Åbo Akademi

OPEN ACCESS

This is an electronic reprint of the original article. This reprint may differ from the original in pagination and typographic detail.

# Lissabonfördraget och EU:s flexibilitetsklausul: En utvecklingsmekanism i utveckling

Engström, Viljam

*Published in:*
Rätt och utveckling - Oikeus ja kehitys

Published: 01/01/2010

Link to publication

*Please cite the original version:*
Engström, V. (2010). Lissabonfördraget och EU:s flexibilitetsklausul: En utvecklingsmekanism i utveckling. In V. Engström (Ed.), *Rätt och utveckling - Oikeus ja kehitys* (pp. 81–94)

**General rights**
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

**Take down policy**
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

This document is downloaded from the Research Information Portal of ÅAU: 17. Jun. 2025

Viljam Engström, Lissabonfördraget och EU:s flexibilitetsklausul: en utvecklingsmekanism i utveckling, i Rätt och utveckling – Oikeus ja Kehitys (2010), Åbo Akademis förlag.

## 1 Inledning

Möjligheten för internationella organisationer att utöva sådana befogenheter som inte uttryckligen tilldelats organisationen i dess konstitution fastställdes redan för över 60 år sedan som en rättsprincip av Internationella domstolen.[1] Inom EU-rätten har denna möjlighet uttryckligen tillförsetts i form av artikel 352 av Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (tidigare artikel 235 och 308).[2] Även om den mekanism som artikel 352 fastställer betecknats på många olika sätt, är dess grundfunktion att förse unionen med en möjlighet att utvidga sina befogenheter. Den kan därför anses kodifiera den folkrättsliga doktrinen om implicita befogenheter.[3]

Artikel 352, eller flexibilitetsklausulen, har varit del av EG/EU allt sedan Romfördraget emedan klausulen har upplevts på olika sätt vid olika tidpunkter. Den politiska viljan för bruk av klausulen har genomgått stora förändringar. Bruk av klausulen har därför karakteriserats som alltför inaktivt såväl som överaktivt. Klausulens ordalydelse har däremot kvarstått oförändrad.

Eftersom klausulens syfte är att förse EU med befogenheter i en situation där medlemsstaterna inte uttryckligen har tillskrivit sådana i fördragen, definierar klausulen de yttre gränserna för EU:s lagstiftningsverksamhet. Av denna orsak fungerar diskussioner om klausulen också som en spegelbild för meningsskiljaktigheter beträffande Europeisk integration mer allmänt. I denna diskussion kommer en uppfattning av klausulen som ett nödvändigt redskap för effektiv integration att stå mot en föreställning av klausulen som ett hot mot medlemmarnas suveränitet. Denna dikotomi diskuterades till exempel av Tyska statsförfattningsdomstolen i dess avgörande om Lissabonfördraget.[4]

---

[1] Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Rådgivande yttrande, 11 april 1949), ICJ Reports 1949, s. 183. Om bruk av termen konstitution se *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Rådgivande yttrande, 8 juli 1996), ICJ Reports 1996, para. 19.

[2] Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (30 april 2008), OJ C 115/47 (9 maj 2008).

[3] Denna karakterisering gör även t.ex. Joseph Weiler, *The Constitution of Europe: "Do the New Clothes have an Emperor?" and other Essays on European Integration*, 1999, Cambridge University Press, och Carl Lebeck, "Implied Powers Beyond Functional Integration? The Flexibility Clause in the Revised EU Treaties", i 17 *Journal of Transnational Law and Policy* 2008, 303-358.

[4] The Federal Constitutional Court of Germany, Judgment of 30 June 2009, 2 BvE 2/08. Se även The Constitutional Court of the Czech Republic, Judgment of 26th November 2008, Pl. US. 19/08.

Även om flexibilitetsklausulen inte är det enda sättet på vilket EU kan utvidga sina befogenheter, har klausulen karakteriserats som den mest påtagliga mekanismen för detta ändamål.[5] Syftet med denna artikel är att ge en överblick över klausulens utveckling och funktion speciellt i ljuset av de ändringar som Lissabonfördraget medför. Frågan är speciellt intressant eftersom Lissabonfördraget för första gången substantiellt omskriver klausulen.[6]

## 2 Flexibilitetsklausulens historia

Då Romfördraget trädde i kraft (1958) var den folkrättsliga doktrinen om implicita befogenheter redan fast förankrad i Internationella domstolens rättspraxis. Artikel 235 av Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen angav i samma anda:

> 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 beslut på förslag från kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta de åtgärder som behövs.[7]

