FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

föredraget den 27 september 2007 [1]

1. Domstolen har i förevarande mål ombetts att uttala sig i en juridisk fråga av stor vikt för gemenskapens institutionella system och den institutionella jämvikt som genomsyrar detta. Frågan rör huruvida gemenskapsrätten tillåter att rättsliga grunder i sekundärrätten inrättas för att anta lagstiftning enligt ett förenklat förfarande jämfört med det som upprättats genom fördraget. Domstolen skall med andra ord fastställa huruvida delegeringar av lagstiftarens makt är juridiskt möjliga enligt gemenskapens rättsordning.

I — Tillämpliga bestämmelser

2. Europaparlamentet har med stöd av artikel 230 första stycket EG yrkat att domstolen skall ogiltigförklara, i första hand, artiklarna 29.1, 29.2 och 36.3 i rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus [2] och, i andra hand, direktivet i sin helhet.

3. Det omtvistade direktivet grundar sig på artikel 63 första stycket punkt 1 d EG, i vilken föreskrivs följande:

”Rådet skall i enlighet med det förfarande som avses i artikel 67 inom fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande besluta om följande:

1) Åtgärder som avser asyl… inom följande områden:

…

1 — Originalspråk: franska.

2 — EUT L 326, s. 13 (nedan kallat det omtvistade direktivet).

d) Miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingstatus.”

— efter att ha hört Europaparlamentet enhälligt besluta i syfte att låta alla eller delar av de områden som omfattas av denna avdelning regleras av förfarandet i artikel 251 och att anpassa bestämmelserna om domstolens behörighet.”

4. Direktivet antogs enhälligt av rådet, på förslag av Europeiska gemenskapernas kommission och efter att ha hört Europaparlamentet, i enlighet med artikel 67.1 EG, i vilken föreskrivs följande:

”Rådet skall under en övergångsperiod av fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande besluta enhälligt på förslag av kommissionen… och efter att ha hört Europaparlamentet.”

5. Det omtvistade direktivet antogs mer än fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande. I artikel 67.2 EG andra streckpunkten föreskrivs härvid följande:

”Efter denna femårsperiod skall rådet

…

6. Som framgår av skäl 4 i rådets beslut 2004/927/EG[3] av den 22 december 2004 angående införande av medbeslutandeförfarandet, vilket antogs med tillämpning av artikel 67.2 andra strecksatsen EG (nedan kallat övergångsbeslutet), påverkas emellertid inte bestämmelserna i artikel 67.5 EG av detta beslut. Men även om det i artikel 67.5 med undantag från artikel 67.1 föreskrivs att rådet skall besluta enligt förfarandet i artikel 251 om de åtgärder som avses i artikel 63.1 så gäller detta endast ”om rådet tidigare och i enlighet med punkt 1 i den här artikeln har antagit gemenskapslagstiftning som fastställer gemensamma regler och viktiga principer på dessa områden”. Syftet med det omtvistade direktivet är just att fastställa gemensamma regler och viktiga principer avseende medlemsstaternas förfaranden för beviljande och återkallande av flyktingstatus.

7. I detta avseende tillåter de ifrågasatta bestämmelserna i nämnda direktiv rådet

3 — EUT L 396, s. 45.

att, genom beslut med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet, anta och ändra dels en gemensam minimiförteckning över tredje länder som av medlemsstaterna skall betraktas som säkra ursprungsländer, vilket är syftet med artikel 29.1 och 29.2, dels en gemensam förteckning över säkra europeiska tredje länder, vilket är syftet med artikel 36.3 (nedan kallade förteckningarna över säkra länder). Dessa förteckningar över säkra länder skall upprättas genom tillämpning av de kriterier för fastställande av säkra tredje länder som anges i bilaga II till direktivet och de kriterier för fastställande av säkra europeiska länder som anges i artikel 36.2 i direktivet.

II — Prövning i sak

8. Europaparlamentet har genom förevarande talan i huvudsak klandrat rådet för att genom de ifrågasatta bestämmelserna ha inrättat rättsliga grunder i sekundärrätten som tillåter rådet anta och ändra förteckningarna över säkra länder enligt ett förfarande som avviker från det som fastställs i artikel 67.5 första strecksatsen EG, i vilken föreskrivs ett medbeslutandeförfarande under vissa förhållanden.

9. Europaparlamentet har till stöd för sin kritik formellt gjort gällande fyra grunder för ogiltigförklaring: åsidosättande av fördraget genom överträdelse av artikel 67.5 EG, rådets bristande behörighet, bristande motivering vilket utgör åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och åsidosättande av principen om lojalt samarbete. De två första grunderna gäller den centrala frågan i förevarande mål, vilken motiverade ärendets hänskjutande till stora avdelningen, nämligen huruvida gemenskapslagstiftaren har möjlighet att stödja sig på rättsliga grunder i sekundärrätten. Jag kommer inledningsvis att ägna min uppmärksamhet åt prövningen i sak av dessa grunder. Eftersom de argument som framförts till stöd för var och en av dem svårligen kan särskiljas kommer de att behandlas gemensamt nedan.

10. Jag vill inleda med att påpeka att parlamentets andrahandsyrkande avseende ogiltigförklaring av direktivet i sin helhet uttryckligen grundar sig på en önskan att undvika att talan avvisas på grund av den rättspraxis enligt vilken en begäran om ogiltigförklaring av en del av en rättsakt endast kan prövas i sak under förutsättning att de bestämmelser som ogiltigförklaringen avser kan särskiljas från rättsakten i övrigt. [4] Så är endast fallet om en ogiltigförklaring av de ifrågasatta bestämmelserna inte skulle förändra rättsaktens materiella innehåll. [5] I förevarande mål är det uppenbart att ogiltigförklaringen av de ifrågasatta bestämmelserna inte skulle förändra det omtvistade direktivets materiella innehåll, varför huvudyrkandena kan tas upp till sakprövning.

