enlighet med gamla ratificeringsförfaranden) – hade manövern varit framgångsrik. Men bristen på rungande JA var tillräcklig för ett fullbordat misslyckande. Detta konstaterande är oberoende av orsakerna till *varför* vissa inte sa ja och följer istället av *att* man inte sa JA. Det paradoxala – och ganska sorgliga – med denna förklaring är att ett annat fördrag med samma innehåll men inte lanserat som ”konstitution” och utan hjälp från ett ”framtidskonvent” antagligen hade klarat sig utan större problem... eller uppmärksamhet.

¹¹ För en mer ingående diskussion om begreppet ”konstitution” och dess koppling till frågan om EU-samarbetets legitimitet se Ola Zetterqvists och även Ulrika Mörths bidrag i Sieps tidigare samlingsvolym ”En konstitution för Europa? Reflektioner” (Sieps 2005:3-7).

5 VAD BÖR GÖRAS NU?

Det konstitutionella fördraget, som en fastlagd text halvvägs igenom en ratificeringsprocess, är troligen stendött. Även om franska och holländska medborgare med tiden skulle kunna övertalas att ändra sin dom är risken för stor för nya bakslag i till exempel Storbritannien eller kanske till och med Sverige. Ett ytterligare misslyckande skulle vara ödesdigert.

Bedömt i ljuset av de inledande frågor som Niceförklaringen lyfte fram som ”centrala i den fortsatta processen” (se avsnitt 4 ovan) var det konstitutionella fördraget, till sitt innehåll, en framgång. EU hade med andra ord klarat sig bättre med det än utan. Samtidigt var det konstitutionella fördraget inte uppseendeväckande och innehöll inte några stora förändringar i jämförelse med gällande grundfördrag och praxis.¹² Därför är förslusten i materiell mening försumbar. Flera av de förändringar som förutsågs – och även sådana som inte förutsågs – kan dessutom åstadkommas inom ramen för gällande grundfördrag: redan aktuella exempel rör förstärkning av nationella parlaments ställning,¹³ effektivisering av kommissionens möjlighet att anta lagstiftning (genom förbättrade mekanismer för politisk översyn)¹⁴ och intensifiering av samarbetet för brottsbekämpning.¹⁵ En mer uttömmande redogörelse för vad som kan åstadkommas inom ramen för gällande grundfördrag lämnas av Maria Bergström längre fram i denna samlingsvolym.¹⁶

¹² Detta var – enligt Niceförklaringen – inte heller avsikten (jfr frågan ”hur en förenkling av EU:s grundfördrag kan göras i syfte att de ska vara tydligare och lättare att förstå, men utan att deras innebörd ändras?”). Jörgen Hettne framhåller i sitt bidrag till denna samlingsvolym att det konstitutionella fördraget inte innebär några omvälvande förändringar av unionsrättens innehåll i sak. Den stora förändringen är, enligt Hettne, att kompetensfördelningen mellan EU:s institutioner och medlemsstater samt förhållandet mellan unionsrätten och nationell rätt klargörs i ett grundfördrag som ska godkännas av medlemsstaterna i demokratisk ordning. I stora drag är det konstitutionella fördraget därför att betrakta som ett konsoliderings- och kodifieringsprojekt.

¹³ Se till exempel kommissionens meddelande till Europeiska rådet 10 maj 2006 ”En agenda för EU-medborgarna”, KOM (06) 211 slutlig, samt ordförandeskapets slutsatser från Europeiska rådet i Bryssel 15-16 juni 2006 (10633/1/06) på internet: www.consilium.europa.eu.

¹⁴ Se Rådets beslut 2006/512/EG av den 17 juli 2006 om ändring av beslut 1999/468/EG om de förfaranden som skall tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter (EUT 2006 L 200/11)

¹⁵ Se till exempel kommissionens meddelande till Europeiska rådet 10 maj 2006 ”En agenda för EU-medborgarna”, KOM (06) 211 slutlig, samt ordförandeskapets slutsatser från Europeiska rådet i Bryssel 15-16 juni 2006 (10633/1/06) på internet: www.consilium.europa.eu. Jfr även mål C-176/03 Kommissionen mot rådet REG 2005 s I-7879 och Kommissionens meddelande till Europaparlamentet och Rådet om följderna av EG-domstolens dom av den 13 september 2005 (C-176/03, Kommissionen mot Rådet), KOM (05) 583 slutlig.

¹⁶ Maria Bergström anser dock att lösningar vilka strider mot nu gällande fördrag skulle medföra olyckliga konsekvenser för EU-samarbetets legitimitet samt dess långsiktiga beständighet. Enligt Bergström gäller detta också ”lapptäckslösningar” där informella kompromisser nås utan uttryckligt stöd i fördragsbestämmelser. Den mest uppenbara risken, i detta avseende, är att EU-samarbetet blir överskådligt och onödigt snårigt med försämrad förutsebarhet och legitimitet till följd.

Det allvarligaste misslyckandet med det konstitutionella fördraget ligger inte i innehållet utan i processen i den storstilade inviten till medborgarna i kombination med det försuttna – eller till och med missbrukade – tillfället att tydliggöra för dem vad som idag verkar vara något oklart: varför EU-samarbetet behövs och förtjänar deras förtroende. Trots det som tidigare sagts är skulden för detta inte begränsad till de som lyckades skruva upp förväntningarna på det utlovade fördraget som en ”konstitution” utan faller också på de som inte hade något mer lockande att erbjuda. Det viktigaste att komma ihåg i detta avseende är att den grundläggande fråga som de flesta insett inte längre kan lämnas åt sidan fortfarande är obesvarad: hur man ska bära sig åt för säkra legitimitet och demokratiskt stöd för ett europeiskt samarbete som tillräckligt kraftfullt kan hävda samtliga medlemsstaters gemensamma intressen?

Denna studie gör inget försök att besvara frågan. Istället konstateras att den delikata balansen mellan, å ena sidan, effektivitet eller handlingskraft och, å andra sidan, legitimitet och demokratiskt stöd aldrig kan fixeras, utan kräver fortlöpande anpassning till förändringar inom EU men även i världen runt omkring. På samma sätt som EU:s förgångna präglats av reformförslag och nya försök att återfinna balansen kommer detta också att vara en del av framtiden. Sedd på detta vis är frågan egentligen inte ”olöst” utan ”olöslikt” och det är därför inte heller realistiskt att förvänta sig att det går att finna – än mindre förena sig runt – ett perfekt svar. Det viktigaste är att frågan alltid känns påträngande och att EU som politiskt system klarar av att rannsaka sig själv och, om så krävs, formulera reformförslag samt besluta om ändring.

Alla lämpliga förslag på vad som nu bör göras utmynnar inte i första hand i ett krav på ett nytt grundfördrag utan i ett krav på politiskt ansvarstagande från en legitim företrädare för medborgarna. Ytterst sett har detta krav bara en adressat, medlemsstaternas regeringar, vare sig de vill det eller inte:

- medlemsstaternas regeringar är EU:s primära beslutsfattare, inom rådet, vid toppmöten och i regeringskonferenser
- medlemsstaternas regeringar är EU:s tydligaste företrädare för medborgare, via nationella parlament

Denna slutsats är inte möjlig att krångla sig runt – vare sig juridiskt eller politiskt – genom försök att skapa folkligt stöd eller engagemang enligt alternativa modeller. Ett välkommet tecken på sådant ansvarstagande skulle, under omständigheterna, vara ett förtydligande om regeringarna verkligen vill att den legitimitet EU åberopar ska härledas ur en ”konstitution” – för vilken medborgarna, på ett eller annat sätt kan hållas direkt ansvariga – eller ett mer traditionellt ”fördrag” – för vilket medborgarna kan hålla regeringarna själva ansvariga. Tydliga svar är dock mycket begärt av ett samarbete som lever genom en kompromiss. Att framtidskonventets och regeringskonferensens resultat gavs formen av ”konstitutionellt fördrag” be-

kräftar bara vad som redan sagts: att det är produkten av en okontrollerad process vilken tilläts starta utan tydligt syfte och mål. Detta i sin tur gjorde det möjligt för vissa (framförallt grupper av nationella politiker, europaparlamentariker och kommissionärer) att skruva upp förväntningarna på det utlovade fördraget som en ”konstitution” trots att nödvändigt stöd saknades från andra (framförallt andra grupper av nationella politiker). Efter stats- och regeringschefernas senaste toppmöte tycks det klart att mer jordnära ledare åter står vid rodret och att deras primära syfte med den fortsatta reflektionsperioden är att försiktigt skaka av sig ordet ”konstitution” och därmed skruva ner förväntningarna.¹⁷

Mot bakgrund av det ovan sagda är det ändå ofrånkomligt att medlemsstaternas regeringar, på allvar innan något ytterligare försök görs att vinna stöd för ett nytt (eller nygammalt) fördrag, försöker förklara för medborgarna varför EU behövs och förtjänar deras förtroende. Kortsiktigt, eller snarare akut, bör detta göras genom konkreta och synliga lagstiftningsprojekt inom ramen för gällande grundfördrag (jfr lanseringen av inre marknadsprojektet 1985). Tänkbart är till exempel åtaganden för att uppnå en kraftfull och hållbar energipolitik. Viktigast är dock inte projekten i sig själv utan det sätt på vilket de politiskt motiveras och EU exponeras.

I samma takt som EU utvidgats och kravet höjts på effektiviserade beslutformer har dock det traditionella sättet att legitimera verksamheten inom grundfördragens ramar förlorat betydelse (med betoning på nationella regeringars ansvar att företräda sina medborgare i internationella förhandlingar och nationella parlamentens och därmed väljares möjlighet att – på ett eller annat sätt – kontrollera respektive regering). Detta är den främsta anledningen till att legitimitetsfrågan uppfattas som allt mer påträngande. Slutsatsen kan alltså inte vara att det är dags att försöka vända den statistiska trenden: att regeringarna i rådet måste lagstifta mer (med eller utan Europaparlamentet) och kommissionen mindre. Eller att EG-domstolens mandat på något sätt måste beskäras. Däremot finns det all anledning att inse behovet av att samma regeringar inte resignerar (ytterligare) utan utvecklar till lagstiftning och rådsbeslut alternativa sätt att ikläda sig gemensamt ansvar för EU:s politik. Varje försök att förstärka stats- och regeringschefernas samarbete i form av det Europeiska rådet är logiskt.¹⁸ En i konstitutionella sammanhang ofta förbisedd möjlighet är att förtydliga varför EU behövs direkt i fördragen. Tydliga politiska åtaganden av konstitutionell karaktär är ett oskattbart medel för att försöka säkerställa nationella regeringars ansvar att företräda sina medborgare i internationella förhand-

¹⁷ Se Ordförandeskapets slutsatser från Europeiska rådet i Bryssel 15–16 juni 2006 (10633/1/06) på internet: www.consilium.europa.eu.

¹⁸ Något som också förutsågs av det konstitutionella fördraget. För en analys se Joakim Nergelius bidrag i Sieps tidigare samlingsvolym ”En konstitution för Europa? Reflektioner” (Sieps 2004:3–7).

lingar och nationella parlamentens och därmed väljares möjlighet att – på ett eller annat sätt – kontrollera respektive regering.

Kanske är det till och med dags att göra upp med de historiska ”ädla syften” som ofta används för att förklara varför EU behövs – till exempel för att binda Europas stater närmare och förhindra krig och konflikter – och i stället lyfta fram det dagspolitiska mervärdet: de behov svenskar... och fransmän, polacker och briter har men de nationella systemen var för sig inte har förmåga att tillfredsställa. Det är tänkbart att dessa behov hänger ihop med en önskan att anpassa de förtjänster man ser med en modern välfärdsstat till de möjligheter och krav som följer av globalisering. Exempel skulle kunna vara ekonomisk tillväxt och social trygghet, skydd av miljö och hälsa samt personlig säkerhet (framförallt skydd mot kriminalitet, vapnad konflikt och terrorism). Kanske kan allt detta sammanfattas som centrala förväntningar på livet i en modern demokrati? En sådan utilitaristisk inriktning behöver givetvis inte innebära något hot mot de värden som ofta lyfts fram i retoriken om ”ädla syften”: fred, demokrati och mänskliga rättigheter kan fortfarande betraktas som en självklar del av de konstitutionella ramar som begränsar maktutövning i EU:s namn (och därmed bidrar till att förklara varför EU förtjänar förtroende). Det mest tilltalande med denna tanke är att den synliggör kopplingen har en ofrånkomlig koppling till nationell politik grundlag och debatt.

Ett i formell mening nytt fördrag, vilket drar nytta av det arbete som lagts ner på det konstitutionella fördraget, skulle kanske kunna presenteras redan 2008–2009. Givetvis skulle även detta fördrag kräva nationell ratificering och, i flera fall, folkomröstning. Den enda garantin för att det skulle gå bättre denna gång är att medborgarna förstår varför EU-samarbetet behövs och förtjänar deras förtroende.

GAMMALT BLIR NYTT – SVÅRIGHETEN ATT KODIFIERA RÄTTSPRAXIS OCH ÅTERSPEGLA RÄTTSLÄGET

Jörgen Hettne

INNEHÅLL

1	BAKGRUND OCH SYFTE	24
2	RAPPORTENS DISPOSITION	25
3	KODIFIERING SOM FENOMEN	26
3.1	Förhållandet mellan den lagstiftande och dömande makten.....	26
3.2	Olika lagstiftningsteknik.....	26
3.3	Kritik.....	26
3.4	Svårigheter.....	27
3.5	Problemet med normhierarkin.....	28
3.6	Fördelar och nackdelar med skriven rätt.....	28
4	KODIFIERING INOM EG-RÄTTEN	29
4.1	Förhållandet mellan EG-domstolen och gemenskapslagstiftaren.....	29
4.2	Fördragen, normhierarkin och extensiva tolkningar.....	30
4.3	Kodifiering som uppdatering.....	32
5	KODIFIERINGSREFORMER INOM EU	34
5.1	Förslaget till tjänstedirektiv.....	34
5.2	En europeisk förvaltningslag.....	37
5.2.1	Förvaltningsrätten har växt fram i rättspraxis.....	37
5.2.2	Ombudsmannens uppförandekodex om god förvaltning.....	40
5.3	EU:s stadga om grundläggande rättigheter.....	43
5.3.1	Grundläggande fri- och rättigheter i EG-domstolens rättspraxis.....	43
5.3.2	En icke bindande rättighetskatalog.....	44
5.3.3	En bindande rättighetskatalog?.....	45
6	EU:S KONSTITUTION – EN KODIFIERING?	48
6.1	Konstitutionell utveckling i EG-domstolens rättspraxis.....	48
6.2	Legalitetsprincipen och rättsgrunderna.....	49
6.3	Exklusiv eller delad kompetens?.....	50
6.4	Tilldelade och underförstådda befogenheter.....	51
6.5	EG-rättens spärrverkan (preemption).....	51
6.6	Restkompetens (artikel 308 EG).....	52
6.7	Subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen.....	53

6.8	Kompetenskontrollen förstärks och kompetensfördelningen synliggörs	54
6.9	EG-rättens direkta effekt och företräde	59
6.10	Motvikt till företrädet – krav på EG-rättens innehåll och skyddsmekanismer	61
6.11	Företrädet blir uttryckligt.....	62
7	SLUTSATSER	66
8	KÄLLFÖRTECKNING	69

1 BAKGRUND OCH SYFTE

EU:s konstitution tycks inte bli verklighet, trots att den godkändes av samtliga medlemsstaters regeringar den 18 juni 2004. Medborgarna i två av EU:s grundarländer, Frankrike och Nederländerna, förkastade det konstitutionella fördraget och förpassade det till frysboxen. Naturligtvis måste i ett sådant läge frågan ställas om vad som gick snett, även om det sannolikt rör sig om många förklaringar. I denna rapport diskuteras en aspekt av det konstitutionella fördraget som troligen har bidragit till det negativa resultatet. Det rör sig om fördragets vidsträckta omfattning och komplexitet, som i sig gör att politiker, intressegrupper och unionsmedborgare i stort har svårt att ta det till sig. Det konstitutionella fördraget utgör en ny och omarbetad version av de nu gällande fördragen, men innehåller också helt nya bestämmelser. Vad är egentligen gammalt och vad är nytt i fördraget och vad är det som medlemsländernas politiska företrädare och ytterst deras medborgare ska ta ställning till?

Det konstitutionella fördraget utgör ett ambitiöst försök att konsolidera och uppdatera EU-fördragen och kodifiera och synliggöra relevant rättspraxis från EG-domstolen, samtidigt som många konkreta nyheter lanseras. Till detta kommer en omfattande gråzon där även den juridiska expertisen tvistar om huruvida rättsläget har ändrats eller inte. Även om många bestämmelser enbart avser att återspegla vad som redan gäller, kan de innebära förändringar. Att kodifiera konstitutionella principer som utvecklats i rättspraxis är från juridiska utgångspunkter en tämligen komplex operation. Kan man utgå från att rättsläget verkligen är oförändrat och att det inte har införts politiskt motiverade förändringar även i dessa fall?

I denna rapport behandlas dessa frågor. Som bakgrund studeras hur likartade frågor hanteras inom det brittiska Common law-systemet, där diskussioner om att kodifiera rättspraxis emellanåt uppkommer, samt erfarenheter av tidigare kodifierings- och konsolideringsprojekt inom EU.

De bör observeras att dessa juridiska frågor även påverkar möjligheten att ratificera det konstitutionella fördraget på det politiska planet. Den omfattande textmassan med oklara gränser mellan gammalt och nytt bidrar till stundtals förvirrade diskussioner om vad det nya fördraget innebär. Detta ger i sin tur upphov till ett myller av skilda tolkningar om fördragets innehåll i medlemsländerna som delvis motiveras av skillnader i grundinställningen till EU, vilket gör väljarna osäkra och bidrar till den uteblivna ratificeringen.

2 RAPPORTENS DISPOSITION

I denna rapport beskrivs först fenomenet kodifiering från allmänna utgångspunkter. I detta sammanhang beaktas den diskussion som har förts inom det brittiska Common law-systemet, eftersom frågan om behovet av att kodifiera och synliggöra rättspraxis där diskuterats på motsvarande sätt som nu sker inom det EG-rättsliga systemet. Därefter beskrivs den växelverkan som förekommit mellan gemenskapslagstiftaren och EG-domstolen vid utvecklingen av EG-rätten och de principiella frågor som detta ger upphov till. I nästa avsnitt behandlas tre lagstiftningsprojekt som utgör exempel på kodifiering; det pågående arbetet med ett övergripande tjänstedirektiv, arbetet med en gemensam europeisk förvaltningslag (ett arbete som bedrivits av den europeiska ombudsmannen) och arbetet med EU:s stadga om grundläggande rättigheter. Mot denna bakgrund diskuteras sedan den konstitutionella utvecklingen i EG-domstolens rättspraxis och viktigare konstitutionella principer i det konstitutionella fördraget. Avslutningsvis redovisas ett antal övergripande slutsatser.

3 KODIFIERING SOM FENOMEN

3.1 Förhållandet mellan den lagstiftande och dömande makten

I angloamerikansk *Common law* utvecklas rätten i hög grad genom rättspraxis. Att något regleras genom skriven rätt ("statutes") är inte någon självklarhet och föranleder överväganden som inte är vanliga i kontinentaleuropeiska rättsordningar (Civil law), där lagstiftningen är den självklara och primära rättskällan. Diskussionen om huruvida rättspraxis ska sammanställas och kodifieras i skrivna rättsregler har därför naturligt nog förekommit i betydligt högre grad i Common law-länder som Storbritannien och USA än t.ex. Sverige. Inom EU har emellertid rättspraxis utvecklats och blivit en osedvanligt betydelsefull rättskälla. Situationen är därför i detta avseende inte så annorlunda än den som uppstått i Common law-länder. Även inom EU börjar sålunda diskussioner dyka upp om huruvida det är lämpligt att kodifiera gemenskapsdomstolarnas rättspraxis så att gemenskapsrättens innehåll blir tydligare för såväl rättstillämpare som medborgare i medlemsländerna. Det är denna fråga som ska beröras närmare i det följande. Som en bakgrund redogörs inledningsvis för de överväganden som vanligen görs vid kodifiering av rättspraxis inom Common law.

3.2 Olika lagstiftningsteknik

En grundläggande skillnad mellan kontinentaleuropeisk och angloamerikansk lagstiftning är att den lagstiftning som t.ex. den svenska rättstillämparen är van vid är betydligt vagare och mer principiell i sin utformning än den angloamerikanska. Lagstiftningen i Common law-länder är oftast mer juridisk-teknisk till sin karaktär och mindre abstrakt och målbetonad. Detta hänger i sin tur samman med juristernas starka ställning i Common law-systemet. Regler har traditionellt framarbetats av mycket högt kvalificerade jurister och kraven på demokratisk förankring har inte varit särskilt högt ställda. Det viktiga har varit att den skrivna rätten inte får vara av sämre kvalitet eller vara mindre precis än den oskrivna och det bör i princip vara samma personer (i vid mening) som formulerar de skrivna reglerna som också avfattar de prejudicerande avgörandena i domstolarna. I synnerhet arbetet med att kodifiera rättspraxis betraktas mer som ett juridiskt hantverk än en demokratisk lagstiftningsprocess.¹

3.3 Kritik

Trots denna juridisk-tekniska inställning till lagstiftningsprocessen är ett skäl till att kodifiering äger rum att balansen mellan den dömande och lagstiftande makten behöver återställas efter många år av rättsutveckling genom rättspraxis. Domstolarnas huvudsakliga uppgift är inte att lagstifta, inte heller inom Common law. Det är därför inte förvånande att det funnits kritiker inom Common law-systemet, som har propagerat för förändringar.

¹ Jfr. McLeod, I., *Legal Method*, 4:e uppl. Palgrave 2002, s. 225 ff.

Genom åren har flera kända samhällsfilosofer förespråkat en kodifiering av Common law. Till dessa hör *Francis Bacon*² på 1600-talet och *Daines Barrington*³ på 1700-talet. Det var emellertid Jeremy Bentham, som också är känd som skaparen av utilitarismen, som i slutet av 1700-talet framförde de mest omfattande reformförslagen. Han ansåg att den oskrivna, eller den domarskapta rätten (*judge made law*), var oförutsebar och odemokratisk. Medborgarna kan inte förutsättas känna till den oskrivna rätt som döljer sig i tusentals rättsfall. Bentham propagerade för en omstrukturering av det engelska rättssystemet. En heltäckande skriven rätt som han kallade ”*pan-nomion*” skulle införas.⁴ Rätten skulle bli mer förutsebar och demokratiskt förankrad om den kodifierades och kom till uttryck i en skriven text.

3.4 Svårigheter

En fördel från demokratisk utgångspunkt med kodifiering är att synpunkter kan inhämtas från samhällets olika politiska och civila intressegrupper. Detta medför emellertid svårigheter, eftersom det inte är särskilt troligt att dessa intressegrupper accepterar gällande praxis rakt av. Det är troligt att förhandlingar och diskussioner uppstår som inte skiljer sig så mycket från ”vanlig” lagstiftning. Till detta kommer att det kan vara svårt att fånga gällande rätt i en skriven text när den är resultatet av hundratals, kanske tusentals, rättsfall. Problematiken illustreras av reaktioner i samband med att den engelska bolagsrätten skulle kodifieras. Det handlade särskilt om ansvar för VD och styrelse. Ett förtydligande av vad som gällde enligt rättspraxis ansågs behövt. I *Pension Week* (30 September 2002) kunde dock följande typiska tveksamma inställning läsas:

”As codification is not the writing of a new law, but the logging of existing law, it will be interesting to see the reaction of the courts. There could be a problem if the codification differs from the common law as the court tend to follow common law and if the courts develop the existing law after codification, which is likely to happen.”

Kodifiering kan alltså innebära att den nya lagstiftningen avviker från tidigare rättspraxis. Svårigheter kan också uppstå när det gäller hur rättstillämparen bör förhålla sig till tidigare rättspraxis, när den nya lagstiftningen ska tillämpas. Har lagen ”tagit över” eller ska den tolkas och förstås mot bakgrund av tidigare rättspraxis. Svaret är inte helt givet, men en vanligt förekommande åsikt är att äldre rättspraxis gäller såvida det inte är tydligt att lagstiftaren haft för avsikt att ändra på den.⁵

² Se t.ex. Shapiro, B., J., *Codifications of the Laws in Seventeenth-Century England*, *Wisconsin Law Review* 1974, s. 428-65.

³ Barrington, D., *Observations on the More Ancient Statutes ...with Appendix being a proposal for new modelling the statutes* (1766), 3e uppl., London 1769.

⁴ Se Lieberman, D., *Legislation in Common Law Context*, University of California, Paper 23, 2004, s. 18 ff.

⁵ Se t.ex. Sir Leslie Scarman, *A 'Code of English Law?'* i Zander, M., *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolson 1980, s. 282 ff. och Calleros, C., R., *Legal Method and Writing*, Little, Brown and Company 1990, s. 24.

3.5 Problemet med normhierarkin

Särskilda svårigheter uppkommer när rättspraxis är hänförlig till konstitutionella bestämmelser som lagstiftaren inte har kompetens att ändra genom ett ordinärt lagstiftningsförfarande. Lagstiftaren saknar då möjlighet, i vart fall i formell mening, att snabbt rätta till rättspraxis om den skulle anse att denna är felaktig. För att ändra rättspraxis krävs att ett särskilt ändringsförfarande av de konstitutionella bestämmelserna inleds (t.ex. två riksdagsbeslut med mellanliggande val som krävs vid ändring av den svenska grundlagen).

3.6 Fördelar och nackdelar med skriven rätt

Rättspraxis är mer flexibel som rättskälla än den skrivna rätten. Varje fall avgörs med utgångspunkt från tidigare fall och de omständigheter som är relevanta i målet. Man kan säga att gällande rätt formas efter omständigheterna i de enskilda målen och växer fram successivt som ett lapptäcke. Fördelen är framför allt rättssystemets flexibilitet, dvs. att detta skapar goda möjligheter till en väl avvägd och rimlig lösning i varje enskilt fall. Nackdelen är bristen på förutsebarhet som uppstår då rätten formas av de särskilda omständigheterna. Man kan säga att rätten inte ”finns” eller ”syns” förrän de relevanta omständigheterna har aktualiserats.

Den skrivna rätten är stelare, men samtidigt tydligare och mer förutsebar. Detta innebär dock inte att alla svar med säkerhet kan uttydas på förhand. I regel dyker tolkningssvårigheter upp i praktiken. När domaren är bunden av skriven rätt är det svårare för honom att anpassa den till omständigheterna i enskilda fall. Han har mindre utrymme att eftersträva en rimlig lösning i det enskilda fallet. Om utgången förefaller orimlig, ankommer det på lagstiftaren att ändra lagen så att den inte leder till samma resultat i framtiden.

Inom Common law upplevs inslaget av skriven rätt och sammanhängande signaler från lagstiftaren som en begränsning i det handlingsutrymme som domaren normalt förfogar över. Förekomsten av skriven rätt innebär också att andra tolkningsmetoder används. Följande citat är betecknande för hur inslaget av skriven rätt uppfattas av domstolarna inom Common law-systemet.

”A court does not engage in a wholly creative process when it interprets a vague or ambiguous statute. Rather, it seeks to determine and to give effect to the intent of the enacting legislature by analyzing the statutory language, the stated or apparent purpose of the statute, and the legislative activities related to enactment of the bill.”⁵

Domstolarna inom Common law-systemet är sålunda mycket noga med att följa lagstiftarens intentioner när de är synliga. I dessa fall blir tolkningen av de ofta mycket detaljrika reglerna tämligen bokstavstrogen och förarbetsuttalanden tillmäts betydelse som rättskälla.

⁵ Se Calleros, a.a., s. 14.

4 KODIFIERING INOM EG-RÄTTEN

4.1 Förhållandet mellan EG-domstolen och gemenskapslagstiftaren

EG-fördraget skiljer sig från en nationell grundlag eller konstitution genom att dess bestämmelser i förhållandevis stor utsträckning avser tekniska frågor.⁶ EG-fördraget avser att lägga grunden för en primärt ekonomisk integration. Det innehåller därför ekonomiskt betonade principbestämmelser som saknar motsvarighet i nationella konstitutioner eller grundlagar, som t.ex. de fyra friheterna och konkurrensreglerna. Detta gör att skillnaden mellan EG-rättens primär- och sekundärrätt inte är så stor som t.ex. mellan den svenska regeringsformen och svensk lag.

Till detta kommer att EG-rätten är en dynamisk och levande rättsordning. Ny lagstiftning läggs ständigt fram av de politiska institutionerna och regeringskonferenser, där mer genomgripande förändringar av unionens verksamhet beslutas, har blivit allt vanligare. Gemenskapsdomstolarna befinner sig i denna snabbt föränderliga omvärld och deltar själva i processen.⁷

Domstolarna är således ett nödvändigt komplement till lagstiftaren när det gäller att täta luckor i det EG-rättsliga systemet. Att gemenskapsdomstolarna har denna roll leder ibland till något som kan liknas vid regleringskonkurrens, dvs. en dragkamp mellan EG-domstolen och gemenskapslagstiftaren om vem som ska bestämma rättens innehåll. Domstolen sätter själv upp gränser för vad den på egen hand kan utträta i sin judiciella verksamhet. Den använder emellanåt dynamiska uttryck som ”*på EG-rättens nuvarande stadium*” eller liknande, vilket i regel innebär att en viss omsvängning kan komma att bli aktuell i framtiden.⁸ Det händer också att den uttryckligen hänvisar till lagstiftaren när den anser att det ankommer på de politiska institutionerna eller medlemsstaterna att förändra rättsläget.⁹ EG-domstolen har dock många gånger gått långt i sin rättsskapande verksamhet och enligt vissa bedömare överskridit gränsen för vad som utgör ”tolkning” av rätten.¹⁰ Klassiska exempel är de bäge målen *Les Verts* och *Chernobyl* som berörs längre fram, där tämligen klara och i fördraget inskrivna regler om talerätt förändrades genom en extensiv tolkning.

⁶ Jfr. Nergelius, J, *Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans*, Norstedts juridik 1998, s. 42 ff.

⁷ Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I., (red), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättslämpning*, Norstedts juridik 2005, s. 37.

⁸ *Ibid.*, s. 38.

⁹ Se t.ex. dom av den 19 november 1998 i mål C-162/97, Nilsson m.fl. (Belgian blue), REG 1998, s. I-7477 och dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, UPA, REG 2002, s. I-6677.

¹⁰ Se Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Nijhoff 1986 samt *The European Court of Justice*, GadJura 1998, Wiklund, O., *EG-domstolens tolkningsutrymme*, Juristförlaget 1997, O'Neill, A., *Decisions of the European Court of Justice and their National Implications*, Butterworths 1994, Ward, A., *A Critical Introduction to European Law*, Sweet and Maxwell 1996 och Hartley, T., *Constitutional Problems of the European Union*, Hart Publishing 1999.

Ett exempel som illustrerar förhållandet mellan EG-domstolen och gemenskapslagstiftaren är också det s.k. tyska försäkringsfallet.¹¹ I detta fall skulle EG-domstolen pröva om tyska krav på bl.a. etablering och auktorisation av försäkringsgivare var förenliga med bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster i EG-fördraget. Samtidigt pågick emellertid ett lagstiftningsärende i rådet där man skulle enas om ett direktiv avseende gränsöverskridande försäkringstjänster. Flera medlemsstater invände inför EG-domstolen att denna skulle förklara sig obehörig att ta upp målet till prövning, eftersom lagstiftningsärendet pågick. Dessa länder ansåg att kommissionen, som väckt talan mot Tyskland, försökte utnyttja domstolsprocessen för att ifrågasätta ett i princip antaget direktiv på området i syfte att påverka den framtida lagstiftningens inriktning. EG-domstolen svarade dock att enbart det faktum att rådet redan hade förelagts ett lagförslag, som om det antogs och införlivades med nationell rätt skulle få till följd att det fördragsbrott som kommissionen gjorde gällande inte längre förelåg, inte utgjorde hinder för kommissionen att väcka talan om fördragsbrott. Domstolens slutsats i sak blev att Tyskland hade brutit mot EG-fördragets bestämmelser om den fria rörligheten för tjänster och etablering, vilket begränsade det handlingsutrymme som medlemsstaterna ansåg sig ha när det gällde direktivnehållet.

4.2 Fördragen, normhierarkin och extensiva tolkningar

EU:s rättskällehära präglas av den skillnad som råder mellan primärrätten, å ena sidan, och övriga rättskällor, å den andra. Medlemsländerna har skapat EU genom primärrätten och denna måste därför tillerkännas en betydande grad av politisk och demokratisk legitimitet. Primärrätten är därför den överordnade rättskällan inom gemenskapsrätten. Dess giltighet kan i princip inte ifrågasättas av EU:s institutioner, eftersom den utgör själva grunden för deras existens.¹² EG-domstolen har följaktligen själv uttalat att den saknar behörighet att pröva om bestämmelser i primärrätten är giltiga.¹³ EG-domstolen har emellertid i vissa fall gått mycket långt i sin tolkning av fördragsbestämmelserna och även tolkat dem på ett sätt som inte överensstämmer med deras lydelse.

Ett gott exempel på detta är målet *Chernobyl*¹⁴ som rörde Europaparlamentets möjlighet att väcka talan enligt nuvarande artikel 230 i EG-fördraget. Målet gällde en förordning som antagits med stöd av artikel 31 i Euratom-fördraget och avsåg gränsvärden för radioaktivitet i livsmedel och djur-

¹¹ Dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1986, s. 3755, svensk specialutgåva, volym 8, s. 741

¹² Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I., a.a., s. 26.

¹³ Se dom den 28 april 1988 i de förenade målen 31 och 35/86, LAISA mot rådet, REG 1988, s. 2285.

¹⁴ Dom av den 22 maj 1990 i mål C-70/88, Europaparlamentet mot rådet, REG 1990 s. I-2041, svensk specialutgåva, volym 10, s. 425.

foder efter en kärnkraftolycka. Europaparlamentet hördes av rådet inför antagandet av förordningen, men gavs inga möjligheter att påverka rättsaktens innehåll. Europaparlamentet menade att fel rättsgrund hade använts och väckte en talan om ogiltigförklaring av rättsakten vid EG-domstolen. Rådet invände inför domstolen att Europaparlamentet saknade behörighet att föra en ogiltighetstalan enligt dåvarande artikel 173, nu artikel 230 i EG-fördraget. Vid den aktuella tidpunkten nämndes nämligen Europaparlamentet överhuvudtaget inte i fördragstexten och borde därför inte kunna väcka talan vid EG-domstolen. Domstolen uttalade emellertid att:

”Det åligger ... domstolen att säkerställa att fördragets bestämmelser om institutionell jämvikt tillämpas fullt ut och att se till att parlamentet, liksom de andra institutionerna, inte kan få sina befogenheter kränkta utan att kunna utnyttja någon av de i fördragen föreskrivna talemöjligheterna som kan användas på ett säkert och effektivt sätt.

Den omständigheten att det inte finns någon bestämmelse i fördragen som ger parlamentet rätt att väcka talan om ogiltigförklaring kan utgöra en processuell brist, men denna omständighet kan inte väga tyngre än det grundläggande intresset av att upprätthålla och respektera den institutionella jämvikt som slagits fast i Europeiska gemenskapernas grundläggande fördrag.

Följaktligen kan en av parlamentet väckt talan om ogiltigförklaring av en rättsakt av rådet eller kommissionen upptas till sakprövning, under förutsättning att talan uteslutande syftar till att skydda parlamentets befogenheter och endast grundas på att dessa har kränkts. Med detta förbehåll skall för parlamentets talan om ogiltigförklaring gälla de bestämmelser som föreskrivs i fördragen för de övriga institutionernas talan om ogiltigförklaring.”

En sådan extensiv tolkning hade EG-domstolen knappast vågat sig på om den inte hade ansett att en sådan utvecklig av talerätten överensstämde med den allmänna rättsuppfattningen i medlemsländerna.¹⁵

Rättspraxis kan alltså ha en mycket stark ställning som rättskälla i EG-rätten, i synnerhet när den är ett uttryck för allmänna rättsprinciper. I målet Chernobyl var det *principen om institutionell jämvikt* som EG-domstolen stödde sig på när den tolkade EG-fördraget på ett sätt som inte överensstämde med dess lydelse. Vissa allmänna rättsprinciper kompletterar alltså primärrätten och formar dess innehåll.

En sammanhängande fråga är om EG-domstolens rättspraxis kan rubbas av senare tillkommen sekundärrätt. Det finns inget klart svar på den frågan. Svaret måste bli att ”det beror på”. EG-domstolen tolkar ju alltid *en annan* rättskälla i sina domar. Utgångspunkten bör därför vara att rättspraxis från gemenskapsdomstolarna hänger samman med denna andra rättskälla. Om det är sekundärrätt EG-domstolen tolkar bör denna rättspraxis anses sammanhänga med sekundärrätten (och kan ändras genom senare tillkommen sekundärrätt) och om det är primärrätt som tolkas blir denna rättspraxis på motsvarande sätt kopplad till relevanta delar av primärrätten.

¹⁵ Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I., a.a., s. 27.

Konflikter mellan rättspraxis som grundar sig på primärrätt och sekundärrätt löses vanligen tolkningsvägen. I det ovan nämnda tyska försäkringsfallet uppkom även denna fråga. Överensstämde det första försäkringsdirektivet med EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster? EG-domstolen uttalade att när en bestämmelse i sekundärrätten kan tolkas på flera sätt bör den tolkning ges företräde som gör att bestämmelsen överensstämmer med fördraget framför den som leder till att bestämmelsen blir oförenlig med fördraget. Sekundärrätten, i detta fall ett direktiv, skulle sålunda inte tolkas isolerat från fördraget och den rättsutveckling som redan skett i rättspraxis.

Om EG-domstolens rättspraxis är ett uttryck för allmänna rättsprinciper bör den enligt EG-domstolens uppfattning på motsvarande sätt inte kunna ändras med stöd av senare tillkommen sekundärrätt. Förklaringen till detta är att EG-domstolen har tagit på sig uppgiften att med stöd av medlemsländernas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella överenskommelser rörande grundläggande rättigheter, utveckla rättsprinciper av konstitutionell natur för att fylla ut luckor i det EG-rättsliga systemet. Dessa principer rangordnas på samma nivå som själva fördragstexten. De har därför företräde framför sekundärrätten och därmed också framför internationella avtal som gemenskapen ingår med tredje land eller internationella organisationer.¹⁶

4.3 Kodifiering som uppdatering

När EG-domstolen ”går före” och träder in på mark som normalt ockuperas av lagstiftaren är det rimligt att lagstiftaren reagerar. Om EG-domstolen tolkar EG-fördraget på ett sätt som inte överensstämmer med dess lydelse bör detta bekräftas eller förkastas av lagstiftaren. Som bekant gäller ett speciellt förfarande vid fördragsändringar, vilket förutsätter sammankallande av en s.k. regeringskonferens (artikel 48 i EU-fördraget). ”Grundlagslagstiftaren” existerar därför i formell mening endast i samband med dessa konferenser. En bekräftelse av EG-domstolens rättspraxis rörande fördragsbestämmelser kan därför komma till uttryck genom att rättspraxis kodifieras. Så skedde efter det tidigare berörda *Chernobylfallet* i samband med Maastrichtfördraget. Det skrevs då in i fördraget att EG-domstolen skulle vara behörig att pröva en talan som förs av Europaparlamentet i

¹⁶ Ibid, s. 28. Ett exempel på att allmänna rättsprinciper har företräde framför sekundärrätten är förstainstansrättens dom av den 22 januari 1997 i mål T-115/94, Opel Austria GmbH mot rådet, REG 1997, s. II-39. Opel Austria begärde att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara rådets förordning (EG) nr 3697/93, vilken innebar att en tull pålades Opel Austrias export av F15 växellådor till gemenskapen. Förordningen var i strid med EES-avtalet, som dock ännu inte hade trätt i kraft. Förstainstansrätten ogiltigförklarade förordningen med hänvisning till den folkrättsliga principen om god vilja (fr. *principe de bonne foi*), av vilken följer att en stat som undertecknat ett avtal skall avhålla sig från handlingar som skulle omintetgöra avtalets ändamål och syfte, liksom till de gemenskapsrättsliga principerna om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhet.

syfte att bevaka sina rättigheter. Enligt nuvarande artikel 230 i EG-fördraget får Europaparlamentet väcka talan på samma villkorslösa sätt som rådet, kommissionen och medlemsstaterna.