Artiklarna 235 och 236 fastställde de medel med vilka fördraget kunde modifieras till ändrande omständigheter. Medan artikel 236 fastslog förfarandet för formell fördragsändring i form av en konferens, var artikel 235 utformad som ett redskap som gemenskapen skulle kunna utnyttja vid behov.[8] Den mest märkbara skillnaden mellan mekanismerna var att medan det vid konferensen fattas beslut om revision av fördragen mellan medlemsstater (och härmed inbegriper ratificering i nationella parlament), fattas beslut om bruk av klausulen mellan regeringsrepresentanter. Vissa skribenter åtskiljer de två mekanismerna även med tanke på karaktären av den befogenhetsutvidgning som kan verkställas med hjälp av dem. I denna konstellation är tanken att den formella ändringsmekanismen fungerar som en övre gräns för bruk av flexibilitetsklausulen.[9]

---

[5] För karakteriseringen, se Weiler 1999, s. 52.

[6] En vidareutvecklad version av denna artikel kommer att utkomma i tidskriften International Organizations Law Review 2010.

[7] Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen, 25 mars 1957, 298 *UNTS* 11, Artikel 235. Det bör noteras att alla skribenter inte håller med om karakteriseringen av flexibilitetsklausulen som en kodifierad version av doktrinen om implicita befogenheter. Ofta baseras dock en dylik kritik på en alltför snäv uppfattning av doktrinen.

[8] I fördraget om Europeiska kol- och stålgemenskapen ingick dessa två mekanismer till och med i en och samma artikel (artikel 95). Se Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen, 18 april 1951, 261 *UNTS* 140, artikel 95.

[9] Se t.ex. Franziska Tschofen, ”Article 235 of the Treaty Establishing the European Economic Community: Potential Conflicts between the Dynamics of Lawmaking in the Community and National Constitutional Principles”, i 12 *Michigan Journal of International Law* 1991, 471-509, s. 484-485. Frågan diskuteras med nedan.

I detta tidiga skede av europeisk integration upplevdes dock gemenskapens uttryckliga befogenheter som tillräckliga för att uppbygga gemenskapens grundstukturer. Som en konsekvens utnyttjades flexibilitetsklausulen enbart sporadiskt. Även klausulens ordalag tolkades snävt.[10] Även om Internationella domstolen redan 1962 hade givit Förenta Nationerna stor tolkningsfrihet beträffande sina befogenheter, kände EEG:s medlemsstater inte ett behov för befogenhetsutvidgning.

Denna restriktiva inställning kom att ändras 1972 då en överenskommelse om en omtolkning av klausulen uppnåddes vid toppmötet i Paris. Klausulen skulle utnyttjas som ett verktyg för att främja den europeiska integrationen.[11] Resultatet blev en kvantitativ ökning i bruk såväl som en kvalitativ ändring av hur klausulen uppfattades.[12] Weiler hävdar att *de facto* bruket av klausulen upp till antagningen av Enhetsakten (1986) var så expansivt att gemenskapsrätten kom att framstå som gränslöst.[13]

Enhetsakten var den första revisionen av Romfördragen. Dess syfte var att anpassa gemenskaperna för att bättre kunna uppnå en gemensam marknad. Detta betydde bland annat att nya politikområden och uttryckliga befogenheter tillades. Eftersom medlemskapet i gemenskaperna hade fördubblats hade också konsensusförfarandet blivit en alltför långsam beslutsform. Därför introducerades majoritetsförfarandet genom Enhetsakten. Som ett resultat kom Kommissionens roll i lagstiftningsprocessen att betonas, emedan Europaparlamentets inflytande alltjämt byggde på konsultation. Av denna orsak anses ofta Enhetsakten utgöra startskottet för diskussionen om EU:s demokratiska legitimitet.[14]

I denna övergång till majoritetsförfarande i rådet framstod nu flexibilitetsklausulen (med sitt enhällighetskrav) plötsligt som en kvarleva av ett tidigare system. Trenden även efter Enhetsakten var dock en stadig ökning i bruk av klausulen. Det är inte innan Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (Maastrichtfördraget) 1992 som indikationer av en omvänd trend kan identifieras. Emedan Maastrichtfördraget bibehöll klausulens ordalag i oförändrad form, kom tolkningen av klausulen efter 1992 att gradvis bli snävare.[15] Under flera år av entusiastisk integration hade gemenskapen konstant expanderat sin lagstiftningskompetens. I och med Maastrichtfördraget införde medlemmarna därför vissa skyddsmekanismer för att indikera att gemenskapens