4 — Se dom av den 10 december 2002 i mål C-29/99, kommissionen mot rådet (REG 2002, s. I-11221), punkterna 45–46.

5 — Se dom av den 30 september 2003 i mål C-239/01, Tyskland mot kommissionen (REG 2003, s. I-10333), punkterna 34–37.

A — *Grunderna avseende åsidosättande av fördraget och bristande behörighet*

11. Enligt Europaparlamentet har rådet, genom att i artiklarna 29.1, 29.2 och 36.3 i det omtvistade direktivet förbehålla sig rätten att anta och ändra förteckningarna över säkra länder efter att endast ha hört Europaparlamentet, dels åsidosatt bestämmelserna i artikel 67.5 första strecksatsen EG i vilka föreskrivs ett medbeslutandeförfarande, dels överskridit sin behörighet, eftersom rådet inte har rätt att i en sekundärrättslig rättsakt fastställa en rättslig grund för antagande, enligt ett annat förfarande än det som föreskrivs i fördraget, av successiva sekundärrättsliga rättsakter, om dessa inte utgör verkställighetsåtgärder. Dessa två grunder kan alltså inte särskiljas. Om rådet hade behörighet att stödja sig på rättsliga grunder i sekundärrätten, skulle det inte ha åsidosatt artikel 67.5 EG. I det fallet skulle förteckningarna över säkra länder med fog antas med stöd av grunder i sekundärrätten och inte på grundval av fördragets bestämmelser.

12. Europaparlamentets argumentation bygger på följande två viktiga förutsättningar. Artikel 67.5 EG innebär att förteckningarna över säkra länder måste fastställas enligt medbeslutandeförfarandet, i den mån det omtvistade direktivet utgör det sista steget i lagstiftarens fastställande av tillämpliga gemensamma regler och viktiga principer på området, den avslutande delen av den ”nödvändiga lagstiftningen” för att återge Europaparlamentets uttryck. Medbeslutandeförfarandet skall gälla, eftersom antagande och ändring av förteckningarna över säkra länder inte kan utgöra verkställighetsåtgärder. Det är dessa två förutsättningar som jag snabbt kommer att redogöra för, även om det, som jag kommer att visa, vid en sakprövning av grunderna avseende bristande behörighet och åsidosättande av fördraget inte är nödvändigt att kontrollera deras relevans.

1. Direktiv 2005/85, den avslutande delen av den nödvändiga lagstiftningen?

13. I artikel 67.5 första strecksatsen EG föreskrivs att rådet skall besluta om de åtgärder som avses i artikel 63 första stycket punkterna 1 och 2 a EG enligt medbeslutandeförfarandet i artikel 251 EG, om det har antagit ”gemenskapslagstiftning som fastställer gemensamma regler och viktiga principer på dessa områden”, det vill säga som avser den asylpolitik som föreskrivs i artikel 63 första stycket punkt 1 EG och en del av åtgärderna avseende flyktingar och fördrivna personer, nämligen de som avses i artikel 63 första stycket punkt 2 a EG. Enligt parlamentet fastställdes gemensamma regler och viktiga principer slutgiltigt genom antagandet av det omtvistade direktivet, varför medbeslutandeförfarandet hädanefter skall tillämpas vid antagande av varje senare rättsakt på området, i synnerhet vid upprättandet av förteckningar över säkra länder. Det omtvistade direktivet utgör den avslutande delen

av den nödvändiga lagstiftning som enligt artikel 67.5 EG fordras för en övergång till medbeslutandeförfarandet. De tillämpliga bestämmelserna på området i artikel 63 första stycket punkterna 1 och 2 a EG är, mot bakgrund av de lagstiftningsåtgärder som redan vidtagits, fullständiga. Parlamentet har nämnt följande rättsakter: rådets förordning (EG) nr 343/2003 av den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat, [6] en förordning som grundar sig på artikel 63 första stycket, punkt 1 a EG, rådets direktiv 2003/9/EG av den 27 januari 2003 om miniminormer för mottagande av asylsökande i medlemsstaterna, [7] vilken grundar sig på artikel 63 första stycket, punkt 1 b EG, rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet, [8] ett direktiv som grundar sig på artikel 63 första stycket, punkterna 1 c, 2 a, och 3 a EG.

14. Parlamentet har i andra hand gjort gällande att om även det ursprungliga antagandet av förteckningarna över säkra länder, vilket kommissionen som har intervenerat till stöd för dess yrkanden anser, skall omfattas av de erfordrade gemensamma reglerna och därmed omfattas av det rådgivande förfarandet, utgör det med all säkerhet den avslutande delen. Följaktligen skall en senare ändring av dessa förteckningar vara föremål för ett medbeslutandeförfarande, i motsats till vad som föreskrivs i de omtvistade rättsliga grundera i sekundärrätten. Annars skulle rådet på obestämd tid kunna förhala det slutgiltiga fastställandet av gemensamma regler och viktiga principer och, därmed, övergången till medbeslutandeförfarandet.

15. Rådet har genmält att begreppet nödvändig lagstiftning är ett vagt begrepp vars betydelse endast lagstiftaren, i detta fall rådet, kan precisera. Rådet har i förevarande fall ansett att upprättandet av förteckningen över säkra tredje länder och den över säkra europeiska tredje länder utgör en del av den gemenskapslagstiftning genom vilken gemensamma regler och viktiga principer på asylområdet fastställs. Därför hade rådet försökt att anta dessa inom själva ramen för det omtvistade direktivet.