Ett annat exempel på detta är målet *Les Verts* som föranledde en förändring av samma artikel i samband med Enhetsakten (1986).¹⁷ I detta mål hade en miljöinriktad politisk gruppering (*Les Verts – Parti écologiste*) väckt en talan om ogiltigförklaring av vissa beslut från Europaparlamentets presidium om fördelningen av anslag för ersättning av utgifter för politiska grupperingar som deltog i 1984 års Europaval. Det problem EG-domstolen ställde inför var att det vid denna tidpunkt saknades bestämmelser i fördraget som medgav att en enskild juridisk person väckte talan mot en rättsakt från Europaparlamentet. EG-domstolen ansåg uppenbarligen att det skulle vara högst otillfredsställande om det inte var möjligt att väcka en sådan talan. Den konstaterade att Europaparlamentet inte fanns omnämnt bland de institutioner vars rättsakter kunde angripas, eftersom EEG-fördraget i sin ursprungliga version endast hade tilldelat parlamentet rådgivande befogenheter och befogenheter i fråga om politisk kontroll, men inte någon befogenhet att anta rättsakter som ska ha rättsverkan i förhållande till tredje man. En tolkning av artikel 173 i fördraget (nu artikel 230 i EG-fördraget) som skulle utesluta Europaparlamentets rättsakter från dem som kan angripas, skulle dock enligt domstolen leda till ett resultat som stod i strid med såväl fördragets anda, såsom denna har kommit till uttryck i artikel 164 (nu artikel 220 i EG-fördraget), som med dess system. De rättsakter som Europaparlamentet antar inom ramen för EEG-fördraget skulle nämligen, om det inte fanns möjlighet att hänskjuta dem till domstolens granskning, kunna inkräkta på medlemsstaternas eller de övriga institutionernas behörighet eller överskrida de gränser som har satts för Europaparlamentets behörighet. Av denna anledning ansåg domstolen att en talan om ogiltigförklaring skulle kunna väckas mot rättsakter som antogs av Europaparlamentet och som hade rättsverkan i förhållande till tredje man. Vid den efterföljande fördragsrevisionen ändrades artikelns lydelse så att domstolen uttryckligen kunde granska lagligheten av de rättsakter som antas av Europaparlamentet och som ska ha rättsverkan i förhållande till tredje man.

¹⁷ Dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, *Parti écologiste "Les Verts"* mot Europaparlamentet, REG 1986, s. 1339, svensk specialutgåva, volym 8, s. 529.

5 KODIFIERINGSREFORMER INOM EU

Chernobyl och *Les Verts* fallen visar att det förekommer kodifiering av rättspraxis i samband med fördragsrevisioner inom EU. Fördragsbestämmelserna har uppdaterats i fall där EG-domstolen har gjort uttalanden som gjort att deras lydelse framstått som otydlig eller föråldrad. I det följande ska mer omfattande konsoliderings- och kodifieringsreformer diskuteras.

5.1 Förslaget till tjänstedirektiv

Kommissionens förslag till tjänstedirektiv är unikt på många sätt. Aldrig har ett direktiv rörande EU:s inre marknad blivit så uppmärksammat i media och den allmänna politiska debatten. Tjänstedirektivet tycks – mätt i publicitet och uppståndelse – faktiskt vara viktigare än EU:s strandade konstitutionsprojekt. Frågan är vad det är som gör tjänstedirektivet så kontroversiellt. Fri rörlighet för tjänster är en av EU:s grundläggande principer och har gällt sedan 1957. Direktivförslaget syftar till att få tjänstemarknaden inom EU att fungera som ursprungligen var tänkt och redan följer av EG-fördraget. Delar av förslaget utgörs av kodifierad rättspraxis och avser att återge vad som redan gäller. Ett skäl till att direktivförslaget har stött på mycket kritik är troligtvis dess vida omfattning. Det avser inte att införa gemensamma bestämmelser inom en specifik sektor, som direktiv brukar göra, utan omfattar alla tjänster som inte uttryckligen undantas. Detta har lett till spekulation och i vissa fall grundlösa farhågor om direktivets innehåll. En stor del av kritiken har t.ex. gällt situationen för utstationerade arbetstagare, trots att dithörande frågor specialregleras i ett annat direktiv (utstationeringsdirektivet).¹⁸ Kommissionen var i sitt ursprungliga förslag inte ute efter att ändra grundprinciperna för hur utstationerade arbetstagare skulle behandlas enligt EG-rätten. Förändringarna i förhållande till det redan gällande utstationeringsdirektivet var tämligen marginella.¹⁹ I kommissionens förslag gjordes vidare försök att kodifiera EG-domstolens rättspraxis rörande villkoren för att ta emot sjukvårdstjänster i andra medlemsländer och begära ersättning från hemlandets socialförsäkringssystem.²⁰ Försöken att bringa klarhet kring villkoren för tjänsteutövare och tjänstemottagare blandades dock med flera viktiga nyheter. Till dessa hörde den s.k. ursprungslandsprincipen, som i kommissionens ursprungliga förslag angav att reglerna i ursprungslandet (landet där tjänsteutövaren är etablerad) med några få undantag skulle gälla för tjänster som tillhandahölls i andra medlemsländer. Ursprungslandsprincipens omfattning och konse-

¹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT L 18, s. 1.

¹⁹ Se Otken Eriksson, I., *Slagskepp eller kanonbåt? EG-rättslig utvärdering av tjänstedirektivet*, i Lissabonstrategin i halvtid, Europaperspektiv 2005, Gustavsson, Oxelheim och Wahl (red.), Santérus förslag 2005, s. 212 ff.

²⁰ *Ibid*, s. 211 f.

kvenser var dock oklara, vilket ledde till vitt skilda tolkningar om vad den kunde innebära.²¹

Kommissionens förslag granskades och bearbetades av Europaparlamentet. Mer än 1000 ändringsförslag fördes fram och många debatter ägde rum. Den 16 februari 2006 presenterades en kompromisstext som en majoritet av parlamentarikerna ställde sig bakom. I parlamentets förslag preciseras direktivets omfattning. Listan på områden som inte omfattas av direktivet har blivit mycket längre. Direktivet rör t.ex. inte längre utstationering av arbetstagare eller sjukvårdstjänster. Vidare har rubriken ”Ursprungslandsprincipen” ersatts med ”Frihet att tillhandahålla tjänster”. Detta är ordagrant den princip som uttrycks i artikel 49 i EG-fördraget, där det föreskrivs att ”inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster” ska vara förbjudna. Undantag från direktivets huvudregel är tillåtna om icke-diskrimineringsprincipen respekteras och om de är berättigade av hänsyn till den allmänna ordningen och säkerheten samt skydd för hälsa och miljö. De nationella åtgärderna måste också överensstämja med proportionalitetsprincipen, dvs. de måste vara lämpliga för att uppfylla det mål som eftersträvas och får inte sträcka sig längre än vad som är nödvändigt för att målet ska uppfyllas. Slutligen ska tillsynen över tjänsteutövarna utövas av myndigheterna i destinationsstaten i stället för av myndigheterna i ursprungsstaten, som angavs i kommissionens ursprungliga förslag.

I stora drag överensstämmer detta med vad som redan gäller enligt EG-domstolens praxis. Att tvingande hänsyn är just allmän ordning eller säkerhet samt hälsa och miljö, är dock inte helt i paritet med EG-domstolens rättspraxis som inte utesluter andra hänsyn, t.ex. skydd för konsumenter. Enligt rättspraxis gäller principen om ömsesidigt erkännande. Denna syftar inte till att utesluta tillämpningen av reglerna i den stat som mottar en tjänst till förmån för reglerna i ursprungslandet. Principen innebär att mottagarstaten är skyldig att beakta faktiska och rättsliga förhållanden i ursprungsstaten, dvs. den medför inte att mottagarstaten på förhand är skyldig att erkänna reglerna i ursprungsstaten. Om tjänstetillträdet ska begränsas krävs dock att mottagarstaten visar att de nationella reglerna är icke-diskriminerande samt nödvändiga och proportionerliga i förhållande till det allmänintresse som ska upprätthållas.²² Om avsikten är att uppräkningsreglerna av tvingande hänsyn ska vara uttömmande blir konsekvensen att många av ursprungslandets regler per automatik måste erkännas av mottagarstaten. Det är endast när allmän ordning eller säkerhet samt hälsa och miljö kan åberopas som möjlighet finns att inte godta ursprungsstatens lagstiftning. Detta innebär att det i själva verket införs en förtäckt ursprungslandsprincip.²³

²¹ Se Otken Eriksson, I., *Är vi mogna för ursprungslandsprincipen?*, ERT 2004, s. 539.

²² Se Nordiska ministerrådets rapport *Principen om ömsesidigt erkännande och ursprungslandsprincipen i gemenskapsrätten* (TemaNord 2003:534), författad av Ulf Öberg, s. 60 f.

²³ Se Hettne, J., *Tjänstedirektivet på frammarsch*, Sieps nyhetsbrev, mars 2006.

Förhandlingarna kring tjänstedirektivet speglar den växelverkan mellan gemenskapslagstiftaren och EG-domstolen som har berörts tidigare i denna rapport. Kommissionen ville med sitt ursprungliga förslag återta lagstiftningsinitiativet på flera områden där rättsutvecklingen på senare tid skett genom EG-domstolens rättspraxis. Ett exempel är sjukvårdstjänster, som nu undantagits från tjänstedirektivet. EG-domstolen har fastslagit att en medborgare i en medlemsstat har rätt att under vissa villkor erhålla ersättning då han tar emot sjukvårdstjänster i en annan medlemsstat. Vid slutet sjukvård (men inte öppenvård) har EG-domstolen godtagit att medlemsländerna får uppställa krav på *förhandstillstånd* under förutsättning att en rad förvaltningsrättsliga krav är uppfyllda. Ett förhandstillstånd måste grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att bedömningen blir godtycklig. Ett sådant system med prövningstillstånd ska enligt domstolen vidare administreras enligt ett förfarande som är lättillgängligt och ägnat att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist och objektivt och opartiskt. Eventuella avslag ska dessutom kunna överprövas genom talan vid domstol.²⁴ I det ursprungliga tjänstedirektivförslaget preciserades och utvecklades dessa villkor. Det rörde sig alltså i huvudsak om en kodifiering av redan gällande rättspraxis.

Vid Europaparlamentets behandling tycks ambitionen att klargöra rättsläget och återta lagstiftningsinitiativet från EG-domstolen ha bortfallit. Istället har en kompromisstext tagits fram som framför allt tar hänsyn till kritik från de europeiska fackföreningarna, vilket inneburit att flera centrala tjänsteområden har tagits bort. Att vissa tjänster faller utanför tjänstedirektivet innebär dock inte att de faller utanför EG-fördraget. Att gemenskapslagstiftaren backar i ett antal frågor, innebär bara att EG-domstolen, utan närmare instruktioner från lagstiftaren, får lösa frågorna själv, med stöd av EG-fördraget och den sekundärrätt som redan finns.²⁵ Medlemsstaterna kommer alltså inte att kunna göra som de vill på dessa områden. Villkoren för utstationerade arbetstagare kommer sannolikt att preciseras i det pågående målet C-341/05, *Laval mot Svenska byggnadsarbetareförbundet* och villkoren för att erhålla och få ersättning för sjukhusvård i en annan medlemsstat har nyligen preciserats ytterligare i domstolens dom i *Watts-målet*.²⁶

²⁴ Se t.ex. dom av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré, REG 2003, s. I-4509, punkt 85.

²⁵ Se Hettne, J., *Tjänstedirektivet på frammarsch*, a.a.

²⁶ Dom av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Yvonne Watts, ej ännu publicerad i rättsfalls-samlingen.

Kommissionen har nu antagit ett nytt direktivförslag²⁷ som i huvudsak bejakar Europaparlamentets ändringsförslag. Det rör sig fortfarande om ett direktiv som i stor utsträckning utgör ett försök att klargöra hur marknaden för tjänster inom EU bör se ut och fungera om de grundläggande principerna för den inre marknaden iakttas. En parallell – och lika betydelsefull – utveckling kommer dock att ske i rättspraxis på flera områden och separata lagstiftningsinitiativ kommer sannolikt senare att läggas fram på områden som inte omfattas av direktivet.

I sammanhanget bör observeras att en kodifiering eller utveckling av rättspraxis i ett EU-direktiv innebär mer än att rättsläget fastställs och bekräftas. Om krav på medlemsländernas lagstiftning, som utvecklas i rättspraxis, fastställs i ett direktiv måste medlemsstaterna vidta åtgärder för att uppfylla dessa krav under införlivningsfristen. Medlemsstaterna kan alltså inte avvakta med att vidta åtgärder till dess EG-domstolen har granskat just deras ordning, vilket ofta tycks vara fallet i dag.

Vissa slutsatser kan dras när det gäller de problem och diskussioner som förslaget till tjänstedirektiv har gett upphov till. Den gemenskapsmodell som har fungerat sedan EU:s tillkomst och i synnerhet i tider av bristande politisk handlingskraft är i hög grad aktuell och levande i dag. Frågor som är politiskt känsliga överlämnas till EG-domstolen och löses i rättspraxis. Problemet med tjänstedirektivet visar också hur svårt det är att vinna gehör för större övergripande lagstiftningsprojekt, där nyheter blandas med klarlägganden om vad som redan gäller. I den allmänna debatten kan dessa klarlägganden eller kodifieringar av redan gällande rättspraxis uppfattas som nyheter, eftersom man inte kan utgå ifrån att det föreligger full insikt eller enighet om vad som redan gäller enligt rättspraxis. Erfarenheterna från tjänstedirektivet tyder på att det kan vara en fördel att hålla isär kodifieringsarbetet och den vanliga lagstiftningen (de reella nyheterna).

5.2 En europeisk förvaltningslag

5.2.1 Förvaltningsrätten har växt fram i rättspraxis

EU saknar i dag en allmän förvaltningslag av det slag som finns i t.ex. Sverige. I de grundläggande fördragen finns enbart vissa anvisningar om vilka förvaltningsrättsliga principer som ska tillämpas.²⁸ För att EG-rätten överhuvudtaget ska kunna tillämpas har det därför varit nödvändigt för EG-domstolen att utveckla vissa förvaltningsrättsliga principer. För att finna principer som är lämpade att använda på europeisk nivå har domstolen använt sig av en komparativ metod i syfte att utröna vilka principer

²⁷ KOM (2006) 160 slutlig.

²⁸ I artikel 230 i EG-fördraget stadgas t.ex. på vilka grunder en gemenskrättsakt kan ogiltigförklaras. Dessa är för övrigt identiska med ogiltighetsgrunderna i fransk förvaltningsrätt. Vidare anges i artikel 253 i EG-fördraget att förordningar, direktiv och beslut som antas av Europaparlamentet och rådet gemensamt, av rådet och kommissionen ska vara motiverade och hänvisa till de förslag och yttranden som har inhämtats enligt fördraget.

som kan anses erkända av åtminstone det stora flertalet av medlemsländerna.²⁹ I äldre rättspraxis finns ofta spår av dessa komparativa studier såväl i domar som i generaladvokaters förslag till avgöranden.³⁰

Ett tidigt och belysande exempel på hur EU:s förvaltningsrätt skapats är målet *Algera*.³¹ Målet gällde ett personalärende och avgjordes när bara kol- och stålfördraget existerade. EG-domstolen hade att ta ställning till frågan om, och under vilka omständigheter, ett förvaltningsrättsligt beslut kunde återkallas av beslutsmyndigheten. Detta var ett förvaltningsrättsligt problem som var välkänt i medlemsländerna men helt oreglerat i EG-rätten. Domstolen uttalade först att den var skyldig att finna en lösning på problemet, annars skulle den göra sig skyldig till ”*déni de justice*” (ung. vägran att skipa rättvisa). Den jämförde de då sex medlemsstaternas rättsordningar och inspirerades särskilt av den franska principen om att ett beslut som skapar rättigheter för enskilda individer i princip är oantastligt (*principe d'intangibilité des décisions créatrices de droits*) och de tyska principerna om rättssäkerhet och berättigade förväntningar. Domstolen uttalade:

”an administrative measure conferring individual rights on the person concerned cannot in principle be withdrawn, if it is a lawful measure; in that case, since the individual right is vested, the need to safeguard confidence in the stability of the situation thus created prevails over the interests of an administration desirous of reversing its decision.”

Domstolen angav emellertid inte under vilka omständigheter förvaltningsbeslut skapar rättigheter (*confer rights*) eller när sådana rättigheter är oåterkalleliga (*vested*). Det rådde länge osäkerhet huruvida fransk eller tysk rätt skulle bli tongivande. I fransk rätt görs skillnad på deklarativa och diskretionära beslut, varvid bara rättigheter som följer av ett deklarativt beslut (*droits acquis*) är oåterkalleliga. I tysk, liksom bl.a. i nederländsk och skandinavisk rätt, tas mer hänsyn till beslutets verkningar i det enskilda

²⁹ Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I., a.a., s. 45 f.

³⁰ Se t.ex. förslaget till avgörande av generaladvokat Warner i mål 17/74, *Transocean Marine Paint Association* mot kommissionen (REG 1974, s. 1063, svensk specialutgåva, volym II, s. 357) som rörde principen om rätten till försvar. För ett senare exempel, se förslaget till avgörande av generaladvokat Tesaro i mål C-58/94, *Nederländerna mot rådet* (REG 1996, s. I-2169), som rörde allmänhetens tillgång till rådets handlingar och generaladvokat Légers förslag till avgörande i mål C-224/01, *Köbler mot Österrike* (REG 2003, s. I-10239) som rörde medlemsstaternas eventuella skadeståndsskyldighet gentemot enskilda individer då deras domstolar inte respekterar EG-rätten. Den komparativa metoden har på ett förtjänstfullt sätt belysts av Koen Lenaerts i artikeln *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, RTD eur. 37 (3), 2001, s. 487 och *Inter-locking legal orders in the European Union and comparative law* (2003) ICLQ, s. 873.

³¹ Dom av den 12 juli 1957 i de förenade målen 7/56 och 3-7/57, *Algera*, REG 1957, s. 81 (fransk utgåva), engelsk specialutgåva 1957-1958, s. 39, 55. För ett annat belysande exempel av EG-domstolens komparativa metod, se dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, *AM & S* mot kommissionen, REG 1982, s. 1575, svensk specialutgåva, volym 6, s. 405.

fallet. Ett klagörande kom i målet *De Compte*³² som rörde en tjänsteman som beviljats sjukersättning vilken sedermera återtog sedan Europaparlamentet funnit att beslutet vilade på felaktig grund. I detta mål anförde EG-domstolen att:

”Även om en gemenskapsinstitution, som konstaterar att den antagit en rättsstridig rättsakt, har rätt att återkalla den med retroaktiv verkan om det sker inom en rimlig tidsfrist, begränsas denna möjlighet enligt fast rättspraxis av nödvändigheten att respektera berättigade förväntningar hos den som gynnas av rättsakten och som kunnat hysa tilltro till att den var lagenlig.³³...

[D]en tidpunkt som utgör utgångspunkten för bedömningen av när berättigade förväntningar uppstår hos den person till vilken ett gynnande förvaltningsbeslut riktar sig är den dag då denne får del av rättsakten, och inte den dag då den antas eller återkallas. ... I det aktuella fallet finns inget som tyder på att klaganden har framkallat beslutet ... genom att lämna falska eller ofullständiga uppgifter.³⁴...

Härav följer att klaganden, när han efter delgivning fick kännedom om beslutet av den 24 januari 1991, kunde hysa tilltro till dess lagenlighet och göra anspråk på att det skulle bestå. ... [N]är någon väl har bibringats berättigade förväntningar på att ett gynnande förvaltningsbeslut är lagenligt kan dessa förväntningar inte senare undergrävas. Med beaktande av omständigheterna i det aktuella fallet finns det, för det andra, inget allmänintresse som går före mottagarens intresse av att en situation som han kunde anse vara säker skall bestå.³⁵”

Efter *De Compte* kan konstateras att det är den tyska och skandinaviska synen som för närvarande är förhärskande i EG-domstolen när det gäller möjligheten att återkalla förvaltningsrättsliga beslut, inte den franska.³⁵ Till EU:s förvaltningsrätt hör numera en rad allmänna rättsprinciper som har utvecklats i EG-domstolens rättspraxis. De viktigaste är principen om god förvaltning eller god förvaltningssed,³⁶ rätten till försvar³⁷ (som i sin tur innefattar en samling processuella rättssäkerhetsgarantier som syftar till en rättvis rättegång, t ex rätten att inte dömas ohörd, rätten till aktinsyn och

³² Dom av den 17 april 1997 i mål C-90/95 P, *De Compte mot Europaparlamentet*, REG 1997, s. I-1999, punkterna 36-39.

³³ Dom av den 3 mars 1982 i mål 14/81, *Alpha Steel mot kommissionen*, REG 1982, s. 749, punkt 10-12; av den 26 februari 1987 i mål 15/85, *Consortio Cooperative d'Abruzzo mot kommissionen*, REG 1987, s. 1005, punkt 12-17; av den 20 juni 1991 i mål C-248/89, *Cargill mot kommissionen*, REG 1991, s. I-2987, punkt 20, och av den 20 juni 1991 i mål C-365/89, *Cargill*, REG 1991, s. I-3045, punkt 18.

³⁴ Se i detta avseende dom av den 22 mars 1961 i förenade målen 42/59 och 49/59, *Snupat mot Höga myndigheten*, REG 1961, s. 99, och av den 12 juli 1962 i mål 14/61, *Hoogovens mot Höga myndigheten*, REG 1962, s. 485.

³⁵ Jfr. Schönberg, S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, s. 72-73 och Ragnemalm, H., *Confiance légitime et délai raisonnable: Quelques remarques sur le thème du retrait des actes administratifs favorables en droit communautaire*, i *Melange Schockweiler* 1998.

³⁶ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 25 september 2003 i mål C-170/02 P, *Schlüsselverlag J.S. Moser mot kommissionen*, REG 2003, s. I-9889.

³⁷ Principen om rätten till försvar omnämndes först i dom av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, *Transocean Marine Paint Association mot kommissionen*, REG 1974, s. 1063, svensk specialutgåva, volym 2, s. 357.

rätten att inte behöva vittna mot sig själv), principen om myndighetens utredningsskyldighet eller omsorgsprincipen,³⁸ kravet på skyndsam handläggning (rimlig tidsfrist),³⁹ kravet på domstolskontroll och effektiva rättsmedel⁴⁰ och motiveringsskyldigheten.⁴¹

5.2.2 Ombudsmannens uppförandekodex om god förvaltning

EU:s förvaltningsrätt finns sålunda i rättspraxis och har utvecklats mot bakgrund av medlemsländernas nationella rätt. Den har kommit till uttryck i senare lagstiftning som direkt avser förhållandet mellan enskilda individer och EU-myndigheter, t.ex. på konkurrensområdet,⁴² statsstödsområdet,⁴³ antidumpningsområdet⁴⁴ och i fråga om varumärkesregistrering.⁴⁵ Förvaltningsrättsliga bestämmelser förekommer också i rättsakter som avser den fria rörligheten för personer och tjänster. I det ovannämnda förslaget till tjänstedirektiv anges t.ex. vilka förvaltningsrättsliga krav som medlemsstaterna måste uppfylla om de uppställer tillståndssystem vid utövande av viss verksamhet. Någon samlad förvaltningslag för EU har det dock inte tagits initiativ till, åtminstone inte av gemenskapslagstiftaren. Den europeiske ombudsmannen, som har till uppgift att vaka över att den europeiska förvaltningen fungerar tillfredsställande, har dock tagit fram ”Den europeiska kodexen för god förvaltningssed”.⁴⁶ I inledningen till kodexen anges att den tar hänsyn till förvaltningsrättsliga principer i EG-domstolens rättspraxis och att den även har hämtat inspiration från nationella lagar. Det rör sig alltså om en form av kodifiering och ombudsmannen har använt sig av en komparativ metod på motsvarande sätt som EG-domstolen när han har tagit hänsyn till gemensamma trender i medlemsstaternas lag-

³⁸ Se t.ex. dom av den 22 oktober 1991 i mål C-16/90, Nölle, REG 1991, s. I-5163. Se även dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453.

³⁹ Se dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe, REG 1998, s. I-8417.

⁴⁰ Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston, REG 1986, s. 1651, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597.

⁴¹ Se t.ex. dom av 14 februari 1990 i mål C-350/88, Société française des Biscuits Delacre mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 15 och dom av den 11 december 2003 i mål C-127/00, Hässle, REG 2003, s. I-14781, punkt 43.

⁴² Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, s. 1 och Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT L 123, s. 18.

⁴³ Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget, EGT L 83, s. 1.

⁴⁴ Rådets förordning (EG) nr 384/96 av den 22 december 1995 om skydd mot dumpad import från länder som inte är medlemmar i Europeiska gemenskapen, EGT L 56, s. 1.

⁴⁵ Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken, EGT L 11, s. 1. och kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke, EGT L 303, s. 1.

⁴⁶ Den europeiska kodexen för god förvaltningssed finns att hämta på ombudsmannens hemsida: <http://www.ombudsman.europa.eu/code/sv/default.htm>.

stiftningar. Kodexen är inte bindande men följs av ombudsmannen när denne enligt artikel 195 i EG-fördraget undersöker möjliga fall av administrativa missförhållanden i verksamheten vid unionens institutioner och organ. Flera EU-institutioner har också förklarat att de följer kodexen.

Ombudsmannen eftersträvar dock att kodexen omvandlas till en juridiskt bindande rättsakt. Stöd för detta finns i artikel III-398 i det konstitutionella fördraget, men det är möjligt att nu gällande rättsgrunder i EG-fördraget redan är tillräckliga för att besluta om sådan lagstiftning. Ombudsmannen menar att en europeisk förvaltningslag skulle skapa större klarhet och säkerställa att institutionerna och organen tillämpar samma grundläggande principer i sina relationer med medborgarna och att en sådan lag skulle understryka, för både medborgare och tjänstemän, betydelsen av dessa principer.

Idén att skapa en europeisk förvaltningslag stöds också av den svenska regeringen. Statskontoret har mot denna bakgrund fått i uppdrag att kartlägga förvaltningsregler och förvaltningstraditioner i EU:s medlemsländer och har lagt fram rapporten ”*Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*”,⁴⁷ där de olika medlemsstaternas förvaltningsrättsliga traditioner jämförs och utvärderas. I rapporten konstaterar Statskontoret att det finns ett antal förvaltningsrättsliga principer som erkänns av alla eller det stora flertalet medlemsstater. Det rör sig om principerna om rättssäkerhet, icke-diskriminering och proportionalitet samt kraven på opartisk och rättvis handläggning. Vidare omfattas principer som rätten till försvar (rätten att bli hörd, aktinsyn mm), tillgång till offentliga handlingar, motiveringskyldighet, krav på delgivning och besvärshänvisning samt serviceskyldighet. I flertalet av medlemsstaterna (med undantag av Common law-länderna) återges dessa principer i förvaltningsrättsliga lagar, som gäller om inget annat föreskrivs. I rapporten påpekas dock att det materiella innehållet varierar och att tillämpningen av principerna skiljer sig åt mellan medlemsstaterna. Statskontoret konstaterar dock att en gemensam förvaltningslag för EU:s institutioner, som tar hänsyn till rådande skillnader, skulle kunna framarbetas.

Ett snabbare sätt att åstadkomma en gemensam förvaltningslag är naturligtvis att utgå från ombudsmannens kodex som redan innehåller de centrala bestämmelserna och också tar hänsyn till EG-domstolens rättspraxis. I artiklarna 5, 6 och 7 slås principerna om icke-diskriminering och proportionalitet samt förbudet mot maktmissbruk fast. Artiklarnas formulering överensstämmer med EG-domstolens rättspraxis. I artikel 8 och 9 slås principen om opartiskhet och obundenhet samt objektivitet fast. Dessa principer har inte lagts fast av gemenskapsdomstolarna i likartade termer, utan överensstämmer snarare med formuleringar i många av medlemssta-

⁴⁷ Rapport 2005:4.

ternas grundlagar. Artikel 10 tituleras berättigade förväntningar, konsekvent agerande och rådgivning. Detta är ett uttryck för den ovannämnda principen om berättigade förväntningar kompletterad med vissa andra skyldigheter. På denna punkt tycks kodexen gå längre än rättspraxis och skulle, om den blir bindande, leda till mer långtgående rättigheter för medborgarna. I artiklarna 11-14 som benämns rättvisa, artighet, skrivelser besvarande på medborgarens språk och bekräftelse på mottagande och uppgift om den ansvarige tjänstemannens namn resp. skyldighet att vidarebefordra till ansvarig avdelning, upptas aspekter som kan hänföras till den allmänna principen om god förvaltning. I artikel 16 kodifieras den grundläggande principen om rätten till försvar under rubriken ”Rätt att höras och yttra sig”. Principen om skälig tidsfrist kodifieras i artikel 17 och motiverings-skyldigheten i artikel 18. I artikel 18 läggs till den formella motiverings-skyldigheten även ett materiellt krav på att tjänstemannen ska undvika att fatta beslut på kortsiktiga eller lösa grunder eller fatta beslut som inte är tillräckligt individuellt utformade. I artikel 19 anges sedan skyldigheten att tillhandahålla information om möjligheterna att överklaga, s.k. besvärshänvisning och i artikel 20 föreskrivs en skyldighet att kungöra beslut. Kodexen avslutas med artiklar rörande skydd av personuppgifter (art. 21), begäran om information (art. 22), allmänhetens tillgång till handlingar (art. 23), diarieföring (art. 24), allmänhetens tillgång till förvaltningskodexen (art. 25) och rätt att klaga hos Europeiska ombudsmannen (art. 26).

Sammantaget tar kodexen upp och kodifierar EG-domstolens rättspraxis på det förvaltningsrättsliga området på ett övergripande sätt. Flera bestämmelser går dock längre än rättspraxis och vissa bestämmelser är nya i förhållande till nu gällande ordning. Det handlar alltså inte om en renodlad kodifiering, utan kodexen för också rättsutvecklingen framåt. Om samma innehåll hade passerat det vanliga lagstiftningsmaskineriet är det troligt att det hade uppstått problem. Som Statskontorets ovannämnda rapport visar finns betydande skillnader mellan medlemsstaterna när det gäller det närmare innehållet i principerna och deras tillämpning. Det finns därmed en risk för att en lagstiftningsprocess på europeisk nivå kan utvecklas till en dragkamp mellan företrädare för olika nationella förvaltningsrättsliga traditioner, med kompromisser, otydligheter och förseningar till följd. Att kodexen finns i sin nuvarande lydelse beror sannolikt till stor del på att den har utformats av ombudsmannen i samarbete med Europaparlamentet, dvs. som ett renodlat gemenskapsrättsligt projekt, där medlemsstaterna inte har varit direkt involverade, även om hänsyn har tagits till skilda rättstraditioner. Kodexen har tagits emot väl av EU:s institutioner och till synes även av medlemsstaterna. Möjligen talar detta för att den kan omvandlas till en bindande rättsakt på sikt, utan större förändringar. Kodexen skulle i så fall enbart avse förhållandet mellan EU:s institutioner och medborgare, men det vore rimligt om den också gällde mellan nationella myndigheter och medborgare, när EG-rätten tillämpas (jfr. stadgan om grundläggande rättigheter, nedan). Om kodexen tolkas mot bakgrund av EG-domstolens

rättspraxis skulle detta sannolikt innebära en förstärkning av enskilda individers rättigheter inför offentliga myndigheter och organ i flertalet medlemsländer, bl.a. i Sverige.

5.3 EU:s stadga om grundläggande rättigheter

5.3.1 Grundläggande fri- och rättigheter i EG-domstolens rättspraxis

EG-domstolen har fallit tillbaka på källor utanför fördragen när ingen vägledning har kunnat hämtas från fördragen själva. Den har därvid bl.a. sökt vägledning i medlemsländernas konstitutioner och den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter och grundläggande friheter. Genom avgöranden i EG-domstolen har därmed ett grundläggande rättighetsskydd kommit att växa fram i EG-rätten.⁴⁸

I målet *Stauder*⁴⁹ uttalade domstolen att skyddet för de mänskliga rättigheterna är en av EG-rättens allmänna rättsprinciper, varför domstolen ska säkra dess efterlevnad. Denna principförklaring utvecklades ytterligare året därefter i målet *Internationale Handelsgesellschaft*.⁵⁰ EG-domstolen framhöll då att de grundläggande rättigheterna utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vars upprätthållande domstolen ska säkerställa. Den anförde vidare att respekten för dessa rättigheter visserligen är grundad på medlemsstaternas gemensamma författningsmässiga traditioner, men ska säkerställas inom ramen för gemenskapens struktur och mål. I målet *Nold*⁵¹ hänvisades indirekt till den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter och grundläggande friheter, varvid EG-domstolen gav följande syn på de mänskliga rättigheternas ställning i EG-rätten:

”Som domstolen redan har bekräftat utgör de grundläggande rättigheterna en del av de allmänna rättsprinciper som domstolen skall säkerställa. När den säkerställer skyddet av dessa rättigheter är domstolen skyldig att utgå från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och den får således inte tillåta åtgärder som är oförenliga med de grundläggande rättigheter som är erkända och som garanteras genom dessa staters grundlagar. I de internationella avtal rörande skyddet av de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna har varit med om att utarbeta eller anslutit sig till kan det också finnas anvisningar [eng. ”guidelines”, fr. ”indications”] som man bör ta hänsyn till inom ramen för gemenskapsrätten.”

⁴⁸ Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I., a.a., s. 64 ff.

⁴⁹ Dom av den 12 november 1969 i mål 29/69, *Stauder*, REG 1969, s. 419, svensk specialutgåva, volym 1, s. 421.

⁵⁰ Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, REG 1970, s. 1127, punkt 4, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503.

⁵¹ Dom av den 14 maj 1974 i mål 4/73, *Nold*, REG 1974, s. 491, svensk specialutgåva, volym 2, s. 291.

I målet *Rutili*⁵² hänvisade EG-domstolen för första gången uttryckligen till Europakonventionen och i *Johnston*⁵³ angavs att Europakonventionen skulle beaktas inom gemenskapsrätten och sålunda hade en särskild ställning som rättsskälla. Sedan dess har bestämmelserna i denna konvention inverkat, om än indirekt, på EG-domstolens och förstainstansrättens rättstillämpning. Numera är det vanligt att EG-domstolen och förstainstansrätten uttryckligen hänvisar till Europadomstolens rättspraxis när den motiverar sina avgöranden.⁵⁴

Denna rättspraxis kan sägas utgöra bakgrunden till den principförklaring som numera återfinns i artikel 6.2 i EU-fördraget enligt vilken:

”Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, under tecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner”.

5.3.2 En icke bindande rättighetskatalog

Om EG-domstolens rättspraxis rörande grundläggande fri- och rättigheter kodifieras i en skriven rättighetskatalog, skulle detta naturligtvis vara ett steg mot en mer konstitutionell ordning för EU. Med tanke på Europakonventionens ökade acceptans och popularitet har denna ambition blivit alltmer realistisk. Ett konvent bestående av representanter för medlemsstaternas regeringar och parlament samt för EU-institutionerna inrättades år 1999 i syfte att utarbeta en sådan stadga. Arbetet utmynnade i ett förslag till rättighetsstadga som antogs av medlemsstaterna vid toppmötet i Nice i december 2000. Medlemsstaterna beslutade dock att stadgan tills vidare skulle vara rättsligt oförbindande.

EU:s stadga om grundläggande rättigheter⁵⁵ utgör ett försök att samla bestämmelser som återspeglar medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella åtaganden när det gäller grundläggande fri- och rättigheter i ett enda dokument. Detta innebär att stadgans bestämmelser grundas på gemenskapsrätten, i synnerhet EG-domstolens rättspraxis, som ju har utvecklats mot bakgrund av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Bland de internationella åtagandena märks främst Europakonventionen och den sociala stadgan, vilka även har influerat EG-domstolens praxis.⁵⁶

⁵² Dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, *Rutili*, REG 1975, s. 1219, svensk specialutgåva, volym 2, s. 485.

⁵³ Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, *Johnston*, REG 1986, s. 1651, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597.

⁵⁴ Se t.ex. dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH* mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417.

⁵⁵ EGT C 364/8, s. 7.

⁵⁶ För en analys av stadgan i ett rättsfilosofiskt och konstitutionellt perspektiv, se Hallström, P., *Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter*, SvJT 2002, s. 753.

Den europeiska rättighetsstadgan består av en ingress och 6 kapitel. Den innehåller dels medborgerliga och politiska rättigheter (t.ex. förbud mot tortyr och slaveri), dels ekonomiska och sociala rättigheter (t.ex. rätt till tillgång till arbetsförmedling och rättvisa arbetsförhållanden). Stadgan innehåller också bestämmelser som är särskilt avpassade för EU, t.ex. bestämmelser om rösträtt och valbarhet i val till Europaparlamentet. Stadgan riktar sig till EU:s institutioner och organ samt till medlemsstaterna när de tillämpar EG-rätt.⁵⁷

5.3.3 En bindande rättighetskatalog?

Att stadgan inte gjordes bindande med en gång var sannolikt klokt. På det sättet blev den inte lika definitiv och skapade mindre problem i ett politiskt perspektiv. I praktiken är dessutom stadgan och de rättigheter och skyldigheter den representerar en del av EU-institutionernas vardag och har sålunda redan inverkat på nu gällande ordning. Stadgan respekteras i gemenskapsdomstolarnas rättspraxis. Det förekommer hänvisningar till den i framför allt förstainstansrättens rättspraxis och i generaladvokaternas förslag till avgöranden. Vidare hänvisar den europeiska ombudsmannen ofta till stadgan och den omnämns i samband med kommissionens lagförslag och i Europaparlamentets efterföljande behandling.⁵⁸ Om rättighetsstadgan görs bindande innebär detta således främst en kodifiering av det rättighetskydd som redan existerar inom gemenskapsrätten.⁵⁹

I det konstitutionella fördraget placeras stadgan som del II och får alltså en mycket framträdande plats, på samma sätt som t.ex. rättighetskatalogen i 2 kap. RF. Om det konstitutionella fördraget träder i kraft skulle detta innebära att dagens dynamiska och flexibla, men samtidigt oförutsebara rättighetskydd – som grundar sig på EG-domstolens utveckling av skyddet för grundläggande rättigheter i form av allmänna rättsprinciper – omvandlas till ett mer traditionellt rättighetskydd i likhet med det som gäller i många medlemsstater. Detta innebär att rättighetsstadgan får en rad juridiska konsekvenser, trots att det är fråga om en kodifiering av det redan existerande rättighetskyddet.⁶⁰

För det första skulle EG-domstolen och de nationella domstolarna i så fall ges uttrycklig kompetens att tolka stadgan. På sikt skulle detta kunna inne-

⁵⁷ För en analys av denna begränsningsregel och andra s.k. horisontella bestämmelser i stadgan, se Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, andra uppl., Oxford EC Law Library, Oxford University Press 2006, s. 362 ff.

⁵⁸ Se närmare de Búrca, G. och Aschenbrenner, J.B., *European Constitutionalism and the Charter in the EU Charter of Fundamental Rights, Politics, Law and Policy*, Peers and Ward (ed.), Hart Publishing 2004, s. 15 och Dony, M., Bribosia, E. (ed), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, s. 127.

⁵⁹ Se kommissionens meddelande om den rättsliga statusen för Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, KOM (2000) 644 slutlig.

⁶⁰ Se närmare Hettne, J. och Öberg, U., *Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*, Sieps 2003:15, s. 102 ff.

bära att stadgans relativt vaga bestämmelser förtydligas och ges ett mer konkret innehåll.

För det andra skulle EG-domstolens fria skön vid skyddet av grundläggande fri- och rättigheter begränsas. För närvarande är EG-domstolen som framgått relativt obunden att fritt utveckla allmänna rättsprinciper inom gemenskapsrätten, med stöd av medlemsstaternas konstitutionella traditioner och med inspiration från Europakonventionen. Ett införlivande av rättighetsstadgan skulle i detta avseende begränsa domstolens tolkningsutrymme och öka rättssäkerheten för EU:s medborgare.