[10] Weiler 1999, s. 53.
[11] Se Declaration of the Paris Summit (19-20 oktober 1972), i EC Bulletin 10-1972.
[12] Domstolen fastställde denna ändrade tolkning i Mål 8/73 *Hauptzollamt Bremerhaven mot Massey-Ferguson GmbH* [1973] European Court Reports 897, para. 4.
[13] Weiler 1999, s. 54-55, not 120, och 60.
[14] Weiler 1999, s. 65.
[15] Se Robert Schütze, ”Dynamic Integration – Article 308 EC and Legislation ’In the Course of the Operation of the Common Market’: A Review Essay”, i 23 Oxford Journal of Legal Studies 2003, 333-343 (bokrecension på boken M. Bungenberg, Article 235 EGV nach Maastricht: Die Auswirkungen det Einheitlichen Europäischen Akte und des Vertrages über die Europäische Union auf die Handlungsbefugnis des Art. 235 EGV (Art. 308 EGV n.F.), 1999, Nomos).

lagstiftningskompetens inte är gränslös. De främsta av dessa är principen om tilldelade befogenheter samt subsidiaritetsprincipen.[16] EG-domstolen följde denna trend och bekräftade i sitt yttrande 2/94 (det så kallade *ECHR* yttrandet) från 1996 att en befogenhetsutvidgning genom flexibilitetsklausulen har en gräns, och att denna gräns följer av den tilldelade karaktären av gemenskapens befogenheter.[17] Denna trend utmynnade vid tiderna för förhandlingarna om Amsterdamfördraget (1997) i diskussioner om möjligheter att begränsa klausulen. Klausulens ordalag bibehölls dock slutligen intakt (men omnumrerade den till artikel 308). Den allmänna trenden har dock sedan *ECHR* yttrandet hållit i sig (och har till och med blivit mer tydlig under 2000-talet).[18]

Trots denna långvariga trend av minskat bruk av flexibilitetsklausulen, är det först under senare år som klausulen har blivit allvarligt ifrågasatt. Detta kulminerade i Förklaringen om Europeiska unionens framtid som antogs i Laeken (Laeken-förklaringen) där frågan uttryckligen ställdes huruvida en revision av klausulen vore nödvändig för att undvika en smygande expansion av gemenskapsrätten.[19] I de efterföljande diskussionerna i Europeiska konventet identifierades ett antal olika sätt på vilka detta hot kunde bemötas. En diskussion fördes till exempel huruvida teleologiska tolkningar av befogenheter kunde begränsas genom en högre grad av (och mer detaljerad) nedteckning. I denna anda föreslogs antagning av en befogenhetskatalog.[20] Ett argument framfördes även att en konstitutionalisering av EG-rätten skulle kräva att klausulen avskaffas. Detta förslag, såväl som ett förslag att underställa flexibilitetsklausulen ett yttrande av EG-domstolen förkastades dock av konventets arbetsgrupp V (om kompletterande befogenheter). I själva verket betonade denna arbetsgrupp entydig behovet av att bibehålla klausulens tudelade karaktär. Medan arbetsgruppen varnade att bruk av klausulen aldrig får ge intrycket av att unionen definierar sin egen kompetens, erkände gruppen å andra sidan vikten av att bibehålla en förmåga till dynamisk utveckling.[21]

## 3 Lissabonfördraget och artikel 352

[16] Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, (7 februari 1992), OJ C 224/1 (31 augusti 1992), artikel 3b.

[17] Yttrande 2/94, *Gemenskapens anslutning till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, (28 mars 1996) [1996] European Court Reports 1759, para. 29-30 och 34-35.

[18] Enligt Schütze har mängden beslut / år sjunkit från 27 till 17, Schütze 2003, s. 110, not 140.

[19] Förklaringen om Europeiska unionens framtid (15 december 2001), annex I till *Presidency Conclusions of the Laeken European Council* (14-15 december 2001), SN 300/1/01 REV 1.

[20] Se Discussion Paper on Delimitation of Competence between the European Union and the Member States – Existing System, Problems and Avenues to be Explored, CONV 47/02 (15 maj 2002), paragraf 4(b).

[21] Europeiska konventet, Slutrapport från arbetsgrupp V, CONV 375/1/02 (4 november 2002).