16. Parterna är alltså oeniga beträffande denna kvalificeringsfråga. Det skall inledningsvis påpekas att jag naturligtvis inte delar rådets uppfattning angående det fullständiga utrymme för skönsmässig bedömning som det anser sig ha för att fastställa vad som utgör nödvändig lagstiftning. Eftersom det gäller ett begrepp som avgör vilket lagstiftningsförfarande som skall tillämpas, närmare bestämt i vilken utsträckning parlamentet skall delta i beslutsförfarandet, vilket således påverkar den institutionella jämvikten, är

6 — EUT L 50, s. 1.
7 — EUT L 31, s. 18.
8 — EUT L 304, s. 12.

det självklart att tolkningen och tillämpningen av detta begrepp skall kontrolleras av domstolen, på vilken det ankommer att säkerställa att nämnda institutionella jämvikt upprätthålls. [9] Sakprövningen av de av parlamentet framförda grunderna avseende bristande behörighet och åsidosättande av fördraget kräver emellertid inte att de olika argument som framförts inom ramen för respektive grund vederläggs genom att det fastställs huruvida upprättandet eller till och med ändringen av förteckningarna över säkra länder omfattas av den nödvändiga lagstiftningen eller om det omtvistade direktivet utgör den avslutande delen härav. Det räcker att understryka att det i de omtvistade rättsliga grunderna i sekundärrätten under alla omständigheter föreskrivs ett beslutsförfarande som utgör undantag från det som föreskrivs i artikel 67.5 EG. Genom de ifrågasatta bestämmelserna skall rådet fatta beslut med kvalificerad majoritet efter att ha hört parlamentet. I artikel 67.5 EG föreskrivs att rådet skall anta den nödvändiga lagstiftningen genom enhälligt beslut efter att ha hört parlamentet och, när denna lagstiftning antagits, medbeslutande avseende antagandet av senare rättsakter. Härav följer att om man anser att det omtvistade direktivet utgör den avslutande delen av den nödvändiga lagstiftningen skall fastställande av säkra länder ske genom medbeslutande. Om så inte är fallet skall utnämnandet av säkra länder, då även detta utgör en del av den nödvändiga lagstiftningen, ske genom enhälligt beslut av rådet efter att ha hört Europaparlamentet.

17. Den avgörande frågan är med andra ord huruvida rådet lagligen, genom en rättsakt som det antar med beaktande av det förfarande som för detta ändamål föreskrivs i fördraget, kan inrätta rättsliga grunder för antagande av lagstiftning enligt ett förenklat förfarande i förhållande till det som upprättats genom fördraget. Svaret skulle med all säkerhet vara jakande [10] om de nämnda senare rättsakterna hade utgjort verkställighetsåtgärder. [11] Frågan är följaktligen huruvida antagande och ändring av förteckningar över säkra länder utgör verkställighetsåtgärder. Om detta är fallet kan, oavsett huruvida det omtvistade direktivet utgör den avslutande delen av den nödvändiga lagstiftningen eller inte, förteckningarna över säkra länder fastställas med stöd av en rättslig grund som återfinns i sekundärrätten enligt ett sådant förenklat förfarande som rådet har tillämpat. Parlamentet har emellertid just gjort gällande att utnämnandet av säkra länder omfattas av gemenskapslagstiftarens behörighet.

2. Utgör förteckningarna över säkra länder verkställighetsåtgärder?

18. Utgör inte fastställande av säkra länder verkställighetsåtgärder snarare än lagstiftning? Det är utrett att åtgärder som fastställer de ”viktigaste grunddragen på det

9 — Se dom av den 22 maj 1990 i mål C-70/88, Parlamentet mot rådet (REG 1990, s. I-2041; svensk specialutgåva, volym 10, s. 425), punkterna 21–23.

10 — Under förutsättning att vissa villkor är uppfyllda. Se punkterna 20–21 i detta förslag.

11 — Se, för ett liknande resonemang, exempelvis, dom av den 18 juni 1996 i mål C-303/94, Parlamentet mot rådet (REG 1996, s. I-2943), punkt 23.

område som skall regleras”, [12] är av lagstiftningskaraktär. Dessa åtgärder skall ovillkorligen antas av gemenskapslagstiftaren på grundval av fördraget genom det förfarande som föreskrivs för detta ändamål. Då fastställande av säkra länder skall ske med tillämpning av de kriterier som anges i det omtvistade direktivet, närmare bestämt i bilaga II till detta när det gäller identifiering av säkra tredje länder och i artikel 36.2 när det gäller identifiering av säkra europeiska länder, kan det då anses att även detta omfattas av de ”viktigaste grunddragen på det område som skall regleras”, det vill säga de viktigaste grunddragen i de miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingstatus i den mening som avses i artikel 63 första stycket punkt 1 d EG? Även om alla parter i förfarandet inför domstolen är eniga om att förteckningarna över säkra länder är av lagstiftningskaraktär, kan vissa tvivel råda om detta.