För det tredje skulle rättighetsstadgans betydelse för rättstillämpningen i medlemsstaterna öka. Medlemsstaterna skulle få en bindande rättighetskatalog som konstitutionell bas för tillämpningen av unionsrätten i länderna och kunna begära förhandsavgörande från EG-domstolen avseende tolkningen av enskilda bestämmelser i stadgan.

För det fjärde skulle stadgan, trots uttryckliga bestämmelser om motsatsen, på sikt kunna innebära att tillämpningsområdet för unionsrätten utökas. De bestämmelser i stadgan som ”innehåller principer” får nämligen genomföras genom rättsakter och verkställighetsakter som antas av unionens institutioner och organ, och genom medlemsstaternas normgivning när de vid utövandet av sina respektive befogenheter genomför unionsrätten. Det kan inte heller uteslutas att domstolen genom ett förhandsbesked om tolkningen av stadgan bakvägen skulle komma att pröva frågor på områden där dess kompetens i princip är begränsad eller utesluten.⁶⁰

För det femte skulle synliggörandet av de grundläggande rättigheterna som utvecklats i rättspraxis medföra en förstärkning av EU:s legitimitet och utgöra en bekräftelse på att de krav som i synnerhet den tyska författningsdomstolen har ställt upp vad gäller skyddet av grundläggande rättigheter nu är uppfyllda. Tyskland var också starkt pådrivande när det gällde att få till stånd en skriven rättighetskatalog.⁶¹

Stadgan kan knappast betraktas som en exklusiv rättskälla när det gäller unionsmedborgarnas rättighetsskydd. Andra internationella överenskommelse såsom Europakonventionen (som det hänvisas till i det konstitutionella fördraget), men också FN:s konvention om mänskliga rättigheter och den sociala stadgan, bör fortfarande kunna åberopas vid gemenskapsdomstolarna. I praktiken skulle dock en bindande rättighetsstadga sannolikt bli den dominerande rättskällan vad gäller unionsmedborgarnas grundläggande rättigheter. Detta skulle också innebära ett skifte eller fokusförändring när det gäller EU-rättens inriktning. De tidigare ”ekonomiska” rättigheterna skulle kompletteras med uttryckliga grundläggande fri- och rättigheter som inte är kopplade till unionens mer marknadsorienterade syften.

⁶⁰ Ibid, s. 104 f.

⁶¹ Se Groussot, X, a.a., s. 202.

Detta skulle ge stöd åt EG-domstolens påbörjade utveckling av bestämmelserna om unionsmedborgarskap, nämligen att sätta den enskilde unionsmedborgarens rättigheter i centrum och inte koppla dessa till de ekonomiskt präglade friheterna.⁶²

Det är vidare uppenbart att stadgan om grundläggande rättigheter inte bara används som ett kontrollinstrument för att tillse att EU:s institutioner inte kränker unionsmedborgarnas grundläggande rättigheter. Stadgan används, som antytts ovan, även i en mer vidsträckt och policy-skapande mening, nämligen att ge ökad moralisk och politisk legitimitet för EU-projektet som sådant. Detta har EG-domstolens rättspraxis och de övergripande deklARATIONERNA i fördragen inte förmått göra. Stadgan innebär en konkretisering av de grundläggande rättigheterna och ger dessa rättigheter en ökad grad av synlighet. Syftet med stadgan är att skapa ökat förtroende hos EU-medborgarna för hela EU-projektet. Att stadgan gavs en så prominent plats i det konstitutionella fördraget är ett tidens tecken. Betydelsen av att grundläggande rättigheter respekteras minskade inte i och med resultaten i folkomröstningarna i Frankrike och Nederländerna. Om medlemsländer bestämmer sig för att fatta ett separat beslut om att foga stadgan till EU:s grundfördrag och på det sättet göra den bindande, har detta sannolikt goda möjligheter att vinna folkligt stöd.

⁶² Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I., a.a., s. 226.

6 EU:S KONSTITUTION – EN KODIFIERING?

6.1 Konstitutionell utveckling i EG-domstolens rättspraxis

EG-domstolen har under drygt 50 år, med stöd av befintliga fördrag, utvecklat övergripande konstitutionella principer avseende kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna och EU:s institutioner inbördes samt – som framgått – utvecklat ett rättighetskydd för enskilda individer och företag i EU:s medlemsstater. EU:s konstitutionella utveckling i rättspraxis har dock pågått utan något bestämt slutmål. EG-domstolen har löst konstitutionella spörsmål i sin dömande verksamhet när frågorna aktualiserats, men har inte haft någon specifik agenda för sin verksamhet. Det övergripande syftet har inte varit byggandet av en konstitution, utan att få EG-rätten att fungera i enlighet med integrationsföresatserna i fördraget.

Medlemsstaterna har också länge föredragit en sådan utveckling. Att EU- och EG-fördragen skulle förvandlas till en europeisk konstitution skulle kunna undergräva principen att medlemsstaterna är fördragens herrar. En rädsla finns att en konstitution, till skillnad från en samling ekonomiskt orienterade fördrag, blir en ny ”*pouvoir constituant*” och rubbar den nuvarande maktbalansen, dvs. ändrar den ”grundnorm” som samarbetet nu bygger på.⁶³ Dessa farhågor är – mot bakgrund av nu liggande konstitutionella fördrag – i stor utsträckning obefogade. EG-domstolen har under drygt 50 år utformat de konstitutionella lösningar som den menar att EG-rätten kräver. Det är dessa lösningar som bör skrivas in i fördragstexten. Konstitutionell EG-rätt (eller en konstitution för EU) bör inte sammanblandas med medlemsstaternas konstitutionella ordningar.

EG-domstolen har som framgått fallit tillbaka på källor utanför fördragen när ingen vägledning har kunnat hämtas från fördragen själva. I avsaknad av bestämmelser om grundläggande rättigheter har den främst inspirerats av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella avtal rörande skyddet av de mänskliga rättigheterna, i synnerhet Europakonventionen. I brist på en ”riktig” konstitution har EG-domstolen betraktat EG-fördraget som EU:s *konstitutionella* stadga eller urkund.

I målet *Les Verts* uttalade domstolen sålunda att ”Europeiska ekonomiska gemenskapen är en rättslig gemenskap av sådant slag att varken medlemsstaterna eller gemenskapsinstitutionerna kan undgå kontroll av om deras rättsakter står i överensstämmelse med gemenskapens grundläggande konstitutionella urkund, dvs. fördraget.”⁶⁴

⁶³ Se närmare de Búrca, G. och Aschenbrenner, J.B., a.a., s. 12.

⁶⁴ Dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, *Parti écologiste* ”Les Verts” mot Europaparlamentet, REG 1986, s. 1339, punkt 23, svensk specialutgåva, volym 8, s. 529.

Gemenskapsrättens expansion har medfört att EG-domstolen, som från början främst arbetade med ekonomiskt orienterad rätt, med tiden har fått ta sig an allt fler konstitutionella frågor och mer och mer har framstått som en författningsdomstol för Europa. EG-domstolen har därför kommit att utveckla ett antal koncept och principer som sammantaget bildar en form av konstitutionellt ramverk, såsom principerna om direkt effekt, företräde och gemenskapsrättens effektiva genomslag på nationell nivå samt principen om tilldelade och underförstådda befogenheter, EG-rättens spärrverkan (preemption) och erkännandet av mänskliga rättigheter såsom varande allmänna EG-rättsliga principer. I det följande ges en sammanfattande beskrivning av denna utveckling samt redogörs för vilket genomslag principerna har i det konstitutionella fördraget.

6.2 Legalitetsprincipen och rättsgrunderna

Samarbetet inom EU har från första början grundats på en legalitetsprincip. I artikel 5 i EG-fördraget stadgas sålunda att ”varje institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats genom fördraget.” Om en institution vidtar en åtgärd som faller utanför fördragsramarna kan denna åtgärd sålunda förklaras ogiltig av EG-domstolen. Detta har uttryckts som *principen om tilldelade befogenheter*, dvs. EU-institutionerna har bara de befogenheter som de har tilldelats genom fördraget. Detta innebär mer konkret att det krävs en särskild rättsgrund för varje åtgärd som vidtas av en EU-institution. I fördraget finns bestämmelser som anger på vilka områden institutionerna kan anta rättsakter och i vissa fall vilken typ av rättsakt som ska användas. Av rättsgrunderna framgår också vilket lagstiftningsförfarande som ska användas (vilket i sin tur även avgör institutionernas resp. inflytande över lagstiftningsprocessen) och i vissa fall vilken rättsverkan en rättsakt som antas på grundval av den aktuella rättsgrunden ska ha. På senare tid har skillnaden mellan de lagstiftningsförfarandena som sammanhänger med de olika rättsliga grunderna minskat, men det har fortfarande stor betydelse vilken rättsgrund som används och det är inte alltid självklart vilken som ska användas. Det har därför utvecklats en omfattande rättspraxis rörande kriterierna för valet av rättslig grund och tvisten mellan EU-institutionerna rör ofta denna fråga.⁶⁵ Det har emellertid sällan förekommit att EG-domstolen har ogiltigförklarat en rättsakt för att den saknar stöd i fördraget. I två uppmärksammade domar⁶⁶ fann emeller-

⁶⁵ Se Barents, R., *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, CML Rev. nr 30 (1993), s. 85, Bradley, K., *The European Court and the Legal Basis of Community Legislation*, CML Rev. nr 13 (1988), s. 379, Emiliou, N., *Opening Pandora's Box: the Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice*, EL Rev. nr 19 (1994), s. 488, and Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, Pearson/Longman 2002, s. 163 ff.

⁶⁶ Dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot Europaparlamentet och rådet, REG 2000, s. I-8419 och dom av den 5 oktober 2000 i mål C-74/99, Imperial Tobacco m.fl., REG 2000, s. I-8599.

tid EG-domstolen att direktivet om tobaksreklam grundades på felaktig rättslig grund, eftersom det snarare rörde sig om en folkhälsoåtgärd än en harmoniseringsåtgärd som var nödvändig för den inre marknads funktion. Målet är viktigt, eftersom det är det första fall där EG-domstolen verkligen har visat att den är beredd att ta principen om tilldelade befogenheter på allvar.⁶⁷

6.3 Exklusiv eller delad kompetens?

Någon uttrycklig kompetenskatalog finns inte i de nuvarande fördragen. Det närmaste man kommer en sådan katalog är uppräknningen av mål och medel i artiklarna 2 i EU-fördraget och 2 och 3 i EG-fördraget. Av dessa bestämmelser framgår att EG har kompetens på ett antal områden, t.ex. gemensam handelspolitik, upprättandet av en inre marknad, gemensam jordbrukspolitik, gemensamma miljöåtgärder. Det är emellertid inte fråga om explicita rättsgrunder och det anges inte om EG besitter exklusiv kompetens, om kompetensen på det ifrågakvarande området delas med medlemsstaterna, eller om EG:s kompetens enbart är av stödjande karaktär.

Det framgår emellertid av andra bestämmelser i fördraget att EG på vissa områden har exklusiv kompetens. Detta har också bekräftats och precisrats i rättspraxis. Traditionellt brukar anses att gemenskapen från början hade exklusiv kompetens åtminstone i fråga om tullunionen, inbegripet den yttre handelspolitiken, på det jordbruks- och fiskepolitiska området samt på det transportpolitiska området, liksom i fråga om konkurrenspolitiska åtgärder till skydd för samhandeln mellan medlemsstaterna. Med upprättandet av en monetär union följer att ytterligare områden helt undandras nationell reglering och sålunda kommer under exklusiv gemenskapskompetens.⁶⁸ Även detta är dock i viss mån en förenkling. EG-domstolen förklarade till exempel i domarna av den 5 november 2002 rörande de så kallade open skies-avtalen med USA⁶⁹ att gemenskapen inte har exklusiv kompetens att ingå luftfartsavtal med utanförstående länder (en del av transportpolitiken). Den påpekade att enligt EG-fördraget kan gemenskapen endast få befogenhet att vidta åtgärder på luftfartsområdet om rådet dessförinnan har fattat beslut därom med stöd av artikel 80.2 i EG-fördraget. Gemenskapen hade därför inte någon på förhand given kompetens i detta avseende, vilket den däremot har när det gäller transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar (se ang. underförstådda befogenheter nedan).

⁶⁷ Se Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, Pearson/Longman 2002, s. 168 ff.

⁶⁸ Se Hettne, J., *Subsidiaritetsprincipen: Politisk granskning eller juridisk kontroll?*, Sieps 2003:4, s. 23.

⁶⁹ Målen C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 och C-476/98, Kommissionen mot Förenade kungariket, Danmark, Sverige, Finland, Belgien, Luxemburg, Österrike, Tyskland. Målet C-466/98, kommissionen mot Förenade kungariket rörde dock inte kompetensproblematiken.

Det är alltså inte på särskilt många områden som gemenskapen har exklusiv kompetens. Det är mycket vanligare att kompetensen delas mellan gemenskapen och medlemsstaterna.

6.4 Tilldelade och underförstådda befogenheter

En grundläggande princip för EU-samarbetet är som framgått att gemenskapen bara har s.k. tilldelade befogenheter. EG-domstolen har emellertid även utvecklat principen om underförstådda befogenheter, vilken – precis som namnet antyder – i viss mån undergräver betydelsen av principen om tilldelade befogenheter. Denna utvecklades mot bakgrund av att vissa bestämmelser i EG-fördraget inte uttryckligen anvisar de befogenheter som har ansetts nödvändiga för att förverkliga de mål som uppställs i fördraget. EG-domstolen har ansett att de befogenheter som är oundgängliga för att utföra de åligganden som anges i fördraget måste vara underförstådda. Detta synsätt har särskilt kommit till uttryck i fråga om gemenskapens yttre relationer. Ett gott exempel är det så kallade *ERTA-målet*⁷⁰ där EG-domstolen underströk att det inte var möjligt att ha en ordning för vägtransporttjänster inom gemenskapen och en annan för vägtransporttjänster i förhållande till tredje land. Behörigheten att ingå avtal med tredje land om vägtransporttjänster var därför underförstådd.

Denna princip, som också har kallats ”*doctrin of parallelism*”,⁷¹ tillämpades nyligen i EG-domstolens yttrande 1/03 av den 7 februari 2006 angående ingående av en ny Luganokonvention med Efta-staterna om domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. I sitt yttrande anförde domstolen att för att avgöra huruvida gemenskapen är behörig att ingå ett internationellt avtal och huruvida denna behörighet är exklusiv krävs en helhetsbedömning i varje enskilt fall. Vid denna ska inte bara det område som omfattas av såväl gemenskapsbestämmelserna som bestämmelserna i det tilltänkta avtalet, i den mån de är kända, beaktas, utan även beskaffenheten och innehållet i dessa regler och bestämmelser. Syftet med detta är att säkerställa att avtalet inte inverkar menligt på den enhetliga och koherenta tillämpningen av gemenskapsbestämmelserna och att det system som inrättats genom dessa bestämmelser fungerar väl. Mot denna bakgrund fann domstolen att gemenskapen hade exklusiv kompetens att ingå den planerade konventionen med Efta-staterna.

6.5 EG-rättens spärrverkan (preemption)

Exklusiv kompetens kan emellertid också anses föreligga på områden där det från början *funnits* delad kompetens. Allteftersom gemenskapen tar sin kompetens i anspråk blir medlemsstaternas utrymme för nationell lagstiftning upptaget. Att gemenskapslagstiftningen på detta sätt utsläcker konkur-

⁷⁰ Dom av den 31 mars 1971 i mål 22/70, Kommissionen mot rådet, REG 1971, s. 263, svensk specialutgåva volym 1, s. 551.

⁷¹ Se Douglas-Scott, a.a., s. 160–161.

rerande nationell kompetens betecknas på engelska *preemption*, efter motsvarande koncept i amerikansk konstitutionell rätt.⁷² Det har på svenska kallats principen om lagstiftningsområdets upptagenhet eller gemenskapsrättens spärrverkan.⁷³

Spärrverkans omfattning varierar dock och måste prövas i varje enskilt fall.⁷⁴ I vissa fall bestäms också spärrverkans potentiella omfattning av den rättsgrund som är aktuell. Vissa rättsgrunder medger bara s.k. minimiharmonisering och då kan medlemsstaterna vidta mer långtgående skyddsåtgärder, förutsatt att dessa är förenliga med EG-rätten i övrigt.

6.6 Restkompetens (artikel 308 EG)

Gemenskapen har som framgått endast kompetens när den (uttryckligen eller underförstått) har tilldelats sådan i enlighet med de olika rättsgrunderna i fördragen. Om principen om tilldelade befogenheter ska kunna fungera som en garanti mot befarade kompetensutvidgningar måste rättsgrunderna vara väl avgränsade. I EG-fördraget finns dock ett synnerligen vagt behörighetsstadgande i artikel 308, vilket har följande lydelse:

”Om en åtgärd från gemenskapens sida skulle visa sig nödvändig för att inom den gemensamma marknadens ram förverkliga något av gemenskapens mål och om detta fördrag inte innehåller de nödvändiga befogenheterna, skall rådet genom enhälligt beslut på förslag från kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta de åtgärder som behövs.”

Denna bestämmelse har kritiserats för att utgöra en alltför oprecis avgränsning av gemenskapens kompetens i förhållande till medlemsstaternas kompetens. Det har hävdats att bestämmelsen innebär att gemenskapen ges möjlighet att tilldela sig själv kompetens (s.k. kompetens-kompetens) genom att det enda substantiella kriteriet utgörs av en vag hänvisning till vad som är nödvändigt för den gemensamma marknaden.⁷⁵ Att det rör sig om något av ”gemenskapens mål” innebär inte någon tydlig avgränsning, eftersom gemenskapens mål – som framgått – är mycket vaga (se artikel 2 och 3 i EG-fördraget). Artikel 308 i EG-fördraget har också utnyttjats som rättsgrund för åtgärder vars omedelbara nytta för den gemensamma marknaden kan förefalla avlägsen. Inrättandet av biståndsprogrammen PHARE och TACIS är ett exempel på detta.⁷⁶ EG-domstolen har inte heller begränsat räckvidden av artikel 308 i EG-fördraget mer än marginellt.⁷⁷

⁷² Ibid, s.169 ff.

⁷³ Se Fritz, M., Hettne, J., och Rundegren, H., *När tar EG-rätten över*, utgåva 2, Industrielitteratur 2001, s. 89 f.

⁷⁴ Dom av den 7 februari 1984 i mål 237/82, Jongeneel Kaas, REG 1984, s. 483, svensk specialutgåva, volym 7, s. 489.

⁷⁵ Se Hettne, J. och Otken Eriksson, I., a.a., s. 234.

⁷⁶ Se närmare Douglas-Scott, a.a., s. 163.

⁷⁷ Se dock EG-domstolens yttrande 2/94 av den 28 mars 1996 angående gemenskapen möjlighet att ansluta sig till Europakonventionen, REG 1996, s. I-1759, där artikel 308 EG (dåvarande artikel 235 EG) inte ansågs utgöra tillräcklig grund för gemenskapens kompetens.

Vad är då det stora problemet med att artikel 308 i EG-fördraget utnyttjas som rättslig grund för gemenskapsåtgärder? En förutsättning är trots allt att medlemsstaterna är eniga och att Europaparlamentet rådfrågas. Problemet med artikel 308 är att stadgandet potentiellt kan leda till behörighetsmissbruk. Artikel 308 ger vid en extensiv användning EU:s institutioner lagstiftningskompetens, som i annat fall skulle kräva fördragsändringar. Detta innebär att förfarandet för fördragsändringar (artikel 48 i EU-fördraget), som förutsätter ett godkännande från samtliga nationella parlament, i praktiken kan kringgås.

Att det finns ett så vagt behörighetsstadgande som artikel 308 EG har orsakat få problem i praktiken. Kravet på enhällighet gör att det inte utnyttjas annat än i tämligen okontroversiella fall där enighet råder om att den åtgärd som föreslås behövs på europeisk nivå. Från principiella utgångspunkter är det dock olyckligt att ett sådant stadgande finns i EG-fördraget, eftersom det gör att kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna blir otydligare och inbjuder till spekulation kring den potentiella användningen av stadgandet.

6.7 Subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen

I artikel 5 i EG-fördraget återges tre olika principer, var och en på sitt sätt ägnad att sätta gränser för gemenskapens handlande. I det första stycket kommer som framgått *legalitetsprincipen* eller principen om tilldelade befogenheter till uttryck. I artikelens andra stycke återfinns subsidiaritetsprincipen och i dess tredje stycke har den i rättspraxis sedan tidigare etablerade *proportionalitetsprincipen* skrivits in. De tre principernas innebörd kan sammanfattningsvis beskrivas så att legalitetsprincipen avgör *när gemenskapen har rätt att handla*, subsidiaritetsprincipen *när gemenskapen bör handla* och proportionalitetsprincipen *hur gemenskapen ska handla*.⁷⁸ Subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen är alltså inte kompetensregler i egentlig mening. Fördelningen av kompetens mellan unionen och medlemsstaterna regleras i fördraget enligt legalitetsprincipen. Subsidiaritetsprincipen rör i stället frågan *om och i vilken utsträckning* en redan given kompetens ska utnyttjas⁷⁹ och proportionalitetsprincip ska säkerställa att gemenskapen inte vidtar någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå fördragsmålen.

I EG-domstolens rättspraxis har subsidiaritetsprincipen använts för att utföra en begränsad form av juridisk kontroll av hur EU-institutionerna använder sin kompetens. EG-domstolen är medveten om att subsidiaritetsprövningen i stor utsträckning innefattar politiska lämplighetsfrågor och

⁷⁸ Se Fritz, M., Hettne, J. och Rundegren, H., a.a., s. 92 och Melin, M. och Schäder, G., *EU:s konstitution*, 6:e uppl. 2004, s. 55.

⁷⁹ Se närmare Hettne, J., *Subsidiaritetsprincipen: Politisk granskning eller juridisk kontroll?*, a.a., s. 20.

undviker därför att sätta sig i de politiska institutionernas ställe. Den står härvid inför en svår balansakt. Om den tar för lätt på prövningen eller tilldelar de politiska institutionerna ett för stort skönsmässigt utrymme kommer den att anklagas för att inte ta sin roll som författningsdomstol på allvar. Om den å andra sidan går för långt i sin bedömning kommer den att anklagas för judiciell aktivism och för att rubba den institutionella maktbalansen.⁸⁰

EG-domstolen har hittills inte prövat något fall där tillämpningen av subsidiaritetsprincipen verkligen har ställts på sin spets. I de mål där medlemsstaterna har åberopat principen har syftet varit att till varje pris få till stånd en ogiltigförklaring av en viss gemenskapslagstiftning. Det rättsliga skälet till varför gemenskapslagstiftningen skulle vara ogiltig tycks inte ha tillmätts någon avgörande betydelse. Subsidiaritetsprincipen har sålunda åberopats jämte ett stort antal andra ogiltighetsgrunder och en mer principiell argumentering till stöd för att området skulle kunna regleras effektivare på nationell nivå har hittills lyst med sin frånvaro.⁸¹

Det är alltså tveksamt om subsidiaritetsprincipen är ett lämpligt instrument för judiciell efterhandskontroll. Snarare är det inom ramen för en politisk förhandskontroll som subsidiaritetsprincipen har sitt främsta användningsområde. EU:s institutioner utför en sådan förhandskontroll av alla nya lagstiftningsförslag inom EU. Ansvaret har hittills framför allt vilat på kommissionen, Europaparlamentet och rådet.

6.8 Kompetenskontrollen förstärks och kompetensfördelningen synliggörs

Legalitetsprincipen eller principen om tilldelade befogenheter samt subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen är de övergripande kompetensfördelningsprinciperna även i det konstitutionella fördraget (se artikel I-11). Det preciseras särskilt att varje befogenhet som inte har tilldelats unionen i det konstitutionella fördraget ska tillhöra medlemsstaterna. Vidare förstärks subsidiaritetskontrollen genom att de nationella parlamenten ges tillfälle att granska nya lagstiftningsförslags förenlighet med subsidiaritetsprincipen i enlighet med bestämmelser i ett nytt protokoll om tillämpningen av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. Detta innebär att de nationella parlamenten för första gången får en fördragsfäst om än begränsad möjlighet att utöva inflytande över EU:s lagstiftningsprocess.⁸² Subsidiaritetsprincipen avses sålunda användas i första hand som en politisk förhandskontroll och det blir inte EU-institutionerna, utan de nationella parlamenten, som bär huvudansvaret för den.

⁸⁰ Ibid, s. 30.

⁸¹ Se t.ex. mål C-491/01, British American Tobacco (Investments) Limited och Imperial Tobacco Limited mot Secretary of State for Health, REG 2002, s. I-11453.

⁸² Se Hettne, J, *Subsidiaritetsprincipen: politisk granskning eller juridisk kontroll?*, Sieps 2003:4, s. 39.

I det konstitutionella fördraget införs vidare en kompetenskatalog i syfte att åstadkomma en tydligare kompetensfördelning, vid sidan av rättsgrunderna och målsättningsstadgandena. Kompetenskatalogen grundas på tre huvudsakliga typer av befogenhetskategorier:

- unionens exklusiva befogenheter,
- med medlemsstaterna delade befogenheter och
- områden på vilka unionen ska ha befogenhet att vidta åtgärder för att stödja, samordna eller komplettera medlemsstaternas åtgärder.

De samarbetsområden som omfattas av unionens verksamhet fördelas under någon av dessa kategorier.

Unionens exklusiva befogenheter består enligt det konstitutionella fördraget av den monetära politiken för de medlemsstater som har infört euron, den gemensamma handelspolitiken, tullunionen, bevarandet av havets biologiska resurser inom ramen för den gemensamma fiskeripolitiken samt att fastställa de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion. Av artikel I-13.2 i det konstitutionella fördraget framgår att unionen även ska ensam ha befogenhet att ingå ett internationellt avtal om ingåendet av avtalet fastställs i en unionsrättsakt, eller om det är nödvändigt för att den ska kunna utöva sin befogenhet internt eller om det inverkar på en intern unionsakt. Den senare bestämmelsen innebär en kodifiering av den tidigare nämnda *principen om underförstådda befogenheter*.

De *befogenheter som ska delas mellan unionen och medlemsstaterna* finns inom följande huvudområden: den inre marknaden; området med frihet, säkerhet och rättvisa; jordbruk och fiske, med undantag av bevarandet av havets biologiska resurser; transport och transeuropeiska nät; energi; socialpolitik, i fråga om aspekter som fastställs i del III i det konstitutionella fördraget; ekonomisk, social och territoriell sammanhållning; miljö; konsumentskydd och gemensamma angelägenheter i fråga om säkerhet när det gäller folkhälsa.

När det gäller forskning, teknisk utveckling och rymden ska unionen ha befogenhet att vidta åtgärder, bland annat att fastställa och genomföra program, men utövat av denna befogenhet får enligt artikel I-14.3 i det konstitutionella fördraget inte leda till att medlemsstaterna hindras från att utöva sina befogenheter. Detsamma gäller enligt artikel I-14.4 utvecklings-samarbete och humanitärt bistånd, där unionen ska ha befogenhet att genomföra åtgärder och föra en gemensam politik.

Medlemsstaterna ska på dessa områden utöva sin befogenhet i den mån som unionen inte utövar sin befogenhet eller har beslutat att inte längre utöva den. Enligt artikel I-14.1 ska unionen ”ha delad befogenhet med medlemsstaterna om den genom konstitutionen tilldelas en befogenhet som inte omfattas av de områden som avses i artiklarna I-13 och I-17.” De områden där delad befogenhet föreligger definieras således negativt eller subsidiärt,

såsom innefattande de områden där unionen inte har exklusiva befogenheter (artikel I-13) eller de områden där unionen kan vidta stödjande, samordnande eller kompletterande åtgärder (artikel I-17). Någon gräns för att unionen ska initiera lagstiftning på nya områden där den anser att delad befogenhet föreligger finns således inte, annat än i de fall där harmonisering eller tillnärmning av medlemsstaternas lagar och författningar enligt det konstitutionella fördraget uttryckligen är uteslutet.⁸³

De områden på vilka unionen ska ha befogenhet att *vidta åtgärder för att stödja, samordna eller komplettera medlemsstaternas åtgärder* framgår av artikel I-17. Dessa områden ska för unionens del vara industri, skydd för och förbättring av människors hälsa, utbildning, yrkesutbildning, ungdom och idrott, kultur samt räddningstjänst. Enligt artikel I-17.3 får de rättsligt bindande akter som antas av unionen på grundval av de särskilda bestämmelserna för dessa områden i del III i det konstitutionella fördraget inte innebära en harmonisering av medlemsstaternas bestämmelser i lagar och andra författningar.

De fall där *det konstitutionella fördraget uttryckligen utesluter harmonisering eller tillnärmning* av medlemsstaternas lagar och andra författningar är bl.a.:

- fastställandet av grundprinciper för unionens stimulansåtgärder och sådana åtgärder som stöder medlemsstaternas åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning (artikel III-124);
- sysselsättningspolitiken (artikel III-207);
- vissa inslag inom socialpolitiken, bl.a. kampen mot social utslagning och moderniseringen av systemen för socialt skydd (artikel III-210.2 a) och b), jfr artikel III-210.1 j) och k);
- främjandet av integrationen av medborgare i tredje land som är lagligen bosatta på medlemsstaternas territorium (artikel III-267.4);
- åtgärder för att uppmuntra och stödja medlemsstaternas åtgärder inom området för förebyggande av brottslighet (artikel III-272);
- stimulansåtgärder för att skydda och förbättra människors hälsa, samt bekämpa omfattande, gränsöverskridande sjukdomar (artikel III-278.5);
- industripolitik (artikel III-279.3);
- kulturpolitik (artikel III-280.5 a);
- utbildningspolitiken, ungdomspolitiken, idrottspolitiken samt medlemsstaternas kulturella och språkliga mångfald (artikel III-282.3 a));
- yrkesutbildningspolitik (artikel III-283.3 a);

⁸³ Se Hettne, J. och Öberg, U., a.a., s. 75 f.

- skydd och beredskap (artikel III-284.2);
- stödandet av medlemsstaternas ansträngningar att förbättra sin administrativa förmåga att genomföra unionsrätten, bl.a. genom att underlätta utbyte av information och av offentliga tjänstemän samt stöd till utbildningsprogram (artikel 285.2)

Till dessa tre huvudkategorier av beslutsbefogenheter ska unionen enligt det konstitutionella fördraget även ha befogenhet att *främja och säkerställa samordningen av medlemsstaternas ekonomiska politik och sysselsättningspolitik* (artiklarna I-12.3 och I-15) samt befogenhet att *fastställa och genomföra en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik, inbegripet den gradvisa utformningen av en gemensam försvarspolitik* (artiklarna I-12.4 och I-16).

Någon fullständig klarhet ger dock knappast denna uppdelning i befogenhetskategorier. Stadgandet är missvisande om man t.ex. inte beaktar den tidigare nämnda principen om EG-rättens spärrverkan (preemption). Det är riktigt att kompetensen är delad så länge den inte har utnyttjats, men allteftersom gemenskapen tar sin kompetens i anspråk blir medlemsstaternas utrymme för nationell lagstiftning upptaget och det föreligger då, på berörda områden, *de facto* en exklusiv gemenskapskompetens. Så är fallet med många områden som omfattas av den inre marknaden. Detta framgår av artikel I-12.2 i det konstitutionella fördraget där det anges att medlemsstaterna ”skall på dessa områden [områden med delad kompetens] utöva sin befogenhet i den mån som unionen inte utövar sin befogenhet eller har beslutat att inte längre utöva den.”

Det finns vidare områden som inte fullt ut låter sig placeras under någon av de tre huvudsakliga befogenhetskategorierna. Detta gäller t.ex. unionens relationer med internationella organisationer och tredje land samt unionens delegationer (artikel III-327-328), möjligheten att sluta associationsavtal (artikel III-324), associering av utomeuropeiska länder och territorier (artikel III-286), ekonomiskt, finansiellt och tekniskt samarbete med tredje land (artikel III-319), restriktiva åtgärder inom ramen för utrikes- och säkerhetspolitiken (artikel III-322) och genomförande av solidaritetsklausulen inom ramen för utrikes- och säkerhetspolitiken (artikel III-329).⁸⁴

Uppräkningen av områden som på något sätt omfattas av unionens kompetens utesluter heller inte att även andra områden påverkas av unionsrätten. Som det finns åtskilliga exempel på i EG-domstolens rättspraxis medför t.ex. de fyra friheterna (fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital) begränsningar på lagstiftningsområden som inte eller endast marginellt berörs av gemenskapens lagstiftningskompetens. Som exempel kan nämnas den stora betydelse som principerna om fri rörlighet för tjänster och kapi-

⁸⁴ Se Dony, M. och Bribosia, E., a.a., s. 61 f.

tal samt etableringsrätten haft för medlemsstaternas utrymme att bestämma över den direkta beskattningen.⁸⁵

Att mer explicit definiera gränserna för EU:s kompetens är dock mycket svårt, eftersom gemenskapens kompetens i förhållande till medlemsländerna i regel grundas på vissa allmänt hållna syften och således inte avser specifika områden.⁸⁶ Detta förhållande förändras inte till följd av det konstitutionella fördraget.

Sammantaget innebär detta att det även i det konstitutionella fördraget är nödvändigt att studera de enskilda rättsgrunderna i del III om man vill ha ett mer detaljerat och uttömmande svar på frågan vilken kompetens unionen egentligen besitter. Bland rättsgrunderna finns dessutom en motsvarighet till ovannämnda vaga behörighetsregel i artikel 308 i EG-fördraget, nämligen den s.k. *flexibilitetsklausulen* i artikel I-18. Det nuvarande villkoret att rättsakter kan beslutas ”inom den gemensamma marknadens ram” avskaffas. Enligt den nya bestämmelsen måste dock en sådan åtgärd visa sig ”nödvändig” för att ”inom ramen för den politik som fastställs i del III” av det konstitutionella fördraget ”nå något av de mål som fastställs genom konstitutionen”. Denna bestämmelse är sålunda ännu mer allmänt hållen än nuvarande artikel 308 i EG-fördraget. Som kompensation för denna vaghet inför kontrollmekanismer och preciseringar. Kommissionen ska uppmärksamma de nationella parlamenten på användningen av artikel I-18 så att de kan utföra sin subsidiaritetskontroll. Vidare betonas att artikeln inte får omfatta någon harmonisering av medlemsstaternas lagar eller andra författningar i de fall där det konstitutionella fördraget utesluter en sådan harmonisering.

Det kan således konstateras att kompetenskatalogen i det konstitutionella fördraget inte tillför något nytt i materiell mening. Den är inte *i sig* avsedd att ändra rättsläget. Däremot tillkommer nya befogenheter för unionen i del III av det konstitutionella fördraget, vilket i sin tur inverkar på kompetenskatalogens utformning. Kompetenskatalogen kan ses som en översikt över hur kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna ser ut. Som alla översikter är den emellertid inte uttömmande.

I det konstitutionella fördraget kodifieras sålunda de övergripande kompetensfördelningsprinciperna för unionens verksamhet. De nya bestämmelserna innebär få förändringar i materiellt hänseende. Den enda större förändringen när det gäller dessa övergripande principer är att nationella parlament avses medverka i subsidiaritetskontrollen när nya lagförslag läggs fram inom EU.

⁸⁵ Se bl.a. dom av den 28 april 1998 i mål C-118/96, Safir, REG 1998, s. I-1897.

⁸⁶ Jfr. Rideau, J., *Droit institutionnel de l'union et des communautés européennes*, 2:a uppl. L.G.D.J, 1996, s. 456.

6.9 EG-rättens direkta effekt och företrädare

En fråga som EG-domstolen avgjorde på tidigt 1960-tal var om bestämmelserna i EEG-fördraget kunde grunda rättigheter för enskilda även om detta inte uttryckligen framgick av fördraget.⁸⁷ EG-domstolens jakande svar på denna fråga gav upphov till den s.k. direkt effekt-doktrinen. Det banbrytande fallet var *Van Gend en Loos*⁸⁸ som rörde nederländska tullavgifter som togs ut i strid med EG-rätten. I detta mål uttalade EG-domstolen att:

”[G]emenskapen 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.

På samma sätt som gemenskapsrätten ålägger de enskilda förpliktelser, är den följaktligen även avsedd att oberoende av medlemsstaternas lagstiftning skapa rättigheter som blir en del av de enskildas rättsliga arv.

Rättigheterna uppkommer inte enbart då detta uttryckligen sägs i fördraget, utan även på grund av de skyldigheter som fördraget på ett väl angivet sätt ålägger såväl de enskilda som medlemsstaterna och gemenskapens institutioner.”

EG-domstolen har i sin rättspraxis vidare utvecklat *principen om gemenskapsrättens företrädare* framför nationell rätt. I korthet innebär principen att samtliga myndigheter och domstolar i medlemsstaterna är skyldiga att tillämpa gemenskapsrätten i dess helhet och att skydda de rättigheter som enskilda direkt erhållit på grundval av gemenskapsrätten genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som kan strida mot gemenskapsrätten.⁸⁹

Företrädesprincipen är troligtvis den viktigaste kompetensfördelningsprincipen mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Att EG-rätten skulle ha företrädare framför nationell rätt var ingen självklarhet när denna princip först lanserades av EG-domstolen. Enligt folkrätten följer inte med automatik att en internationell förpliktelse ska ha företrädare framför nationella regler. Endast i länder med s.k. monistiskt förhållningssätt till internationella avtal har den internationella regeln som huvudregel företrädare. I sådana länder avgörs en eventuell normkonflikt enligt de vanliga tolkningsreglerna. EG-domstolen hade inte heller något genuint och tydligt stöd för

⁸⁷ Se närmare i Hettne, J. och Otken Eriksson, I., a.a., s. 95 ff.

⁸⁸ Dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, *Van Gend en Loos*, REG 1963, s. 1, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161.

⁸⁹ Se bl.a. domar av den 5 februari 1963 i mål 26/62, *Van Gend en Loos*, REG 1963, s. 1 och 23, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161, av den 15 juli 1964 i mål 6/64, *Costa*, REG 1964, s. 1141 och 1158-1160, svensk specialutgåva, volym 1, s. 211, av den 9 mars 1978 i mål 106/77, *Simmmenthal*, REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75, av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francovich m.fl.*, REG 1991, s. I-5357, svensk specialutgåva, volym 11, s. 435, av den 20 september 2001 i mål C-453/99, *Courage och Crehan*, REG 2001, s. I-6297, av den 28 juni 2001 i mål C-118/00, *Larsy*, REG 2001, s. I-5063, och av den 19 november 2002 i mål C-188/00, *Kurz*, REG 2002, s. I-10691.

företrädesprincipen. Den härledde principen från det EG-rättsliga systemet i stort och anförde diverse allmänna resonemang till stöd, med betoning på att gemenskapsrätten var en ny rättsordning inom folkkrätten, där medlemsstaterna avhämt sig kompetens på begränsade områden samt att gemenskapsrättens genomslagkraft inte kan tillåtas att variera i de olika medlemsstaterna. I detta sammanhang är det också värt att notera att generaladvokat Lagrange i målet *Costa mot Enel*⁹⁰ uttalade att: "It is certainly true to say that the EEC Treaty has, in a sense, the character of a genuin constitution, the constitution of the Community."

EG-domstolens valde alltså inte den klassiska folkkrätten som utgångspunkt. Det är viktigt att hålla i minnet att EG-domstolen utformades med *Conseil d'Etat* (Frankrikes högsta förvaltningsdomstol) som förebild och att EG-domstolen sannolikt från första början fann det naturligt att utforma konstitutionella principer för maktfördelning i unionen på samma sätt som skett i rättspraxis från *Conseil d'Etat* och andra höga domstolar i europeiska stater samt i amerikansk rättspraxis. Det är inte förvånande att detta inte uppskattades fullt ut av de högsta nationella domstolarna, t.ex. den tyska författningsdomstolen, eftersom den i EG-domstolens rättspraxis såg en risk för att dess egen roll skulle försvagas. I synnerhet som EG-rättens anspråk på företräde inte bara gällde i förhållande till medlemsstaternas lagar, utan även i förhållande till medlemsstaternas konstitutionella bestämmelser. EG-domstolen har motiverat detta med att användningen av nationella rättsregler eller rättsbegrepp, vid bedömningen av giltigheten av akter som utfärdats av gemenskapens institutioner, skulle skada gemenskapsrättens enhetlighet och effektivitet. Dessa akters giltighet kan därför enligt EG-domstolen endast bedömas i förhållande till gemenskapsrätten. I det betydelsefulla målet *Internationale Handelsgesellschaft* uttryckte EG-domstolen denna princip på följande sätt:

"Om den rätt som följer av fördraget, dvs. av en självständig rättskälla, skulle åsidosättas av bestämmelser i nationell lagstiftning, av vilket slag de än kan vara, skulle den förlora karaktären av gemenskapsrätt och den rättsliga grundvalen för själva gemenskapen hotas.