Emedan de mest radikala revideringsförslagen av flexibilitetsklausulen inte förverkligades måste dock slutresultatet såsom det nu står nedskrivet i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt trots allt betraktas som en fundamental omarbetning av klausulen. Den omnumrerade klausulen lyder:

> 1. Om en åtgärd från unionens sida skulle visa sig nödvändig för att, inom ramen för den politik som fastställs i fördragen, nå något av de mål som avses i fördragen, och dessa inte föreskriver de nödvändiga befogenheterna för detta, ska rådet med enhällighet, på förslag av kommissionen och efter Europaparlamentets godkännande, anta lämpliga bestämmelser. Om bestämmelserna i fråga antas av rådet i enlighet med ett särskilt lagstiftningsförfarande, ska det också besluta med enhällighet, på förslag av kommissionen och efter Europaparlamentets godkännande.
>
> 2. Kommissionen ska vid det förfarande för kontroll av subsidiaritetsprincipen som avses i artikel 5.3 i fördraget om Europeiska unionen uppmärksamma nationella parlament på de förslag som grundar sig på den här artikeln.
>
> 3. De åtgärder som grundar sig på denna artikel får inte omfatta någon harmonisering av medlemsstaternas lagar och andra författningar i de fall där fördragen utesluter en sådan harmonisering.
>
> 4. Denna artikel får inte ligga till grund för att uppnå mål som omfattas av den gemensamma utrikes– och säkerhetspolitiken och varje akt som antas i enlighet med denna artikel ska respektera de begränsningar som fastställs i artikel 40 andra stycket i fördraget om Europeiska unionen.[22]

Vissa ändringar av klausulen bör framhävas. För det första raderas den tidigare hänvisningen till den gemensamma marknaden. Emedan den tidigare formuleringen talade om åtgärder som är nödvändiga för att inom den gemensamma marknadens ram förverkliga något av gemenskapens mål, ska åtgärder nu tas inom ramen för den *politik* som fastställs i fördragen. Om detta tolkas ordagrant verkar klausulens tillämpning härmed mer begränsad än tidigare, eftersom utvidgning av unionens politikområden inte längre är möjligt.[23]

En mer pragmatisk tolkning av denna ändring är dock också möjligt. Eftersom gemenskapsterminologin i och med slopandet av pelarsystemet har övergivits, kan inte flexibilitetsklausulen längre hänvisa enbart till den gemensamma marknaden. Unionen omfattar trots allt även andra politikområden. I denna tolkning utgör den ändrade

---

[22] Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (30 april 2008), OJ C 115/47 (9 maj 2008), artikel 352.

[23] Så resonerar t.ex. Schütze 2003, s. 114. T.ex. miljörätt nämns ofta som ett område som ursprungligen omfattades av EG-rätten genom bruk av flexibilitetsklausulen. Se André Nollkaemper, "The European Community and International Environmental Co-operation – Legal Aspects of External Community Powers", i 2 *Legal Issues of European Integration* 1987, 59-88.

vokabulären i själva verket ett uttryck för en utvidgning av flexibilitetsklausulens tillämpningsområde, då den nu som utgångspunkt är tillämpbar på alla unionens politikområden. De enda undantagen är den gemensamma utrikes– och säkerhetspolitiken (som ännu i Konventets modell även den omfattades av klausulen), och att harmonisering av medlemsstaternas lagar och andra författningar inte får ske i de fall där fördragen utesluter harmonisering.[24]

Härutöver har vissa processuella tillägg till klausulen gjorts. Klausulen kopplas till subsidiaritetsprincipen, eller mer exakt, den mekanism enligt vilken nationella parlament kan yttra sig om och begära omprövning av lagförslag som medlemmar bedömer att inte är förenliga med subsidiaritetsprincipen (processen definieras i protokoll nr. 2 till Lissabonfördraget om tillämpning av subsidiaritets och proportionalitetsprinciperna). I motsats till Konventet som föreslog *ex ante* juridisk kontroll av EU-domstolen introduceras härmed ett system av politisk kontroll. Sist men inte minst förstärks Europaparlamentets roll genom att den tidigare konsultativa rollen uppgraderas till en *de facto* veto rätt i och med att parlamentet numera måste bifalla lagförslag som baserar sig på klausulen.

I en Förklaring till artikel 352 i Fördraget om Europeiska unionens förfaringssätt upprepas EU-domstolen resonemang i yttrande 2/94:

> Konferensen understryker att, i enlighet med Europeiska unionens domstols fasta rättspraxis, kan artikel 352 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, som är en integrerad del av ett institutionellt system som grundas på principen om tilldelad befogenhet, inte ligga till grund för en utvidgning av tillämpningsområdet för unionens befogenhet utöver den allmänna ram som skapas av bestämmelserna i fördragen som helhet, särskilt de bestämmelser i vilka unionens uppgifter och verksamhet fastställs. Denna artikel kan under inga omständigheter användas som grund för antagande av bestämmelser som i sak skulle innebära en ändring av fördragen utan att det förfarande som fastställts för detta ändamål har följts.[25]

Emedan denna förklaring uttrycker en klar vilja att undvika en otillbörlig kompetensutvidgning, är dess praktiska effekt dock oklar, inte minst på grund av att annex till fördragen inte är rättsligt bindande.[26]

---

[24] Harmoniseringsförbudet gäller på basen av specialbestämmelser t.ex. områden såsom sysselsättningspolitik, socialpolitik, invandringspolitik samt straffrättsligt samarbete.