19. Till stöd för en kvalificering av förteckningarna som verkställighetsåtgärder, skall det påpekas att det enligt såväl kommissionens ursprungliga förslag [13] som dess ändrade förslag [14] ankommer på medlemsstaterna att fastställa de säkra länderna på grundval av de i direktivet angivna kriterierna. Medlemsstaterna har emellertid i princip till uppgift att genomföra gemenskapsrätten. Kriterierna för att fastställa dessa länder anges visserligen i direktivet, men den omständigheten att rådet slutligen har uttalat sig för antagande av gemensamma förteckningar över säkra länder, i syfte att närma de existerande nationella förteckningarna och ge de nationella rättsordningar i vilka sådana åtgärder ännu inte har vidtagits miniminförteckningar, talar i stället för att dessa skall kvalificeras som lagstiftning. Även den omständigheten att rådet ursprungligen ville infoga förteckningarna över säkra länder i det omtvistade direktivet och avstod från detta enbart på grund av svårigheten att nå en överenskommelse avseende dessa förteckningar utan att förhala antagandet av direktivet i större utsträckning än nödvändigt talar för en sådan kvalificering. [15] För samma synsätt talar slutligen räckvidden av de konsekvenser som är knutna till dessa förteckningar. Inom ramen för asylansökningsförfaranden avgör användningen av dessa förteckningar det sätt på vilket de nationella myndigheterna handlägger en stor del av ansökningarna och bestämmer omfattningen av de processrättsliga skyddsregler som föreskrivs i direktivet. Medlemsstaterna får nämligen enligt artikel 25 neka prövning av en asylansökan och har då inte skyldighet att pröva om sökanden uppfyller förutsättningarna för att betraktas som flykting om denna sökande kommer från ett säkert tredje land. Denna presumtion angående ett lands säkerhet kan emellertid vederläggas om sökanden har lagt fram tungt vägande motbevis. Medlemsstaterna kan för övrigt enligt artikel 36 föreskriva att en asylansökan och säkerheten för sökanden när det gäller hans eller hennes särskilda omständigheter inte skall prövas eller inte skall prövas fullständigt i fall där den asylsökande försöker resa in eller har rest in olagligt på territoriet från ett säkert tredje land. Rådet bör därför höra parlamentet dels

12 — Dom av den 17 december 1970 i mål 25/70, Köster (REG 1970, s. 1161; svensk specialutgåva, volym 1, s. 515), punkt 6. Se även dom av den 27 oktober 1992 i mål C-240/90, Tyskland mot kommissionen (REG 1992, s. I-5383; svensk specialutgåva, volym 13, s. 143), punkt 36.

13 — Se artiklarna 21 och 30 i rådets förslag till direktiv angående miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingstatus av den 20 september 2000 (EGT 2001, C 62 E, s. 231).

14 — Se artiklarna 27 och 30 i det ändrade förslaget till rådets direktiv angående miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingstatus av den 3 juli 2002 (EGT 2002, C 291 E, s. 142).

15 — Se punkterna 9–11 i dess svarsinlaga.

vid fastställande eller ändring av förteckningarna över säkra länder, mot bakgrund av den ”politiska vikt” som präglar en sådan åtgärd och ”särskilt med tanke på följderna av en bedömning av människorättssituationen i ett ursprungsland och dess följder för Europeiska unionens politik när det gäller yttre förbindelser”, dels vid utnämnande av europeiska säkra tredje länder med tanke på ”de eventuella följderna för sökanden av en begränsad eller utelämnad prövning”. [16]

20. Det är emellertid i förevarande mål inte nödvändigt att avgöra denna fråga. Om det antas att fastställande av säkra länder inte omfattas av de ”viktigaste grunddragen på det område som skall regleras” och att de omtvistade bestämmelserna skall ses som ett förbehåll avseende genomförandebefogenheter, är det dock tydligt att det inte uppfyller kraven för lagenlighet. Det skall erinras om att av de ändringar som gjordes i artikel 145 EG (nu artikel 202 EG) genom Europeiska enhetsakten, följer, av artikel 202 tredje strecksatsen i kombination med artikel 211 fjärde strecksatsen EG, ”regeln att det enligt fördragets systematik normalt sett är kommissionen som är behörig när en grundläggande rättsakt skall genomföras på gemenskapsnivå” [17]. Detta jämte den allmänna motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 253 EG, innebär att rådet ”endast i särskilda fall förbehålla sig rätten att direkt utöva genomförandebefogenheter, och att ett sådant beslut skall motiveras utförligt”. [18] Detta bekräftas i artikel 1.1 i det andra kommittéförfarandebeslutet [19], i vilken föreskrivs att ”[u]tom i särskilda vederbörligen motiverade fall, då en grundläggande rättsakt ger rådet egen rätt att direkt utöva vissa genomförandebefogenheter, skall dessa befogenheter tilldelas kommissionen enligt tillämpliga bestämmelser i den grundläggande rättsakten”. Rådet är med andra ord ”skyldigt att, med hänsyn till arten av den grundläggande rättsakt som skall genomföras eller ändras och innehållet i denna, i vederbörlig ordning motivera undantag från regeln”. [20] Rådet måste således visa att genomförandebefogenheterna är av sådan karaktär och sådan omfattning att de ger rådet rätt att förbehålla sig dessa genom undantag från kommissionens principiella befogenheter på området. [21]

21. Man skulle visserligen, mot bakgrund av domen av den 18 januari 2005 i målet kommissionen mot rådet, kunna fråga sig huruvida fastställande av säkra länder i asylhänseende utgör en särskild situation av sådan art att verkställigheten bör förbehållas rådet. För det fall ett sådant förbehåll faktiskt

16 — Skälen 19 och 24 i direktiv 2005/85.

17 — Dom av den 18 januari 2005 i mål C-257/01, kommissionen mot rådet (REG 2005, s. I-345), punkt 51.

18 — Ibidem, punkt 50. Se redan dom av den 24 oktober 1989 i mål 16/88, kommissionen mot rådet (REG 1989, s. 3457; svensk specialutgåva, volym 10, s. 231), punkt 10.

19 — Rådets beslut 1999/468/EG av den 28 juni 1999 om de förfaranden som skall tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter (EGT L 184, s. 23).

20 — Domen i det ovan i fotnot 17 nämnda målet C-257/01, kommissionen mot rådet, punkt 51.