Därför påverkas giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en medlemsstats territorium inte av att det görs gällande att den kränker grundläggande rättigheter i en medlemsstats författning eller principerna i dess författningsstruktur."⁹¹

⁹⁰ Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, *Costa mot Enel*, REG 1964, s. 1141, svensk specialutgåva, volym 1, s. 211.

⁹¹ Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, REG 1970, s. 1125, punkt 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503.

6.10 Motvikt till företrädet – krav på EG-rättens innehåll och skyddsmekanismer

Som framgått har EG-domstolen i sin rättspraxis betonat medlemsstaternas kollektiva skyldighet att tillse att EU fungerar i enlighet med de intentioner som har lagts fast i fördragen. EG-rättens företräde kan sägas vara ett uttryck för tanken att det kollektivt beslutade måste gå före det ensidigt eller individuellt beslutade. EG-domstolen rättfärdigar därför EG-rättens företräde bl.a. med lojalitetsförpliktelsen i artikel 10 i EG-fördraget. Principen innebär att medlemsstaterna ska förhålla sig lojala mot fördragsmålen och sålunda inte motverka EG-rättens genomslag.

Detta – från EG-rättslig utgångspunkt – logiska resonemang accepterades successivt av medlemsstaterna. Det krävdes dock att EG-domstolen gav vissa garantier rörande innehållet i EG-rätten. I synnerhet när det gäller EG-rättens företräde framför nationella konstitutionella bestämmelser finns fortfarande reservationer bl.a. från den tyska författingsdomstolen, Sveriges riksdag och regering, den danska Högsta domstolen och inom delar av doktrinen.⁹²

EG-rättens företräde begränsas därför av att EG-rätten respekterar grundläggande fri- och rättigheter. Som angavs i *Internationale Handelsgesellschaft* påverkas emellertid giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en medlemsstats territorium inte av att det görs gällande att den kränker grundläggande rättigheter i en medlemsstats författning.⁹³ Som anges i artikel 6.1 i EU-fördraget bygger unionen på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, *vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna*. EG-domstolen kräver dock inte att det rättighets-skydd som gäller enligt EG-rätten är likformigt i samtliga medlemsstater. I målet *Omega*⁹⁴ (som avsåg ett tyskt förbud mot s.k. laserdomanläggningar, dvs. låtsaskrig) angav domstolen uttryckligen att nationella åtgärder som begränsar EG-rättens verkan med hänsyn till grundläggande fri- och rättigheter – i det aktuella fallet mänsklig värdighet – inte behöver grundas på en uppfattning som delas av samtliga medlemsstater.

Ett uttryck för detta är även bestämmelsen om ”nationell identitet” i artikel 6.3 i EU-fördraget, vari anges att ”Unionen skall respektera den nationella identiteten hos sina medlemsstater”.

⁹² Se bl.a. Grimm, D., *Does Europe Need a Constitution?* 1 *European Law Journal* (1995), s. 282 ff., se s. 291 och Schilling, T., *The Autonomy of the Community Legal Order – An Analysis of Possible Foundations*, *Harvard International Law Journal* 37 (1996), s. 389–409. Skillnaden i synsätt mellan EG-domstolen och de högsta nationella domstolarna, och den betydelse detta har för maktbalansen i EU, behandlas av Per Cramér i *Does the Codification of the Principle of Supremacy Matter?*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 7, 2004–2005, s. 58 ff.

⁹³ Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, REG 1970, s. 1125, punkt 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503.

⁹⁴ Dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, *Omega*, REG 2004, s. I-9609.

Vi kan alltså konstatera att EG-rättens företrädare ytterst är en komplex bedömning där såväl EG-rättens förhållande till Europakonventionen och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner som skyddet för medlemsstaternas nationella identitet ska beaktas i förhållande till de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall.

6.11 Företrädet blir uttryckligt

I det konstitutionella fördraget har principen om unionsrättens företrädare kodifierats, men däremot inte den sammanhängande principen om direkt effekt. Ett skäl till detta är att företrädet, till skillnad från principen om direkt effekt, låter sig lättare uttryckas i lagtext. Företrädesprincipen är t.ex. återgiven i federala staters konstitutioner och innebär där att den federala rätten har företrädare framför delstatsrätten. Principen om direkt effekt avser bestämmelsernas användbarhet i den judiciella verksamheten och är mer beroende av omständigheterna i de enskilda fallen.⁹⁵ Företrädesprincipen uttrycks i artikel I-6 i det konstitutionella fördraget som har följande lydelse:

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

I anslutning till bestämmelsen finns en särskild förklaring som anger att artikel I-6 återspeglar befintlig rättspraxis från EG-domstolen och första instansrätten. Bestämmelsen är alltså avsedd att återge nu gällande rättsläge.⁹⁶ Frågan är dock om en kodifiering av sådant slag inte går längre än så. Den exakta innebörden av gemenskapsrättens företrädare är omdebatterad och det har från första början funnits ett nationellt och ett gemenskapsrättsligt synsätt på problematiken. Att principen uttrycks i konstitutionella termer i ett fördrag som i demokratisk ordning ska ratificeras av samtliga medlemsstater innebär därför rimligen något nytt, även med avseende på rättsläget.

⁹⁵ Ang. EG-domstolens pragmatiska användning av direkt effekt-begreppet, se Hettne, J. och Otken Eriksson, I., a.a., s. 114 ff.

⁹⁶ Omfattningen av företrädesrätten och i synnerhet förhållandet till medlemsstaternas grundlag diskuteras av Joakim Nergelius i *EU:s nya grundlag – Från maktbalans till rådsdominans*, i *En konstitution för Europa? Reflektioner*, Sieps 2004:3-7, s. 27 ff. Nergelius anser att det är tveksamt om unionsrätten har företrädare framför medlemsstaternas grundlag. Detta verkar dock vara avsikten med artikel I-6 i det konstitutionella fördraget som hänvisar till ”medlemsstaternas rätt”. Härmed avses rimligen medlemsstaternas rättsordningar i deras helhet, oavsett vilken konstitutionell ordning de grundas på, vilket bekräftas av den förklaring som fogats till artikeln och som hänvisar till EG-domstolens rättspraxis på området. En särskild fråga, som inte diskuteras i detta sammanhang, är vidare om företrädesrätten även avser regler inom det utrikes- och säkerhetspolitiska området. Se Cramér, P., a.a., s. 71 ff.

Frågan är känslig för bl.a. den tyska och danska författningsdomstolen som har försökt rättfärdiga gemenskapsrättens företrädare i förhållande till landets författning, snarare än enligt EG-domstolens logik. I Sverige har regering och riksdag tidigare argumenterat på ett likartat sätt. Konstitutionsutskottet har t.ex. uttalat att om ett EG-organ beslutar en rättsakt som ligger utanför det område som Sverige har överlåtit till gemenskapen bör den inte vara giltig i Sverige. Utskottet tycks ha menat att denna fråga ska bedömas i Sverige av svenska organ och inte av EG-domstolen.⁹⁷ Detta uttalande står inte i överensstämmelse med EG-domstolens nu gällande rättspraxis och är inte heller förenligt med det konstitutionella fördraget där det framgår att det är unionens domstol som ensam avgör om en rättsakt ligger utanför det område som har överlåtit till unionen, oavsett om en enskild stat skulle anse att den är beslutad *ultra vires*, dvs. utan stöd i det konstitutionella fördraget.

Det sagda innebär dock inte att företrädet för unionsrätten är ovillkorligt och obegränsat i det konstitutionella fördraget. Precis som idag begränsas företrädet av de allmänna principerna för kompetensfördelning mellan unionen och medlemsstaterna. Som framgår av artikel I-6 är det bara det konstitutionella fördraget och den ”rätt” som omfattas av de befogenheter som unionen har tilldelats som har företrädare framför medlemsstaternas rätt (principen om tilldelade befogenheter). På motsvarande sätt måste unionens befogenheter ha utövats i överensstämmelse med subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna.

En annan viktig begränsning av företrädet, som redan nu gäller, är vidare att unionsrätten måste respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner (artikel I-9-3). Därutöver skulle, till följd av det konstitutionella fördraget, de rättigheter, friheter och principer som fastställs i stadgan om de grundläggande rättigheterna, ingå i unionsrätten (del II av det konstitutionella fördraget, se artikel I-9.1). Unionen avses dessutom ansluta sig till Europakonventionen, vilket skulle innebära att en extern kontroll över respekten för grundläggande fri- och rättigheter införs. Rättighetsskyddet som motvikt till (eller villkor för) företrädet förstärks sålunda genom det konstitutionella fördraget, men därutöver införs även en ytterligare spärr som tar hänsyn till enskilda medlemsstaters särintressen.

Genom artikel I-5.1 i det konstitutionella fördraget utvecklas den ovan nämnda bestämmelsen i artikel 6.3 i EU-fördraget, som stadgar att ”Unionen skall respektera den nationella identiteten hos sina medlemsstater.”

⁹⁷ Betänkande 1993/94:KU 21, s. 26.

Av förarbetena till artikel I-5.1 från *Arbetsgrupp V för kompletterande befogenheter*⁹⁸ framgår att syftet var att ”öppna” bestämmelsen i artikel 6.3 i EU-fördraget och därmed klargöra att de väsentliga inslagen i den nationella identiteten omfattar bland annat medlemsstaternas grundstrukturer och väsentliga funktioner. Därmed avsågs i synnerhet deras politiska och konstitutionella struktur, inklusive regionalt och lokalt självstyre, deras val av språk, nationellt medborgarskap, territorium, kyrkors och religiösa samfunds rättsliga status samt nationellt försvar och organisationen av de väpnade styrkorna. Ett annat väsentligt ansvarsområde som diskuterades i förarbetena var medlemsstaternas grundläggande val när det gäller allmän ordning och dess sociala värderingar. Därmed avsågs t.ex. politik när det gäller inkomstfördelning, beskattning och uppbörd av skatt för fysiska personer, system för förmåner för socialt skydd, utbildningssystem, system för folkhälsovård, kulturens bevarande och utveckling samt obligatorisk militär- eller samhällstjänst. I artikelns slutliga lydelse kortades denna uttalande ned betydligt. Nu stadgas att:

”Unionen skall respektera medlemsstaternas likhet inför konstitutionen samt deras 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, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten.”

I arbetsgruppens slutrapport noteras även att bestämmelsen inte är en undantagsklausul. Medlemsstaterna ska även i fortsättningen vara skyldiga att följa bestämmelserna i fördragen. Artikelns ska ”inte utgöra en definition av medlemsstaternas befogenheter och därigenom felaktigt föra fram budskapet att det är unionen som beviljar medlemsstaterna befogenheter eller att unionens verksamhet aldrig får påverka dessa områden.” Arbetsgruppen konstaterade att om domstolen skulle få befogenheter med avseende på en sådan artikel i ett framtida ”grundfördrag av konstitutionell betydelse”, skulle domstolen kunna vara den instans som slutgiltigt tolkar bestämmelsen om de politiska institutionerna överskrider den rimliga bedömningsgränsen.

Även artikel 5.1 om nationell identitet är ett försök att kodifiera vad som redan gäller. EG-domstolen tar redan idag hänsyn till medlemsstaternas särordningar. Någon total likformighet eftersträvas inte. I EG-domstolens rättspraxis har nationella ordningar som är specifika för enskilda medlemsländer accepterats åtskilliga gånger. Som exempel kan nämnas det svenska alkoholmonopolet, Irlands abortlagstiftning och Tysklands ovannämnda förbud mot Laserdome-anläggningar, som grundas på en långtgående tolkning av bestämmelserna om ”mänsklig värdighet” som bl.a. återfinns i Europakonventionen.

⁹⁸ CONV 375/1/02/REV.

Slutsatsen är att unionsrätten enligt det konstitutionella fördraget har företräde även framför medlemsstaternas grundlagar, precis som gäller enligt EG-domstolens rättspraxis, men att företrädet begränsas på det sätt som har redovisats ovan. Sammantaget är det fråga om ett försök att reglera den komplexa frågan om EG-rättens företräde i en skriven text och behålla status quo.

I Sverige har riksdagen (det sammansatta konstitutions- och utrikesutskottet)⁹⁹ varit inne på samma resonemang. I stället för att hänvisa till någon yttersta svensk vetorätt om grundlagen träds för när framhåller utskottet att företrädesprincipen är begränsad genom unionsrätten. Utskottet påpekar att Unionen, enligt artikel I-5.1 i det konstitutionella fördraget, ska respektera medlemsstaternas nationella identitet samt de grundläggande rättigheterna såsom de garanteras i Europakonventionen, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Den bakomliggande tanken är sannolikt att svenska hjärtefrågor, såsom offentlighetsprincipen, ska kunna rättfärdigas med stöd av bestämmelserna om respekten för medlemsstaternas nationella identitet och konstitutionella traditioner, dvs. med uttryckligt stöd av unionsrätten och inte enligt svensk grundlag. Det blir därmed inte nödvändigt att insistera på att det finns svenska grundlagsfästa principer som är orubbliga, även i förhållande till unionsrätten.

⁹⁹ Se sammansatta konstitutions- och utrikesutskottets betänkande 2003/04:KUU1 angående Europeiska konventet om EU:s framtid (skr. 2003/04:13).

7 SLUTSATSER

Att en europeisk konstitution upprättas är en logisk konsekvens av såväl den politiska som judiciella utvecklingen inom EU. Det konstitutionella fördraget är ett naturligt steg när EU utvecklas från ekonomisk gemenskap till politisk union. Om det konstitutionella fördraget antas blir det med all önskvärd tydlighet klart att EU inte längre är enbart en ekonomisk gemenskap och kanske inte heller i första hand handlar om ekonomiskt samarbete.

Det konstitutionella fördraget innebär dock inte några omvälvande förändringar av gemenskapsrättens konstitutionella innehåll i sak. Den stora förändringen är att kompetensfördelningen mellan EU:s institutioner och medlemsstater samt förhållandet mellan unionsrätten och nationell rätt klargörs i ett fördrag som ska godkännas av medlemsländerna i demokratisk ordning. Det konstitutionella fördraget är således i stora drag ett konsoliderings- och kodifieringsprojekt. EG-rätten är för närvarande i alltför hög grad baserad på oskriven rätt i form av rättspraxis och allmänna rättsprinciper. Det ankommer på EU:s grundlagsstiftare, dvs. medlemsstaterna i enlighet med förfarandet för fördragsändringar och därmed i enlighet med respektive lands konstitutionella ordning, att återta initiativet när det gäller den konstitutionella utvecklingen av EG-rätten. Det är inte rimligt att EG-domstolen ska fortsätta att driva denna utvecklig själv utan inblandning av medlemsländerna. Tillkomsten av en konstitution skulle härvidlag innebära ett skifte, på samma sätt som en kodifieringsreform inom Common law, som berördes inledningsvis i denna rapport. Att kodifiera EG-domstolens rättspraxis och konsolidera de nuvarande fördragen är dock ingen enkel uppgift. Det innebär att dagens EU måste kläs i konstitutionella termer, vilket förutsätter enighet om vad EU är och står för – något som det inte verkar råda enighet om.

Det konstitutionella fördraget utgör inte heller ett renodlat konsoliderings- och kodifieringsprojekt. Många nyheter lanseras tillsammans med de bestämmelser som är avsedda att förtydliga vad som redan gäller. Till nyheterna hör att EU får uttrycklig kompetens på det straffrättsliga området, att Europeiska rådet får en vald ordförande, att unionen får en utrikesminister, att kommissionen effektiviseras och att nya omröstningsregler införs för kvalificerade majoritetsbeslut. Gammalt blandas alltså med nytt. Just detta bidrar till stundtals förvirrade diskussioner om vad det konstitutionella fördraget innebär. Skillnad görs inte mellan det gamla och nya. Gammalt blir nytt i debattörernas och väljarnas ögon. Följden blir att det uppstår vitt skilda tolkningar om fördragets innehåll. Väljarna blir osäkra och finner det säkrast att säga nej. Samma utveckling har skett när det gäller förslaget till tjänstedirektiv. Även i detta har nyheter blandats med klarlägganden om vad som redan gäller. I den allmänna debatten har klarlägganden eller kodifieringar av redan gällande rättspraxis uppfattats som kontroversiella och i stor utsträckning orsakat ogrundad oro för vad ett tjänstedirektiv kan leda till.

Naturligtvis hävdas inte att blandningen av gammalt och nytt ensamt är avgörande för de negativa resultaten i samband med ratificeringen av det konstitutionella fördraget. Helt andra faktorer, som t.ex. det inrikespolitiska läget i vissa medlemsländer, har säkert spelat en större roll. En lärdom som ändå kan dras inför framtiden är att det kan vara en fördel att hålla isär kodifieringsarbetet och den vanliga lagstiftningen (de egentliga nyheterna). Kanske finns det anledning att lära av Common law-systemet. Att kodifiera rättspraxis är inom detta system en uppgift för den juridiska expertisen. Eftersom rättsläget inte ska ändras, ankommer det enbart på den demokratiskt valde lagstiftaren att ta ställning till frågan om en kodifiering/konsolidering är önskvärd. Lagstiftaren måste då beakta att en kodifiering av rättspraxis alltid får vissa juridiska konsekvenser. Själva uppdraget (att utforma lagstiftningen) är dock ett beställningsarbete som läggs i händerna på de som bäst behärskar tekniken.

Det kan konstateras att de mest lyckade kodifierings- och konsolideringsarbetena inom EU, såsom ombudsmannens förvaltningskodex och EU:s stadga om grundläggande rättigheter, i hög grad har beretts av sådan juridisk-teknisk expertis och inte passerat det demokratiska lagstiftningsmaskineriet. Eftersom det ha stått klart att det inte har varit fråga om några stora förändringar, utan främst klarlägganden om vad som redan gäller, har dock slutresultatet vunnit gillande i breda kretsar. I båda fallen har det emellertid rört sig om icke-bindande rättsakter. Det hade varit betydligt svårare att nå enighet kring innehållet om det hade rört sig om bindande texter från början, eftersom det vanliga lagstiftningsmaskineriet då hade behövt utnyttjas. Sannolikheten för att förvaltningskodexen och rättighetsstadgan omvandlas till bindande juridisk text i framtiden är emellertid relativt hög.

Den slutsats som kan dras är att det är fullt möjligt att upprätta en konstitution för Europa som syftar till att klargöra kompetensfördelningen mellan EU:s institutioner och medlemsstater, förhållandet mellan unionsrätten och nationell rätt samt vilket rättighetsskydd som ska tillförsäkras EU-medborgarna. En sådan konstitution skulle sannolikt kunna godkännas och ratificeras av samtliga medlemsstater. En förutsättning är dock att arbetet utförs som ett renodlat konsoliderings- och kodifieringsarbete, av lämpliga experter, på beställning av medlemsstaterna, med det uttryckliga förbehållet att *avsikten inte är att ändra rättsläget*. Det nuvarande konstitutionella fördraget är i relevanta delar en bra grund för ett sådant projekt. Övriga delar i det konstitutionella fördraget – de konkreta nyheterna – bör hållas åtskilda från detta arbetet.

Mot denna bakgrund vore det mest logiskt om kodifierings- och konsolideringsarbete skedde för sig och slutresultatet godkändes och ratificerades i särskild ordning. Detta kan dock vara ett opraktiskt och tidskrävande förfarings sätt. Ett alternativ vore att låta arbetet med det gamla och nya ske parallellt, men att dela upp det så att medlemsstaternas regeringar ges möjlighet att på ett förtroendeingivande sätt redovisa för sina parlamentariker,

intresseorganisationer och övriga medborgare vad som är gammalt och vad som är nytt i det nya fördraget. Detta skulle sannolikt underlätta för en framtida ratificering av det nya fördraget.

Källförteckning

Böcker och artiklar

- Barents, R., *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, CML Rev. nr 30 (1993), s. 85
- Barrington, D., *Observations on the More Ancient Statutes ...with Appendix being a proposal for new modelling the statutes* (1766), 3e uppl., London 1769.
- Bradley, K., *The European Court and the Legal Basis of Community Legislation*, CML Rev. nr 13 (1988), s. 379
- Calleros, C., R., *Legal Method and Writing*, Little, Brown and Company 1990
- Cramér, P., *Does the Codification of the Principle of Supremacy Matter?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 7, 2004–2005, s. 58.
- de Búrca, G. och Aschenbrenner, J.B., *European Constitutionalism and the Charter in the EU Charter of Fundamental Rights*, Politics, Law and Policy, Peers and Ward (ed.), Hart Publishing 2004
- Dony, M. och Bribosia., E. (ed), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005
- Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, Pearson/Longman 2002
- Emiliou, N., *Opening Pandora's Box: the Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice*, EL Rev. nr 19 (1994), s. 488
- Fritz, M., Hettne, J. och Rundegren, H., *När tar EG-rätten över*; utgåva 2, Industrilitteratur 2001
- Grimm, D., *Does Europe Need a Constitution?* 1 European Law Journal (1995), s. 282
- Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: Towards a jus commune europaeum*, Juridiska institutionen, Lunds universitet 2005
- Hallström, P., *Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter*, SvJT 2002, s. 753
- Hartley, T., *Constitutional Problems of the European Union*, Hart Publishing, 1999.
- Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik 2005
- Hettne, J. och Öberg, U., *Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*, Sieps 2003:15
- Hettne, J.,
– *Subsidiaritetsprincipen: Politisk granskning eller juridisk kontroll?*, Sieps 2003:4
– *Tjänstedirektivet på frammarsch*, Sieps nyhetsbrev, mars 2006.
- Lenaerts, K.,
– *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, RTD eur. 37 (3), 2001, s. 487 och
– *Inter-locking legal orders in the European Union and comparative law* (2003) ICLQ, s. 873.
- Lieberman, D., *Legislation in Common Law Context*, University of California, Paper 23, 2004
- McLeod, I., *Legal Method*, 4:e uppl. Palgrave 2002
- Melin, M. och Schäder, G., *EU:s konstitution*, 6:e uppl. 2004

- Nergelius, J.,
 – *Amsterdampfördraget och EU:s institutionella maktbalans*, Norstedts juridik 1998
 – *EU:s nya grundlag – Från maktbalans till rådsdominans*, i *En konstitution för Europa? Reflektioner*, Sieps 2004:3-7, s. 27 ff.
- O'Neill, A., *Decisions of the European Court of Justice and their National Implications*, Butterworths, 1994
- Otken Eriksson, I.,
 – *Slagskepp eller kanonbåt? EG-rättslig utvärdering av tjänstedirektivet*, i *Lissabonstrategin i halvtid, Europaperspektiv 2005*, Gustavsson, Oxelheim och Wahl (red.), Santéus förslag 2005
 – *Är vi mogna för ursprungslandsprincipen?*, ERT 2004, s. 539.
- Ragnemalm, H., *Confiance légitime et délai raisonnable: Quelques remarques sur le thème du retrait des actes administratifs favorables en droit communautaire*, i *Melange Schockweiler* 1998
- Rasmussen, H.,
 – *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Nijhoff, 1986
 – *The European Court of Justice* GadJura, 1998
- Rideau, J., *Droit institutionnel de l'union et des communautés européennes*, 2:a uppl. L.G.D.J, 1996
- Scarman, L., A 'Code of English Law?' i Zander, M., *The Law-Making Process*, Weidenfeld and Nicolsson 1980
- Shapiro, B., J., *Codifications of the Laws in Seventeenth-Century England*, *Wisconsin Law Review* 1974
- Schilling, T., *The Autonomy of the Community Legal Order – An Analysis of Possible Foundations*, *Harvard International Law Journal* 37 (1996), s. 389
- Schönberg, S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000
- Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, andra uppl., Oxford EC Law Library, Oxford University Press 2006
- Ward, A., *A Critical Introduction to European Law*, Sweet and Maxwell, 1996
- Wiklund, O., *EG-domstolens tolkningsutrymme*, Juristförlaget 1997
- Öberg, U., *Principen om ömsesidigt erkännande och ursprungslandsprincipen i gemenskapsrätten* (TemaNord 2003:534, Nordiska ministerrådet)

Offentligt tryck

- Betänkande 1993/94:KU 21 angående grundlagsändringar inför Sveriges medlemskap i EU
- Betänkande 2003/04:KUU1 angående Europeiska konventet om EU:s framtid (skr. 2003/04:13).
- Statskontoret Rapport 2005:4, *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*

KOMMISSIONEN OCH DEBATTEN OM EU:S FRAMTID

Josefin Almer

INNEHÅLL

1	INLEDNING	72
1.1	Bakgrund.....	72
1.2	Syfte och avgränsning.....	72
1.3	Disposition.....	73
2	INTERN REFORM AV KOMMISSIONEN	74
3	REFORM UTAN FÖRDRAGSÄNDRING	76
3.1	Vitboken om nya styrelseformer.....	76
3.2	Domstolens dom C-176/03.....	79
4	REFORM MED FÖRDRAGSÄNDRING	81
4.1	Regeringskonferensen om de institutionella frågorna.....	81
4.2	Konventet och det konstitutionella fördraget.....	86
5	PERIOD AV EFTERTANKE	90
5.1	Plan D för demokrati, dialog och debatt.....	90
5.2	Kommissionens kommunikationspolitik.....	93
6	SLUTSATSER	96
7	KÄLLFÖRTECKNING	98

1 INLEDNING

”For our part, we have always striven to make our Union stronger, more democratic, more effective and more efficient.”¹

1.1 Bakgrund

Efter att det blev nej i de franska och holländska folkomröstningarna våren 2005 om fördraget om upprättande av en konstitution för Europa² avstannade ratificeringsprocessen och stats- och regeringscheferna utlyste en period för eftertanke.³

Denna period av eftertanke kommer att utnyttjas för att i våra länder möjliggöra en bred debatt, där medborgarna, det civila samhället, arbetsmarknadens parter, de nationella parlamenten och de politiska partierna deltar. Denna aktiverande debatt, som redan har inletts i många medlemsstater, bör intensifieras och utvidgas. Även de europeiska institutionerna bör bidra till debatten och kommissionen har härvid en särskild uppgift att fylla.⁴

Kommissionens bidrag till perioden för eftertanke presenterades den 13 oktober 2005 i form av ett meddelande som benämndes ”Plan D för demokrati, dialog och debatt”.⁵ Plan D skulle fungera som ett komplement till andra initiativ och reformåtgärder som kommissionen har presenterat under de senaste åren. Kommissionens bidrag till debatten under perioden av eftertanke bör därför inte ses isolerat utan sättas i relation till den reformagenda som har presenterats av kommissionen vid andra tillfällen såsom vitboken om nya styrelse reformer och inför de senaste regeringskonferenserna.

1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med den här rapporten är att redogöra för de förslag till reformer av unionens styrelse reformer som kommissionen har presenterat de senaste åren samt andra bidrag till debatten om EU:s framtid som kommissionen har lagt fram. Tre parallella utvecklingar kommer att beröras; dels kommissionens interna reformarbete, dels kommissionens förslag till reform inom ramen för nuvarande fördrag, dels kommissionens reformförslag såsom de har presenterats vid de två senaste regeringskonferenserna.

¹ Romano Prodi i tal till Europaparlamentet, Bryssel den 13 oktober 2004 ”Five years on: what our objectives were and what we have achieved”.

² Se Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa (EUT 2004 C 310/1).

³ Se Uttalande från stats- och regeringscheferna i Europeiska unionens medlemsstater om ratificeringen av Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa, Europeiska rådet den 16–17 juni 2005, Bryssel den 18 juni 2005.

⁴ Se Uttalande från stats- och regeringscheferna, se ovan not 3.

⁵ Se Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén ”Kommissionens bidrag under och efter perioden av eftertanke: Plan D som i demokrati, dialog och debatt” Bryssel den 13 oktober 2005 KOM (2005) 494.

Avsikten är inte att ge en detaljerad redogörelse för innehållet i alla de olika dokument som presenterats av kommissionen i olika sammanhang under denna tid utan istället att försöka redogöra för de huvudsakliga dragen för att därigenom kunna sätta kommissionens förslag under perioden för eftertanke i sitt sammanhang.

1.3 Disposition

Rapporten inleds med en kort redogörelse av den interna reform av kommissionen som inleddes när Prodi-kommissionen började sitt arbete. Därefter ges en sammanfattande redogörelse för kommissionens vitbok om nya styrelseformer och dess uppföljning. I det därpå följande avsnittet behandlas de reformförslag som kommissionen presenterat inför de två senaste regeringskonferenserna. I avsnitt 5 behandlas kommissionens bidrag till perioden för eftertanke samt kommissionens kommunikationspolitik. Avslutningsvis presenteras vissa övergripande slutsatser.

2 INTERN REFORM AV KOMMISSIONEN

Prodi-kommissionen satte upp fyra strategiska mål för mandatperioden 2000–2004, ett av dessa var att främja ”nya styrelseformer för unionen”.⁶ Kommissionen ansåg att varje institution, men framförallt kommissionen själv, borde fokusera på sina huvuduppgifter. Detta skulle göra det tydligare för medborgarna vad unionen och dess institutioner gör. Vidare framhölls att unionen bör ägna sig åt sådant som medborgarna vill ha, som till exempel ett starkare samarbete för att motverka internationell brottslighet. Unionen och dess institutioner måste prioritera och fokusera. Kommissionen ansåg vidare att detta skulle ske genom att delegera och decentralisera beslutsfattandet och genomförandet av unionens politik, framförallt genom att lagstiftarna fokuserar på de politiska huvudfrågorna samt genom ett närmare och mer strukturerat samarbete med lokala och regionala aktörer.⁷ Kommissionen antog en vitbok om nya styrelseformer där en rad förslag och åtgärder presenterades vilka, enligt kommissionen, skulle förbättra styrelseformerna i unionen och alla gå att genomföra utan att det skulle kräva fördragsändringar, se nedan avsnitt 4. Den första åtgärden som Prodi-kommissionen gjorde i denna riktning var dock att inleda ett omfattande internt reformarbete av kommissionen.⁸

Vice ordförande Neil Kinnock var ansvarig för den interna reformen som bland annat innebar förändrade arbetsrutiner i kommissionen, en ny form av finansiell redovisning och att en uppförandekod för god förvaltning infördes.⁹ Syftet med den interna reformen var framförallt att återupprätta förtroendet för kommissionen och att minska riskerna för korrupktion och nepotism genom att införa bättre rutiner och standarder för personalfrågor och ekonomiska frågor i kommissionen.

Reformen inleddes med en omorganisation av kommissionen som trädde ikraft den 1 oktober 1999 och som bland annat innebar att antalet avdelningar minskades samtidigt som en omorganisation av tjänster inom kommissionen genomfördes.¹⁰ Den 1 mars 2000 antogs en vitbok om reformen av kommissionen. Vitboken lades fram i två delar; i den första delen presenterade kommissionen tankarna bakom reformen. Betoning lades vid att den interna reformen av kommissionen måste få stöd från de övriga institutionerna om den skulle lyckas. I den andra delen av vitboken presente-

⁶ De andra tre målen var ”Ett stabilt Europa och ett större internationellt inflytande för EU”, ”Ny ekonomisk och social dagordning” och ”Förbättrad livskvalitet”. Se Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, Strategiska mål 2000–2005 ”Forma ett nytt Europa”, Bryssel den 9 februari 2000, KOM (2000) 154.

⁷ Se ”Forma ett nytt Europa”, KOM (2000) 154, se ovan not 6.

⁸ Se http://ec.europa.eu/reform/index_en.htm.

⁹ Se http://ec.europa.eu/reform/index_en.htm.

¹⁰ Se Mr Neil Kinnock, Vice President of the European Commission, Press Statement, Bryssel den 29 september 1999, SPEECH/99/118.

rades 98 åtgärder som skulle genomföras. Åtgärderna delades in i fyra kapitel; en serviceinriktad organisation, prioritering, fördelning och effektivt utnyttjande av resurserna, personalpolitik samt revision, ekonomisk förvaltning och kontroll.¹¹ Ett år efter att vitboken om den interna reformen antagits lade kommissionen fram en promemoria om hur arbetet hade fortskridit dittills. Enligt promemorian skulle de viktigaste åtgärderna vara antagna den 1 mars 2001. Vissa åtgärder krävde dock att lagstiftningen ändrades, såsom ändringar i budgetförordningen och tjänsteföreskrifterna och kommissionen var beroende av rådet och Europaparlamentet i dessa frågor. Enligt promemorian hade kommissionens reform fyra huvudteman: att höja standarden, att använda de begränsade resurserna mer effektivt, att förbättra den finansiella förvaltningen samt att införa en ny personalpolitik. Reformens mål var att skapa "... en helt ny förvaltningskultur, med nya förhållningssätt och nya värderingar som [skulle] gör[a] kommissionen till en effektivare, mer förtroendeingivande och mer oberoende institution."¹²

I början av år 2003 presenterade kommissionen en lägesrapport i vilken det bland annat konstaterades att 87 av de 98 åtgärderna från vitboken hade genomförts.¹³ De nya tjänsteföreskrifterna som antogs av rådet den 22 mars 2004 är tillämpliga på alla tjänstemän i gemenskapernas institutioner samt byråer och syftet med ändringen var bland annat att uppdatera föråldrade regler, öka kvalitén i den europeiska offentliga förvaltningen och att säkerställa ett meritgrundat system för personalpolitiken.¹⁴

Den interna reformen av kommissionen kan ses som en del av genomförandet av det strategiska målet att "främja nya styrelseformer" i unionen genom att kommissionen anpassade sin egen organisation och förvaltning till att bättre stämma överens med sina egna krav på bättre styrelseformer. Den huvudsakliga åtgärden för att uppnå målet var dock antagandet av en vitbok om nya styrelseformer.

¹¹ Se Reformen av kommissionen, vitbok del I och II, framlagt av kommissionen den 1 mars 2000, KOM (2000) 200.

¹² Se Reformen av kommissionen: ett år efter startskottet, Bryssel den 28 februari 2001, MEMO/01/57.

¹³ Se Meddelande från kommissionen Lägesrapport för reformen, Bryssel den 30 januari 2003, KOM (2003) 40.

¹⁴ Se Rådets förordning nr 723/2004 av den 22 mars 2004 om ändring av tjänsteföreskrifterna för tjänstemän i Europeiska gemenskaperna och anställningsvillkoren för övriga anställda i Europeiska gemenskaperna, EUT 2004 L 124/1.

3 REFORM UTAN FÖRDRAGSÄNDRING

3.1 Vitboken om nya styrelseformer

Vitboken om nya styrelseformer antogs av kommissionen den 25 juli 2001.¹⁵ Styrelseformer definieras i vitboken som ”de regler, processer och beteendemönster som påverkar hur makten utövas i EU och särskilt vad gäller öppenhet, delaktighet, tydlig ansvarsfördelning, effektivitet och konsekvens” och en reform av styrelseformerna ”har att göra med frågan om hur unionen använder den makt som den fått av medborgarna” enligt vitboken. Syftet med reformen var att förbättra styrelseformerna i unionen genom att göra fler delaktiga i besluten och förtydliga beslutsfattarnas ansvar. Kommissionen gav sig inte, i detta sammanhang, in på frågan om *vad* EU bör göra utan fokuserade istället på *hur* EU bör göra det som den gör. De reformförslag som presenterades i vitboken skulle alla gå att genomföra utan fördragsändringar.¹⁶

Den genomgående tanken i vitboken var att involvera EU:s medborgare i beslutsprocessen. Kommissionen ville förbättra informationen till medborgarna men även dialogen med medborgarna. I juni 2001 presenterade kommissionen även ett meddelande om informations- och kommunikationspolitiken i unionen, se vidare avsnitt 5 nedan.¹⁷ Kommissionen ville genom förslagen i vitboken ersätta den vertikala beslutsmodellen med en cirkelmodell. Vitboken följdes upp i ett antal dokument i vilka åtgärderna och förslagen i vitboken konkretiserades under de efterföljande åren. När Prodi-kommissionen hade fullgjort sin mandatperiod var så gott som alla förslag i vitboken på plats i någon form.

De nya styrelseformerna såsom de ser ut enligt vitbokens agenda kan i korthet beskrivas enligt följande. Kommissionen betonade vikten av gemenskapsmetoden samt att varje institution skulle fokusera på sina huvuduppgifter, samtidigt ville kommissionen förbättra lagstiftningen genom att strukturera samarbetet och utbytet med det civila samhället och unionens medborgare. Den 11 december 2002 antog kommissionen allmänna principer och miniminormer för samråd med berörda parter.¹⁸ Syftet var att skapa

¹⁵ Se kommissionens vitbok ”Styrelseformerna i EU”, Bryssel den 25 juli 2001, KOM (2001) 428. För en redogörelse av vitboken och de uppföljande dokumenten se Almer, J. och Rotkirch, M., *European Governance – An Overview of the Commission's Agenda for Reform*, Sieps 2004:1u.

¹⁶ Se kommissionens vitbok om nya styrelseformer, KOM (2001) 428, se ovan not 15. Se nedan avsnitt 5 om de reformförslag som kommissionen presenterat vid och inför de två senaste regeringskonferenserna.

¹⁷ Se Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén angående ”En ny ram för samarbetet inom informations- och kommunikationspolitiken i Europeiska unionen”, Bryssel den 27 juni 2001, KOM (2001) 354.

¹⁸ Se Meddelande från kommissionen ”Mot en bättre struktur för samråd och dialog. Allmänna principer och miniminormer för kommissionens samråd med berörda parter”, Bryssel den 11 december 2002, KOM (2002) 704.

enhetliga riktlinjer för hur samråd skulle gå till. Innan kommissionen lägger fram ett förslag till lagstiftning ska kommissionen, enligt riktlinjerna, genomföra samråd med berörda parter. Kommissionen har även tagit fram två kompletterande dokument om samråd med sakkunniga samt regionala och lokala myndigheter.¹⁹ Vidare genomförs en konsekvensanalys av varje större lagstiftningsförslag samt viktigare förslag. Syftet med konsekvensanalysen är att utreda förslagens konsekvenser ur ekonomisk och social synvinkel samt från ett miljö-perspektiv och mot bakgrund av detta kunna avgöra om det är lämpligt att anta åtgärden på gemenskapsnivå samt vilket instrument som är mest lämpligt för den aktuella åtgärden. Efter en inledande konsekvensanalys kan vissa förslag bli föremål för en utökad konsekvensanalys om det anses nödvändigt.²⁰

Kommissionen använder sig i stor utsträckning av Internet för att genomföra samråd med det civila samhället och för att informera medborgarna och berörda parter om aktuella förslag. Kommissionen har till exempel startat en webbportal som heter Din röst i Europa²¹ och är en del av kommissionens initiativ om en så kallad interaktiv beslutsprocess.²² Din röst i Europa fungerar som en samlingsplats för alla pågående och avslutade samråd. Vidare har kommissionen öppnat en särskild webbplats som syftar till att göra samrådsprocesserna öppnare, CONECCS, (Consultation, the European Commission and Civil Society), på vilken det dels är möjligt att få en översikt över de grupper som kommissionen regelbundet samråder med, dels kan organisationer själva registrera sig på databasen.²³ Dessa förslag från vitboken syftade till att förbättra kommissionens relation med det civila samhället i stort genom förbättrade standarder och enhetliga regler samt öppenhet i processen. Resultaten från samråden ska sedan ligga till grund för konsekvensanalysen av det aktuella förslaget. När slutligen kommissionen presenterar ett förslag till lagstiftning för rådet och Europaparlamentet ska detta vara genomarbetet, förankrat och diskuterat inom kommissionen med berörda parter, nationella och regionala aktörer samt det civila samhället i stort. För existerande lagstiftningsförslag och den

¹⁹ Se Meddelande från kommissionen ”En ram för trepartsavtal och trepartsöverenskommelser om mål mellan gemenskapen, stater och regionala och lokala myndigheter.”, Bryssel den 11 december 2002, KOM (2002) 709 och Meddelande från kommissionen om principer och riktlinjer för insamling och användning av sakkunnigutlåtanden inom kommissionen ”Bättre kunskapsbas för bättre politiska beslut”, Bryssel den 11 december 2002, KOM (2002) 713.