[25] Se Förklaringar som fogas till slutakten från den regeringskonferens som antagit Lissabonfördraget (13 december 2007), nr 42: Förklaring till artikel 352 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

[26] Se t.ex. Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, 2004, Hart Publishing s. 38, och Trevor Hartley, *The Foundations of European Community Law,* 2007, Oxford University Press, s. 87.

## 4 Om flexibilitetsklausulens natur

De ändringar av flexibilitetsklausulen som Lissabonfördraget medför sänder motstridiga signaler. Å ena sidan antyder begränsningarna av dess tillämpningsområde samt betoningen (genom Förklaring till artikel 352) av principen om tilldelade befogenheter en betoning av klausulens begränsade karaktär. Å andra sidan medför fördraget inga ändringar i klausulens grundmekanism, medan tillämpningsområdet i själva verket utvidgas. Behovet av att identifiera det rättsliga innehållet av flexibilitetsklausulen och doktrinen om implicita befogenheter mer allmänt (och gärna i form av absoluta gränser) är en återkommande fråga. Som ett uttryck för detta ställs tillit ofta till en hög grad av detalj.[27] Även hänvisningarna till formella ändringsmekanismen, principen om tilldelade befogenheter, och uttryckliga uteslutandet av gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken (samt frågor där harmonisering uttryckligen förbjudits) måste ses som försök till att begränsa tillämpning av klausulen. Medan dessa tillägg påverkar klausulens begreppsliga konstruktion, är det mer osäkert huruvida ändringarna kommer att begränsa klausulens dynamik.

Själva grundorsaken till denna osäkerhet härstammar från flexibilitetsklausulens natur som inte möjliggör en definition av klausulens innehåll i det abstrakta. Klausulen för med sig per definition en osäkerhet till frågan om EU:s lagstiftningskompetens. Klausulens expansiva karaktär tar sig uttryck i den tanke om funktionell nödvändighet som klausulen bygger på. Samtidigt ska åtgärden vara ”lämplig”, vilket betyder att åtgärden måste vara proportionerlig i strävan efter att uppfylla EU:s ändamål. Denna balansgång mellan den expansiva och restriktiva sidan identifierades redan 1819 i fallet *McCulloch v The State of Maryland et al.* Fallet anses utgöra första gången då doktrinen om implicita befogenheter definierats. I fallet fastställde USA:s högsta domstol:

> To employ the means necessary to an end, is generally understood as employing any means calculated to produce the end, and not as being confined to those single means, without which the end would be entirely unattainable. Such is the character of human language, that no word conveys to the mind, in all situations, one single definite idea; and nothing is more common than to use words in a figurative sense. … The word ‘necessary’ is of this description. It has not a fixed character peculiar to itself. It admits of all degrees of comparison …[28]

Det är således ingen överraskning att flexibilitetsklausulen har karakteriserats både som en undantagsmekanism som kräver restriktiv tolkning, och som ett verktyg för

[27] Härmed är det inte överraskande att detta även diskuterades under Konventets arbete. Se Discussion Paper on Delimitation of Competence between the European Union and the Member States – Existing System, Problems and Avenues to be Explored, CONV 47/02 (15 maj 2002).
[28] *McCulloch v The State of Maryland et al.*, 1819, 17 US (4 Wheat.) 316, s. 414.

ohämmad expansion av befogenheter.[29] Båda karakteriseringarna är korrekta eftersom klausulen kan anta bägge roller.

Principen om tilldelade befogenheter lyckas inte heller begränsa tillämpningen av flexibilitetsklausulen eftersom alla befogenheter, såväl uttryckliga som de som härleds med hjälp av flexibilitetsklausulen, kan karakteriseras som tilldelade.[30] I Yttrande 2/94 om gemenskapens anslutning till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna fastställde EU-domstolen att flexibilitetsklausulen själv är en del av det institutionella system som baseras på principen om tilldelade befogenheter.[31] Eftersom flexibilitetsklausulen är en del av unionens tilldelade befogenheter torde även befogenheter som utövats på basen av denna klausul betraktas som tilldelade. Som en följd verkar principen om tilldelade befogenheter tappa sin roll som en begränsning av dynamisk befogenhetsutveckling. Snarast framstår principen som en vokabulär genom vilken acceptans (eller motsättning) till bruk av klausulen kan kläs.[32]