21 — Som generaladvokaten Léger har påpekat skall det i motiveringen anges ”varför det är rådet och inte kommissionen som undantagsvis” skall utöva befogenheterna i fråga (förslag till avgörande i det ovan i fotnot 17 nämnda målet C-257/01, kommissionen mot rådet, punkt 54).

skall utläsas av de ifrågasatta bestämmelserna, skall det dock påpekas att det saknas motivering för detta. De grunder som anges i skälen 19 och 24 i det omtvistade direktivet utgör på intet sätt något stöd för ett sådant förbehåll, utan syftar, som jag redan har påpekat, [22] i stället till att redogöra för skälen till varför parlamentet skall höras avseende fastställandet av förteckningarna och de ändringar som skall göras i dessa.

rätten tillåter att lagstiftaren inkräktar på verkställighetsområdet. Om det antas att de ifrågasatta bestämmelserna skall betraktas som ett uttryck för rådets avsikt att behandla frågan om fastställande av säkra länder, men enligt ett förenklat förfarande, genom lagstiftning, leder detta till frågan huruvida rättsliga grunder i sekundärrätten för lagstiftningsåtgärder är förenliga med gemenskapsrätten.

3. *Huruvida rättsliga grunder som föreskrivs i sekundärrätten är lagenliga*

22. Det skulle visserligen vidare kunna invändas att även om fastställande av säkra länder är en verkställighetsåtgärd, har rådet inte haft för avsikt att genom de ifrågasatta bestämmelserna förbehålla sig en verkställighetsbefogenhet. Det har tvärtom velat ta upp denna fråga i egenskap av lagstiftare för att handlägga den enligt ett förenklat förfarande med stöd av en rättslig grund i sekundärrätten. Det är känt att vissa nationella rättsordningar erkänner lagstiftarens möjlighet att inkräkta på verkställighetsområdet, men att andra tvärtom tillskriver den verkställande makten ett område som omfattas av en exklusiv och skyddad behörighet, liksom lagstiftningen tillskrivs ett eget område. Gemenskapens institutionella system förbjuder i princip inte att lagstiftaren går utöver reglerna avseende de viktigaste grunddragen på ett område och antar bestämmelser av verkställighetskaraktär. Det är emellertid inte heller i detta fall nödvändigt att ta ställning till huruvida gemenskaps-

23. Är det möjligt att anta lagstiftningsakter med stöd av en rättslig grund som inte instiftats i primärrätten utan i sekundärrätten, genom ett i denna föreskrivet förenklat förfarande i förhållande till det som föreskrivs i primärrätten? Detta är den rättsliga huvudfrågan i förevarande mål. Denna fråga avser huruvida det enligt gemenskapens institutionella system är tillåtet att delegera lagstiftningsmakt.

24. Denna fråga är inte helt ny. Frågan huruvida det vid lagstiftning är lagenligt att använda en rättslig grund som föreskrivs i sekundärrätten har redan tagits upp vid domstolen. [23] I rådets förordning (EG)

22 — Se punkt 19 i detta förslag.

23 — Se dom av den 13 december 2001 i mål C-93/00, Parlamentet mot rådet (REG 2001, s. I-10119).

nr 820/97 av den 21 april 1997 om upprättande av ett system för identifiering och registrering av nötkreatur och om märkning av nötkött och nötköttsprodukter,[24] som antogs av rådet på grundval av artikel 43 i EG-fördraget (nu artikel 37 EG i ändrad lydelse), föreskrevs i artikel 19 en behörighet för rådet att med kvalificerad majoritet på förslag av kommissionen besluta om allmänna bestämmelser för ett system för obligatorisk märkning av nötkött från den 1 januari 2000. Rådet hade på grundval härav antagit en förordning som parlamentet motsatte sig då det ansåg att den åberopade rättsliga grunden i sekundärrätten var rättsstridig. Den valda rättsliga grunden medgav nämligen antagande, genom ett förenklat beslutsförfarande i vilket det inte föreskrevs något samråd med parlamentet, inte av en verkställighetsåtgärd utan av en lagstiftningsakt inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken, i strid med artikel 37 EG. Domstolen påpekade att den ifrågasatta förordningen inte omfattade de allmänna bestämmelserna för ett system för obligatorisk märkning av nötkött utan hade till syfte att förlänga det frivilliga märkningssystemet utöver den 31 december 1999 och drog slutsatsen att förordningen inte omfattades av de befogenheter som föreskrevs i grundförordningen, utan i själva verket hade till syfte att ändra den sistnämnda. Domstolen ansåg att ändringen av grundförordningen ”endast [kunde] göras på grundval av en rättslig grund som är likvärdig den rättsliga grund på vilken förordningen antagits, det vill säga på grundval av själva fördraget och med iakttagande av det beslutsförfarande som föreskrivs i detta”.[25] Domstolen ogiltigförklarade följaktligen förordningen på grund av åsidosättande av parallellismen mellan behörighet och förfarande, utan att anse det ”nödvändigt att avgöra frågan huruvida rådet utan att bryta mot fördragsbestämmelserna om institutionernas behörighet kunde tilldela sig självt behörighet att på kommissionens förslag och med kvalificerad majoritet anta de allmänna bestämmelserna för ett system för obligatorisk märkning av nötkött”.[26] Frågan förblir alltså öppen.

25. I vissa nationella rättsordningar föreskrivs möjligheten att delegera lagstiftarens makt. Detta är exempelvis fallet beträffande Frankrike, enligt artikel 38 i konstitutionen av den 4 oktober 1958,[27] och Italien, enligt artikel 76 i konstitutionen av den 27 december 1947. Det skall emellertid påpekas att sådana delegeringar ofta endast kan avse vissa lagstiftningsområden, såsom illustreras i artikel 82 i Spaniens konstitution av den 27 december 1978 och i artiklarna 164–165 i Portugals konstitution av den 2 april 1976.