²⁰ Se Meddelande från kommissionen om konsekvensanalys, Bryssel den 5 juni 2002, KOM (2002) 276, se även http://ec.europa.eu/governance/impact/key_en.htm.

²¹ Se http://ec.europa.eu/yourvoice/index_sv.htm.

²² Se http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/index_en.htm.

²³ Se http://ec.europa.eu/civil_society/coneccs/index.htm.

existerande lagstiftningen startade kommissionen ett program som gick ut på att dra tillbaka förslag som inte längre var aktuella.²⁴

Vitboken innehöll vidare en rad reformförslag som berörde fasen i lagstiftningsprocessen när förslaget har presenterats av kommissionen. Till viss del var dock kommissionen beroende av de övriga institutionerna för att genomföra dessa reformer som till exempel en föreslagen reform av det så kallade kommittologisystemet. Kommissionen anser att lagstiftarna, rådet och Europaparlamentet, ska koncentrera sig på de väsentliga aspekterna av lagstiftningen och delegera så mycket som möjligt av genomförandet till kommissionen. För närvarande bygger delegeringen från lagstiftarna till kommissionen på artikel 202 i EG-fördraget och rådets beslut om de förfaranden som skall tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter, det så kallade kommittologibeslutet. Enligt kommittologibeslutet ska kommissionen vid antagande av delegerad lagstiftning samarbeta med olika kommittéer som består av företrädare för medlemsstaterna.²⁵ Den andra lagstiftaren i unionen, Europaparlamentet, har ingen motsvarande möjlighet att kontrollera kommissionens genomförandelagstiftning. Kommissionen anser att parlamentet bör ha samma möjlighet som medlemsstaterna i rådet i denna fråga och som en uppföljning till förslaget i vitboken presenterade kommissionen i december 2001 ett förslag till ett nytt kommittologibeslut som enligt kommissionen skulle ge samma möjligheter för de båda lagstiftarna inom medbeslutandeförfarandets tillämpningsområde att kontrollera lagstiftning som delegeras till kommissionen.²⁶ Som en långsiktig lösning vill kommissionen få till stånd en ändring

²⁴ Ett program för förenkling av lagstiftning pågick även under denna tid, detta var dock begränsat till lagstiftning på den inre marknaden, se Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet ”Utvärdering av SLIM: Förenklad lagstiftning för den inre marknaden”, Bryssel den 28 februari 2000, KOM (2000) 104.

²⁵ Se Rådets beslut 1999/468/EG av den 28 juni 1999 om de förfaranden som skall tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter, EGT 1999 L 184/23.

²⁶ Kommissionen presenterade ett förslag till ett ändrat så kallat kommittologibeslut den 11 december 2002, ett ändrat förslag antogs av kommissionen den 22 april 2004. Den 9 juni 2006 presenterades resultatet av förhandlingarna, det så kallade kommittépaketet, som kortfattat innebär att ett ytterligare kommittologiförfarande införs. Det nya förfarandet ”föreskrivande förfarande med kontroll” ska tillämpas inom området för medbeslutandeförfarandet. Se Ändrat förslag till rådets beslut om ändring av beslut 1999/468/EG om de förfaranden som skall tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter, Bryssel den 9 juni 2006, 10126/1/06 REV 1 LIMITE INST 89 JUR 243. Se även Betänkande om det ändrade förslag till rådets beslut om ändring av beslut 1999/468/EG om de förfaranden som skall tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter (10126/1/2006 – C6-0190/2006 – 2002/0298(CNS))

Utskottet för konstitutionella frågor Föredragande: Richard Corbett, den 3 juli 2006, A6-0236/2006.

av artikel 202 i EG-fördraget och förslag om detta presenterades inför den senaste regeringskonferensen.²⁷

Slutligen presenterade kommissionen även flera förslag i vitboken om nya styrelseformer om hur det skulle gå att förbättra övervakandet av gemenskapsrätten, som till exempel genom att sätta upp databaser och lägga ut information på Internet samt genom att inrätta ett närmare samarbete med medlemsstaterna.²⁸

Sammanfattningsvis har kommissionen genom de uppföljande dokumenten till vitboken i stor utsträckning genomfört de förslag som presenterades i vitboken om nya styrelseformer. Något som kommissionen återkommer till vid flera tillfällen i vitboken och i andra sammanhang är vikten av gemenskapsmetoden. I detta sammanhang kan nämnas kommissionens meddelande med anledning av domstolens dom C-176/03.²⁹ I detta meddelande som syftar till att ge förslag till hur existerande lagstiftning ska anpassas till utslaget i domen skriver kommissionen att ”det syftar för övrigt också till att utgöra en vägledning för kommissionens framtida användning av sin initiativrätt.”

3.2 Domstolens dom C-176/03

Kommissionen väckte en talan om ogiltigförklaring av ett rambeslut som antagits av rådet om skydd för miljön genom straffrättsliga bestämmelser vid EG-domstolen.³⁰ Rådsbeslutet antogs med rättslig grund i artiklarna 29, 31e och 34.2 i EU-fördraget. Kommissionen ansåg att åtgärden dock låg inom ramen för gemenskapens kompetens och därför borde ha antagits med rättslig grund i artikel 175.1 i EG-fördraget. Domstolen gick på kommissionens linje och beslutet ogiltigförklarades. Domstolen ansåg att trots att straffrätten i princip inte omfattas av gemenskapens behörighet ”kan [detta] emellertid inte hindra gemenskapslagstiftaren från att, då de behöriga myndigheternas tillämpning av effektiva, proportionerliga och avskräckande åtgärder utgör en åtgärd som är absolut nödvändig för att bekämpa allvarliga hot mot miljön, vidta åtgärder som har ett samband med medlemsstaternas straffrättsliga bestämmelser och som gemenskapslagstiftaren

²⁷ Delegering ska inte enbart ske från lagstiftaren till kommissionen utan det ska också vara möjligt enligt kommissionen att i större utsträckning delegera verkställandet av lagstiftningen till EU:s fristående myndigheter. I vitboken presenterades ett förslag om hur EU:s myndigheter bör organiseras enligt vilket kommissionen vill se två huvudtyper av myndigheter; *executive* och *regulatory*, se Meddelande från kommissionen ”Rambestämmelser för EU:s tillsynsmyndigheter”, Bryssel den 11 december 2002, KOM (2002) 718.

²⁸ Se kommissionens vitbok om nya styrelseformer, KOM (2001) 428, se ovan not 15.

²⁹ Se Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om följderna av EG-domstolens dom av den 13 september 2005 (C-176/03, kommissionen mot rådet), Bryssel den 23 november 2005, KOM (2005) 583.

³⁰ Se vidare Maria Bergströms bidrag till denna volym avsnitt 2.2.2.

anser vara nödvändiga för att säkerställa att de bestämmelser som denne utfärdar i fråga om miljöskydd får full verkan.”³⁰

Enligt kommissionen rör det sig om en principiell dom som har konsekvenser utöver det politikområde som var i fråga, skyddet av miljön, och domstolens resonemang kan därför, enligt kommissionen, tillämpas på alla gemenskapens politikområden ”där det finns tvingande normer som bör åtföljas av straffrättsliga påföljder för att garantera att de får full verkan.”. Kommissionen fortsätter med att hävda att ”det som gör att gemenskapslagstiftaren kan föreskriva straffrättsliga bestämmelser är nödvändigheten att se till att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna respekteras. Denna nödvändighet måste fastställas från fall till fall och det är kommissionens uppgift att i sina förslag göra denna bedömning.”. Vidare menar kommissionen att en rad existerande lagstiftning nu måste anpassas till domstolens dom. Det enklaste och snabbaste sättet att göra detta vore att enbart anpassa rättsakterna till domstolens dom utan att ändra något i sak vilket dock kräver att Europaparlamentet och rådet är eniga. Om en sådan enighet inte kan uppnås ”...skulle kommissionen använda sig av sin förslagsrätt inte bara för att återställa de korrekta rättsliga grunderna för antagna rättsakter, utan också prioritera innehållsmässiga lösningar som överensstämmer med vad den anser ligga i gemenskapens intresse.”³¹

Domstolens dom och kommissionens meddelande om domen är intressant inte bara för att kommissionen här ger ett tydligt exempel på hur den ser möjligheten att använda sin initiativrätt utan även från ett konstitutionellt perspektiv då fallet rör det politikområde som kanske genomgick de största reformerna genom det konstitutionella fördraget. Innan kommissionens förslag inför regeringskonferensen som ledde till det konstitutionella fördraget behandlas ska dock en redogörelse göras för kommissionens bidrag till regeringskonferensen om de institutionella frågorna.

³⁰ Se Domstolens dom C-176/03 av den 13 september 2005, Europeiska kommissionen mot Europeiska unionens råd, REG 2005 s. I-07879, punkt 48.

³¹ Se Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om följderna av EG-domstolens dom av den 13 september 2005, KOM (2005) 583, se ovan not 29, punkt 17.

4 REFORM MED FÖRDRAGSÄNDRING

4.1 Regeringskonferensen om de institutionella frågorna

En månad efter Amsterdamfördragets ikraftträdande beslutade Europeiska rådet i Köln den 3–4 juni 1999 att ännu en regeringskonferens skulle sammankallas för att slutligt lösa de frågor som regeringarna inte hade lyckats enas om tidigare vilket framförallt gällde frågan om att anpassa unionen till den då förestående utvidgningen. På begäran av kommissionen tillsattes en expertgrupp, med Belgiens tidigare premiärminister Jean-Luc Dehaene, som ordförande med uppdraget att lägga fram förslag till fördragsändringar. Expertgruppen presenterade sin slutrapport, ”Utvidgningens institutionella följder”, den 18 oktober 1999.³² Europeiska rådet i Köln hade identifierat tre huvudsakliga områden som behövde belysas vid regeringskonferensen; storlek och sammansättning av kommissionen, vägning av röster i rådet och en utvidgad tillämpning av röstning med kvalificerad majoritet i rådet.³³ Expertgruppen ansåg dock att dessa frågor behövde belysas från ett bredare perspektiv och betonade att en utvidgad union måste vara flexibel. I rapporten konstaterades vidare att det fanns ett omedelbart behov av en ordentlig reform av institutionerna. Angående kommissionen föreslog gruppen att regeringskonferensen skulle stärka ordförandens roll samt klargöra det individuella ansvaret för alla kommissionärer vid sidan av frågorna om sammansättning och storlek av kommissionen. Vidare ansåg gruppen att röstning med kvalificerad majoritet i rådet och medbeslutande för Europaparlamentet skulle tillämpas generell i första pelaren. Gruppen ville inte göra några rekommendationer rörande röstvägningen i rådet. I rapporten konstaterades dock att fördragsändringar skulle kunna behöva göras för att göra rådet till en mer effektiv institution, såsom en omorganisation av ordförandeskapet och ett klargörande av den lagstiftande och verkställande rollen för rådet. För Europaparlamentets del nöjde sig gruppen med att rekommendera en utökad tillämpning av medbeslutandeförfarandet samt att det skulle klargöras hur platser i parlamentet skulle fördelas när den övre gränsen för antalet parlamentariker nåtts. I rapporten föreslogs även att fördragen skulle delas upp i två delar; en första del innehållande de konstitutionella bestämmelserna för unionen såsom grundläggande principer och medborgerliga rättigheter och en andra del med bestämmelser rörande politikområden. Den första delen skulle det krävas enhällighet i en regeringskonferens för att ändra medan den andra delen av fördragen föreslogs skulle kunna ändras genom ett enklare förfarande.³⁴

I övrigt sköttes förberedelsearbetet av det dåvarande finländska ordförandeskapet som presenterade en rapport för Europeiska rådet i Helsingfors

³² Se Weizsäcker, von, R., Dehaene, J-L. och Simon, D., ”Utvidgningens institutionella följder”, rapport till kommissionen den 18 oktober 1999.

³³ Se Europeiska rådet i Köln den 3–4 juni 1999; ordförandeskapets slutsatser, Bryssel (4/6/1999), Nr. 150/99.

³⁴ Se rapporten ”Utvidgningens institutionella följder”, se ovan not 33, sid. 6–9.

den 10 december 1999. Vid detta möte bekräftades beslutet från Köln att sammankalla en regeringskonferens.³⁵

Kommissionen bidrog med en rapport till ordförandeskapet inför förberedelsearbetet inför regeringskonferensen. I rapporten ”Institutionella reformer – en förutsättning för en lyckosam utvidgning” som presenterades den 10 november 1999 konstaterade kommissionen först och främst att den då förestående regeringskonferensen måste koncentrera sig på att reformera unionens institutioner inför utvidgningen. Utvidgningen skulle få följden dels att antalet medlemsstater skulle öka dramatiskt, dels att unionen skulle bli mer splittrad. Kommissionen föreslog i rapporten att öka antalet områden med kvalificerad majoritet i rådet i kombination med medbeslutande för frågor inom första pelaren samtidigt som vägningen av rösterna i rådet måste reformeras för att underlätta beslutsfattande och öka den demokratiska representativiteten. Vidare ansåg kommissionen att expertgruppens förslag om en uppdelning av fördragen i två delar var intressant och borde fortsätta att diskuteras. Kommissionen ansåg även att fortsatta reformer var nödvändiga för alla institutioner; både med hjälp av fördragsändringar men även de reformer som pågick inom institutionerna inom ramen för dåvarande fördrag. För att undvika risken att unionen skulle bli för splittrad efter utvidgningen borde vidare reglerna för närmare samarbete ses över. Det var även nödvändigt att unionen ”talar med en röst” i sina yttre förbindelser och unionens ställning som juridisk person borde därför även ses över, enligt kommissionen.³⁶

I kommissionens yttrande om sammankallandet av en regeringskonferens, som presenterades den 26 januari 2000, betonade kommissionen att regeringskonferensen var sista möjligheten att anpassa unionen och dess institutioner till utvidgningen.³⁷ Kommissionen uttalade sig för att sammankalla en regeringskonferens och kom med konkreta förslag för den institutionella reformen. Beträffande Europaparlamentet ansåg kommissionen att det maximala antalet parlamentariker på 700 stycken borde behållas och att

³⁵ Det ytterligare förberedelsearbetet sköttes av en arbetsgrupp med företrädare för medlemsstaterna och kommissionen. Se Allmän rapport om Europeiska unionens verksamhet 1999 (Byrån för officiella publikationer 2000), s. 974-976. Se även Europeiska rådet i Helsingfors den 10–11 december 1999: ordförandeskapets slutsatser, Bryssel (11/12/1999), Nr. 300/1/99. Se även http://europa.eu.int/comm/archives/-igc2000/geninfo/index_sv.htm

³⁶ Se Institutionella reformer – en förutsättning för en lyckosam utvidgning, Europeiska kommissionens bidrag till förberedelserna inför regeringskonferensen om institutionella frågor, meddelande från Romano Prodi och Michel Barnier den 10 november 1999. Se även det finländska ordförandeskapets rapport Effektiva institutioner efter utvidgningen – rapport från ordförandeskapet som presenterades för Europeiska rådet den 10 december 1999 i Helsingfors.

³⁷ Se Institutionella reformer – en förutsättning för utvidgningen, kommissionens yttrande enligt artikel 48 i Fördraget om Europeiska unionen om sammankallandet av en konferens med företrädare för medlemsstaternas regeringar i syfte att ändra fördragen, den 26 januari 2000, KOM (2000) 34.

parlamentet skulle föreslå en metod för att fördela platserna. Kommissionen föreslog även att regeringskonferensen skulle granska möjligheten att lägga fram EU-listor i hela unionen som en del parlamentariker kunde väljas ifrån. För rådets del nöjde sig kommissionen med att konstatera att rådet hade inlett en intern reform av sina arbetsmetoder, men att det inte kunde uteslutas att fördragsändringar skulle komma att behövas.³⁸

För sin egen del föreslog kommissionen att det informella förfarandet att ledamöterna i kommissionen åtar sig att avgå om ordföranden begär det skulle fördragsfästas. Beträffande storleken på kommissionen föreslogs att regeringskonferensen antingen skulle fastställa antalet ledamöter till 20 och införa ett system med jämlik rotation eller att kommissionen skulle bestå av en kommission per medlemsstat och att detta system i sin tur skulle kombineras med en genomgripande reform av kommissionens arbetssätt.³⁹

I den andra delen av yttrandet diskuterade kommissionen olika sätt att effektivisera beslutsfattandet i en utvidgad union. För det första föreslog kommissionen att antalet områden med enhällighet skulle minskas. Kommissionen ansåg att enbart då det fanns ”allvarliga och varaktiga skäl” är det motiverat att enhällighet tillämpas i rådet och kommissionen föreslog en definition av fem olika kategorier av områden inom vilka undantag från den föreslagna huvudregeln skulle kunna göras. Vidare ansåg kommissionen att inkonsekvenser i det dåvarande fördraget gällande tillämpningen av kvalificerad majoritetsröstning i rådet och medbeslutande för Europaparlamentet skulle justeras; detta gällde både för områden med enhällighet i kombination med medbeslutande och för områden med kvalificerad majoritet utan medbeslutande. Kommissionen ansåg att det krävdes en definition av lagstiftningsåtgärder och för dessa åtgärder skulle kvalificerad majoritetsröstning i rådet i kombination med medbeslutande för Europaparlamentet vara huvudregeln. Kommissionen ansåg även att samarbetsförfarandet skulle avskaffas samt att förfaranden med samråd och samtycke skulle utökas i vissa fall.⁴⁰

Kommissionen föreslog två alternativ för vägningen av röster i rådet. Enligt det första alternativet skulle för det första tröskeln för en kvalificerad majoritet stabiliseras i fördragen till en bestämd nivå, dessutom skulle hänsyn tas till den relativa vikten av röster från medlemsstaterna med störst befolkning.⁴¹ En kvalificerad majoritet borde, enligt förslaget, representera minst två tredjedelar av unionens befolkning. Slutligen borde det enligt

³⁸ Se Institutionella reformer – en förutsättning för utvidgningen, KOM (2000) 34, se ovan not 38, sid. 6–10.

³⁹ Se Institutionella reformer – en förutsättning för utvidgningen, KOM (2000) 34, se ovan not 38, sid. 11–15.

⁴⁰ Se Institutionella reformer – en förutsättning för utvidgningen, KOM (2000) 34, se ovan not 38, sid. 22–30.

⁴¹ Se Institutionella reformer – en förutsättning för utvidgningen, KOM (2000) 34, se ovan not 38.

kommissionens första alternativ framgå av fördraget att en kvalificerad majoritet även bör representera minst hälften av medlemsstaterna. Enligt kommissionens andra alternativ skulle systemet med vägda röster i rådet överges, vilket enligt kommissionen skulle leda till att unionens beslutsregler skulle bli tydligare och enklare för medborgarna att förstå. En kvalificerad majoritet skulle enligt detta alternativ motsvara en enkel majoritet av medlemsstaterna som representerade en majoritet av unionens totala befolkning.⁴²

I slutfasen av regeringskonferensen lämnade kommissionen in ytterligare ett meddelande, den här gången med fokus på förslag rörande kommissionens egen organisation. Kommissionen pekade på att organisationen av kommissionens arbete måste diskuteras oavsett vilken lösning som skulle komma att presenteras i regeringskonferensen. Kommissionen ansåg att det som ger den dess legitimitet och sammanhållning är dels nomineringsförfarandet, dels kollegialitetsprincipen. Den senare måste respekteras vid eventuella reformer – den förstnämnda skulle kunna förändras men detta skulle innebära stora förändringar av den institutionella ramen. Interna reformer av kommissionen kräver dels fördragsändringar och dels ändringar av kommissionens arbetsordning. Vidare ansåg kommissionen att fördragsändringarna borde begränsas i så stor utsträckning som möjligt. Framförallt krävdes en stärkt roll för kommissionens ordförande och detta borde dock framgå av fördragen. Vidare borde fördraget ändras så att det där framgår att ordföranden får utse vice ordföranden i kommissionen. Kommissionen föreslog även att ordföranden skulle ges utslagsröst vid omröstningar samt att det skulle skrivas in i fördraget att en ledamot av kommissionen måste avgå om ordföranden begär det. Slutligen ansåg kommissionen att den delegering som redan sker i kommissionen av vissa bestämda frågor och uppgifter till enskilda ledamöter skulle framgå av fördragen. Vid sidan av de föreslagna fördragsändringarna nämnde kommissionen även vissa oberoende ändringar av sitt arbetssätt i meddelandet, bland annat att kommissionens arbetsplanering skulle förbättras.⁴³

Regeringskonferensen inleddes den 14 februari 2000. Resultatet av regeringskonferensen om de institutionella frågorna blev, som nämnts, det så kallade Nicefördraget som undertecknades av stats- och regeringscheferna den 26 februari 2001 och trädde ikraft den 1 februari 2003.⁴⁴

Till Nicefördraget bifogades en förklaring om unionens framtid i vilken regeringskonferensen konstaterade att det var dags att inleda ”en bredare och

⁴² Se Institutionella reformer – en förutsättning för utvidgningen, KOM (2000) 34, se ovan not 38, sid. 31–34.

⁴³ Se Meddelande från kommissionen till regeringskonferensen om reformen av institutionerna Bryssel den 22 november 2000, KOM (2000) 771.

⁴⁴ Se Nicefördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem (EUT 2001 C 80/1).

djupare diskussion om Europeiska unionens framtida utveckling...”.⁴⁵ Slut-satserna från denna diskussion skulle sedan läggas till grund för en ny re-geringskonferens. Enligt Niceförklaringen skulle framtidsdebatten bland annat adressera följande frågor:

- Frågan om hur man skall upprätta och därefter upprätthålla en mer exakt av-gränsning av Europeiska unionens och medlemsstaternas befogenheter som överensstämmer med subsidiaritetsprincipen.
- Vilken ställning den i Nice proklamerade Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna skall ha.
- En förenkling av fördragen för att göra dem tydligare och lättare att förstå, utan att deras innebörd ändras.
- De nationella parlamentens roll i den europeiska strukturen.⁴⁶

Den 7 mars 2001 inleddes officiellt debatten om unionens framtid av Eu-ropeiska rådets dåvarande ordförande, Göran Persson. Tillsammans med Belgiens premiärminister, Guy Verhofstadt, Europaparlamentets talman, Nicole Fontaine, och kommissionens ordförande, Romano Prodi, gjordes ett gemensamt uttalande där de bland annat meddelade att det samma dag skulle öppnas en webbplats, Futurum på vilken medborgarna skulle få möjlighet att följa och framförallt delta i framtidsdebatten genom egna bi-drag.⁴⁷ Framtidsdebatten skulle enligt uttalandet ”... inriktas på de grund-läggande utmaningar som Europeiska unionen står inför under de kom-mande decennierna och stimulera till förslag om hur dessa utmaningar skall bemötas rationellt när det gäller policybestämmelser, institutioner och uppläggning av arbetet.”⁴⁸ Europeiska rådet i Laeken fick i uppgift att anta ”lämpliga initiativ” för den fortsatta framtidsdebatten och vid mötet den 14–15 december 2001 beslutade stats- och regeringscheferna att sam-mankalla ett konvent för att ”säkerställa en så bred och öppen förberedelse som möjligt av nästa regeringskonferens...”.⁴⁹ Vidare skulle ytterligare en webbplats, Forum, öppnas för organisationer som representerade det civila samhället för att därigenom bredda den redan inledda framtidsdebatten. Tanken var att det civila samhället skulle informeras om konventets arbete samt bidra till debatten.⁵⁰ I den så kallade Laekenförklaringen om Euro-peiska unionens framtid som antogs av stats- och regeringscheferna vid Europeiska rådet i Laeken fastställdes att konventet fick i uppgift att ”...

⁴⁵ Se Förklaring nr 23 om unionens framtid, bifogad Nicefördragets slutakt, den så kallade Niceförklaringen.

⁴⁶ Se Niceförklaringen, se ovan not 46.

⁴⁷ Se http://europa.eu.int/constitution/futurum/index_sv.htm.

⁴⁸ Se gemensam förklaring av Göran Persson, Guy Verhofstadt, Nicole Fontaine och Romano Prodi från den 7 mars 2001, tillgänglig på www.europa.eu.int/futurum/documents/speech/sp070301_3_sv.htm.

⁴⁹ Se Europeiska rådet i Laeken: Ordförandeskapets slutsatser, den 14– 5 december 2001, bilaga I Laekenförklaringen om Europeiska unionens framtid.

⁵⁰ Se <http://europa.eu.int/constitution/futurum/forum/Public/unavailable.htm>.

dryfta väsentliga problem som unionens framtida utveckling för med sig och att undersöka de olika tänkbara lösningarna”. Konventet skulle ”... upprätta ett slutdokument som kan innehålla antingen olika alternativ, med angivande av det stöd som alternativen har fått, eller rekommendationer om enighet föreligger. Tillsammans med resultatet från de nationella debatterna om unionens framtid kommer slutdokumentet att tjäna som utgångspunkt för diskussionerna i regeringskonferensen, som fattar de slutgiltiga besluten”. Inledningsvis fick konventet ett år till sitt förfogande, men tiden förlängdes och slutligen pågick konventet i drygt sexton månader, från den 28 februari 2002 till den 10 juli 2003.⁵¹

4.2 Konventet och det konstitutionella fördraget

Konventet bestod av företrädare för medlemsstaternas och de dåvarande kandidatländernas nationella parlament och stats- och regeringschefer samt företrädare för institutionerna. Kommissionen representerades av Michel Barnier och Antonio Vitorino med suppleanterna David O’Sullivan och Paolo Ponzano.⁵²

Kommissionen lämnade sitt första bidrag, ”Ett projekt för Europeiska unionen”, till konventet den 22 maj 2002. I detta dokument beskrev kommissionen tre grundläggande uppgifter som unionen borde koncentrera sig på: att befästa sin ekonomiska och sociala utvecklingsmodell, att utveckla området för frihet, säkerhet och rättvisa samt att ta sitt ansvar som världsmakt. Kommissionen föreslog bland annat att detta skulle genomföras genom att förnya den gemensamma politiken i unionen genom decentralisering samt införa beslut med kvalificerad majoritet generellt, en starkare samordning av den ekonomiska politiken, en konkretisering av medborgarskapets juridiska innehåll, effektiva och snabba beslutsförfaranden för tredje pelar-frågor, en sammanslagning av funktionerna som innehas av den höga representanten och kommissionsledamoten med ansvar för yttre förbindelser⁵³ samt införandet av röstning med kvalificerad majoritet i rådet generellt.

Vidare uppmanade kommissionen konventet bland annat att föreslå en sammanslagning av fördragen och att göra unionen till en juridisk person. Kommissionen ansåg att fördraget borde delas in i två delar varav den ena

⁵¹ Se Laekenförklaringen, se ovan not 50, se även konventets hemsida, <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=SV&Content=>.

⁵² Se konventets hemsida <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=SV&Content=>.

⁵³ Se kommissionens meddelande ”Ett projekt för Europeiska unionen”, Bryssel den 22 maj 2002, KOM (2002) 247.

skulle innehålla konstitutionella bestämmelser.⁵⁴ Vidare ansåg kommissionen att man borde precisera principerna för kompetensfördelningen och kompetensutövningen i fördraget samt överlåta genomförandet av lagstiftningen till kommissionen. Slutligen föreslog kommissionen att kontrollen av hur subsidiariets- och proportionalitetsprinciperna tillämpas skulle stärkas. Kommissionen hänvisade till sin vitbok om nya styrelseformer vid flera tillfällen, bland annat gällande artikel 202 i EG-fördraget. Vidare betonade kommissionen återigen värdet av gemenskapsmetoden.⁵⁵

Den 11 december 2002 presenterade kommissionen sitt andra bidrag till konventet. Detta bidrag benämndes, ”För Europeiska unionen – fred, frihet och solidaritet”, och behandlade de ändringar av den institutionella ramen som kommissionen ansåg nödvändiga. Inledningsvis hänvisade kommissionen till sitt tidigare bidrag till konventet och de tre uppgifter för unionen som nämndes där. Vidare betonade kommissionen återigen värdet av gemenskapsmetoden och då särskilt för nya politikområden, som utrikes- och säkerhetspolitik samt rättsliga och inrikes frågor. Alla institutioner måste koncentrera sig på sina grundläggande uppgifter enligt kommissionen. Kommissionen presenterade därefter sina förslag till konventet under tre rubriker: förenkling, reform av institutionerna samt omstrukturering av fördragen.⁵⁶

Gällande förenkling ansåg kommissionen att unionen borde ha en flerårig rullande planering av sin verksamhet som skulle samordnas mellan institutionerna. Vidare ansåg kommissionen att allmänna principer för samråd med berörda parter borde fördragfästas. I enlighet med kommissionens betoning av värdet av gemenskapsmetoden föreslog kommissionen gällande förenkling av lagstiftningsprocessen att kommissionens exklusiva initiativrätt borde gälla hela lagstiftningsområdet, att EU-lagstiftning borde antas av rådet och Europaparlamentet med medbeslutande och att rådet borde

⁵⁴ Den 4 december 2002 presenterades ett förslag till konstitutionellt fördrag av kommissionens ordförande, Romano Prodi, i samförstånd med kommissionens representanter till konventet, Michel Barnier och Antonio Vitorino. Detta så kallade Penelopeprojekt antogs inte av kommissionen som helhet utan benämndes istället för ett arbetsdokument och inte ett officiellt bidrag från kommissionen. Penelopeprojektet var en fortsättning på arbetet som hade genomförts av European University Institute (EUI) på uppdrag av kommissionen. EUI-studien gällde frågan att förenkla fördragen genom att dela upp dem i två delar utan att ändra på gällande rätt. Trots att Penelope inte var ett officiellt kommissionsdokument utgjorde det kommissionens linje angående konventets arbete och den konstitutionella fördraget. Se studie av Europeiska universitetsinstitutet över en omdisponering av fördragen ”Ett grundfördrag för Europeiska unionen” som överlämnades till Romano Prodi den 15 maj 2000 och Bidrag till ett preliminärt utkast till ”Konstitution för Europeiska unionen”, arbetsdokument från Europeiska kommissionen den 4 december 2002. Se även meddelande från kommissionen ”Ett grundfördrag för Europeiska unionen” Bryssel den 12 juli 2000, KOM (2000) 434.

⁵⁵ Se ”Ett projekt för Europeiska unionen”, KOM (2002) 247, se ovan not 54.

⁵⁶ Se Meddelande från kommissionen om den institutionella strukturen ”För Europeiska unionen Fred, frihet och solidaritet”, Bryssel den 4 december 2002, KOM (2002) 728.

fatta beslut genom kvalificerad majoritet med vissa undantag. Kommissionen ansåg även att det var nödvändigt att införa en klassificering av rättsakterna och föreslog tre olika typer: grundlagar, lagar och tillämpningsföreskrifter. Verkställandet av EU-lagstiftningen måste ligga hos kommissionen som ansvarar inför de båda lagstiftande institutionerna och det undantag som tillåter rådet att utöva den verkställande funktionen borde, enligt kommissionen, helt enkelt tas bort. För de icke-lagstiftande befogenheterna som unionen har borde även utövningen av dessa tillämpas i enlighet med principerna för gemenskapsmetoden och kommissionen betonade igen att dess initiativrätt borde göras till allmän regel. Vidare ansåg kommissionen att den öppna samordningsmetoden borde nämnas i det konstitutionella fördraget och att gemenskapsmetoden ska respekteras vid tillämpningen.⁵⁷

När det gällde verkställandet av lagstiftningen föreslog kommissionen att endast rådgivande kommittéer fortsättningsvis skulle rådgöra med kommissionen inför antagandet av beslut och att kommissionen skulle ansvara för beslutet även om rådet och Europaparlamentet skulle kunna göra invändningar. Kommissionen ansåg även att det skulle kunna vara lämpligt att ta hjälp av unionens fristående myndigheter vid verkställandet av lagstiftningen. Detta förfarande som kommissionen skisserade skulle inte gälla vid delegering av lagstiftning.⁵⁸

Gällande reformen av institutionerna föreslog kommissionen att medbeslutandeförfarandet skulle göras till allmän regel, att rådet skulle besluta med kvalificerad majoritet utom i särskilda fall då en förstärkt majoritet skulle kunna tillämpas, att definitionen av en kvalificerad majoritet borde ses över liksom reformer av rådet som institution. För sin egen del föreslog kommissionen att kommissionens dubbla legitimitet skulle stärkas genom att låta Europaparlamentet välja kommissionens ordförande, att rådet utnämner övriga ledamöter av kommissionen på förslag av dess ordförande och att kommissionen sedan godkänns av Europaparlamentet.⁵⁹

Slutligen, under rubriken om omstrukturering av fördragen, gav sig kommissionen in i frågan om hur det nya fördraget som konventet arbetade med vid den tidpunkten skulle träda ikraft. Kommissionen såg två alternativ; antingen skulle konventet föreslå upprättandet av ett fördrag som ändrade de nuvarande fördragen eller skulle konventet föreslå att ett nytt konstitutionellt fördrag skulle ersätta de nuvarande fördragen. Kommissionen påminde om att artikel 48 i EU-fördraget kräver ett enhälligt beslut av medlemsstaterna samt ratificering av varje medlemsstat för att ett nytt fördrag kan träda ikraft. Kommissionen påpekade att oavsett vilket alternativ konventet valde skulle det finnas vissa medlemsstater som skulle omkull-

⁵⁷ Se "För Europeiska unionen Fred, frihet och solidaritet", KOM (2002) 728, se ovan not 57.

⁵⁸ Se "För Europeiska unionen Fred, frihet och solidaritet", KOM (2002) 728, se ovan not 57.

⁵⁹ Se "För Europeiska unionen Fred, frihet och solidaritet", KOM (2002) 728, se ovan not 57.

kasta ratificeringsprocessen och uppmanade därför konventet att studera denna fråga och "möjligheten att det framtida konstitutionella fördraget kan träda i kraft innan det har ratificerats av alla medlemsstater?".⁶⁰ Den 18 juli 2003 presenterade konventets ordförande Valéry Giscard d'Estaing det slutliga förslaget till konstitutionellt fördrag för det dåvarande italienska ordförandeskapet.

I sitt yttrande om sammankallandet av regeringskonferensen enligt artikel 48 i EU-fördraget var kommissionen i stort sett positiv till resultatet av konventets arbete. Särskilt ansåg kommissionen att det var positivt att EU gavs status som juridisk person, att pelarstrukturen övergavs och att städgan om de grundläggande rättigheterna gjordes juridiskt bindande. Vidare framhölls att många förslag skulle innebära förbättringar av unionens funktionssätt, som till exempel den utökade tillämpningen av medbeslutandeförfarandet, en ny definition av kvalificerad majoritet, en befästning av kommissionens initiativrätt och förenklingen av unionens instrument. Kommissionen ansåg även att förslaget från konventet skulle öka unionens möjligheter att agera, särskilt genom att gemenskapsmetoden skulle tillämpas inom området för frihet, säkerhet och rättvisa samt inrättandet av befattningen utrikesminister för unionen. Kommissionen ansåg därför att konventets förslag borde ligga till grund för regeringskonferensens arbete och att konferensen enbart skulle "förbättra, förtydliga och slutföra utformningen av utkastet till konstitution.". Gällande förbättringar av konventets förslag ansåg kommissionen till exempel att regeringskonferensen skulle se över förslaget om kommissionens sammansättning samt ytterligare inskränka tillämpningen av enhällighet i rådet. Förslaget låg till grund för regeringskonferensen som inleddes den 4 oktober 2003 och avslutades genom undertecknandet av det konstitutionella fördraget i Rom den 29 oktober 2004.⁶¹

Som nämndes inledningsvis utlyste stats- och regeringscheferna i Europeiska rådet en period av eftertanke efter att det stod klart att Frankrike och Nederländerna inte skulle kunna ratificera det konstitutionella fördraget efter att det blivit nej i folkomröstningarna i de båda länderna under våren 2005. I sitt uttalande vilket citerades inledningsvis poängterade stats- och regeringscheferna att kommissionen har ett särskilt ansvar för debatten under denna period av eftertanke.

⁶⁰ Se "För Europeiska unionen Fred, frihet och solidaritet", KOM (2002) 728, se ovan not 57.

⁶¹ Se Meddelande från kommissionen "En konstitution för unionen" Kommissionens yttrande enligt artikel 48 i Fördraget om Europeiska unionen om sammankallande av en konferens med företrädare för medlemsstaternas regeringar i syfte att ändra fördragen, Bryssel den 17 september 2003, KOM (2003) 548.

5 PERIOD AV EFTERTANKE

5.1 Plan D för demokrati, dialog och debatt

Kommissionen presenterade Plan D för demokrati, dialog och debatt den 13 oktober 2005. Inledningsvis poängterades att Plan D inte var ett sätt att rädda det konstitutionella fördraget utan att den skulle ses som ett bidrag till perioden av eftertanke och därigenom stimulera till debatt mellan EU:s institutioner och medborgarna. Tillsammans med dokument om unionens och kommissionens kommunikationsstrategi, se vidare nedan, syftade Plan D till att stärka "... europeisk demokrati och bidra till uppkomsten av ett offentligt europeiskt rum där medborgarna får den information och de verktyg de behöver för att aktivt kunna delta i beslutsprocessen och tillägna sig äganderätten till EU-projektet."⁶²

Kommissionen ville genom Plan D fungera som ett stöd för de nationella debatter som skulle anordnas under perioden av eftertanke. Syftet med Plan D var att ge gemensamma ramar för de nationella debatterna om EU:s framtid. Vidare skulle debatten fungera som en tvåvägskommunikation – EU skulle informera medborgarna men även lyssna på medborgarna. Förslag på ämnen som skulle kunna debatteras under perioden för eftertanke var: EU:s ekonomiska och sociala utveckling; medborgarnas inställning till EU och dess uppgifter samt EU:s gränser och dess internationella roll. Samtidigt poängterades att diskussionen självklart inte skulle begränsas till dessa områden utan att de "hetaste" frågorna skulle diskuteras. Resultaten av de nationella debatterna skulle sammanställas nationellt och av kommissionen och fungera som underlag och stöd åt ordförandeskapet angående frågan om det konstitutionella fördragets framtid som skulle diskuteras vid Europeiska rådets möte den 15 och 16 juni 2006.⁶³

På EU-nivån skulle kommissionen enligt Plan D samarbeta med alla övriga EU-institutioner och organ för att stimulera allmänheten till att engagera sig politiskt i debatten om unionens framtid. Kommissionen skulle enligt Plan D ta tre initiativ under perioden för eftertanke: stimulera en bredare offentlig debatt, främja medborgarnas deltagande i den demokratiska processen och finna metoder för att skapa en dialog om EU-politiken. Att stimulera en bredare offentlig debatt skulle genomföras genom att kommissionens ledamöter skulle besöka medlemsstaterna och vara synliga för medborgarna. Vidare skulle kommissionens representationskontor i medlemsstaterna skulle också göras mer synliga för medborgarna och arrangemang såsom frågestunder skulle anordnas, gärna i samarbete med Europaparlamentets representationskontor. Kontakterna mellan kommissionen och

⁶² Se Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén "Kommissionens bidrag under och efter perioden av eftertanke: Plan D som i demokrati, dialog och debatt" Bryssel den 13 oktober 2005, KOM (2005) 494.