Argumentet om att flexibilitetsklausulen inte kan användas som grund för ”antagande av bestämmelser som i sak skulle innebära en ändring av fördragen” fungerar inte desto bättre som en garanti mot expansiv tillämpning av klausulen. En dylik avgränsning leder enbart till följdfrågan om när en sådan utveckling som skulle ”innebära en ändring av fördragen” står till hands.[33]

Den enda entydiga begränsningen av flexibilitetsklausulen verkar således utgöras av att gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken uttryckligen uteslutits (samt frågor där harmonisering uttryckligen förbjudits i fördragen). Men även i detta fall kan skenet av otvetydighet bedra eftersom själva definitionen av gemensam utrikes- och säkerhetspolitik inte alltid är okontroversiell. Innan Lissabonfördraget uppkom detta problem ofta som en fråga om huruvida viss aktivitet faller inom gemenskapens eller unionens ändamål. EU-domstolens resonemang till exempel i *Kadi*-fallet har väckt kritik för att konstruera en *de facto* obefintlig länk mellan utrikespolitik och den interna marknaden (för att möjliggöra tillämpning av flexibilitetsklausulen). Följaktligen har denna förvanskning betraktats som en direkt motsatt tolkning till utgångspunkten enligt vilken flexibilitetsklausulen inte kan tillämpas utanför den så kallade första pelaren (vilket var situationen innan Lissabonfördraget).[34] Det verkar således enbart vara i de fall

[29] Se Schütze 2003, s. 103 och s. 109-110 med många ytterligare hänvisningar.

[30] Detta uttryckte internationella domstolen i *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Rådgivande yttrande, 8 juli 1996), ICJ Reports 1996, paragraf 25.

[31] Gemenskapens anslutning till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Yttrande från domstolen den 28 mars 1996, Yttrande 2/94, Rättsfallssamling 1996 s. I-01759, para. 30.

[32] För en mer detaljerad diskussion, se Engström 2009.

[33] Detta påpekas även av Schütze 2003, s. 91-95 och s. 112.

[34] Se t.ex. P. Takis Tridimas, “Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC Legal Order”, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 12/2009, s. 6-7, och Angus Johnston, “Frozen in time?The ECJ Finally Rules on the Kadi Appeal”, i 68 Cambridge Law Journal

då en gemensam uppfattning om EU-fördragens tolkning redan existerar, som denna avgränsning kan anses utgöra ett förtydligande av klausulens tillämpningsområde.

Det är gentemot denna bakgrund inte överraskande att till exempel den finska regeringspropositionen om godkännande av Lissabonfördraget nöjer sig med att uppräkna ändringarna, och att på ett allmänt plan konstatera att klausulens tillämpningsförutsättningar och tillämpningssätt ändras.[35] Då klausulens även efter Lissabonfördraget bibehåller sin ovissa karaktär är det omöjligt att förutspå klausulens kommande utveckling eller dess ”sanna” natur. Även efter Lissabonfördraget kommer flexibilitetsklausulen således att undgå någon absolut karakterisering. Härmed återkommer den evighetsfråga som alltid har plågat tanken om implicita befogenheter: hur kan klausulen samt den medföljande möjligheten till dynamisk utveckling bibehållas, och samtidigt bemöta en oro om att klausulen kan komma att tolkas på ett sätt som medför en otillbörlig utvidgning av befogenheter. Detta leder intresset till de ändringar i tillämpningssätt som Lissabonfördraget medför.

## 6 Flexibilitetsklausulen i ett konstitutionaliserande EU

Som utgångspunkt måste det upprepas att beslut om bruk av flexibilitetsklausulen har tidigare krävt och kräver även efter Lissabonfördraget enhällighet i rådet. Detta betyder att de åtgärder som vidtas har godtagits av alla medlemsstater. Hur aktivt och liberalt klausulen än tillämpas går det inte att bortse från det faktum att EU:s medlemsstater härmed har samtyckt till denna tillämpning. Samtidigt framstår det klart att detta samtycke inte lyckas avvärja en kritik om att klausulen fungerar som en mekanism för krypande (otillbörlig) expansion av befogenheter. Bruk av flexibilitetsklausulen lider av en brist på legitimitet som enhällighet mellan regeringsrepresentanter i rådet inte lyckas råda bot på.

EU:s legitimitetsproblem har blivit något av ett evighetstema trots att den demokratiska karaktären har varit ett huvudtema för varje större fördragsändring. I själva verket betonade den så kallade Vedel-rapporten redan 1972 Europaparlamentets roll i bruk av flexibilitetsklausulen (dvs. samma år som klausulen återupplivades som en integrationsmekanism). Bland olika visioner om hur parlamentets inflytande i lagstiftningsverksamheten kunde ökas, föreslog rapporten bland annat att godkännande

---

2009, s. 1-4. EU domstolens själv fastslog dock som utgångspunkt i Kadi-fallet att flexibilitetsklausulen inte är tillämpbar inom den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken, see Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation mot Europeiska unionens råd, Europeiska gemenskapernas kommission, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, Förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P (3 september 2008), paragraf 198-201.

[35] Regeringens proposition med förslag om godkännande av Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och till lag om sättande i kraft av de bestämmelser i fördraget som hör till området för lagstiftningen, RP 23/2008 rd, s. 270-271.

av parlamentet borde krävas innan beslut på basen av flexibilitetsklausulen fattas. Motiveringen till detta var att eftersom en utvidgning av gemenskapens befogenheter leder till att nationella parlament tappar såväl lagstiftningsmakt som de facto inflytande, borde Europaparlamentet som språkrör för Europas sociala krafter betonas.[36] Lissabonfördraget fullföljer nu detta förslag.

Denna utveckling av Europaparlamentets roll är del av en mer allmänt förbättrad ställning för Parlamentet som Lissabonfördraget medför. Betoningen av Parlamentets roll under flexibilitetsklausulen tillför en mekanism av politisk kontroll och öppnar därmed frågan om gränserna för unionens befogenheter för bredare politisk överläggning. Genom att lägga tillit till politisk kontroll av Europaparlamentet betonas dock även frågan om parlamentets förmåga att råda bot på unionens legitimitetsproblem. Kritiker hävdar att en fokus på lagstiftningsprocessen inom EU inte nödvändigtvis lyckas förbättra beslutens legitimitet eftersom själva grundorsaken till problemet finns på annat håll – i avsaknaden av en gemensam identitet.[37] Kritiker hävdar till och med att denna avsaknad av gemensam identitet leder till att en ökning av Europaparlamentets inflytande i själva verket förvärrar legitimitetsproblemet.[38] Om härtill tilläggs att flexibilitetsklausulens tillämpningsområde nu har utvidgats (genom att även polis- och straffrättsligt samarbete omfattas), kan slutresultatet vara en förvärring av EU:s legitimitetsproblem.

Mot denna bakgrund framstår involverandet av nationella parlament som en nödvändig utveckling. Om legitimering av beslut inte kan uppnås genom politisk överläggning på EU-nivå måste denna överläggning förflyttas till det nationella planet.[39] Detta blir speciellt påtagligt beträffande flexibilitetsklausulen. Desto mer dynamiska tolkningar av rättsordningen som förespråkas, desto mer kommer dessa tolkningar att tänja på fördragens ordalag. I samma takt kommer nödvändigheten att öka av att förankra denna tolkning i nationell konstitutionell debatt. I detta avseende är logiken den samma som med tanken om formell fördragsändring som en övre gräns för flexibilitetsklausulen. Om det finns ett identifierat behov av befogenhetsutveckling men frågan är för kontroversiell för att lösas på EU-nivå (genom tolkning), är involverandet av nationella lagstiftare enda möjligheten att gå vidare.

Även skapandet av en uttrycklig koppling mellan flexibilitetsklausulen och nationella parlament är del av en mer allmän betoning av nationella parlament som aktiva

---

[36] Report of the Working Party examining the problem of the enlargement of the powers of the European Parliament: Report Vedel, *Bulletin of the European Economic Community,* April 1972, nr. 4, s. 7-85. Se även Tschofen 1991, s. 506-507.

[37] För denna kritik, se t.ex. Wincott, Daniel, "Democracy and Constitutionalism in the European Community", i Zenon Bankowski and Andrew Scott (eds), *The European Union and its Order: The Legal Theory of European Integration*, 1999, Blackwell Publishing, 113-130, s. 116.

[38] Weiler 1999, s. 81-86. Så också Grimm 1995, s. 298-299.

[39] Om detta, se Philipp Kiiver, The National Parliaments in the European Union: A Critical View on EU Constitution-building, 2006, Kluwer Law International, s. 171.

deltagare i unionens beslutsfattande. Kopplingen tillför en ytterligare dimension av politisk kontroll, och medför således en reell ändring av förfarandet med syfte att åtgärda legitimitetsproblem vid bruk av flexibilitetsklausulen.[40] Precis som den förstärkta rollen för Europaparlamentet, kan dock även kopplingen till nationella parlament ifrågasättas.