26. I Unionsfördraget föreskrivs inte uttryckligen någon delegering av lagstiftarens makt, utan endast en delegering av genomförandebefogenheterna genom artikel 202 EG. Det som skall fastställas är följaktligen huruvida gemenskapsrätten underförstått tillåter eller åtminstone inte utgör hinder för att gemenskapslagstiftaren, i stället för att fullständigt

24 — EGT L 117, s. 1.

25 — Ibidem, punkt 42.

26 — Ibidem, punkt 45.

27 — Det skall emellertid preciseras att det inte i denna bestämmelse föreskrivs någon egentlig delegering av lagstiftarens makt utan närmare bestämt en utvidgning av regeringens behörighet på lagstiftningsområdet.

reglera ett rättsområde enligt det förfarande som föreskrivs i fördraget, i den rättsakt som den antagit med beaktande av detta förfarande, instiftar en rättslig grund i sekundärrätten för behandling av vissa aspekter av detta rättsområde enligt ett förenklat förfarande.

27. Generaladvokaten Stix-Hackl hade i sitt förslag till avgörande i målet parlamentet mot rådet av den 13 december 2001, besvarat frågan jakande, eftersom hon ansåg, dock utan vidare förklaring, att en rättslig grund som föreskrivs i sekundärrätten ”under beaktande av vissa förutsättningar, principiellt [är] tillåten”. [28] Rådet å sin sida har till stöd för att rättsliga grunder i sekundärrätten är förenliga med gemenskapsrätten gjort gällande att en praxis har utvecklats i denna riktning. Det har angett ett antal rättsakter som antagits före det omtvistade direktivet och som redan omfattade rättsliga grunder i sekundärrätten. Om det antas att dessa prejudikat verkligen är relevanta, uppkommer frågan huruvida praxis inte enbart utgör en tillfällig följd av omständigheter och politiska kompromisser som förlorar sin betydelse så snart maktpositionerna förändras eller om den kan ge upphov till en rättsregel genom sedvanerättslig konsolidering. Det skall i detta hänseende erinras om att det för att en sedvänja skall uppstå krävs samverkan mellan två faktorer: Det krävs en materiell faktor (*repetitio*) som utgörs av en allmän och utdragen praxis, i en följd av överensstämmande tidigare händelser. Vidare krävs en psykologisk faktor (*opinio juris necessitatis*) i form av en övertygelse hos dem som rättar sig efter denna praxis att de genom att göra detta följer en obligatorisk regel. I en del av doktrinen [29] förespråkas att gemenskapssedvänja skall erkännas i gemenskapens rättsordning när förutsättningarna för att sedvänja skall uppstå är uppfyllda.

28. Domstolen å sin sida har ännu inte formellt tagit ställning men synes inte ha gett uttryck för något principiellt motstånd. Den har vägrat att beakta viss praxis, a fortiori att betrakta denna som sedvänja, eftersom den inte uppfyllde de nödvändiga villkoren härför. [30] Domstolen har dessutom, även om den inte uttryckligen har kvalificerat den praxis som åsyftas som sedvänja, erkänt att parlamentets resolution att hålla sina

28 — Förslag till avgörande i det ovan i fotnot 23 nämnda målet C-93/00, punkt 41.

29 — Se exempelvis Jacqué, J.P, ”La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire”, i Bieber, R. och Ress, G, *”Die Dynamik des Europaïschen Gemeinschaftsrechts”*, Nomos, Baden-Baden 1987, s. 377, Bleckmann, A, ”Zur Funktion des Gewohnheitsrechts im europäischen Gemeinschaftsrecht”, *Europarecht*, 1981, s. 101. Och till och med vissa ledamöter i domstolen: se exempelvis Pescatore, P., *”L'ordre juridique des Communautés européennes: étude des sources du droit communautaire”*, Presses universitaires de Liège 1973, ny upplaga Bruylant 2006, se särskilt s. 174.

30 — Se, exempelvis, dom av den 10 februari 1983 i mål 230/81, Luxemburg mot parlamentet (REG 1983, s. 255; svensk specialutgåva, volym 7, s. 17), punkt 44. Talan angående åsidosättande av parlamentets praxis att hålla en del av sina plenarsammanträden i Luxemburg som åberopats mot en resolution av parlamentet enligt vilken alla plenarsammanträden skulle hållas i Strasbourg ogillades, eftersom denna praxis, då den inte hade godkänts i förväg av medlemsstaterna utan tvärtom varit föremål för protester från Frankrike, inte kunde anses ha gett upphov till en sedvänja. Med andra ord saknades *opinio juris*.

utskotts och arbetsgruppers sammanträden i Bryssel och den om förvaltningskommittéförfarandet är förenliga med gemenskapsrätten, eftersom de överensstämmer med parlamentets praxis som aldrig har ifrågasatts av medlemsstaterna [31] respektive med ”gemenskapsinstitutionernas fasta praxis” [32].

29. Om institutionernas eller medlemsstaternas praxis eventuellt skall tillkännas något juridiskt värde skall detta ske under strikt reglerade former. Egenskapen av rättsregel kan ges praxis som, när den uppfyller de villkor som krävs för att utgöra sedvänja, syftar till att kompensera fördragens ordknapphet eller luckor för att säkerställa beslutsförfarandets effektivitet. Även om rättsstridig sedvänja således kan införas, får praxis som står i strid med fördragen under inga omständigheter antas. Att godta sedvänja *contra legem* skulle strida mot stelheten i grundfördragen, eftersom ändringar i dessa enbart kan göras i enlighet med det formella förfarande som föreskrivs i detta syfte. [33] Domstolen betraktar grundfördragen som en konstitutionell urkund genom vilken en ny rättsordning som gemenskapens medborgare lyder under har införts. [34] Denna förstärkta legitimitet innebär att reglerna för beslutsprocessen har fastställts genom fördraget och att ”det … varken [står] medlemsstaterna eller institutionerna själva fritt att bestämma dessa”. [35] Domstolen har även avvisat giltigheten av tidigare rättsakter såväl från institutionerna [36] som från medlemsstaterna, [37] med motiveringen att praxis inte utgör grund för avsteg från, eller kan väga tyngre än, fördragets regler.