⁶³ Se Plan D, KOM (2005) 494, se ovan not 63.

de nationella parlamenten skulle stärkas. Europe Direct-kontoren skulle användas för att genomföra kommissionens kommunikationsstrategi och stärka den regionala kontakten med medborgarna. Vidare ville kommissionen ordna ”europeiska mötesplatser för demokrati” och införa europeiska goodwillambassadörer enligt FN:s modell.⁶⁴

I syfte att främja medborgarnas deltagande i den demokratiska processen ville kommissionen mer effektivt använda sig av de olika typer av samråd med medborgarna som skulle anordnas i enlighet med kommunikationsstrategin. Vidare ville kommissionen ge stöd till europeiska medborgarprojekt, vilket syftade till att öka medborgarnas känsla av tillhörighet i enlighet med programmet ”medborgare för Europa”. Slutligen framhöll kommissionen vikten av öppenhet och insyn i institutionerna och hänvisade till sitt eget ”europeiska initiativ för att främja öppenheten”.⁶⁵ Kommissionen ville skapa en dialog med medborgarna dels genom en särskild eurobarometer om EU:s framtid, dels genom att använda Internet för att föra ut sin politik samt genom att arbeta med fokusgrupper.⁶⁶

Den 27 mars 2006 öppnande kommissionen webbplatsen DebateEurope. Syftet med webbplatsen är att skapa ett diskussionsforum där unionens medborgare ska kunna diskutera EU:s framtid. Webbplatsen innehåller ett diskussionsforum med tre teman; EU:s ekonomiska och sociala utveckling, inställningen till EU och EU:s uppgifter samt EU:s gränser och dess roll i omvärlden.⁶⁷

Som en del av Plan D och på uppdrag av DG kommunikation vid kommissionen genomfördes en särskild Eurobarometer om EU:s framtid som presenterades den 5 maj 2006.⁶⁸ Mot bakgrund av resultaten från den samt de diskussioner som hållits inom ramen för Plan D i medlemsstaterna presenterade kommissionen den 10 maj 2006 två olika meddelanden. I det första beskriver kommissionen vilka åtgärder som gjorts inom ramen för Plan D under de första sex månaderna samt utvärderar resultatet av de nationella och europeiska debatterna samt Eurobarometer-resultatet.⁶⁹

Det andra meddelandet riktades till Europeiska rådet och benämndes ”En agenda för EU-medborgaren – EU skall visa resultat”. Enligt meddelandet behövs det en sammanhållen politisk agenda. De politiska projekten måste åtföljas av en stegvis lösning av problemen runt det konstitutionella fördra-

⁶⁴ Se Plan D, KOM (2005) 494, se ovan not 63.

⁶⁵ För mer information om kommissionens program ”Medborgare för Europa” och initiativet för öppenhet (den engelska förkortningen är ETI – European Transparency Initiative) se <http://ec.europa.eu/comm/eti/index.htm>.

⁶⁶ Se Plan D, KOM (2005) 494, se ovan not 63.

⁶⁷ Se http://europa.eu/debateeurope/index_en.htm.

⁶⁸ Se Special Eurobarometer: The Future of Europe, presenterad i maj 2006.

⁶⁹ Se Meddelande från kommissionen till Europeiska rådet ”Perioden av eftertanke och plan D”, Bryssel den 10 maj 2006, KOM (2006) 212.

get. Men detta kräver en politisk vilja och kommissionen föreslår därför att medlemsstaterna, Europaparlamentet och kommissionen antas en gemensam politisk förklaring där Europas värderingar och ambitioner beskrivs men även åtagandet att leverera; en ”*obligation d’engagement*”. Kommissionen ska år 2007 presentera en rapport om den inre marknaden och där identifiera kvarstående hinder samt initiera en fullständig översyn av den inre marknaden. Parallellt med detta ska kommissionen även utforma en agenda för tillgänglighet och solidaritet. Kommissionen åtar sig att fortsätta debatten om mervärdet med utvidgning. Slutligen ska kommissionen även presentera ett idédokument om yttre förbindelser och där framförallt fokusera på frågan om hur man kan förbättra samordningen och samstämmigheten mellan kommissionen, de övriga institutionerna och medlemsstaterna på detta område. Kommissionen skriver att fem år senare är målen i Laekenförklaringen mer aktuella än någonsin.⁷⁰

EU bör nu fokusera på en ny politisk agenda för medborgarna, med utgångspunkt i en fortlöpande dialog som bland annat kan äga rum inom ramen för Plan D. EU bör använda de möjligheter som står tillbuds i befintliga fördrag mer effektivt, på det sätt som beskrivs i detta meddelande, utan att för den skull föregripa konstitutionsfördraget. Parallellt med detta bör Europeiska rådet i juni fatta beslut om att anta en strategi i flera steg. Strategin skall ha en utformning som skapar förutsättningar för att framöver nå en lösning på de institutionella frågorna. Som ett första steg mot en lösning av de institutionella frågorna bör EU:s ledare anta ett politiskt uttalande som inte endast klargör EU:s värden och målsättningar, utan även omfattar ett gemensamt åtagande från EU:s ledare om att förverkliga dessa mål. Detta kunde lämpligen äga rum nästa år, femtio år efter undertecknandet av Romfördraget.⁷¹

Vid Europeiska rådet den 15 och 16 juni 2006 välkomnades kommissionens bidrag ”En agenda för EU-medborgaren – EU skall visa resultat” av unionens stats- och regeringschefer. I slutsatserna från Europeiska rådet konstaterades att ”[u]nionens åtagande att bli mer demokratisk, öppnare och effektivare sträcker sig längre än perioden av eftertanke. Europeiska rådet bekräftar sitt engagemang för en union som ger de konkreta resultat som medborgarna förväntar sig för att stärka förtroendet och tilliten...”. De konkreta åtgärderna räknas därefter upp under fyra rubriker; främja frihet, säkerhet och rättvisa, främja det europeiska levnadssättet i en globaliserad värld, förbättra effektiviteten, samstämmigheten och synligheten i unionens yttre politik samt förbättra unionens funktionssätt. Slutsatserna från Europeiska rådet var således mycket i linje med kommissionens senaste förslag och bidrag till debatten. Angående det konstitutionella fördragets framtid konstaterades att det efter ett år av eftertanke behövdes konkreta resultat. En rapport ska presenteras under första halvåret av år 2007

⁷⁰ Se Meddelande från Kommissionen till Europeiska rådet, ”En agenda för EU-medborgaren – EU skall visa resultat”, Bryssel den 10 maj 2006, KOM (2006) 211.

⁷¹ Se ”En agenda för EU-medborgaren – EU skall visa resultat”, KOM (2006) 211, se ovan not 71.

där möjliga framtida lösningar undersöks. Rapporten ska sedan ligga till grund för en behandling av frågan av Europeiska rådet om hur processen ska fortsätta. Det förutsätts i slutsatserna att ”de nödvändiga åtgärderna” för detta ska ha vidtagits senast det andra halvåret 2008. Slutligen ”efterlyser” Europeiska rådet att den 25 mars 2007 anta en politisk förklaring i Berlin för att högtidlighålla Romfördragets 50 år.⁷²

Mycket av Plan D handlar om att kommunicera EU till och med medborgarna. Kommunikationspolitiken utgör kommissionens verktyg för att realisera inte bara Plan D utan stora delar av kommissionens vision om hur unionen bör styras. I juni 2001, i samband med att vitboken om nya styrelseformer presenterades, antogs ett meddelande om en ny ram för kommunikationspolitiken, vilket nämndes ovan.

5.2 Kommissionens kommunikationspolitik

Syftet med meddelandet som presenterades i juni 2001 var att skapa nya interinstitutionella förbindelser för en gemensam informationspolitik mellan institutionerna. Bland annat skulle en genomgripande översyn av informationspolitiken, enligt kommissionens meddelande, leda till att man utvecklade ”en verklig dialog med allmänheten” och till exempel ”skapa [de] en union som står nära människorna, en union som de känner igen och som betyder något för dem.”. Kommissionen ansåg att det krävdes en debatt om informationspolitiken som skulle vara öppen men strukturerad, förslaget i meddelandet skulle enbart utgöra ramarna för politiken och innehållet skulle fyllas på av institutionerna, medlemsstater och nationella parlament. Enligt kommissionen var ”det viktigaste med informations- och kommunikationspolitiken [är] skyldigheten att få unionen att komma närmare medborgarna.”⁷³ Kommunikationen är enligt kommissionen ett ”strategiskt styrelseverktyg” för unionen.⁷⁴

Nästan exakt ett år senare presenterade kommissionen ett meddelande om en informations- och kommunikationsstrategi för Europeiska unionen som en uppföljning till det tidigare meddelande. Kommissionen konstaterade redan i vitboken om nya styrelseformer att ”en verklig informations- och kommunikationsstrategi var den viktigaste strategin för framväxten av bättre styrelseformer i Europeiska unionen.”⁷⁵ Den föreslagna strategin skulle bygga på två principer: att se till att ”EU har kapacitet att utarbeta och sprida budskap som är anpassade till och inriktade på EU:s prioriterade ämnen” samt att ”upprätta ett frivilligt och fungerande partnerskap med

⁷² Se Europeiska rådet i Bryssel den 15 och 16 juni 2006: Ordförandeskapets slutsatser.

⁷³ Se ”En ny ram för samarbetet inom informations- och kommunikationspolitiken i Europeiska unionen”, KOM (2001) 354, se ovan not 17.

⁷⁴ Se ”En ny ram för samarbetet inom informations- och kommunikationspolitiken i Europeiska unionen”, KOM (2001) 354, se ovan not 17.

⁷⁵ Se kommissionens vitbok om nya styrelseformer, KOM (2001) 428, se ovan not 15.

medlemsstaterna för att frigöra reella synergieffekter mellan deras strukturer och resurser och unionens verksamhet". Målet med informationsstrategin var att "påverka[r] uppfattningen om Europeiska unionen och dess institutioner och deras legitimitet i positiv riktning genom att fördjupa kunskaperna och förståelsen för EU:s uppdrag, organisation och landvinningar och genom att få till stånd en dialog med allmänheten.". I meddelandet förklarade sedan kommissionen hur informationen skulle utformas genom att bygga upp så kallade budskapbankar för unionens centrala politikområden. För att budskapen skulle bli samstämmiga skulle dessa byggas upp kring en gemensam stomme, en röd tråd, som skulle godtas av alla institutioner och framhäva det unika med den europeiska integrationsprocessen. Den röda tråden skulle vidare förmedlas genom vissa grundläggande värderingar som alltid skulle vara närvarande i kommunikationspolitiken. De grundläggande värderingarna kunde till exempel vara "närmande och rörlighet: möjlighet(er)" enligt meddelandet. Den röda tråden och de grundläggande värderingarna skulle testas för att godkännas av institutionerna som gemensamma referensramar. De ämnen som kommissionen föreslog var utvidgningen, Europeiska unionens framtid, ett område med frihet, säkerhet och rättvisa samt Europeiska unionens roll i världen. Vidare räknade kommissionen upp vissa "konkreta krav" som unionsmedborgarna har såsom att bevara freden och minska arbetslösheten. "Dessa krav bör inte uppfattas som motsatta till de föreslagna ämnena. Tvärtom: syftet med att kommunicera är ju att förklara sambandet mellan en viss politisk prioritering och varje enskild individs verklighet och livskvalitet."⁷⁶

Den nya kommissionen under ordförande Barroso gjorde kommunikation till ett av sina mål. En handlingsplan för kommunikation presenterades av Barroso-kommissionen den 20 juli 2005 och följdes sedan upp av en vitbok om EU:s kommunikationspolitik som presenterades den 1 februari 2006.⁷⁷ Förslagen i vitboken är enligt kommissionen "...en helt ny strategi – ett avgörande steg från envägskommunikation till fördjupad dialog, från en kommunikation inriktad på institutionerna till en kommunikation inriktad på medborgarna, från en Brysselbaserad till en mer decentraliserad metod."⁷⁸

⁷⁶ Se Kommissionens meddelande till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén om En informations- och kommunikationsstrategi för Europeiska unionen, Bryssel den 2 juli 2002, KOM (2002) 350. Se även Kommissionens meddelande till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén om En informations- och kommunikationsstrategi för Europeiska unionen, Bryssel den 20 april 2004, KOM (2004) 196.

⁷⁷ Se Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén "Att tillvarata hela EU:s potential - Kommissionens lagstiftnings- och arbetsprogram 2006", Bryssel den 25 oktober 2005, KOM (2005) 531.

⁷⁸ Se Kommissionens Vitbok om EU:s kommunikationspolitik, Bryssel den 1 februari 2006, KOM (2006) 35.

Lösningen på problemet med att medborgarna känner sig långt ifrån beslut som fattas på EU-nivå och att de inte är delaktiga i den demokratiska processen i unionen är att det saknas ett europeiskt offentligt rum. Enligt vitboken ska detta åtgärdas genom vissa föreslagna åtgärder som presenteras under fem huvudområden; att skapa gemensamma principer såsom delaktighet och mångfald, att ge medborgarna redskap för ökat inflytande såsom att föra medborgarna närmare de offentliga institutionerna, att arbeta med medierna och ny teknik, att bättre känna av opinionsströmningar genom till exempel att inrätta nätverk av nationella experter samt slutligen att ”göra jobbet tillsammans”, vilket alltså innebär olika typer av samarbeten mellan nationella och politiska organ på olika nivåer.⁷⁹

⁷⁹ Se Vitbok om EU:s kommunikationspolitik, KOM (2006) 35, se ovan not 79 och Kommissionens handlingsplan för kommunikation, Bryssel den 20 juli 2005, SEK (2005) 985. Se även http://ec.europa.eu/communication_white_paper/index_sv.htm.

6 SLUTSATSER

Det kan konstateras att kommissionen arbetar för ett effektivare och mer demokratiskt EU på flera fronter.

Prodi-kommissionen inledde en intern reformprocess av kommissionen vid sitt tillträde. Reformprocessens syfte var framförallt att återupprätta förtroendet för kommissionen och att minska riskerna för korruption och nepotism genom att införa bättre rutiner och standarder för personalfrågor och ekonomiska frågor i kommissionen. Reformen innebar förändrade rutiner internt för kommissionen men berörde även övriga institutioner, exempelvis genom att nya tjänsteföreskrifter antogs av rådet.

Ett av Prodi-kommissionens strategiska mål för mandatperioden var att främja nya styrelseformer för unionen och år 2001 antogs en vitbok om nya styrelseformer. Vitboken följdes upp under mandatperioden och ledde bland annat till ett mer strukturerat samarbete med det civila samhället. Den genomgående tanken i vitboken var att förbättra unionens lagstiftning och lagstiftningsförmåga genom att alla institutioner och framförallt kommissionen själv skulle fokusera på sina huvuduppgifter. Kommissionen ville ”återuppliva” gemenskapsmetoden.

Parallellt med den interna reformen av kommissionen och med att kommissionen genomförde sin vitboksagenda genomfördes två regeringskonferenser i unionen. Den första inleddes i februari år 2000 och ledde till Nice-fördraget. Den andra regeringskonferensen pågick 2003–2004 och ledde till det konstitutionella fördraget som hittills inte har trätt i kraft. Mycket av det som kommissionen betonar i vitboken och de därpå efterföljande dokumenten återkommer i kommissionens bidrag till regeringskonferenserna. Kommissionen anser att alla institutioner måste prioritera och fokusera på sina huvuduppgifter, att det ska ske en omfattande delegering av lagstiftningsmakt till kommissionen i kombination med ett decentraliserat system där medlemsstaterna, nationella parlament, dess myndigheter och organisationer, lokala och regionala aktörer får en större roll. Vidare vill kommissionen se en process som leder till mer transparens vid institutionerna, att lagstiftningsprocessen ska bli tydligare för medborgarna samt att medborgarna ska känna sig delaktiga i processen. Syftet med detta är enligt kommissionen att föra EU närmare sina medborgare, att få medborgarna att känna ett förtroende för unionen och dess institutioner samt att involvera medborgarna i beslutsprocessen.

Kommissionen har också framhållit betydelsen av att effektivisera EU, både när det gäller EU:s förmåga att agera gentemot tredje länder och andra internationella organisationer och när det gäller de interna beslutsprocedurerna. Kommissionen önskar sålunda att EU ges status som juridisk person och att en utrikesministerpost inrättas samt att pelarstrukturen överges, att tillämpning av medbeslutandeförfarandet utökas och att en ny definition av kvalificerad majoritet införs.

Under perioden av eftertanke, som inleddes av unionens stats- och regeringschefer vid Europeiska rådets möte i juni 2005, presenterade kommissionen sin så kallade Plan D för demokrati, dialog och debatt. Plan D ska enligt kommissionen ses som ett komplement till andra initiativ som kommissionen tar och ska fortsätta att leva även efter perioden för eftertanke. Betoningen i Plan D ligger på hur unionen, dess institutioner och dess medlemsstater, ska få unionens medborgare att känna sig delaktiga. I vitboken fokuserar kommissionen på beslutsprocessen, lagstiftningsprocessen eller den juridiska processen. Betoningen i plan D ligger på hur medborgarna ska involveras i den *politiska* processen.

Sammantaget ska detta leda till att medborgarna känner sig närmare unionen och dess institutioner samt känner ett förtroende för unionen. Kommissionens instrument för att komma närmare medborgarna är kommunikations- och informationspolitiken.

Förhoppningsvis kan dessa interna och förhållandevis enkla reformer göra EU mer demokratiskt, öppet och attraktivt för medborgarna och därmed bana väg för ett godkännande av de fördragsändringar som är nödvändiga för att EU ska kunna fungera effektivt efter utvidgningen, både när det gäller unionens förmåga att agera samordnat gentemot andra internationella organisationer och tredje land och när det gäller unionens handlingskraft och beslutsförmåga internt.

KÄLLFÖRTECKNING

Dokument från kommissionen

Institutionella reformer – en förutsättning för en lyckosam utvidgning, Europeiska kommissionens bidrag till förberedelserna inför regeringskonferensen om institutionella frågor, meddelande från Romano Prodi och Michel Barnier den 10 november 1999

Institutionella reformer – en förutsättning för utvidgningen, kommissionens yttrande enligt artikel 48 i Fördraget om Europeiska unionen om sammankallandet av en konferens med företrädare för medlemsstaternas regeringar i syfte att ändra fördragen, den 26 januari 2000, KOM (2000) 34

Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet ”Utvärdering av SLIM: För- enklad lagstiftning för den inre marknaden”, Bryssel den 28 februari 2000, KOM (2000) 104

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, Strategiska mål 2000 – 2005 ”Forma ett nytt Europa”, Bryssel den 9 februari 2000, KOM (2000) 154

Reformen av kommissionen, vitbok del I och II, framlagt av kommissionen den 1 mars 2000, KOM (2000) 200

Meddelande från kommissionen ”Ett grundfördrag för Europeiska unionen” Bryssel den 12 juli 2000, KOM (2000) 434

Meddelande från kommissionen till regeringskonferensen om reformen av institutionerna, Bryssel den 22 november 2000, KOM (2000) 771

Reformen av kommissionen: ett år efter startskottet, Bryssel den 28 februari 2001, MEMO/01/57

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén angående ”En ny ram för samarbetet inom informations- och kommunikationspolitiken i Europeiska unionen”, Bryssel den 27 juni 2001, KOM (2001) 354

Kommissionens vitbok ”Styreelseformerna i EU”, Bryssel den 25 juli 2001, KOM (2001) 428

Meddelande från kommissionen ”Ett projekt för Europeiska unionen”, Bryssel den 22 maj 2002, KOM (2002) 247

Meddelande från kommissionen om konsekvensanalys, Bryssel den 5 juni 2002, KOM (2002) 276

Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén om En informations- och kommunikationsstrategi för Europeiska unionen, Bryssel den 2 juli 2002, KOM (2002) 350

Meddelande från kommissionen ”Mot en bättre struktur för samråd och dialog. Allmänna principer och miniminormer för kommissionens samråd med berörda parter”, Bryssel den 11 december 2002, KOM (2002) 704

Meddelande från kommissionen ”En ram för trepartsavtal och trepartsöverenskommelser om mål mellan gemenskapen, stater och regionala och lokala myndigheter.”, Bryssel den 11 december 2002, KOM (2002) 709

Meddelande från kommissionen om principer och riktlinjer för insamling och användning av sakkunnigutlåtanden inom kommissionen ”Bättre kunskapsbas för bättre politiska beslut”, Bryssel den 11 december 2002, KOM (2002) 713

Meddelande från kommissionen ”Rambestämmelser för EU:s tillsynsmyndigheter”, Bryssel den 11 december 2002, KOM (2002) 718

Meddelande från kommissionen om den institutionella strukturen ”För Europeiska unionen Fred, frihet och solidaritet”, Bryssel den 4 december 2002, KOM (2002) 728

Bidrag till ett preliminärt utkast till ”Konstitution för Europeiska unionen”, arbetsdokument från Europeiska kommissionen den 4 december 2002

Meddelande från kommissionen Lägesrapport för reformen, Bryssel den 30 januari 2003, KOM (2003) 40

Meddelande från kommissionen ”En konstitution för unionen” Kommissionens yttrande enligt artikel 48 i Fördraget om Europeiska unionen om sammankallande av en konferens med företrädare för medlemsstaternas regeringar i syfte att ändra fördragen, Bryssel den 17 september 2003, KOM (2003) 548

Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén om En informations- och kommunikationsstrategi för Europeiska unionen, Bryssel den 20 april 2004, KOM (2004) 196

Kommissionens handlingsplan för kommunikation, Bryssel den 20 juli 2005, SEK (2005) 985

Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén ”Kommissionens bidrag under och efter perioden av eftertanke: Plan D som i demokrati, dialog och debatt” Bryssel den 13 oktober 2005 KOM (2005) 494

Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén ”Att tillvarata hela EU:s potential – Kommissionens lagstiftnings- och arbetsprogram 2006”, Bryssel den 25 oktober 2005, KOM (2005) 531

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om följderna av EG-domstolens dom av den 13 september 2005 (C-176/03, kommissionen mot rådet), Bryssel den 23 november 2005, KOM (2005) 583

Kommissionens Vitbok om EU:s kommunikationspolitik, Bryssel den 1 februari 2006, KOM (2006) 35

Meddelande från Kommissionen till Europeiska rådet, ”En agenda för EU-medborgaren – EU skall visa resultat”, Bryssel den 10 maj 2006, KOM (2006) 211

Meddelande från kommissionen till Europeiska rådet ”Perioden av eftertanke och plan D”, Bryssel den 10 maj 2006, KOM (2006) 212

Vissa övriga källor

Almer, J. och Rotkirch, M., *European Governance – An Overview of the Commission's Agenda for Reform*, Sieps 2004:1u

Mr Neil Kinnock, Vice President of the European Commission, Press Statement, Bryssel den 29 september 1999, SPEECH/99/118

Romano Prodi i tal till Europaparlamentet, Bryssel den 13 oktober 2004 ”Five years on: what our objectives were and what we have achieved”

Weizsäcker, von, R., Dehaene, J-L. och Simon, D., ”Utvidgningens institutionella följder”, rapport till kommissionen den 18 oktober 1999

Studie av Europeiska universitetsinstitutet över en omdisponering av fördragen ”Ett grundfördrag för Europeiska unionen” som överlämnades till Romano Prodi den 15 maj 2000

RÄTTSLIGA HANDLINGSMÖJLIGHETER EFTER RATIFICERINGSKRISEN: MOT ÖKAD FLEXIBILITET OCH AVKONSTITUTIONALISERING?

Maria Bergström

INNEHÅLL

1	INTRODUKTION	101
1.1	Formella fördragsändringar och den förevarande ratificeringskrisen.....	102
1.2	Gränsen för de rättsligt möjliga alternativen.....	102
1.3	Rapportens syfte.....	103
1.4	Metod	103
2	DET KONSTITUTIONELLA FÖRDRAGET: ATT ÄTA KAKAN OCH HA DEN KVAR	104
2.1	Formell omförhandling	140
2.2	Informell tillämpning av det konstitutionella fördragets materiella bestämmelser	104
3	DIFFERENTIERING: SMÅ SMULOR ÄR OCKSÅ BRÖD	108
3.1	Många koalitioner inom EU	110
3.2	Flexibel integration	110
4	VAD KAN ÅSTADKOMMAS MED STÖD AV DE GÄLLANDE FÖRDRAGEN?	113
4.1	Grundläggande principer – subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen som differentieringsinstrument	113
4.2	Sekundärlagstiftning som differentieringsinstrument.....	113
4.3	Närmare samarbete inom EU:s institutionella ramar	116
4.4	Kriterierna i Amsterdamfördraget och Nicefördraget	117
4.5	Det konstitutionella fördraget	124
4.6	”Passerell” mot ett förenklat beslutsförfarande för tredjepelarfrågor	124
5	RÄTTSLIGA HANDLINGSMÖJLIGHETER UTAN DIREKT FÖRDRAGSSTÖD	126
5.1	EU:s institutioner	126
5.2	Medlemsstaternas handlingsutrymme.....	126
5.3	Närmare samarbete utanför EU:s institutionella ramar.....	126
6	SLUTSATSER OCH REFLEXIONER	128
7	KÄLLFÖRTECKNING	133

1 INTRODUKTION

”En kompromiss är konsten att dela en kaka så att alla tror de har fått den största biten.”

Winston Churchill

I denna rapport behandlas de rättsliga alternativ som står till buds efter att EU-medborgarna i Frankrike och Nederländerna har röstat nej till det konstitutionella fördraget. Fokus ligger på vad som kan åstadkommas inom ramen för dagens EU-samarbete såsom det regleras genom gällande fördragstext, det vill säga EU- och EG-fördragen i deras lydelse enligt Nice-fördraget och anslutningsfördragen.¹ Huvudfrågan är därför vad som kan tänkas rymmas inom ramen för nu gällande fördrag eller åtminstone vad för slags samarbete som dessa inte utesluter.

Hit hör för det första rättsligt bindande samt mer informella möjligheter med direkt stöd i fördragen. Det kan röra sig både om beprövade och tidigare outnyttjade alternativ. Exempel som tas upp i denna rapport innefattar framförallt vad som kan genomföras med hjälp av sekundärlagstiftning samt olika former av närmare samarbete. De alternativ som tas upp har alla en viss grad av flexibilitet gemensamt.

För det andra ingår ett antal samarbetsformer vilka gällande fördragstext inte direkt stöder men inte heller utesluter. Det kan röra sig om informellt samarbete mellan EU:s institutioner (utöver de exempel som uttryckligen är tillåtna enligt fördragen). Till denna kategori hör också vad medlemsstaterna ensidigt kan åstadkomma samt vad som är möjligt inom ramen för traditionellt mellanstatligt samarbete utan att fördragen åsidosätts. Svårigheten ligger i att förena dessa förändringar med EG-rättens krav på enhetlig tillämpning och företräde framför nationell rätt. I vissa fall kan bestämmelser eller praxis i den allmänna folkrätten vara vägledande men i andra fall saknas rättsliga anvisningar.

Det bör understrykas att dagens situation där EU-samarbetet regleras genom den nu gällande fördragstexten inte är hållbar i längden. Vilka rättsliga alternativ som i slutänden kommer att väljas är beroende av det framtida politiska läget. Alla bestämmelser i de grundläggande fördragen måste emellertid inte nödvändigtvis skyddas av det tvåstegsförfarande som fördragsändringar kräver. Kanske utgör därför den förevarande ratificeringskrisen ett gyllene tillfälle för avkonstitutionalisering. Varför inte ta vara på möjligheten att ytterligare reflektera över vilka bestämmelser som kan lämnas utanför en framtida fördragstext?

¹ För en mer heltäckande redogörelse för både de mest troliga och möjliga samt de mer osannolika av de befintliga handlingsalternativen, se de Witte, B. Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas? Sieps 2004:8. Se också Nergelius, J. And Now for Something Completely Different: It's the EU Constitution – and its Formal Stuff, ERT 2005 s. 421.

1.1 Formella fördragsändringar och den förevarande ratificeringskrisen

EU:s fördrag kan bara ändras genom en relativt komplicerad och tidskrävande process. Fördragsändringar måste antas enhälligt av EU:s medlemsstater inom ramen för en regeringskonferens. Förslag till ändringar får lämnas av en eller flera medlemsstater eller av kommissionen medan det är rådet som sammankallar en regeringskonferens efter att ha hört Europaparlamentet och i förekommande fall även kommissionen. De framförhandlade och antagna ändringarna träder sedan ikraft när de har ratificerats av samliga medlemsstater i överensstämmelse med deras konstitutionella bestämmelser, det vill säga antingen genom ett parlamentsbeslut och/eller genom en folkomröstning.²

De uppenbara aktörerna vid fördragsändringar är således EU:s medlemsstater, deras parlament, och/eller deras medborgare, kommissionen och Europaparlamentet. Tvåstegsförfarandet där regeringarna först förhandlar fram en kompromiss som sedan måste ratificeras av samtliga medlemsstater innebär självklart svårigheter. Trots detta har en lång rad fördragsändringar genomförts.

Vad gäller den senaste fördragsändringen, införandet av det konstitutionella fördraget, har ratificeringsprocessen nu kommit av sig efter fransmännens och holländarnas tydliga nej. Dessa länder utgör två av EU:s sex grundarländer och tillhör även idag EU:s kärngrupp. De har tillsammans en inte obetydlig andel av EU:s cirka 454 miljoner invånare.³ Utan att överdriva står unionssamarbetet därför inför ett dilemma. Det är emellertid inte första gången som problem har uppstått i den europeiska integrationsprocessens historia.

1.2 Gränsen för de rättsligt möjliga alternativen

Vad händer då när ett önskvärt politiskt samarbete är uteslutet enligt gällande fördragstext och denna inte kan tänkas ändras inom överskådlig framtid? Här går gränsen för de rättsligt möjliga alternativen. Denna gräns är knappast skarp. Inom en relativt bred gråzon kan sannolikt en bred politisk majoritet träffa olika typer av överenskommelser som till och med skulle kunna vara fördragsstridiga. Så länge de inte ifrågasätts skulle sådana överenskommelser i princip kunna fungera. Hur långt medlemsstaterna kan tänkas gå är en politisk och i slutänden demokratisk fråga. Att träffa överenskommelser utan rättsligt stöd eller till och med i strid med gällande rätt – vad man i enighet kommit överens om – skulle i längden sannolikt få mycket olyckliga konsekvenser såväl för samarbetets legitimitet som dess långsiktiga beständighet.

² Artikel 48 i EU-fördraget.

³ I Frankrike bor cirka 13 % och i Nederländerna cirka 4 % av Unionens medborgare.

Man kan fråga sig om det är möjligt att tillämpa ett liknande resonemang på *fördragsändringar*. Kan man med andra ord kringgå kravet på enhällighet eller ratificering i samtliga medlemsstater för att anta ändringar i de grundläggande fördragen? Proceduren kring fördragsändringar och kravet på enhällighet är reglerat direkt i nu gällande fördrag, men frågan om att trots detta tillämpa ett förenklat förfarande har tagits upp vid mer än ett tillfälle.⁴ Så länge några alternativa lösningar inte skrivits in i fördragstexten och internationell rätt inte erbjuder någon utväg är det åtminstone *rättsligt* omöjligt att kringgå dessa krav. Även om en majoritet av medlemsstaterna har ratificerat det konstitutionella fördraget, kan det sålunda inte sättas i kraft så länge som villkoren för fördragsändringar inte är uppfyllda.⁵

Vad som krävs är en annan form av kompromiss som kan godtas av så många aktörer som möjligt.

1.3 Rapportens syfte

I avvaktan på en politiskt mer bestående lösning eventuellt efter en formell omförhandling av det konstitutionella fördraget, diskuteras i denna rapport det tänkbara innehållet i en möjlig temporär kompromiss, formerna för dess slutande och genomförande samt möjliga konsekvenser. Rapportens syfte är med andra ord främst att vara utredande och analyserande och den gör inte anspråk på att vara normativ i någon större omfattning.

1.4 Metod

Rapporten utgår från EU-samarbetet såsom det regleras genom de nu gällande fördragen. Den inordnar, beskriver och analyserar befintliga handlingsalternativ enligt det ovan antydda mönstret. För det första, rättsligt bindande samt mer informella möjligheter med direkt stöd i fördraget. För det andra, samarbetsformer som fördragen varken stöder eller utesluter. Rapporten behandlar uteslutande rättsliga handlingsalternativ och tar endast indirekt ställning till vad som är politiskt troligt eller rimligt.

⁴ Se vidare de Witte, B. Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas? *Sieps* 2004:8, s. 7 f.

⁵ För en aktuell översikt av ratificeringsprocessen se *EU Policy Portal EurActive*: <http://www.euractiv.com/en/constitution/referenda-eu-constitution-state-play-member-states/article-130616>, samt EU:s webbportal http://europa.eu.int/constitution/ratification_en.htm

2 DET KONSTITUTIONELLA FÖRDRAGET: ATT ÄTA KAKAN OCH HA DEN KVAR

2.1 Formell omförhandling

Målet med en total omförhandling är att ett nytt avtal ska upprättas som både ersätter det konstitutionella fördraget och reviderar de nu gällande EG- och EU-fördragen. Utgångspunkten är att den kritik som framkommit ska beaktas i syfte att uppnå en kompromiss. Det nya avtalet kan innehålla undantag för vissa medlemsstater, alternativt kan reglerna ändras för alla. En kompromiss kan emellertid vara svår att uppnå och risken är stor att en omförhandling leder till att en mängd nya frågor uppkommer med svårslitna förhandlingar och förseningar till följd. En särskild fråga är om det konstitutionella fördraget kan tillämpas provisoriskt under de pågående förhandlingarna.⁶

Det minst omvälvande alternativet vore att försöka uppnå en kompromiss som ryms inom ramen för det tidigare framförhandlade fördraget. Detta har tidigare skett både vad gäller folkomröstningarna i Danmark och på Irland.

Danskarnas nej till Maastrichtfördraget ledde till framförhandlandet av ett särskilt tilläggsprotokoll. Det ändrade inte i Maastrichtfördraget utan förtydligade endast hur detta skulle tolkas.⁷

Irländarnas nej till Nicefördraget resulterade i två förklaringar, en från den irländska regeringen och en från det Europeiska rådet, de så kallade ”Sevillaförklaringarna”. Dessa behandlade enbart neutralitetsfrågan, trots att det är tveksamt om detta var huvudorsaken till den negativa utgången av den irländska folkomröstningen.

Vad gäller den rådande ratificeringskrisen är det emellertid svårare att hitta en sådan lösning. I jämförelse med dagens situation var det i de tidigare fallen endast en liten stats folkomröstning som resulterade i ett nej. Trots en viss tvekan om den verkliga orsaken till irländarnas nej kan dessa fall inte jämföras med det klara nej som fransmännen och holländarna uttryckt.⁸ En stor risk föreligger också för ytterligare negativa utfall om ratificeringsprocessen skulle återupptas idag. Ingen specifik fråga går heller att urskilja som skulle kunna vara huvudorsak till den negativa utgången.

2.2 Informell tillämpning av det konstitutionella fördragets materiella bestämmelser

Redan idag kan vissa av det konstitutionella fördragets materiella bestämmelser tillämpas inom ramen för de nu gällande fördragen. Rättighetsstad-

⁶ Se vidare de Witte, B. Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas? Sieps 2004:8.

⁷ Danskarna röstade om Maastrichtfördraget 1992 och 1993. Irländarna röstade om Nicefördraget 2001 och 2002.

⁸ I Frankrike röstade 54,87 % av väljarna nej och 45,13 % ja. Valdeltagandet var 70 %. I Nederländerna röstade 61,8 % nej och 38,2 % ja. Valdeltagandet var 62 %.

gan tillämpas exempelvis av EU:s politiska institutioner i enlighet med en informell överenskommelse att respektera stadgan. Rättighetsstadgans innehåll är dessutom till stor del gällande såsom allmänna rättsprinciper inom EG-rätten och tillämpas därmed redan av gemenskapsdomstolarna (se vidare Jörgen Hettnes bidrag till denna volym). Också när det gäller andra delar i det konstitutionella fördraget skulle vissa förändringar kunna genomföras genom institutionell praxis eller interinstitutionella avtal, eventuellt kompletterade med förändringar i nationell lagstiftning (se vidare nedan avsnitt 5.2). Ett konkret exempel utgörs av de nationella parlamentens roll. Deras utökade ansvar enligt det konstitutionella fördraget skulle kunna införas med hjälp av nationell lagstiftning kompletterad med interinstitutionella avtal. Ett annat exempel är de nya reglerna om röstviktning i rådet. Dessa regler skulle kunna genomföras genom ett interinstitutionellt avtal. Ett sådant avtal skulle dock förutsätta ett godkännande av samtliga medlemsstater. I den mån fördragen ger EU eller EG kompetens kan vidare vissa av de ändringar som åsyftades med det konstitutionella fördraget genomföras med hjälp av den gängse gemenskapsmetoden och sekundära rättsakter. Slutligen kan olika former av närmare samarbete, både inom och utom EU:s regelverk, användas. Fördragen innehåller redan idag förfaranden för närmare samarbete, även om EU-medlemskapet i sig medför begränsningar av medlemsstaternas handlingsutrymme liksom för mellanstatligt samarbete utanför EU:s ramar. Ett problem som måste beaktas vid en informell tillämpning av det konstitutionella fördragets materiella bestämmelser är dock de negativa konsekvenserna som detta innebär när det gäller förenkling och öppenhet – två av huvudmålen med det konstitutionella fördraget.

Interinstitutionella avtal

I vissa fall ger EG-fördraget uttryckligen institutionerna en möjlighet att reglera sina inbördes förhållanden i ett så kallat interinstitutionellt avtal.⁹ Interinstitutionella avtal förekommer också utan uttryckligt fördragsstöd. Det finns ett avtal mellan Europaparlamentet, rådet och kommissionen som syftar till att genomföra budgetdisciplinen och att förbättra det årliga budgetförfarandets förlopp och det interinstitutionella samarbetet i budgetfrågor.¹⁰ Till detta finns ett kompletterande interinstitutionellt avtal om finansieringen av EU:s solidaritetsfond.¹¹ På samma sätt reglerades Europa-

⁹ Se artikel 193, stycke 3, artikel 228.1, artikel 248.3, stycke 3, artikel 272.9, stycke 5, samt artikel 195.4 i EG-fördraget. Jämför artikel 161, stycke 3 i EG-fördraget.

¹⁰ Interinstitutionellt avtal av den 6 maj 1999 Europaparlamentet, rådet och kommissionen om budgetdisciplin och förbättring av budgetförfarandet, EGT 1999 C 172/1. Se vidare Lenaerts, K. och Van Nuffel, P; Bray, R. (red.) *Constitutional Law of the European Union*, 2 uppl. London: Sweet & Maxwell, 2005., s. 491.

¹¹ Interinstitutionellt avtal av den 7 november 2002 mellan Europaparlamentet, rådet och kommissionen om finansieringen av Europeiska unionens solidaritetsfond som komplettering till det interinstitutionella avtalet av den 6 maj 1999 om budgetdisciplin och förbättring av budgetförfarandet, EGT 2002 C 283/1.

parlamentets, rådets och kommissionens bidrag till finansieringen av konventet om Europeiska unionens framtid närmare i ett interinstitutionellt avtal.¹²

Enligt artikel 280 EG-fördraget ska gemenskapen och medlemsstaterna bekämpa bedrägerier och annan olaglig verksamhet som riktar sig mot gemenskapens ekonomiska intressen. Ett antal rättsakter har antagits med denna artikel som rättslig grund vilka delvis kompletteras av ett interinstitutionellt avtal om interna utredningar som utförs av Europeiska byrån för bedrägeribekämpning (OLAF).¹³ OLAF har övertagit kommissionens utredande roll på området och får bedriva både interna och externa utredningar.

Strax innan EU-fördraget trädde ikraft ingick Europaparlamentet, rådet och kommissionen ett interinstitutionellt avtal om förfaranden för att genomföra subsidiaritetsprincipen.¹⁴ Bestämmelserna som utformades i det avtalet inkorporerades senare i protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna.¹⁵ Enligt detta protokoll som genom Amsterdampfördraget fogades till EG-fördraget har institutionerna att säkerställa att subsidiaritetsprincipen följs när de utövar sina befogenheter. Detta utgör ett bra exempel på att interinstitutionella avtal kan bana vägen för senare fördragsändringar.

Europaparlamentet, rådet och kommissionen kan genom interinstitutionella avtal ikläda sig bindande förpliktelser under förutsättning att dessa inte bryter mot bestämmelserna i fördraget eller undergräver den institutionella jämvikten. Det finns till exempel interinstitutionella avtal som syftar till att förtydliga eller förenkla befintliga beslutsprocesser.¹⁶

¹² Interinstitutionellt avtal - Om finansieringen av konventet om Europeiska unionens framtid, EGT 2002 C 54/1 samt Interinstitutionellt avtal om förlängning av det interinstitutionella avtalet om finansieringen av konventet om Europeiska unionens framtid, EGT 2002 C 320/1.