Först av allt kan man fråga sig om denna mekanism egentligen medför något nytt till den allmänna rätt som nationella parlament redan tidigare har haft att invända mot lagförslag. Även om den allmänna informationsskyldigheten som fastställs i Protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna återupprepas, är det också klart att ett yttrande av en enskild medlemsstat inte kan leda till omprövning. För att en reell överläggning och diskussion mellan unionen och medlemsstaterna ska förverkligas (i form av omprövning), krävs 1/3 av det totala antalet röster som har tillfördelats de nationella parlamenten. Härutöver krävs enkel majoritet för att Europaparlamentet ska involveras i omprövningen. I bägge fallen skulle denna kritiska massa redan i sig göra det osannolikt att lagförslaget kunde antas enhälligt i rådet.[41]

För det andra leder fokuset på nationella parlament till att skillnaden mellan formell fördragsändring och en befogenhetsutvidgning genom flexibilitetsklausulen blir allt diffusare. Detta kan ha oönskade bieffekter. Involverandet av nationella parlament kan påverka uppfattningen om EU som en autonom aktör.[42] Utövande av befogenheter, och speciellt implicita befogenheter, är trots allt ett av de mest grundläggande karaktärsdragen för organisationers autonomi (i förhållande till sina medlemmar).[43] En ”smygande” kompetensökning är en väsentlig del av processen genom vilken den nödvändiga autonomin tillförs till unionen för att möjliggöra bemötande av gemensamma problem. I motsats till detta verkar den omskrivna flexibilitetsklausulen nu ge upp en del av denna autonomi till fördel för medlemsstaterna. Frågan uppstår även huruvida *ex ante* kontroll är funktionellt. Medan själva syftet med flexibilitetsklausulen är att tillförse en mekanism för dynamisk utveckling av EU vid

---

[40] Även om direkt inflytande av nationella parlament i lagstiftningsprocessen kvarstår som svag. Se Philipp Kiiver, “European Treaty Reform and the National Parliaments: Towards a New Assessment of Parliamentary-Friendly Treaty Provisions, i Jan Wouters *et al*, *European Constitutionalism beyond Lisbon*, 2009 Intersentia, 131-146, s. 131-132, och Walter van Gerven, “Wanted: More Democratic Legitimacy for the European Union – Some Suppositions, Propositions, Tests and Observations in Light of the Fate of the European Convention”, i Jan Wouters *et al*, *European Constitutionalism beyond Lisbon*, 2009 Intersentia, 147-183, s. 171.

[41] Detta bygger på Kiiver 2009, s. 141-143 som karakteriserar fokuset på nationella parlament som en symbolisk gest. Se även George A. Bermann, “The Lisbon Treaty: The Irish ‘No’. National Parliaments and Subsidiarity: An Outsider´s View”, i 4 *European Constitutional Law Review* 2008, 453-459, som identifierar många praktiska problem med denna form av övervakning.

[42] Denna farhåga hade redan Tschofen 1991, s. 506.

[43] Befogenheter var också det kriterium som togs fasta på i början på 1900-talet då själva tanken om organisationer som självständiga rättsliga aktörer diskuterades. För en diskussion, se David J. Bederman, “The Souls of International Organizations: Legal Personality and the Lighthouse at Cape Spartel”, i 36 *Virginia Journal of International Law* 1996, 275-377, s. 336-343.

akuta behov, medför en process med nationell parlamentarisk debatt oundvikligen en utdragen beslutsprocess. Om unionens effektivitet kommer att lida av denna utdragna process kan slutresultatet likväl bli ett legitimitetsproblem.[44]

## 7 Avslutning

I dikotomin mellan effektivitet och bibehållen legitimitet måste alla organisationer hitta en säregen balans. En omvärdering av denna balans med tanke på flexibilitetsklausulen var även det uttryckliga målet för den process som började med Laeken-förklaringen och slutade med Lissabonfördraget. Det faktum att flera av ändringarna och tilläggen till klausulen framstår som ambivalenta kommer inte som en överraskning. Snarast antyder detta att klausulen även efter Lissabonfördraget bibehåller sin ursprungliga karaktär. I själva verket framstår denna ambivalenta karaktär nu mer tydligt än tidigare. De mest märkbara ändringarna strävar därför till att försäkra att framtida beslut bättre förankras i EU-medborgarnas värden och åsikter. Huruvida Europaparlamentets samtycke eller möjligheten för nationella parlament att yttra sig om lagförslag även leder till förbättrad legitimitet i praktiken återstår att se. Även om unika steg nu har tagits så är även efterfrågan på legitimitet unik.

[44] Se Stephen Weatherill, ”Competence and Legitimacy”, i Catherine Barnard and Okeoghene Odudu (eds), *The Outer Limits of European Union Law*, 2009, Hart Publishing, 17-34, s. 26-27 och s. 32-33.