30. Jag delar således inte rådets uppfattning, vilken fått stöd av den franska regeringen, enligt vilken ingenting i fördraget hindrar att det i en rättsakt som antagits på grundval av en av fördragets bestämmelser och inom ramen för det förfarande som föreskrivs i denna föreskrivs ett antagande av komplementerande lagstiftningsåtgärder enligt ett förenklat förfarande. Att använda rättsliga grunder i sekundärrätten strider mot principen om maktfördelning som stadgas i artikel 7 EG, enligt vilken ”[v]arje institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats genom detta fördrag”. [38] Det är alltså i fördragen som förfarandena för antagande av lagstiftningsakter föreskrivs. En

31 — Ibidem, punkterna 48–49.

32 — Se domen i det ovan i fotnot 12 nämnda målet Köster, punkt 6.

33 — Se dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkt 58.

34 — Se yttrande 1/91 från domstolen av den 14 december 1991 (REG 1991, s. I-6079; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-533), punkt 21. Se redan dom 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).

35 — Dom av den 23 februari 1988 i mål 68/86, Förenade kungariket mot rådet (REG 1988, s. 855; svensk specialutgåva, volym 9, s. 367), punkt 38.

36 — Se, bland annat, dom av den 9 augusti 1994 i mål C-327/91, Frankrike mot kommissionen (REG 1994, s. I-3641; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-47): för att bemöta en grund avseende bristande behörighet för att ingå avtalet mellan EEG och Förenta staterna om parternas tillämpning av deras respektive konkurrensrätt, åberopade kommissionen en praxis enligt vilken den hade befogenhet att ingå förvaltningsavtal. Men domstolen ogillade detta argument, med motiveringen att behörigheten att ingå avtal har tilldelats rådet genom artikel 228 EG och att ”enbart praxis i varje fall inte [kan] väga tyngre än bestämmelserna i fördraget” (punkt 36). Se även dom av den 9 november 1995 i mål C-426/93, Tyskland mot rådet (REG 1995, s. I-3723), punkt 21.

37 — Se dom av den 18 februari 1986 i mål 174/84, Bulk Oil (REG 1986, s. 559; svensk specialutgåva, volym 8, s. 433), punkt 65.

38 — Denna princip är även uttryckt på ett annat sätt i artikel 5 EU: ”Europaparlamentet, rådet, kommissionen, domstolen och revisionsrätten skall utöva sina befogenheter på de villkor och för de syften som har fastställts dels genom bestämmelserna i fördragen om upprättande av Europeiska gemenskaperna och i senare fördrag och rättsakter om ändring eller komplettering av dessa fördrag och dels genom de övriga bestämmelserna i det här fördraget.”

institution får följaktligen inte själv fastställa på vilket sätt den utövar sin behörighet och, i syfte att anta en rättsakt, ändra det förfarande som föreskrivs i fördraget för detta ändamål. Endast det sistnämnda kan, i förekommande fall, ge rådet behörighet att ändra beslutsförfarandet, såsom visas i övergångsklausulerna såsom artikel 67.2 andra strecksatsen EG eller artikel 175.2 andra stycket EG. Med andra ord, av principen om maktfördelning följer, kan man säga, en princip om förbud att överskrida behörigheter.

31. De lagstiftningsförfaranden som föreskrivs i fördragen bestämmer för övrigt omfattningen av varje institutions deltagande i beslutsfattandet och definierar således en institutionell jämvikt. Den omständigheten att en institution ändrar beslutsförfarandet medför följaktligen även att den åsidosätter den av domstolen fastslagna principen om institutionell jämvikt, [39] vilken ”[kräver] att varje institution vid utövandet av sina befogenheter respekterar de övrigas befogenheter” [40] och förbjuder en institution att ”frånta de övriga institutionerna en rätt som de tilldelats genom själva fördragen”. [41]

32. Det är för övrigt eftersom valet av rättslig grund påverkar den institutionella jämvikten som domstolen fäster så stor vikt vid detta. Det är nämligen detta val som avgör vilket beslutsförfarande som skall tillämpas. Därav beror följaktligen bland annat vilken av gemenskapens institutioner som är behörig, vilka röstregler som skall gälla vid rådets antagande av en rättsakt och i hur stor utsträckning parlamentet skall delta i antagandet av rättsakten. Oenighet beträffande valet av rättslig grund har således inte enbart en formell betydelse. När det i den rättsliga grund som åberopats av sökanden föreskrivs ett annat beslutsförfarande än det som föreskrivs i den rättsliga grund som rättsaktens författare har åberopat, påverkar valet av rättslig grund även rättsaktens innehåll. Följaktligen kan detta val inte enbart vara beroende av en institutions skönsmässiga bedömning utan måste grunda sig på objektiva kriterier som kan bli föremål för domstolsprövning, såsom rättsaktens syfte och innehåll. [42]

33. Bestridandet av rättsliga grunder som hämtats ur sekundärrätten har inte heller enbart en formell betydelse, eftersom fastställande av rättsliga grunder i sekundärrätten syftar till att möjliggöra antagande av rättsakter av lagstiftningskaraktär enligt ett förenklat förfarande i förhållande till det som föreskrivs i den rättsliga grund som är tillämplig enligt fördraget. I förevarande mål skiljer sig, som jag har påpekat ovan, de

39 — Redan 1958: se dom av den 13 juni 1958 i mål 9/56, Meroni mot Höga myndigheten (REG 1958, s. 11; svensk specialutgåva, s. 21). Se vidare domen i det ovan i fotnot 12 nämnda målet Köster, punkt 9, och dom av den 29 oktober 1980 i mål 138/79, Roquette Frères mot rådet (REG 1980, s. 3333; svensk specialutgåva, volym 5, s. 405), punkt 33.