¹³ Interinstitutionellt avtal av den 25 maj 1999 mellan Europaparlamentet, Europeiska unionens råd och europeiska gemenskapernas kommission om interna utredningar som utförs av Europeiska byrån för bedrägeribekämpning (OLAF), EGT 1999, L 136/15.

¹⁴ Interinstitutionellt avtal av den 25 oktober 1993.

¹⁵ Protokoll om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna, EGT 1997 C 340/105.

¹⁶ Interinstitutionellt avtal av den 22 december 1998 om gemensamma riktlinjer för gemenskapslagstiftningens redaktionella kvalitet, EGT 1999, C 73/1, Interinstitutionellt avtal av den 28 november 2001 om en mer strukturerad användning av omarbetningstekniken för rättsakter, EGT 2002, C 77/1, samt Utkast till interinstitutionellt avtal – ”Bättre lagstiftning”, EGT 2003, C 321/1.

Se också Interinstitutionellt avtal av den 20 november 2002 mellan Europaparlamentet och rådet om Europaparlamentets tillgång till känslig information i rådet om säkerhets- och försvarspolitik, EGT 2002, C 298/1, samt Utkast till Interinstitutionellt avtal om interinstitutionellt samarbete rörande internationella konventioner och överenskommelser i vilka Europeiska atomenergigemenskapen och dess medlemsstater är parter, KOM(2006)179 slutlig.

Utveckling i rättspraxis

Det finns exempel på att det konstitutionella fördragets materiella bestämmelser i princip kan införas genom praxis från EG-domstolen. I domstolens dom av den 13 september 2005 i mål C-176/03, kommissionen mot rådet, ogiltigförklarade EG-domstolen rådets rambeslut om skydd för miljön genom straffrättsliga bestämmelser.¹⁷ Detta rambeslut var antaget med stöd av bestämmelser under den tredje pelaren och hade således sin rättsliga grund inom området för polissamarbete och straffrättsligt samarbete. Enligt domstolen är det gemenskapen som har kompetens att anta lagstiftning med detta innehåll, det vill säga med en rättslig grund inom den första pelaren. Domstolen menar sålunda att kompetensen att utfärda straffrättsliga bestämmelser för att säkerställa EG-rättens effektiva genomslag på miljörettens område till viss del redan ryms inom EG-fördragets nuvarande ramar. Det är inte svårt att tänka sig att denna rättspraxis kan komma att utsträckas till andra områden än miljöretten.

Än så länge utgör gemenskapens nyvunna kompetens endast en möjlighet. Framtiden får därför utvisa om och när gemenskapslagstiftaren utnyttjar denna möjlighet att anta materiella bestämmelser som harmoniserar medlemsstaternas straffrättsliga bestämmelser. Liksom institutionella avtal, kan EG-domstolens rättspraxis ofta bana väg för senare fördragsändringar, vilka således kodifierar redan gällande rätt (se härom Jörgen Hettnes bidrag till denna volym). Den aktuella domen föregriper i viss mån de nya reglerna i det konstitutionella fördraget som ger gemenskapen en uttrycklig kompetens på området för polissamarbete och straffrättsligt samarbete.

¹⁷ För kommentarer på svenska se Asp, P. Till frågan om EG:s straffrättsliga kompetens – banbrytande dom i EG-domstolen, JT 2005-06 s. 396, samt Bergström, M. Straffrättsliga påföljder inom ramen för den första pelaren, ERT 2006 s. 135.

3 DIFFERENTIERING: SMÅ SMULOR ÄR OCKSÅ BRÖD

”De länder som hårdast driver linjen att differentierad integration är en möjlig väg framåt är till stor del samma länder som grundade EU.”¹⁸

Termen differentiering används här som en sammanfattande beteckning för ett antal rättsliga handlingsalternativ som tillåter att olika krav ställs på medlemsstaterna som deltar i integrationsprocessen i olika takt och/eller i olika grad på skilda områden.¹⁹ Gemensamt för dessa handlingsalternativ är att de på olika sätt löser den så kallade vetofrågan, dvs. att en eller några medlemsstater kan förhindra att samarbetet utvecklas.

För att möta behovet från medlemsstaterna att inleda ett samarbete även när stöd för detta saknas i fördragen eller då enighet inte kan uppnås har det inrättats alternativa samarbetsformer, såsom Schengenavtalet och avtalet om socialpolitik,²⁰ genom vilka vissa medlemsstater har kunnat gå vidare utanför EU:s institutionella ramar. En rik flora av begrepp har utvecklats för att försöka beskriva de bakomliggande fenomenen vilka samtidigt utgör exempel på olika former av ”differentiering”. ”Europa i flera hastigheter” eller ”flexibel integration” i strikt mening syftar på ett scenario där ett antal medlemsstater samarbetar mot ett gemensamt mål i olika takt. Ett Europa med ”variabel geometri” syftar däremot på en framtid där en kärngrupp av länder tar täten och driver integrationsprocessen framåt. Detta innebär att man har accepterat att vissa av medlemsstaternas olikheter inte kan överbyggas ens i framtiden och att en uppdelning måste ske områdesvis med olika grad av integration som följd. ”Europa à la carte” beskriver en verklighet där en enhetlig integrationsmetod saknas och medlemsstaterna själva väljer om och i vilken grad de ska medverka inom de olika

¹⁸ Bernitz, U. och Bernitz, H. Flexibel integration inom EU, i Olika länder – olika takt: Om flexibel integration och förhållandet mellan stora och små stater i EU, Två expertrapporter till EU 96-kommittén, Stockholm 1996, s. 13.

¹⁹ I den akademiska litteraturen har termen ”differentiering” getts en vidare och en snävare betydelse. I vidare mening syftar differentiering på att medlemsstaterna och unionsmedborgarna inte omfattas av ett enhetligt regelverk eftersom nationella åtgärder är tillåtna inom ramen för de policyområden där ansvaret är delat mellan unionen och medlemsstaterna, så länge de inte strider mot de grundläggande fördragen. I snävare mening, som också är den förhärskande, syftar differentiering på förhållandet att EU:s primär- eller sekundärrätt, faktiskt eller potentiellt, tillåter att skilda rättsregler tillämpas för de olika medlemsstaterna. För detaljer, se standardverket om differentiering av Tuyschaever, F. *Differentiation in European Union Law*, Oxford: Hart Publishing, 1999, kapitel 2 och 3.

²⁰ Protokollet om socialpolitik angående genomförandet av 1989 års sociala stadga. Elva av de tolv dåvarande medlemsstaterna (Storbritannien exkluderat) ingick ett särskilt avtal om genomförande av den sociala stadgan. Detta avtal knöts till Maastrichtfördraget genom ett särskilt protokoll. Protokollet godkändes av alla de dåvarande medlemsstaterna. Genom protokollet kan de medverkande staterna använda sig av EGs institutioner, förfaranden och mekanismer för att genomföra avtalet.

samarbetsområdena. Denna metod ställer minst krav på enhetlig utveckling och bygger följaktligen på ett mindre antal gemensamma mål.²¹

Den som studerar EU och dess samarbetsformer kan knappast undgå att märka förskjutningen av fokus från enhetlighet och harmonisering till en ökande grad av differentiering och flexibilitet. Från att enhetlig och samtida rättsutveckling närmast framstått som en förutsättning för samarbetet och en sinnebild av gemenskapsmetoden, har läget förändrats stegvis. Inom den akademiska litteraturen har diskussionen om differentiering och flexibel integration förts i tre omgångar. Den komplicerade begrepps-användningen återspeglar svårigheten att förklara och förstå den bakomliggande utvecklingen. Den tidigare utvecklingen skedde framförallt utanför EU:s institutionella ramar, men redan Maastrichtfördraget från år 1992 innehåller exempel på flexibel integration. Detta efterstävades emellertid inte vid detta tillfälle, utan uppkom som *ad hoc* kompromisser för att förhandlingarna skulle kunna avslutas. Från ett flertal håll uppfattades dessa inslag som misslyckanden eftersom de bröt mot en eftersträvad enhet.²² Genom Amsterdamfördraget formaliserades sedan medlemsstaternas möjlighet att använda sig av flexibel integration då begreppet närmare samarbete infördes i EG- och EU-fördragen.

Medlemsstaternas vilja att gå vidare i olika takt och mot varierande mål tolereras numera inte bara som ett tillfälligt integrationsverktyg utan ses till och med som ett nödvändigt inslag i den Europeiska modellen. Tanken är inte längre främmande att en grupp av EU:s medlemsstater ansluter sig till vissa politikområden, medan andra väljer att samarbeta på andra områden, eller att de eftersträvar gemensamma mål, men i olika takt. Slutresultatet behöver inte nödvändigtvis bli en lägre grad av integration än om krav på enhetlig harmonisering skulle upprätthållas. Sådana krav tar nämligen inte hänsyn till regionala olikheter och kan på så sätt resultera i social, kulturell och ekonomisk desintegration.²³ Huvudregeln tycks emellertid fortfarande vara enhetlighet och harmonisering där olika typer av differentiering fortfarande utgör undantag som bekräftar denna huvudregel. Att vi befinner oss i ett förändringsskede är dock uppenbart, vilket bekräftas av att vissa delar av EU-samarbetet sedan en tid tillbaka bedrivs i olika koalitioner av medlemsstater.

²¹ För en översikt över dessa begrepp på svenska, hur de förhåller sig till varandra och hur de kan användas i praktiken, se Bernitz, U. och Bernitz, H. Flexibel integration inom EU, i Olika länder – olika takt: Om flexibel integration och förhållandet mellan stora och små stater i EU, Två expertrapporter till EU 96-kommittén, Stockholm 1996.

²² Bernitz, U. och Bernitz, H. Flexibel integration inom EU, i Olika länder – olika takt: Om flexibel integration och förhållandet mellan stora och små stater i EU, Två expertrapporter till EU 96-kommittén, Stockholm 1996, s. 17.

²³ Se vidare Shaw, J. European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic, *Oxford Journal of Legal Studies*, 16 (1996), 231–254.

3.1 Många koalitioner inom EU

Efter utvidgningen den 1 maj 2004 deltar endast tolv av EU:s 25 medlemsstater i den gemensamma valutan, euron. De nya medlemsstaterna har emellertid både ambitionen och skyldigheten att träda in i eurozonen inom en överskådlig framtid. När de visat att deras ekonomier är konvergenta med euroområdet är de skyldiga att införa euron som nationell valuta. På samma sätt ingår tretton av EU:s medlemsstater samt Norge och Island i Schengensamarbetet, medan de nya medlemsstaterna kommer att anslutas om några år. Schengensamarbetet har som bekant avvecklat de inre gränskontrollerna och skapat en gemensam yttre gräns. Det ingår som en del av EU-samarbetet sedan Amsterdamfördraget 1999. Vidare är nitton av EU:s medlemsstater samtidigt medlemmar i Nato. Detta är bara några exempel på differentiering i dagens EU där mångfalden ökar och olika koalitioner blir allt vanligt förekommande.²⁴

Endast nio medlemsstater har valt att ingå i alla dessa koalitioner, dvs. Belgien, Frankrike, Grekland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Portugal, Spanien och Tyskland. Dessa länder utgör samtidigt EU:s kärngrupp. Vid sidan av dessa formella koalitioner förekommer en rad grupperingar där medlemsstaterna samarbetar på mer informell basis. Ett konkret exempel utgörs av den tredje pelaren om polissamarbete och straffrättsligt samarbete, där fem av de största medlemsstaterna samordnar sina positioner inför EU:s ministermöten.²⁵ En distinktion märks mellan de stora och de små, där Tyskland, Frankrike och Storbritannien håller egna toppmöten, presenterar gemensamma utspel och tillsammans svarar för omkring 26 procent av EU:s befolkning.²⁶ Ytterligare exempel på informella konstellationer utgörs av en grupp benämnd ”de sju dvärgarna” som uppstod under arbetet med EU:s framtidskonvent.²⁷ Denna rapport tar emellertid endast upp de formella koalitionerna.

En aktuellt exempel utgörs av Prümekonventionen från maj 2005. Den avser ett utökat samarbete för kamp mot brottslighet, terrorism och illegal invandring. Hittills deltar endast Belgien, Frankrike, Luxemburg, Nederländerna, Spanien, Tyskland och Österrike, men det finns planer på att integrera samarbetet i EU-regelverket i framtiden.

²⁴ Vid sidan av de tio nya medlemsstaterna står Irland och Storbritannien utanför Schengensamarbetet, medan Danmark, Sverige och Storbritannien står idag utanför eurozonen men endast Danmark och Storbritannien har beviljats undantag som ger dem rätt att välja att stå utanför den ekonomiska och monetära unionen (EMU). Cypern, Finland, Irland, Malta, Sverige och Österrike står utanför Nato.

²⁵ Frankrike, Italien, Spanien, Storbritannien och Tyskland.

²⁶ Innan den senaste utvidgningen motsvarades denna siffra av 44 %. Innan utvidgningen svarade de sex största medlemsstaterna för 74 procent av befolkningen och 77 procent av BNP, medan de elva minsta svarade för sju procent av folkmängden och sex procent av BNP. Dessa siffror har genom utvidgningen ändrats avsevärt.

²⁷ Belgien, Finland, Irland, Luxemburg, Nederländerna, Polen och Österrike. ”Många olika allianser i EU”, Svenska Dagbladet 23 april 2004.

CEPR rapporten, *Flexible Integration: Towards a More Effective and Democratic Europe*,²⁸ utarbetades inför 1996 års regeringskonferens när problem med ratificeringen av Maastrichtfördraget var ett överspelat men alarmerande faktum. Europa stod då, liksom idag, inför ett vägsål och den europeiska integrationen stod inför fyra viktiga utmaningar – unionens storlek, räckvidd, djup och legitimitet. En av orsakerna till spänningarna i 1995 års EU sades vara att de medlemsstater som vill utvidga samarbetet känner att de hålls tillbaka av andra medlemmar. Utvidgningen är idag en pågående realitet, medan de nödvändiga institutionella reformerna i stort uteblivit. Vad gäller unionens omfattning så vill vissa medlemsstater nu på samma sätt som för tio år sedan utsträcka den gemensamma politiken till att omfatta nya områden, medan andra stater är ovilliga att acceptera en sådan utveckling.²⁹ Förutom att erbjuda en lösning på vetoproblemet skulle flexibel integration kunna vara en väg ut ur detta dilemma.³⁰ Skillnaden från år 1995 är eventuellt att folkomröstningarna i Frankrike och Nederländerna medvetandegjort att vitt skilda ståndpunkter intas av medborgarna i ett och samma medlemsland.

3.2 Flexibel integration

Med flexibel integration avses en integrationsmodell som tillåter ett större mått av flexibilitet, där olika koalitioner av medlemsstater går vidare i olika takt, mot varierande mål. De olika formerna av flexibel integration kombinerar ett bindande medlemskap på gemensam grund med valfritt samarbete på andra områden.³¹

Det Europeiska monetära systemet och Schengenavtalet utgör som ovan nämnts exempel på flexibla koalitioner som uppkom utanför den europeiska integrationens formella struktur. Dessa samarbetsformer tillkom med andra ord utan stöd av någon uttrycklig rättslig grund i fördragen.³² Även om nämnda exempel avser skilda områden har de gemensamt att de medverkande medlemsstaterna har velat uppnå en mer långtgående integration

²⁸ Flexible Integration: Towards a More Effective and Democratic Europe. Monitoring European Integration No. 6, Centre for Economic Policy Research (CEPR) 1995.

²⁹ EU:s framtida struktur: en gemensam grund och öppna partnerskap, Stockholm: SNS Förlag, 1999, s. 15.

³⁰ De Búrca och Scott konstaterar att: "A more flexible constitutional framework is likely to facilitate enlargement better and better accommodate a broader and more diverse European membership." De Búrca, G. och Scott, J., (red), Constitutional Change in the EU – From Uniformity to Flexibility? Hart, 2000, s. 4.

³¹ Jämför "flexibel integration" i strikt mening, avsnitt 3 ovan. Det förekommer att "flexibel integration" med en gemensam grund där alla medlemsstater måste delta kontrasteras mot ett "Europa à la carte" å ena sidan, där inga specifika krav ställs på en gemensam grund, och mot så kallad "variabel geometri", å den andra vilket sägs leda till "en geografisk splittring mellan första och andra klassens europeiska medborgare". EU:s framtida struktur: en gemensam grund och öppna partnerskap, SNS Förlag, 1999.

³² Det första Schengenavtalet 1985.

än vad man har kunnat enas om i enlighet med de då gällande fördragen. Det är mot denna bakgrund som formaliseringen av möjligheten för medlemsstaterna att fördjupa sitt samarbete i olika takt och mot skilda mål genom flexibel integration måste ses. Vid sidan av begreppet ”närmare samarbete” som infördes i EG- och EU-fördragen genom Amsterdamfördraget finns det en rad rättsliga verktyg för differentiering vilka också kommer att diskuteras och analyseras i denna rapport.

4 VAD KAN ÅSTADKOMMAS MED STÖD AV DE GÄLLANDE FÖRDRAGEN?

4.1 Grundläggande principer – subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen som differentieringsinstrument

Fördjupad integration på vissa men inte alla områden genom beslut av de deltagande medlemsstaterna skulle såsom en generaliserad subsidiaritetsprincip³³ kunna tillfredsställa både de som räds en vidgad integration till nya områden och de som förespråkar en fördjupad integration där en kvarvarande vetorätt sätter käppar i hjulen.

Subsidiaritetsprincipen som den kommit till uttryck i ingressen till och i artikel 1 i EU-fördraget ger uttryck för en allmän politisk idé om den lämpligaste nivån för beslutsfattande. I jämförelse utgör subsidiaritetsprincipen som den kommit till uttryck i artikel 5 i EG-fördraget en snävare och mer juridiskt inriktad princip som kan beskrivas som ett jämförande effektivitetstest. Subsidiaritetsprotokollet innehåller exempel på båda dessa inriktningar.³⁴ I artikel 5 i EG-fördraget stadgas att gemenskapen inte ska vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget. Subsidiaritetsprincipen utgör om den tolkas så att den reserverar ett visst område för beslut fattade på en lägre nivå därmed också en länk till proportionalitetsprincipen som den kommer till uttryck i EG-fördraget.

När tillämpningen av subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen medför att den nationella nivån är den mest lämpade för utformningen och implementeringen av en viss policy, medför det, i båda fallen, med nödvändighet att medlemsstaterna ges ett motsvarande utrymme för flexibilitet. På områden som socialpolitik och miljö där gemenskapens kompetens under många år framförallt utgjordes av mjuk eller icke-bindande normgivning är subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen av särskilt stor betydelse. Trots att gemenskapen har kompetens att anta bindande lagstiftning på dessa områden utesluter detta inte att medlemsstaterna har ett visst handlingsutrymme.

Generellt sett är tanken att gemenskapsåtgärderna ska försöka hållas så enkla som möjligt så att de ger utrymme för så stor handlingsfrihet som möjligt på nationell nivå. Detta betyder att direktiv bör antas framför förord-

³³ Flexibel integration har klassificerats som en generaliserad subsidiaritetsprincip då beslutet att upprätta nya samarbetsformer överlämnas till de stater som så önskar, under förutsättning att andra medlemmar inte skadas och att unionens regler efterlevs. EU:s framtida struktur: en gemensam grund och öppna partnerskap, Stockholm: SNS Förlag, 1999, s. 23.

³⁴ Se vidare de Búrca, G. Legal Principles as an Instrument of Differentiation? The Principles of Proportionality and Subsidiarity, i de Witte, B., Hanf, D., Vos, E. (red.) The Many Faces of Differentiation in EU Law. Intersentia: Antwerpen, 2001, s. 134 f.

ningar och att ramdirektiv ges företräde framför mer detaljerade gemenskapsåtgärder (se vidare avsnitt 4.2 nedan). Medlemsstaterna har sedan möjlighet att utforma och genomföra gemenskapens gemensamma mål mer i detalj i enlighet med de nationella rättssystemen och nationella särdrag.³⁵

Även om det går att urskilja ett mönster där medlemsstaterna getts ett utökat skönsmässig utrymme i nyare lagstiftning, har EG-domstolen ofta begränsat detta utrymme med hänvisning till vikten av att hindra att målen med den aktuella lagstiftningen undergrävs. Enligt de Burcá bör därför inte subsidiaritetsprincipens och proportionalitetsprincipens potential som differentieringsinstrument överskattas.³⁶ I avvaktan på eventuella förtydliganden av förhållandet mellan gemenskapslagstiftning och rättspraxis avseende denna fråga finns det knappast någon anledning att ifrågasätta de Burcás uppfattning.³⁷ Det finns dock all anledning att vara uppmärksam på en eventuell framtida utveckling där en mer ingående studie vore berättigad.

4.2 Sekundärlagstiftning som differentieringsinstrument

Som ovan antytts finns det möjligheter att införa harmoniserande sekundärrätt som medför olika typer av differentiering. Självklart måste gemenskapslagstiftaren ta hänsyn till allmänna gemenskapsrättsliga principer och i detta sammanhang framförallt till den så kallade likabehandlingsprincipen eller icke-diskrimineringsprincipen.³⁸ Denna princip innebär att jämförbara situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan särbehandling.³⁹ Det finns med andra ord ett grundläggande samband mellan begreppet differentiering och likabehandlingsprincipen. Differentiering i sekun-

³⁵ Se avseende subsidiaritetsprincipens och proportionalitetsprincipens betydelse som differentieringsinstrument framförallt G. de Burcás resonemang i *Legal Principles as an Instrument of Differentiation? The Principles of Proportionality and Subsidiarity*, i de Witte, B., Hanf, D., Vos, E. (red.) *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Intersentia: Antwerpen, 2001, s. 131.

³⁶ De Búrca, G. *Legal Principles as an Instrument of Differentiation? The Principles of Proportionality and Subsidiarity*, i de Witte, B., Hanf, D., Vos, E. (red.) *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Intersentia: Antwerpen, 2001, s. 141 f.

³⁷ Förhållandet mellan gemenskapslagstiftning och EG-domstolens praxis utvecklas ständigt. Frågan huruvida, och i sådana fall i vilken mån, EG-domstolens tolkning av de grundläggande fördragen begränsar gemenskapslagstiftarens utrymme har ej ännu ställts på sin spets. Kommissionens olika förslag till tjänstedirektiv har emellertid aktualiserat frågan.

³⁸ Likabehandlingsprincipen är härledd från det allmänna icke-diskrimineringsförbudet på grund av nationalitet. Förbudet mot inskränkningar i de fyra friheterna, förbudet mot fiskal diskriminering, förbudet mot könsdiskriminering samt förbudet mot diskriminering inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken. Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.) *EU-rättslig metod, teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005, s. 45.

³⁹ Dom av den 20 september 1988 i mål 203/86, Spanien mot rådet, REG 1988, s. 4563, punkt 25, och av den 17 april 1997 i mål C-15/95, EARL de Kerlast, REG 1997, s. I-1961, punkt 35).

därrätt som inte uttryckligen är tillåten i fördragen måste således stå i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen.⁴⁰ I jämförelse med andra allmänna principer har likabehandlingsprincipen getts ett vidsträckt tillämpningsområde.⁴¹

Reglerad differentiering

Allmänt sett medför användningen av direktiv större flexibilitet för medlemsstaterna än förordningar. Användningen av så kallade ramdirektiv ger på samma sätt ett större utrymme för differentiering. Inom området socialpolitik har ramdirektiv används avseende bland annat föräldraledighet. På motsvarande sätt utgör direktivet om samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar (*Integrated Pollution Prevention Control, IPPC*) ett ramdirektiv på miljörättens område.⁴² Av intresse kan också nämnas det ursprungliga miljökonsekvensdirektivet från 1985⁴³ och det efterföljande ramdirektivet om strategisk miljökonsekvensbeskrivning⁴⁴ som innehåller en utpräglad processuell subsidiaritetsprincip.⁴⁵

Harmonisering med tillåtna undantag

Ett exempel på en gemenskapsåtgärd som tillåter individuella undantag avseende vissa bestämmelser är arbetstidsdirektivet inom området socialpolitik.⁴⁶ Andra exempel utgörs av direktivet om inrättande av en allmän ram för likabehandling,⁴⁷ direktivet om elektronisk handel,⁴⁸ samt direktivet om

⁴⁰ Se vidare Tuytschaever, F. *EMU and the Catch-22 of EU Constitution-making*, i de Búrca, G., och Scott, J. (red.) *Constitutional Change in the EU – From Uniformity to Flexibility?* Hart, 2000.

⁴¹ Se dom av den 12 december 2002 i mål C-442/00 Caballero, REG 2002, s. I-11915, dom av den 19 november 1998 i mål C-85/97 Société financière d'investissements SPRL (SFI), REG 1998, s. I-7447, dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96 Martínez Sala, REG 1998, s. I-2691, och dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99 Grzelczyk, REG 2001, s. I-6193.

⁴² Rådets direktiv 96/61/EG av den 24 september 1996 om samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar, EGT 1996, L 257/26.

⁴³ Rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt, EGT 1985, L 175/40. Svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226.

⁴⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/42/EG av den 27 juni 2001 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan, EGT 2001, L 197/30.

⁴⁵ De Búrca, G. *Legal Principles as an Instrument of Differentiation? The Principles of Proportionality and Subsidiarity*, i de Witte, B., Hanf, D., Vos, E. (red.) *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Intersentia: Antwerpen, 2001, s. 140 f.

⁴⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden, EGT 2003, L 299/9.

⁴⁷ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling, EGT 2000, L 303/16.

⁴⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden, EGT 2000, L 178/1.

utsläppande av biocidprodukter på marknaden.⁴⁹ I det senast nämnda direktivet stadgas exempelvis att medlemsstaterna, om inte annat föreskrivs i fördraget, bör tillåtas att göra vissa undantag från direktivet, om dessa är berättigade och inte motverkar direktivets syfte.

Ett exempel som fått uppmärksamhet i media under de senaste åren är det så kallade utstationeringsdirektivet. Enligt direktivet får medlemsstaterna på vissa villkor göra undantag från bestämmelserna om minimilön eller ange möjligheter till undantag genom kollektivavtal. Undantag kan också i vissa fall göras avseende minsta antal betalda semesterdagar per år.⁵⁰

Minimiharmonisering

På vissa områden förekommer minimiharmonisering, dvs. medlemsstaterna har möjlighet att vidta mer långtgående skyddsåtgärder än den miniminivå som fastställs av gemenskapen. På området socialpolitik förekommer t.ex. minimiharmonisering i arbetstidsdirektivet och i direktivet om säkerhet och hälsa på arbetsplatsen.⁵¹ Att det är fråga om minimiharmonisering framgår direkt av fördraget. Enligt artikel 137.2 i EG-fördraget ska rådet genom direktiv fastställa minimikrav i syfte att främja förbättringar, framförallt på arbetsmiljöområdet, för att trygga en högre skyddsnivå för arbetstagarnas säkerhet och hälsa.

4.3 Närmare samarbete inom EU:s institutionella ramar

Genom att begreppet ”närmare samarbete” infördes i EG- och EU-fördragen öppnades en möjlighet för ett begränsat antal medlemsstater att fördjupa den europeiska integrationen inom EU:s institutionella ramar. Med andra ord kan de medlemsstater som är villiga och har möjlighet fördjupa det europeiska samarbetet sinsemellan. Enligt gällande rätt måste ett närmare samarbete stå öppet för alla som vill delta men det krävs minst åtta villiga medlemsstater. Ett närmare samarbete får inte användas utanför EU:s kompetens och får inte heller medföra militära implikationer. Möjligheten att inleda ett närmare samarbete har ännu inte utnyttjats.

De villkor som fastställdes för ett närmare samarbete i Amsterdamfördraget ändrades i inte obetydlig utsträckning genom Nicefördraget. Denna utveckling redovisas i korthet nedan. Formaliseringen av begreppet närmare samarbete i de grundläggande fördragen har långtgående konsekvenser för EU:s styrformer, och hur dessa uppfattas. Formaliseringen av detta flexibi-

⁴⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 98/8/EG av den 16 februari 1998 om utsläppande av biocidprodukter på marknaden, EGT 1998, L 123/1.

⁵⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT 1997, L 18/1.

⁵¹ Rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet, EGT 1989, L 183/1, svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 146.

litetsalternativ var emellertid jämförelsevis okontroversiell, åtminstone när frågorna behandlades på den högsta politiska nivån. I sammanhanget kan nämnas att diskussionen om flexibilitet som föregick införandet av begreppet ”närmare samarbete”, *closer cooperation*, i Amsterdamfördraget varade i sju minuter. Motsvarande förhandlingar inför Nicefördragets ändringar och införandet av begreppet *enhanced cooperation* tog femton minuter. Enligt Stubb hade emellertid ”flexibilitet” olika betydelse för olika personer.⁵²

4.4 Kriterierna i Amsterdamfördraget och Nicefördraget

Bestämmelserna om närmare samarbete infördes genom Amsterdamfördraget som en avslutande huvudavdelning VII – ”Bestämmelser om ett närmare samarbete” och artiklarna 43-45 i EU-fördraget. Enligt dessa bestämmelser kan ett begränsat antal medlemsstater som kan och vill fördjupa sitt samarbete inom EU:s institutionella ramar. Övriga bestämmelser som infördes var artikel 11 i EG-fördraget som gäller för EG-samarbetet eller den första pelaren, samt artikel 40 i EU-fördraget som gäller för området för polissamarbete och straffrättsligt samarbete, det vill säga vad som faller in under den tredje pelaren.

Genom Nicefördraget infördes betydande ändringar för att förenkla etableringen av ett närmare samarbete. Innehållet i ett flertal artiklar i EG- och EU-fördragen ändrades och några nya artiklar infördes.⁵³ Rent konkret innebar detta att det lägsta antalet medlemsstater som krävs för att ett närmare samarbete ska kunna etableras minskade. En medlemsstat kan inte längre förhindra att ett närmare samarbete etableras. Som ett ytterligare villkor lades till att ett närmare samarbete inte får påverka den inre marknaden eller den ekonomiska och sociala sammanhållningen. Genom införandet av regler under den andra pelaren gav Nicefördraget möjlighet också till närmare samarbeten på den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitikens område, med undantag för militära frågor och försvarspolitik. Nedan följer en kort redogörelse för de relevanta bestämmelserna i EU- och EG-fördragen så som de ändrats av Amsterdamfördraget och Nicefördraget.

Artiklarna 43, 43a och 43b i EU-fördraget ställer upp ett antal kriterier för att ett närmare samarbete ska kunna genomföras.

- Det ska syfta till att främja unionens och gemenskapens mål och skydda och tjäna deras intressen samt förstärka deras integrationsprocess.

⁵² Stubb, A. *Negotiating Flexibility in the European Union – Amsterdam, Nice and Beyond*, Basingstoke: Palgrave, 2002, Chapters 4 and 5.

⁵³ Innehållet i artikel 43 i EU-fördraget ändrades och två nya artiklar, 43a och 43b, infördes. Artikel 44 ersattes av artiklarna 44 och 44a och innehållet i artikel 45 ändrades. Artikel 11 i EG-fördraget ersattes med artiklarna 11 och 11a. Artikel 40 i EU-fördraget ersattes av artiklarna 40, 40a och 40b. Under avdelning V, området för en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik, det vill säga den andra pelaren, ändrades innehållet i artikel 17 och fem nya artiklar, 27a, 27b, 27c, 27d och 27e, infördes.

- Det ska respektera fördragen och unionens gemensamma institutionella ram.
- Det ska respektera gemenskapens regelverk och de åtgärder som vidtagits enligt övriga bestämmelser i fördragen.
- Det måste falla inom unionens eller gemenskapens behörighet och får inte avse områden där gemenskapen är ensam behörig.
- Det får inte påverka den inre marknaden eller den ekonomiska och sociala sammanhållningen.
- Det får inte innebära något hinder eller diskriminering i handeln mellan medlemsstaterna och inte snedvrída konkurrensen dem emellan.
- Det måste beröra minst åtta medlemsstater (till skillnad mot tidigare en majoritet av medlemsstaterna).
- Det måste respektera icke-deltagande medlemsstaters befogenheter, rättigheter och skyldigheter (påverkan på icke-deltagande medlemsstaters intressen räcker inte längre för att underkänna ett närmare samarbete).
- Det måste stå öppet för samtliga medlemsstater vid upprättandet och vid samtliga tidpunkter i enlighet med artiklarna 27e och 40b i EU-fördraget och artikel 11a i EG-fördraget under förutsättning att de iakttar grundbeslutet och de beslut som fattats inom ramen för detta.
- Protokollet om införlivande av Schengenregelverket får inte påverkas.
- Det får endast inledas som en sista utväg, när rådet har fastställt att de för samarbetena uppställda målen inte kan uppnås inom rimlig tid med tillämpning av relevanta bestämmelser i fördragen.

En nyhet i Nicefördraget är att kommissionen och de medlemsstater som deltar i ett närmare samarbete ska se till att så många medlemsstater som möjligt uppmuntras att delta (artikel 43b i EU-fördraget).

Enligt artikel 44, punkten 1, i EU-fördraget ska EG- och EU-fördragets institutionella bestämmelser tillämpas vid antagande av rättsakter och beslut för att genomföra ett närmare samarbete. Samtliga rådsmedlemmar ska kunna delta i överläggningarna men endast deltagande medlemsstater får rösta. Artikel 44 innehåller också bestämmelser om hur rådsmedlemmarnas röster⁵⁴ ska vägas och enhällighet kräver endast de berörda medlemmarnas röster. Genom Nicefördraget lades ett andra stycke till denna punkt där det anges att sådana rättsakter och beslut inte ska ingå i unionens regelverk. Artikel 44, punkten 2, innehåller en variant av lojalitetsprincipen. De berörda medlemsstaterna ska tillämpa de rättsakter och beslut som antas för att genomföra närmare samarbeten som de deltar i. Dessa rättsakter och beslut ska vara bindande endast för dessa medlemsstater. Nytt efter Nice-

⁵⁴ Hänvisning till artikel 205.2 i EG-fördraget och artikel 23.2 stycke 2 och 3 i EU-fördraget avseende ett närmare samarbete på området för en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik.

fördraget är att dessa rättsakter och beslut i förekommande fall ska vara direkt tillämpliga endast i dessa stater. Övriga medlemsstater får inte hindra de deltagande medlemsstaterna från att genomföra samarbetet.

Artikel 44a i EU-fördraget innehåller bestämmelser om fördelningen av utgifter för samarbetets genomförande. Andra utgifter än institutionernas förvaltningskostnader ska bäras av de deltagande medlemsstaterna om inte ett enhälligt råd beslutar något annat. Nytt i denna bestämmelse är att Europaparlamentet ska höras innan rådet bestående av alla dess medlemmar tar beslut i frågan.

Artikel 45 i EU-fördraget i dess ordalydelse enligt Nicefördraget ger rådet och kommissionen den gemensamma uppgiften att se till att de åtgärder som vidtas avseende ett närmare samarbete är samstämmiga såväl inbördes som med unionens och gemenskapens politik. Enligt den tidigare versionen av artikeln hade rådet och kommissionen endast att underrätta Europaparlamentet om utvecklingen av närmare samarbeten.

Närmare samarbete inom ramen för den första pelaren

De medlemsstater som vill upprätta ett närmare samarbete inom ramen för den första pelaren ska enligt artikel 11, punkten 1, i EG-fördraget rikta en begäran till kommissionen. Kommissionen kan sedan lägga fram ett förslag till rådet alternativt underrätta de berörda medlemsstaterna om skälen till varför den inte lagt något förslag.

Enligt punkten 2 ska ett bemyndigande att inleda ett närmare samarbete med beaktande av artiklarna 43-45 i EU-fördraget beslutas av rådet med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet. Nytt i jämförelse med vad som gällde innan Nicefördraget är att Europaparlamentets samtycke krävs om det närmare samarbetet avser ett område som omfattas av förfarandet i artikel 251 i EG-fördraget.

Liksom tidigare får en rådsmedlem begära att frågan hänskjuts till Europeiska rådet. Några skäl för hänskjutning behöver som tidigare var fallet inte anges. Enligt bestämmelserna i Amsterdamfördraget kunde en medlemsstat med hänvisning till allvarliga inrikespolitiska skäl motsätta sig att ett närmare samarbete upprättades. Rådet kunde då med kvalificerad majoritet begära att frågan skulle hänskjutas till det Europeiska rådet med krav på enhälligt beslut. Enligt den gällande lydelsen av artikeln får rådet besluta med kvalificerad majoritet också efter ett hänskjutande (artikel 11, punkten 2).

När specialbestämmelser inte finns i artikel 11 i EG-fördraget och artiklarna 43-45 i EU-fördraget ska de rättsakter och beslut som är nödvändiga för att genomföra ett närmare samarbete vara underkastade alla relevanta bestämmelser i EG-fördraget (artikel 11, punkten 3).

I jämförelse med de villkor som ställdes upp före Nicefördragets ikraftträdande finns numera inte någon specifik hänvisning till att ett närmare sam-

arbete inte får påverka gemenskapens politik, åtgärder eller program, eller att det inte får beröra unionsmedborgarskapet eller diskriminera medborgare i medlemsstater.

I artikel 11a i EG-fördraget finns bestämmelser om förfarandet vid medlemsstaters önskan att bli part i befintliga närmare samarbeten inom ramen för den första pelaren. Medlemsstaten har att anmäla sin avsikt till rådet och till kommissionen, som inom vissa tidsfrister har att avge ett yttrande till rådet, samt fatta beslut i frågan och om eventuella särskilda bestämmelser som den anser nödvändiga.

Närmare samarbete inom ramen för den andra pelaren
Nicefördraget möjliggjorde ett närmare samarbete inom den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken (GUSP) med undantag för militära frågor och försvarspolitik. I EU-fördragets avdelning V om en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik, det vill säga den andra pelaren, finns numera bestämmelser om närmare samarbeten på området framförallt i artiklarna 27a–27e i EU-fördraget.

Redan Maastrichtfördraget innehöll emellertid bestämmelser som är av relevans för flexibel integration och förhållandet mellan den andra pelaren och den Västeuropeiska unionen (VEU). I nuvarande artikel 17, punkten 4, i EU-fördraget, stadgas att bestämmelserna i denna artikel inte ska hindra utvecklingen av ett närmare samarbete mellan två eller flera medlemsstater på bilateral nivå inom ramen för VEU och Nato, förutsatt att ett sådant samarbete inte strider mot eller hindrar det samarbete som föreskrivs i denna avdelning. Denna bestämmelse måste läsas mot bakgrund av den förklaring av de stater som är medlemmar både i EU och i VEU som fogats till Maastrichtfördraget: ”Västeuropeiska unionens förklaring om västeuropeiska unionens roll samt om dess förbindelser med Europeiska unionen och atlantpakten”.

I denna förklaring stadgas bland annat att VEU-rådet förenar samtliga EU-medlemsstater och samtliga europeiska medlemmar i NATO i enlighet med deras respektive ställning.

I förklaringen stadgas vidare att VEU ska utveckla observatörernas roll och besluta om de nödvändiga praktiska arrangemangen för att göra det möjligt att alla de medlemsstater i EU som deltar i de uppgifter som på EU:s begäran utförs av VEU att fullt ut och på lika villkor delta i planering och beslutsfattande inom VEU.

Vidare stadgas att i syfte att låta de associerade medlemmarna och observatörerna delta i alla VEU:s operationer ska VEU undersöka vilka regler som erfordras för att göra det möjligt för de associerade medlemmarna och för observatörerna att, i enlighet med sin ställning, delta fullt ut i alla VEU:s operationer.

Förklaringen påminner att de associerade medlemmarna är jämställda med de fullbemyndigade medlemmarna vid de operationer till vilka de bidrar, samt vid relevanta övningar och relevant planering. VEU ska även undersöka frågan om ett med hänsyn till deras ställning, så fullständigt deltagande som möjligt från observatörernas sida i planeringen och beslutsfattandet inom VEU när det gäller alla operationer till vilka de bidrar.

VEU ska vidare, om så behövs i samråd med behöriga organ, undersöka möjligheten av ett, med hänsyn till deras ställning, maximalt deltagande från de associerade medlemmarnas och observatörernas sida.

Slutligen ska VEU undersöka hur unionen kan intensifiera sina associerade partners deltagande i ett ökande antal verksamheter.

Följande EU medlemsstater är medlemmar i VEU och i Nato: Belgien, Frankrike, Grekland (1995), Italien, Luxemburg, Nederländerna, Portugal (1990), Spanien (1990), Storbritannien och Tyskland. Följande medlemsstater har observatörsstatus i VEU: Danmark (också medlem av NATO), Finland (1995), Irland, Sverige (1995) och Österrike (1995). Vad gäller de associerade medlemmarna respektive associerade partners ingår också stater som inte är medlemmar i EU. De associerade medlemmarna i VEU som också är medlemmar i NATO är: Norge, Island, Polen (1999), Tjeckien (1999), Turkiet, och Ungern (1999). Associerade partners i VEU är Bulgarien, Estland, Lettland, Litauen, Rumänien, Slovakien, Slovenien (1996).

På detta område förekommer med andra ord redan idag en långt gående flexibilitet där respektive EU-medlemsstat deltar i VEU och i NATO i olika grad, vilket stämmer överens med bestämmelsen i artikel 17, punkten 4, i EU-fördraget om närmare samarbeten mellan två eller flera medlemsstater på bilateral nivå inom ramen för VEU och NATO.

För att ett närmare samarbete ska få etableras inom den andra pelaren efter Nicefördraget gäller ett antal tilläggs-kriterier enligt avdelning V, artiklarna 27a-27b i EU-fördraget.

- Det ska syfta till att värna hela unionens värderingar och främja hela unionens intressen genom att bekräfta dess identitet som sammanhållande kraft på den internationella arenan.
- Det ska respektera den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitikens principer, mål, allmänna riktlinjer och samstämmighet samt de beslut som fattas inom ramen för denna politik.
- Det ska respektera EG:s befogenheter och samstämmigheten mellan unionens samlade politik och dess yttre åtgärder.
- Det ska avse genomförandet av en gemensam åtgärd eller en gemensam ståndpunkt
- Det får inte avse frågor som har militära eller försvarsmässiga konsekvenser.

Tabell 1

	MEDLEM VEU	ASSOCIERAD MEDLEM VEU	OBSERVATÖR VEU	ASSOCIERAD PARTNER VEU
MEDLEM EU OCH NATO	Belgien Frankrike Grekland (1995) Italien Luxemburg Nederländerna Portugal (1990) Spanien (1990) Storbritannien Tyskland		Danmark	
MEDLEM EU		Polen (1999) Tjeckien (1999) Ungern (1999)	Finland (1995) Irland Sverige (1995) Österrike (1995)	Estland Lettland Litauen Slovakien, Slovenien (1996)
		Norge Island Turkiet		Bulgarien Rumänien

Artiklarna 27c och 43–45 i EU-fördraget anges som *lex specialis* i förhållande till artiklarna 11–27 och 27b–28 i EU-fördraget som ska tillämpas på närmare samarbeten inom den andra pelaren (artikel 27a, punkten 2, i EU-fördraget).

De medlemsstater som vill upprätta ett närmare samarbete ska rikta en begäran till rådet. Denna begäran ska översändas till kommissionen och för kännedom till Europaparlamentet. Kommission har att avge ett yttrande, särskilt om samstämmigheten mellan det närmare samarbete som planeras och unionens politik (artikel 27c i EU-fördraget).

Bemyndigandet ska ges av rådet med kvalificerad majoritet och med beaktande av artiklarna 43–45 i EU-fördraget (artikel 27c i EU-fördraget). En rådsmedlem kan med hänvisning till allvarliga inrikespolitiska skäl motsätta sig att ett närmare samarbete ska upprättas. Rådet kan då med kvalificerad majoritet hänskjuta frågan till Europeiska rådet för enhälligt beslut, det vill säga vad som gällde för den första och den tredje pelaren innan Nicefördraget trädde ikraft. (Se vidare artikel 23.2 andra och tredje styckena, i EU-fördraget där vikttningsregler för röstningen också anges).

Enligt artikel 27d i EU-fördraget har rådets generalsekreterare, som den höge representanten för den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken, tilldelats särskilda uppgifter. Utan att det påverkar ordförandelandets eller kommissionens befogenheter ska rådets generalsekreterare särskilt se till

att Europaparlamentet och alla rådsmedlemmar fullt ut informeras om genomförandet av de närmare samarbetena inom den andra pelaren.

I artikel 27e i EU-fördraget finns föreskrifter om förfarandet när en medlemsstat önskar ansluta sig till befintliga närmare samarbeten på området. Efter anmälan till rådet ska kommissionen informeras som i sin tur ska avge ett yttrande till rådet. Rådet har sedan att fatta beslut om denna begäran med kvalificerad majoritet och om eventuella särskilda bestämmelser som det anser nödvändiga. Beslutet är godkänt om inte rådet med kvalificerad majoritet beslutar att skjuta upp det. I sådant fall ska detta beslut motiveras och en ny tidsfrist för ny behandling av ärendet bestämmas. Med hänvisning till artikel 23.2, tredje stycket, i EU-fördraget anges regler för bestämmandet av en kvalificerad majoritet.

Närmare samarbete inom ramen för den tredje pelaren

Redan Amsterdamfördraget möjliggjorde närmare samarbeten på området polissamarbete och straffrättsligt samarbete, det vill säga vad som faller in under den tredje pelaren. För att ett närmare samarbete ska få etableras inom den tredje pelaren gäller ett antal tilläggs-kriterier enligt avdelning VI, artikel 40, punkten 1, i EU-fördraget.

- Det måste syfta till att göra det möjligt för unionen att snabbare utvecklas till ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.
- Det måste respektera EG:s befogenheter och de mål som ställs upp under avdelning VI.

Enligt artikel 40, punkten 2, i EU-fördraget utgör artikel 40a och 43–45 i EU-fördraget *lex specialis* i förhållande till övriga bestämmelser i avdelning VI, undantaget artikel 42 i EU-fördraget, vilka i princip ska tillämpas på närmare samarbeten inom denna avdelning.

EG-domstolen har liksom tidigare behörighet vad gäller närmare samarbeten på området för polissamarbete och straffrättsligt samarbete (artikel 40, punkten 3, i EU-fördraget).

Medan kommissionen har initiativrätten för ett närmare samarbete inom gemenskapspelaren kan minst åtta medlemsstater också efter en vägran från kommissionen lägga fram ett initiativ inom den tredje pelaren direkt till rådet. Medlemsstaterna har i båda fallen först att rikta en begäran till kommissionen och kommissionen har en motiveringsskyldighet vid avslagsbeslut (artikel 40a, punkten 1 och 2, i EU-fördraget). Då kommissionen tidigare endast hade en rätt att yttra sig har dess roll stärkts något på området.

Beslut tas sedan med beaktande av artiklarna 43-45 i EU-fördraget av rådet med kvalificerad majoritet och efter att ha hört Europaparlamentet. På detta område har Europaparlamentet getts ett ökat inflytande i jämförelse med förfarandet innan Nicefördraget. Inte heller på detta område finns

längre någon möjlighet till hänskjutning av frågan för enhälligt beslut. På begäran av en rådsmedlem hänskjuts bemyndigandebeslutet till Europeiska rådet som har att fatta beslut med kvalificerad majoritet. Inga speciella skäl för hänskjutande krävs längre (artikel 40a, punkten 2, i EU-fördraget).

Liksom i artikel 11a i EG-fördraget och artikel 27e i EU-fördraget finns i artikel 40b i EU-fördraget bestämmelser om förfarandet vid medlemsstaters önskan att bli part i befintliga närmare samarbeten men inom ramen för den tredje pelaren. Medlemsstaten har att anmäla sin avsikt till rådet och till kommissionen som inom vissa tidsfrister har att avge ett yttrande till rådet, eventuellt tillsammans med en rekommendation om särskilda bestämmelser som den anser nödvändiga för att den berörda medlemsstaten ska kunna delta i samarbetet. Till skillnad mot förfarandet under den första pelaren men i likhet med förfarandet under den andra pelaren är det rådet och inte kommissionen som fattar beslut. Ett sådant beslut ska anses godkänt om inte rådet med kvalificerad majoritet beslutar att skjuta upp det. Rådet måste i sådana fall motivera sitt beslut och ange en tidsfrist för ny behandling av ärendet. Rådets beslut ska fattas i enlighet med villkoren i artikel 44.1 i EU-fördraget.

4.5 Det konstitutionella fördraget

Genom det konstitutionella fördraget underlättas både etableringen av ett närmare samarbete och möjligheten för andra medlemsstater att ansluta sig till ett befintligt närmare samarbete vid ett senare tillfälle. Minst en tredjedel av medlemsstaterna måste delta för att ett närmare samarbete ska få etableras. Detta motsvarar i antal dagens krav på 8 medlemsstater men växer vid framtida utvidgningar. Bestämmelserna om ett närmare samarbete inom GUSP är oförändrade men en särskild samarbetsform, permanent strukturerat samarbete, är tillagd på försvarsområdet.

4.6 "Passerell" mot ett förenklat beslutsförfarande för tredjepelarfördrag

Inom ramen för gällande fördrag finns ett antal bestämmelser som möjliggör ett förenklat förfarande för att ändra i befintliga beslutsstrukturer, de så kallade "passerellerna". En av dessa, artikel 42 i EU-fördraget, gör det i princip möjligt att flytta över den nuvarande tredje pelaren – polissamarbete och straffrättsligt samarbete – till gemenskapspelaren. I enlighet med artikel 42 i EU-fördraget kan rådet genom ett enhälligt beslut föra över åtgärder under den tredje pelaren till gemenskapspelaren. I samband med detta kan rådet besluta om ändrade omröstningsregler och till exempel göra kvalificerad majoritet till huvudregel. För ett sådant beslut måste medlemsstaterna vara eniga och rådet ska rekommendera medlemsstaterna att anta beslutet i enlighet med deras konstitutionella bestämmelser. Trots att det är att rekommendera finns det med andra ord inget absolut rättsligt krav på godkännande från alla medlemsstaters parlament.

En av det konstitutionella fördragets främsta nyheter, ett djupare samarbete med kvalificerad majoritet inom den tredje pelaren, kan med andra ord genomföras redan enligt nu gällande fördrag. Detta utan en regelrätt fördragsändring med det utdragna ratificeringsförfarande som är förknippad därmed. Framförallt kommissionen tycks vilja driva på utvecklingen. Kommissionens ordförande, José Manuel Barroso, uttalade i början av maj 2006 att han önskade skärpta tag inom områden som polissamarbete och straffrättsligt samarbete. Enligt kommissionens meddelande av den 10 maj 2006 kommer kommissionen att lägga förslag om förbättrade beslutsprocesser och ansvarsutkrävande på just detta område.⁵⁵ Skulle kommissionens förslag ratas av medlemsstaterna – enhällighet är som understrukits ovan fortfarande ett krav – föreskrivs i nu gällande fördrag möjligheter till ett närmare samarbete avseende tredjepelarfrågor. Att kommissionen särskilt valt ut den tredje pelaren och polissamarbete och straffrättsligt samarbete kan inte tolkas på annat vis än att en utveckling kan förutses på detta område.⁵⁶ Ett av alternativen till politisk handlingskraft blir att kommissionen och EG-domstolen driver utvecklingen framåt.

⁵⁵ "Communication from the Commission to the European Council – A Citizens' agenda – delivering results for Europe" KOM(2006)211 slutlig.

⁵⁶ Mot denna bakgrund är statssekreterare Lars Danielssons uttalande vid ett Sieps-seminarium den 10 maj 2006, att den svenska regeringen inte är motståndare till majoritetsbeslut i tredjepelarfrågor, särskilt intressant. Ger det oss måhända en vink om en möjlig politisk utveckling på området?

5 RÄTTSLIGA HANDLINGSMÖJLIGHETER UTAN DIREKT FÖRDRAGSSTÖD

5.1 EU:s institutioner

Vid sidan av interinstitutionella avtal som ingås med eller utan direkt fördragsstöd, kan man tänka sig att vissa förändringar införs på informell basis. Institutionell praxis kan exempelvis ändras utan direkt fördragsstöd men utan att för den skull vara fördragsstridig. Exempel som framhållits är att de politiska institutionerna redan idag tillämpar den andra delen av det konstitutionella fördraget, det vill säga stadgan om de grundläggande rättigheterna (se ovan avsnitt 2.2).⁵⁷

5.2 Medlemsstaternas handlingsutrymme

Vissa av de konstitutionella fördragets bestämmelser skulle kunna införas med hjälp av en kombination av institutionella avtal och nationell lagstiftning. Sådan nationell lagstiftning får emellertid inte bryta mot EU-rättens regler och inte heller mot allmänna gemenskapsrättsliga principer. Dessa regler och principer begränsar således den nationella lagstiftarens utrymme.

Vad som är möjligt i varje enskilt fall måste bedömas med hänsyn till vem som har kompetens att lagstifta på ett visst område. På områden där kompetensen är delad mellan medlemsstaterna och EG beror den nationella lagstiftarens utrymme på hur långt EG-rätten har utvecklats. Nationell lagstiftning kan exempelvis införas på områden där gemenskapslagstiftaren ännu inte har utnyttjat sin kompetens. Där kompetensen är delad kräver subsidiaritetsprincipen att åtgärder inte införs på EU-nivå där de mer effektivt kan vidtas av medlemsstaterna själva. Enligt proportionalitetsprincipen får åtgärder som vidtas av unionen inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget. För att det konstitutionella fördragets materiella bestämmelser ska få genomslagskraft måste motsvarande nationell lagstiftning införas i flertalet medlemsstater. Detta kan bli minst lika svårt att åstadkomma i praktiken som att införa gemensamma regler i eller i enlighet med fördragen.

5.3 Närmare samarbete utanför EU:s institutionella ramar

Ett närmare samarbete kan också inledas utanför EU:s institutionella ramar och då få karaktären av sedvanligt mellanstatligt samarbete. EU-medlemskapet i sig medför emellertid begränsningar för vad som kan ingå i ett sådant mellanstatligt samarbete.⁵⁸ Där EU har exklusiv kompetens får sådana

⁵⁷ Se vidare de Witte, B. Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas? *Sieps* 2004:8, s. 17.

⁵⁸ De Witte, B. Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union, i G. de Búrca och J. Scott (red), *Constitutional Change in the EU – From Uniformity to Flexibility?* Hart, 2000, s. 31.

avtal inte ingås. De får inte heller innehålla bestämmelser som strider mot EU-rätten inklusive allmänna gemenskapsrättsliga principer. Ett sådant samarbete skulle också kunna leda till politisk splittring samt rubba den institutionella maktbalansen. Det skulle också kunna föra med sig att EU-systemet blir mer komplext och tungrott samt leda till ytterligare problem med demokratisk kontroll och ansvarsutkrävande.⁵⁹

⁵⁹ Se vidare de Witte, B. Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas? *Sieps* 2004:8, s. 21–22.

6 SLUTSATSER OCH REFLEXIONER

När en viss flexibilitet tillåts i beslutsfattandet minskar kravet på enhällighet. Redan idag finns det utrymme för åtskilliga former av differentiering, vilket möjliggör en väg ur ratificeringskrisen. På sikt skulle en sådan utveckling dels kunna lösa den nuvarande krisen, dels kunna leda till att vissa delar av EU-samarbetet avkonstitutionaliserades och bedrevs på ett mer flexibelt och mindre tungrott sätt, med förnyad handlingskraft som resultat. Flexibilitet ger emellertid inte endast upphov till nya möjligheter. Flexibel integration och differentiering i dess olika former har ett flertal begränsningar och kan ge upphov till nya problem.

Rättsliga handlingsalternativ utan direkt fördragsstöd

Det sagda gäller också lapptäckslösningar där institutionerna genom interinstitutionella avtal eller institutionell praxis når informella kompromisser med eller framförallt utan uttryckligt fördragsstöd. Insynen hämmas och gällande rätt blir oöverskådlig och onödigt snårig med försämrad förutsebarhet och kontroll, inte minst från EU-medborgarnas perspektiv. I längden kan detta leda till att samarbetet urvattnas och undergrävs. Detsamma gäller förändringar som kan uppnås ensidigt av medlemsstaterna samt vad som kan åstadkommas inom ramen för traditionellt mellanstatligt samarbete. Här sätter EU-medlemskapet gränser genom EG-rättens krav på enhetlig tillämpning och företräde framför nationell rätt. Nationell lagstiftning måste stå i överensstämmelse med EU-rättens regler samt allmänna gemenskapsrättsliga principer. Svårigheten att införa materiella bestämmelser genom nationell lagstiftning i ett flertal medlemsstater bör inte heller underskattas. Dessutom är risken stor att mellanstatliga samarbeten utanför EU:s institutionella ramar skulle leda till politisk splittring samt rubba den institutionella maktbalansen. Samtliga av dessa lösningar skulle också kunna medföra att EU-systemet som sådant blir mer komplext och tunggrott med negativa konsekvenser för demokratisk kontroll och ansvarsutkrävande. De uppenbara fördelarna med att på olika sätt genomföra enskilda bestämmelser i det konstitutionella fördraget måste därför noga vägas mot risken för mer vittgående negativa konsekvenser.

Alternativ med direkt fördragsstöd – flexibilitet som gemensam nämnare

I avsaknad av de nya bestämmelserna i det konstitutionella fördraget kan en hel del emellertid åstadkommas med direkt stöd i nu gällande fördrag. Utan att kommentera specifika bestämmelser i det konstitutionella fördraget har de rättsligt möjliga alternativen som redovisats ovan en viss grad av flexibilitet gemensamt. Det är inte så märkligt att EU-samarbetet efter att det nått en viss nivå måste ge ökat utrymme för flexibilitet. På motsvarande sätt kräver ständiga utvidgningar ett mer flexibelt system. Om man accepterar att medlemsstaternas vilja att gå vidare i olika takt och mot

varierande mål utgör ett nödvändigt inslag i den europeiska modellen uppstår frågan hur detta bäst bör genomföras.

Med differentiering som utgångspunkt följer av grundläggande principer som subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen ett ökat handlingsutrymme för medlemsstaterna. Valet av direktiv framför förordningar och användningen av ramedirektiv är ett uttryck för samma tendens. Det samma gäller harmonisering med tillåtna undantag samt minimiharmonisering. Gemenskapsåtgärder med direkt stöd i EG-fördraget tillåter med andra ord redan idag en viss grad av flexibilitet. Graden av flexibilitet beror dels av utformningen av den aktuella rättsliga grunden, dels av EG-domstolens praxis på området. Gemenskapsmetoden utgår emellertid fortfarande från enhetlighet och harmonisering där olika typer av differentiering fortfarande utgör undantag som bekräftar huvudregeln.

Fördjupad integration på vissa men inte alla områden genom beslut av de deltagande medlemsstaterna skulle såsom nämnts kunna tillfredsställa både de som räds en vidgad integration till nya områden och de som förespråkar en fördjupad integration där en kvarvarande vetorätt sätter käppar i hjulen. Vad folkomröstningarna i Frankrike och Nederländerna medvetandegjort är att vitt skilda ståndpunkter kan intas av medborgarna i ett och samma medlemsland. Ur medborgarnas perspektiv bör kanske därför ekvationen en stat en röst ses över. På samma sätt innebär respektive medlemsstats ratificering av varje fördragsändring ett otillräckligt och felfokuserat inflytande. Det mest uppenbara och enligt min mening eftersträvandvärda alternativet till att ge Europaparlamentet mer makt vore därför att involvera de nationella parlamenten på en mer fortlöpande basis. Istället för att formellt endast ta ställning till hela fördragspaket, ofta i ett relativt sent skede, skulle de nationella parlamenten på så sätt kunna få ett reellt inflytande i unionens verksamhet. De materiella bestämmelserna i det konstitutionella fördraget om de nationella parlamentens roll är därför mycket välkomna som ett första steg.⁶⁰

Med hänsyn till att existensen av olika koalitioner av medlemsstater som är pådrivande inom olika delar av samarbetet redan idag är en realitet, är det sannolikt bara en tidsfråga innan ett närmare samarbete inom ramen för

⁶⁰ Författaren har i ett tidigare arbete förordat ett tvåkammerssystem, vilket idag mest kan liknas vid ett utopiskt betingat, ej praktiskt genomförbart, önskemål. (Byström, M. *Parlamentarismen och den Europeiska unionen: Säkerställandet av demokratin i det nya Europa*. Stockholm: Institutet för europeisk rätt vid Stockholms universitet, 1995.) Man bör emellertid inte enbart stirra sig blind på formella möjligheter inom ramen för EU:s lagstiftningsprocesser. De nationella parlamentens roll skulle kunna stärkas dels genom informella informationsutbyten dem själva emellan, dels i påverkansstrukturer liknande dem som ekonomiska och ideella intressegrupper verkar inom (jämför Byström, M. *Advocacy Groups and Multilevel Governance: The Use of EC Law as a Campaigning Tool*, PhD Thesis, European University Institute, 2003). Med eller utan formella rättigheter för de nationella parlamenten så utgör exempelvis kommissionen troligtvis en bättre partner vad gäller möjligheten att påverka lagstiftningsprocessen än att endast behöva förlita sig på vad som kan åstadkommas med hjälp av den egna medlemsstaten inom ramen för röstviktningen i rådet.

EU:s institutionella ramar inleds. Gissningsvis kommer ett sådant närmare samarbete inledas inom ramen för den andra pelaren. På detta område förekommer redan idag en långt gående flexibilitet där respektive medlemsstat deltar i VEU och i NATO i olika grad. Inom ramen för den tredje pelaren utgör den så kallade ”passerellen” i artikel 42 i EU-fördraget ett intressant alternativ, inte minst som komplement eller alternativ till EG-domstolens aktuella praxis på området. Vad gäller gemenskapspelaren där samarbetet nått längst finns motsvarande mindre utrymme för, men också mindre behov av, närmare samarbeten. Alternativet med flexibilitet genom användandet av sekundärlagstiftning är här mer lockande om än också begränsat. Liksom vad gäller de samarbetsformer vilka gällande fördragstext varken direkt stöder eller utesluter, får risken för splittring och oöverskådlig het förknippad med närmare samarbeten inte bagatelliseras. EU får inte utvecklas till ett Europa ”à la carte”.

Temporära lösningar

Många av de presenterade lösningarna är emellertid temporära. Nice-fördragets brister måste förr eller senare åtgärdas. Beslutsprocesserna måste förenklas och förbättras för att bättre svara mot de krav på effektivitet och handlingskraft som ställs i en utvidgad union. Samarbetet måste för att kunna förbättras grundas på en effektiv beslutsprocedur som har förmåga att leverera vad som är politiskt önskvärt av en bred majoritet snarare än av alla medlemsstater, eftersom kravet på enhällighet framstår som alltmer orealistiskt. Kompetensgränserna måste däremot bli tydligare och det måste bli klarare vad EU ska syssla med och vad som ska falla utanför unionens kompetens. Olika typer av informella kompromisser eller temporära lösningar gagnar inte en sådan utveckling utan blir i längden en börda för samarbetet.

I avvaktan på en tydliggörande fördragsändring ankommer det på EG-domstolen att fastställa kompetensgränserna. Det finns redan exempel på att domstolen tolkningsvis har gett EG ytterligare kompetens på bekostnad av medlemsstaterna. På så sätt har EG-domstolen i viss mån föregripit det materiella innehållet i det konstitutionella fördraget på det straffrättsliga området. Oavsett vad man anser om utgången i det enskilda fallet har således ratificeringskrisen lett till mer inflytande för EG-domstolen på bekostnad av medlemsstaterna och de traditionella politiska beslutsprocesserna. Detta är en utveckling som motståndarna till det konstitutionella fördraget eller EU-samarbetet som sådant knappast hade tänkt sig.

Det kan inte nog understrykas att den nuvarande situationen där EU-samarbetet regleras genom EG- och EU-fördragen i deras lydelse enligt de senaste ändringarna inte är hållbar i längden. Vilka rättsliga alternativ som i slutändan kommer att väljas är beroende av det framtida politiska läget. I jämförelse med de olika alternativ som exemplifierats i denna rapport utgör en fördragsändring – beroende på dess innehåll – förmodligen det enda bestående och långsiktigt fungerande alternativet. Samtidigt bör beaktas att

fördragsändringarna under senare år har blivit allt mer frekventa, vilket eventuellt är ett tecken på att alltför många materiella bestämmelser återfinns i de grundläggande fördragen. Motsatsvis gör det okontroversiella förändringar onödigt svåra att genomföra då de bromsas av andra bestämmelser i de grundläggande fördragen.

Ett gyllene tillfälle för avkonstitutionalisering?

Kanske utgör därför den förevarande ratificeringskrisen trots allt ett gyllene tillfälle för avkonstitutionalisering? Alla bestämmelser i de grundläggande fördragen måste inte nödvändigtvis skyddas av det tvåstegsförfarande som fördragsändringar kräver. Ett exempel är talerätsreglerna som bestämmer vem som får processa inför EU:s domstolar. De begränsningar som kvarstår för enskilda, organisationer och företag känns förlegade men en utveckling har hindrats inte minst på grund av svårigheten att ändra och därmed modernisera reglerna. Ett bemyndigande att närmare reglera frågan i sekundärlagstiftning skulle kunna kvarstå i de grundläggande fördragen. På så sätt skulle en nödvändig flexibilitet kunna uppnås. Att sälla ut de mest grundläggande bestämmelserna från de som skulle kunna regleras genom sekundärlagstiftning är emellertid en grannlaga uppgift, vilken det med all säkerhet skulle bli svårt att nå enighet kring. Denna svårighet bör dock inte överskugga det eftersträvansvärda i en sådan reform.⁶¹ Med tiden blir det kanske till och med nödvändigt med en avkonstitutionalisering om EU-samarbetet ska kunna fortskrida.

Det vore förenklat att påstå att det som bör fördragsfästas också bör utgöra en enhetlig kärna utan utrymme för undantag. Motsatsvis går det ändå att påstå att vad som inte kräver total harmonisering bäst kan införas med hjälp av sekundärlagstiftning eller ett närmare samarbete med *direkt stöd* i fördragen snarare än *direkt* i de grundläggande fördragen. Kanske kan ett sådant resonemang hjälpa till vid en utkristallisering av de frågor som bör avkonstitutionaliseras och lyftas ur de grundläggande fördragen? Med denna logik bör de grundläggande fördragen framförallt innehålla regler om kompetensfördelning samt ge den nödvändiga befogenheten för ytterligare åtgärder. Ytterligare urvalskriterier krävs emellertid.

Flexibel integration och differentiering – möjligheter och begränsningar

Ratificeringskrisen aktualiserar en lång rad problemställningar av vilka den

⁶¹ Jämför förslaget att dela upp innehållet i fördragen i en konstitutionell del och en del med allmänna bestämmelser om de politiska samarbetsområdena som bland annat fördes fram av det portugisiska ordförandeskapet våren 2000. Frågan behandlades under konventsarbetet men det konstitutionella fördraget innehåller inte någon konsekvent uppdelning. Se närmare Nergelius, J. EU:s nya grundlag – från maktbalans till rådsdominans, i En konstitution för Europa? Reflektioner, Sieps 2004:3-7, s. 14-15, samt Nergelius, J. "De-legalize it" – On Current Tendencies in EC Constitutional Law, Yearbook of European Law 2002, s. 464.

tillfälliga reflektionspausen bara utgör en. Oavsett hur ratificeringskrisen kommer att lösas kvarstår frågan hur kraven på flexibel integration och differentiering bäst bör tillgodoses. Differentiering kan bidra till lösningen på ratificeringskrisen och den så kallade vetofrågan men är för den sakens skull inte någon universallösning för integrationsprocessen, utan ger som belysts upphov till en rad andra problem.

Vad som är mest uppseendeväckande den här gången är att ratificeringskrisen uppstod i Frankrike och Nederländerna, som dels var med och grundade EU, dels hör till de länder som hårdast drivit linjen att differentierad integration är en möjlig väg framåt. Trots att det idag finns utrymme för åtskilliga former av differentiering, vilket på så sätt utgör en möjlig väg ut ur ratificeringskrisen, är det knappast någon som förespråkar att Frankrike och Nederländerna bör förpassas till periferin av EU-samarbetet och att ett antal andra länder bör ta över som EU:s kärngrupp. Potentialen för flexibel integration och differentiering i syfte att lösa ratificeringskrisen tycks även av detta skäl vara begränsad.

Trots dessa begränsningar kräver dagens EU-samarbete ett visst utrymme för flexibilitet. Några former för detta har diskuterats ovan där fokus framförallt legat på att lösa den så kallade vetofrågan. Kanske bör emellertid fokus förskjutas bort från de enskilda medlemsstaterna och deras eventuella veto vid fördragsändringar. Systemet behöver med andra ord en större grad av flexibilitet som helhet. Flexibilitet med hjälp av grundläggande principer, sekundärlagstiftning, närmare samarbete och så kallade ”passereller” har diskuterats ovan och kan säkerligen utvecklas och förbättras. Fler ”passereller” skulle exempelvis kunna införas i framtida fördragstexter. Ett flertal bestämmelser i de nuvarande fördragen skulle dessutom kunna övergå till att regleras genom sekundärlagstiftning endast med ett hänvisande bemyndigande i fördragen. Potentialen för en starkare subsidiaritetskontroll och proportionalitetskontroll skulle kunna undersökas och övervägas där kompetensen är delad mellan EU och medlemsstaterna. Sist men inte minst borde de nationella parlamenten ges ett större utrymme i lagstiftningsprocessen. Sammantaget skulle dessa förändringar bidra till att den aktuella politiska situationen i enskilda medlemsstater inte låser nödvändiga förändringar av EU-samarbetet på grund av att alltför mycket regleras i de grundläggande fördragen. Det nuvarande tvåstegsförfarandet för fördragsändringar bör därmed reserveras för frågor där ett reellt veto är berättigat. På så sätt skulle både den nuvarande och eventuella framtida kriser kunna lösas men framförallt kunna undvikas.

Sist men inte minst får vi inte glömma att det inte är första gången samarbetet stått inför en kris. Tidigare har dessa kriser sedermera lösts med resultatet att samarbetet både fördjupats och utvidgats. Det kan inte urskiljas några tydliga tecken på att det skulle vara väsentligt annorlunda denna gång.

KÄLLFÖRTECKNING

Böcker och artiklar

Asp, P. *Till frågan om EG:s straffrättsliga kompetens – banbrytande dom i EG-domstolen*, JT 2005-06 s. 396

Bergström, M. *Straffrättsliga påföljder inom ramen för den första pelaren*, ERT 2006 s. 135

Bernitz, U. och Bernitz, H. *Flexibel integration inom EU, i Olika länder – olika takt: Om flexibel integration och förhållandet mellan stora och små stater i EU*, Två expertrapporter till EU 96-kommittén, Stockholm 1996

Byström, M.

– *Advocacy Groups and Multilevel Governance: The Use of EC Law as a Campaigning Tool*, PhD Thesis, European University Institute, 2003

– *Parlamentarismen och den Europeiska unionen: Säkerställandet av demokratin i det nya Europa*, Stockholm: Institutet för europeisk rätt vid Stockholms universitet, 1995

de Búrca, G. *Legal Principles as an Instrument of Differentiation? The Principles of Proportionality and Subsidiarity*, i de Witte, B., Hanf, D., Vos, E. (red.) *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Intersentia: Antwerpen, 2001

de Búrca, G. och Scott, J. (red.), *Constitutional Change in the EU – From Uniformity to Flexibility?* Hart, 2000, s. 31

de Witte, B.

– *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, i G. de Búrca och J. Scott (red.), *Constitutional Change in the EU – From Uniformity to Flexibility?* Hart, 2000, s. 31

– *Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas?* Sieps 2004:8

de Witte, B., Hanf, D., Vos, E. (red.) *The Many Faces of Differentiation in EU Law*.

Intersentia: Antwerpen, 2001, s. 131

EU:s framtida struktur: en gemensam grund och öppna partnerskap, Stockholm: SNS Förlag, 1999, s. 15

Flexible Integration: Towards a More Effective and Democratic Europe. Monitoring European Integration No. 6, Centre for Economic Policy Research (CEPR) 1995

Hettne, J. och Otken Eriksson, I. (red.) *EU-rättslig metod, teori och genomslag i svensk rättslämning*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005, s. 45

Lenaerts, K. och Van Nuffel, P.; Bray, R. (red.) *Constitutional Law of the European Union*, 2 uppl. London: Sweet & Maxwell, 2005., s. 491

Nergelius, J.

– *“De-legalize it” – On Current Tendencies in EC Constitutional Law*, Yearbook of European Law 2002, s. 464

– *And Now for Something Completely Different: It’s the EU Constitution – and its Formal Stuff*, ERT 2005 s. 421

– *EU:s nya grundlag – från maktbalans till rådsdominans, i En konstitution för Europa? Reflektioner*, Sieps 2004:3-7

Shaw, J. *European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic*, Oxford Journal of Legal Studies, 16 (1996), 231-254

Stubb, A. *Negotiating Flexibility in the European Union – Amsterdam, Nice and Beyond*, Basingstoke: Palgrave, 2002

Tuyschaever, F.

– *Differentiation in European Union Law*, Oxford: Hart Publishing, 1999

– *EMU and the Catch-22 of EU Constitution-making*, i de Búrca, G., och Scott, J. (red.) *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?* Hart Publishing: Oxford, 2000

SIEPS PUBLIKATIONER

Rapportserien

2006:5

*Freedom of Movement for Workers from Central and Eastern Europe:
Experiences in Ireland and Sweden*

Författare: Nicola Doyle, Gerard Hughes och Eskil Wadensjö

2006:4

*The Dynamics of Enlargement:
The Role of the EU in Candidate Countries' Domestic Policy Processes*

Författare: Andreas Bågenholm

2006:3

Sverige inför rätta: Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen

Författare: Maria Fritz och Jörgen Hettne

2006:2

*Armed and Ready?
The EU Battlegroup Concept and the Nordic Battlegroup*

Författare: Jan Joel Andersson

2006:1

*Leader or Foot-Dragger?
Perceptions of the European Union in Multilateral International
Negotiations*

Författare: Ole Elgström

2005:11

Den europeiska tillväxtdebatten

Författare: Anne D. Boschini och Rickard Eriksson

2005:10

*The Role of the National Courts in the European Union:
A Future Perspective*

Författare: Xavier Groussot

2005:9

Is the Commission the Small Member States' Best Friend?

Författare: Simone Bunse, Paul Magnette och Kalypso Nicolaïdis

2005:8

What Remains of the Stability Pact and What Next?

Författare: Lars Calmfors

2005:7

European Integration and Trade Diversion: Yeats revisited

Författare: Ari Kokko, Thomas Mathä och Patrik Gustavsson Tingvall

- 2005:6
EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid
Författare: Anna Meyrowitsch, Emanuel Allroth och Jörgen Hettne
- 2005:5
*From Policy Takers to Policy Makers:
Adapting EU Cohesion Policy to the Needs of the New Member States*
Redaktörer: Jonas Eriksson, Bengt O. Karlsson och Daniel Tarschys
- 2005:4
*The Enigma of European Added Value:
Setting Priorities for the European Union*
Författare: Daniel Tarschys
- 2005:3
*Folkomröstning eller parlamentsratificering
– hur besluta om förslaget till konstitutionellt fördrag?*
Författare: Ann-Catrine Jungar och Christer Karlsson
- 2005:2
Gamla och nya lagstiftare – om EU och straffrätt
Författare: Gunnar Persson
- 2005:1
EU:s nya konstitution – ett nationalekonomiskt perspektiv
Författare: Mikael Priks
- 2004:9
*The Political Dynamics of Turkish Accession to the EU:
A European Success Story or the EU's Most Contested Enlargement?*
Författare: Kirsty Hughes
- 2004:8
Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas?
Författare: Bruno de Witte
- 2004:3–7
En konstitution för Europa? Reflektioner
Författare: Joakim Nergelius, Torbjörn Larsson, Ulrika Mörth,
Ola Zetterquist och Thomas Bull
- 2004:2
*EU:s och USA:s livsmedelsbistånd
– effekter på lokal produktion och import*
Författare: Carl-Johan Belfrage (publicerad i samarbete med
Livsmedelsekonomiska institutet)
- 2004:1
Regional integration och regionala handelsavtal
Författare: Patrik Gustavsson och Ari Kokko

- 2003:19
Industrial Structure and Industry Location in an Enlarged Europe
Författare: Karolina Ekholm
- 2003:18
Coming of Age? Economic Management of the European Union
Författare: Per Molander och Allan Gustafsson
- 2003:17
Reinventing Cohesion: The Future of European Structural Policy
Författare: Daniel Tarschys
- 2003:16
Företagsförvärv inom EU
– rättsliga problem för stora företag med liten hemmamarknad
Författare: Ulf Bernitz
- 2003:15
Domstolarna i Europeiska unionens konstitution
Författare: Jörgen Hettne och Ulf Öberg
- 2003:14
Decentralized Agencies and the IGC – A Question of Accountability
Författare: Carl Fredrik Bergström och Matilda Rotkirch
- 2003:12
Nationella parlament och beslutsfattande på europeisk nivå
Författare: Fredrik Langdal
- 2003:11
Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU
Författare: Michael Hellner
- 2003:10
Säkerhet och försvar i framtidens EU
– en analys av försvarsfrågorna i det europeiska konventet
Författare: Magnus Ekengren och Sara Larsson
- 2003:9
Reforming the Council – A Work in Progress
Författare: Helen Wallace och Fiona Hayes-Renshaw
- 2003:8
Simply Simplification? The Proposal for a Hierarchy of Legal Acts
Författare: Carl Fredrik Bergström och Matilda Rotkirch
- 2003:7
The Invisible Transformation of Codecision
– Problems of Democratic Legitimacy
Författare: Henry Farrell och Adrienne Héritier

2003:6

Skatterna – konkurrens eller harmonisering?

Författare: Mats Persson

2003:5

Flyktingpolitiken i framtidens EU

Författare: Hans E Andersson

2003:4

Subsidiaritetsprincipen – politisk granskning eller juridisk kontroll?

Författare: Jörgen Hettne

2003:3

Förberedelser inför regeringskonferenser

– framtidskonventet i sitt sammanhang

Författare: Karl Magnus Johansson

2003:2

Befogenhetsfördelning mellan EU och medlemsstaterna

Författare: Fredrik Langdal och Josefin Almer

2003:1

The Open Method of Coordination

– A New Governance Architecture for the European Union?

Författare: Claudio M Radaelli

Utredningsserien

2004:2u

Nettomigrationen från de nya EU-länderna

– utvärdering och prognostisering

Författare: Jonas Eriksson

2004:1u

European Governance

– An Overview of the Commission's Agenda for Reform

Författare: Josefin Almer och Matilda Rotkirch

2003:3u

EU:s framtidskonvent – resultatet

Författare: Josefin Almer

2003:2u

Konventet bakom kulisserna

– om arbetsmetoden och förhandlingsspelet i Europeiska konventet

Författare: Håkan Jonsson och Hans Hegeland

2003:1u

EU:s framtidskonvent – en översikt

Författare: Josefin Almer

Occasional Papers

2006:1op

The Austrian EU Presidency: A Midterm Report

Författare: Edward Best

2005:2op

The 2005 UK Presidency: Beyond the British Question?

Författare: Edward Best

2005:1op

The 2005 Luxembourg Presidency:

A Presidency Devoted to the Stability and Growth Pact and to the Lisbon Process

Författare: Patrick Dumont och Philippe Poirier

2004:1op

The Netherlands 2004 EU Council Presidency

– Dutch EU Policy-making in the Spotlights

Författare: Mendeltje van Keulen

2003:2op

Italiensk utenrikspolitikk under Berlusconi-regjeringen frem til EU formannskapet

Författare: Elisabetta Cassina Wolff

2003:1op

Contrasting Transatlantic Interpretations

– The EU and the US towards a Common Global Role

Författare: Ludger Kühnhardt

Sieps ●●●

Svenska institutet för europapolitiska studier

Universitetsvägen 10 F
106 91 Stockholm
Stockholms universitet,
Frescati, Hus F, plan 6
Tel: 08-16 46 00
Fax: 08-16 46 66
E-post: info@sieps.se
www.sieps.se