40 — Domen av den 22 maj 1990 i det ovan i fotnot 9 nämnda målet C-70/88, Parlamentet mot rådet, punkt 22.

41 — Dom av den 10 juli 1986 i mål 149/85, Wybot (REG 1986, s. 2391; svensk specialutgåva, volym 8, s. 703), punkt 23.

42 — Som följer av fast rättspraxis: se exempelvis dom av den 26 mars 1987 i mål 45/86, kommissionen mot rådet (REG 1987, s. 1493; svensk specialutgåva, volym 9, s. 55), punkt 11, av den 13 maj 1997 i mål C-233/94, Tyskland mot Parlamentet och rådet (REG 1997, s. I-2405), punkt 12, av den 14 april 2005 i mål C-110/03, Belgien mot kommissionen (REG 2005, s. I-2801), punkt 78, av den 13 september 2005 i mål C-176/03, kommissionen mot rådet (REG 2005, s. I-7879), punkt 45, och av den 10 januari 2006 i mål C-94/03, kommissionen mot rådet (REG 2006, s. I-1), punkt 34.

regler för beslutsfattande som föreskrivs i de ifrågasatta rättsliga grunderna i sekundärrätten (kvalificerad majoritet inom rådet och inhämtande av yttrande från parlamentet) från de förfaranden som föreskrivs i artikel 67.5 EG, den rättsgrund som parlamentet och kommissionen har åberopat (enhälligt beslut inom rådet och inhämtande av yttrande från parlamentet för det fall fastställande av säkra länder fortfarande omfattas av den nödvändiga lagstiftningen, kvalificerad majoritet inom rådet och medbeslutande om det omtvistade direktivet skulle anses vara den avslutande delen av den nödvändiga lagstiftningen).

34. Tillämpning av rättsliga grunder i sekundärrätten kan, eftersom det står i strid med principerna om maktfördelning och institutionell jämvikt, inte tillåtas. Domstolen har för övrigt beträffande det klagomål som gällde att rådets direktiv 85/649/EEG om förbud att använda vissa ämnen med hormonell verkan inom husdjursproduktionen hade antagits på grundval av artikel 43 EG och inte enligt det förfarande som föreskrivs i den rättsliga grund i sekundärrätten som inrättats i detta syfte svarat att ”reglerna för beslutsprocessen inom gemenskapens institutioner har fastställts genom fördraget och det står varken medlemsstaterna eller institutionerna själva fritt att bestämma dessa”. [43] Man kan inte som rådet har gjort begränsa den slutledning som skall dras av denna lösning till att endast döma ut de rättsliga grunder i sekundärrätten som leder till att det i fördraget föreskrivna förfarandet betungas. [44] Den erinran som domstolen gjorde angående kravet på att iaktta de beslutsförfaranden som föreskrivs i fördraget är klart och av allmän räckvidd.

35. Beträffande rådets argument att rättsliga grunder som föreskrivs i sekundärrätten är lagenliga eftersom de härrör från praxis, skall det även påpekas att domstolen, i linje med sin vägran att godta sedvänja *contra legem* i gemenskapens rättsordning, [45] redan har motsatt sig att prejudikat skulle kunna åberopas för att motivera att rådet har föredragit en annan grund än den tillämpliga rättsgrunden, med motiveringen att ”enbart rådets praxis inte kan utgöra grund för att avvika från regler i fördraget och att den, följaktligen, inte kan ge upphov till ett prejudikat som är bindande för gemenskapsinstitutionerna i fråga om vilken rättslig grund som är den korrekta”. [46]

36. Mot bakgrund av det ovan anförda, föreslår jag att domstolen skall slå fast att rådet inte hade behörighet att, genom det

43 — Domen i det ovan i fotnot 35 nämnda målet Förenade kungariket mot rådet, punkt 38.

44 — I det målet medförde nämligen den rättsliga grunden i sekundärrätten att rådet antog rättsakten enhälligt i stället för med kvalificerad majoritet såsom föreskrivs i fördraget.

45 — Se punkt 29 i detta förslag.

46 — Se dom av den 26 mars 1996 i mål C-271/94, Parlamentet mot rådet (REG 1996, s. I-1689), punkt 24, och av den 12 november 1996 i mål C-84/94, Förenade kungariket mot rådet (REG 1996, s. I-5755), punkt 19. Se redan domen i det ovan i fotnot 25 nämnda målet Förenade kungariket mot rådet, punkt 24.

omtvistade direktivet, använda de ifrågasatta rättsliga grunderna i sekundärrätten i syfte att anta lagstiftning enligt ett förenklat förfarande jämfört med det som föreskrivs i artikel 67.5 EG. Talan skall även bifallas på de av parlamentet åberopade grunderna avseende bristande behörighet och åsidosättande av fördraget, och de ifrågasatta bestämmelserna skall ogiltigförklaras.

B — *Grunderna avseende bristande motivering och åsidosättande av principen om lojalt samarbete*

37. Eftersom talan skall bifallas på grunderna avseende bristande behörighet och åsidosättande av fördraget och de ifrågasatta bestämmelserna ogiltigförklaras, saknar domstolen anledning att pröva de övriga två grunder som parlamentet åberopat om bristande motivering och åsidosättande av principen om lojalt samarbete.

III — Förslag till avgörande

38. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen skall

ogiltigförklara artiklarna 29.1, 29.2 och 36.3 i rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus.