Tio år av besynnerligheter
— artikel 4.2 FEU och konstitutionell identitet

Av senior counsel Magnus Schmauch[1]

För tio år sedan diskuterades, i fem nummer av denna tidskrift[2] förhållandet mellan de svenska grundlagarna och unionsrätten. Inledningen till diskussionen var frågan om våra konstitutionella grundvalar överhuvudtaget var relevanta inom ramen för EU-samarbetet. Det finns med anledning av den tid som förflutit skäl att blicka tillbaka och systematisera den praxis från EU-domstolen som vuxit fram under den gångna perioden. Slutsatsen blir att det saknas skäl att provocera fram en normkonflikt på konstitutionell grund inom ramen för EU-samarbetet. De flesta konflikter kommer gå att lösa inom ramen för de områden där beslutanderätten överlämnats, under förutsättning att den svenska rättsordningen tillåter detta.

Inledning

Sverige blev medlem i den Europeiska unionen för trettio år sedan, den 1 januari 1995. Det är ingen överdrift att påstå att medlemskapet satt sin prägel på de flesta områden av vår rättsordning, inklusive våra grundlagar. För tio år sedan, 2014–2015, pågick i fem nummer av denna tidskrift,[3] en diskussion om förhållandet mellan våra grundlagar och unionsrätten. Inledningen till diskussionen var frågan om våra konstitutionella grundvalar överhuvudtaget var relevanta inom ramen för EU-samarbetet (i det följande återges mycket kortfattat några huvuddrag i diskussionen — intresserade läsare uppmanas att läsa de ursprungliga artiklarna).

Diskussionen kom på sätt och vis att handla om två olika synsätt när det gäller EU-samarbetets betydelse för statsskickets grunder och vem som egentligen ska avgöra vad som överlämnats i form av beslutanderätt. Det inledande inlägget, från Olle Abrahamsson och Henrik Jermsten, handlade om tryckfrihetsberedningens och tryckfrihetskommitténs förslag att ersätta våra yttrandefrihetsgrundlagar med hänvisning till konflikter med unionsrätten. Abrahamsson och Jermsten

[1] Författaren är jur.dr och senior counsel på Wigge & Partners Advokat KB. Artikeln uttrycker endast författarens personliga åsikter.

[2] SvJT 2014 s. 201, SvJT 2014 s. 440, SvJT 2014 s. 520, SvJT 2015 s. 8, och SvJT 2015 s. 199.

[3] Abrahamsson och Jermsten, Om behovet av en ny tryck- och yttrandefrihetsrättslig regleringsmodell, SvJT 2014 s. 201, Lambertz, Grundbultarna kan behållas, SvJT 2014 s. 440, Schmauch, Tryck- och yttrandefrihetsgrundlagarna och EU-rätten — en kommentar till en kommentar, SvJT 2014 s. 520, Abrahamsson och Jermsten, Myter och missförstånd om TF och YGL i ett EU-perspektiv — replik, SvJT 2015 s. 8, och Schmauch, Fler besynnerligheter — slutreplik till Olle Abrahamsson och Henrik Jermsten, SvJT 2015 s. 199.

konstaterade bland annat att det inte går att tillskapa en reglering som fungerar väl i EU-samarbetet om denna reglering samtidigt ska nå upp till en lika hög och svårföränderlig skyddsnivå som tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Författarna vände sig även mot försöken att skapa en grundlagsskyddad sfär som kunde begränsa ramarna för EU-samarbetet: ”Tanken är … fåfäng att medlemsstaterna skulle kunna klara sig undan oönskade EU-rättsliga regleringar genom att anta konträr lagstiftning på grundlagsnivå.” Unionsrättens företräde skulle komma att göra den typen av lösning omöjlig.

Invändningarna mot Abrahamssons och Jermstens resonemang om unionsrättens företräde baserades huvudsakligen på de då relativt nya bestämmelserna i Lissabonfördraget. Framförallt betonades att skyddet för den konstitutionella identiteten i frågor, där det redan fanns en överlämnad befogenhet, inte skulle avfärdas. Det finns ingen absolut regel som ger unionsrätten företräde i varje enskilt fall, oavsett om det skulle röra sig om lag eller grundlag. EU-domstolen har utvecklat flera olika principer som kan tillämpas för att avgöra om en viss unionsrättslig bestämmelse ska anses ha företräde före nationell lag eller grundlag — eller inte.

Diskussionen kom bland annat att handla om artikel 4.2 FEU, som innehåller en rättslig grund för avvägningar mellan unionsrätten och nationell reglering på konstitutionell och grundlagsnivå. De ursprungliga debattörerna, Abrahamsson och Jermsten, ansåg det vara en önskedröm att EU-domstolen skulle vara beredd att ge Sverige frisedel att avvika från gemensamt fattade beslut därför att dessa kommer i konflikt med det svenska tryck- och yttrandefrihetsrättsliga regelverket. Mot detta drog jag istället slutsatsen, med erfarenhet från de första målen från EU-domstolen där bestämmelsen aktualiserats, att artikel 4.2 FEU visserligen inte utgör ett fribrev för våra förhandlare i Bryssel, utan snarare är ägnad att ligga till grund för proportionalitets- och skälighetsbedömningar i det enskilda fallet och fungera som en konstitutionell säkerhetsventil.

Resonemanget om säkerhetsventilen präglades av att EUD år 2010 i målet *Sayn-Wittgenstein*[4] hade accepterat österrikiska grundläggande konstitutionella principer om likabehandling (avskaffandet av adelstitlar) för att motivera en begränsning av den fria rörligheten (Österrike vägrade tillåta adelstitlar i egennamn). Den grundläggande slutsatsen var att eftersom likabehandlingsprincipen även har en förankring i unionsrätten, kunde den österrikiska lagstiftningen godtas.

Domen i målet *Sayn-Wittgenstein* öppnade för en debatt och en lång rad avgöranden om hur stor hänsyn man kan ta till de enskilda medlemsstaternas konstitutionella särdrag. Det kan vara värt att notera, vilket framgår tydligt av den genomgång av rättspraxis som presenteras nedan, att artikel 4.2 FEU ofta åberopats av helt motsatta grunder än de som EUD tillämpade i *Sayn-Wittgenstein*. Medan EUD i *Sayn-*

[4] Mål C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806.

Wittgenstein betonade att de österrikiska grundprinciperna hade en motsvarighet i unionsrätten, så har bland annat den polska regeringens argument i målen om domarnas självständighet präglats av ett motsatt synsätt. Där har regeringen envist, utan framgång, vid flertalet tillfällen hävdat att artikel 4.2 FEU ska kunna tillämpas för att undanta regler som kan *strida mot* unionsrättens grundläggande principer om det demokratiska statsskicket från unionsrättens tillämplighet och därmed EU-domstolens behörighet.

Artikel 4.2 FEU har aktualiserats även i svensk domstol. Den 21 mars 2023 meddelade HD prövningstillstånd i Svea hovrätt i ett mål som aktualiserade den här frågan.[5] Målet handlade om frågan om relationen mellan EU:s dataskyddsförordning (GDPR) och grundlagsskyddet för yttrandefrihet i form av publicering av uppgifter om lagföring på webbplatser. I målet fördes argumentation bland annat mot bakgrund av artikel 4.2 FEU, men efter att målet återupptogs i hovrätten återkallades talan och prövningen uteblev.

Med anledning att det gått tio år sedan debatten ägde rum och mycket vatten har flutit under våra konstitutionella broar sedan dess, kan det finnas anledning att gå tillbaka till artikel 4.2 FEU och se hur det gick. Hur har EU-domstolen tillämpat artikel 4.2 FEU? Utvecklades bestämmelsen till ett fribrev, eller blev det en bestämmelse förknippad med så många förbehåll om unionsrättens företräde att den blev verkningslös? En genomgång av EU-domstolens praxis i de ca 40 domar som meddelats efter att debatten ägde rum, visar att bestämmelsen utvecklats till en metod för EU-domstolen och EU:s medlemsstater att skydda konstitutionella grundvalar, så länge som de är förenliga med unionens underliggande värderingar och under förutsättning att det finns en konkret anledning att ta hänsyn till dem.

EU-domstolens rättspraxis kring artikel 4.2 FEU kan delas in i några huvudsakliga utvecklingslinjer, där bestämmelsen åberopats av medlemsstaterna med varierande framgång. Det gäller erkännande av samkönade äktenskap, nationell säkerhet, territoriella grundstrukturer, skyddet för rättsstaten och unionsrättens företräde.

Innan EU-domstolens rättspraxis presenteras, finns det anledning att kort gå igenom huvuddragen i den rättsliga regleringen avseende artikel 4.2 FEU och den svenska grundlagsregleringen kring överlämnandet av beslutanderätt inom ramen för EU-samarbetet. Det ska även noteras att redogörelsen är begränsad till de domar som inte refererades i 2014 och 2015 års diskussion.

Överlåtelse av beslutanderätt inom EU-samarbetet

10 kap. 6 § regeringsformen (RF) anger förutsättningarna för överlåtelse av beslutanderätt inom EU-samarbetet. Enligt paragrafen kan riksdagen inom ramen för samarbetet i Europeiska unionen överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket. Sådan över-

[5] Högsta domstolens beslut den 21 mars 2023 i mål Ö 3743-22.

låtelse förutsätter att fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker motsvarar det som ges i RF i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). För överlåtelse utanför EU-samarbetet gäller bestämmelserna i 10 kap. 7 § RF.

Eftersom unionsrätten ska tillämpas vid svenska domstolar och myndigheter krävs det ett överlämnande av beslutanderätt för att normgivningen ska vara konstitutionellt förankrad. Unionsrätten kan vara direkt tillämplig om det handlar om en förordning — och inte kräva någon nationell lagstiftning för att vara tillämplig i medlemsstaterna — eller ha direkt effekt i fråga om direktiv — det vill säga kunna åberopas av en enskild mot staten trots att bestämmelsen inte införlivats korrekt med nationell rätt. Parallellt med detta gäller den allmänna principen om unionsrättens företräde framför nationell rätt, som fastställts i EU-domstolens praxis. Om unionsrättens företräde kan tilläggas att den inte är absolut. I vissa fall krävs inte att motstridiga nationella bestämmelser åsidosätts. Företrädesrätten finns inte heller reglerad i fördragen, utan är intagen som en allmän förklaring (nr 17) som fogats till fördragen.

10 kap. 6 § RF nämner statsskicket. I det omfattas bland annat riksdagens ställning som det främsta statsorganet, de grundläggande tryckfrihetsrättsliga principerna och offentlighetsprincipen. Det innebär att tryckfrihetsgrundlagarna omfattas av begränsningarna i 10 kap. 6 § RF.

Paragrafens grundläggande principer har sin motsvarighet i Högsta domstolens (HD:s) rättspraxis. HD uttalade i NJA 2014 s. 79, med inspiration från de så kallade *Solange*-domarna från den tyska författningsdomstolen, att en svensk domstol kan frångå vad som följer av EU-domstolens tolkning av en EU-bestämmelse endast om tillämpningen i det enskilda fallet annars skulle utgöra en allvarlig och otvetydig kränkning av Europakonventionen. Det betyder att det faktiska utrymmet för en sådan avvikelse är ytterst begränsat.

Som följer av 10 kap. 6 § RF är det riksdagens ansvar att inte överlämna något som strider mot förutsättningarna i paragrafen. Det är i det sammanhanget förmodligen även bara riksdagen som kan återkalla ett överlämnande med tillämpning av samma bestämmelse. Det finns dock de som anser att 10 kap. 6 § RF kan tillämpas i domstol för en konstitutionell normkontroll i efterhand.[6] Den frågan har emellertid inte bekräftats i rättspraxis och skulle generellt kunna anses strida mot kompetensfördelningen i regeringsformen.[7]

Avgränsningen av unionens befogenheter

Frågan om respekten för den nationella konstitutionella identiteten är intimt förknippad med principen om tilldelade befogenheter, alltså

[6] Bull och Sterzel, *Regeringsformen — en kommentar*, Studentlitteratur, 2013, s. 253.
[7] Se, för en möjlig analogi, Högsta domstolens beslut i det så kallade Aurora-målet (”Klimattalan”) den 19 februari 2025 i mål Ö 7177-23.

vad som överlåtits i form av beslutanderätt. Grunderna för detta regleras i fördragen.

Skyddet för den konstitutionella identiteten är uppdelad i två steg. Det första är frågan om vilka befogenheter som överlämnats eller tilldelats unionen (jfr 10 kap. 6 § RF), det andra är hur unionen agerar inom ramen för de befogenheter som unionen tilldelats. Bestämmelserna finns huvudsakligen i artikel 4 och 5 FEU, som hänvisar till och överlappar varandra. För att kunna slå fast i vilket skede som skyddet för den konstitutionella identiteten kan vara aktuellt, finns det anledning att inledningsvis på ett övergripande plan redogöra för grunderna för hur avgränsningen av unionens befogenheter regleras.

Enligt artikel 4.1 FEU ska varje befogenhet som inte har tilldelats unionen i fördragen tillhöra medlemsstaterna. Grunderna för principen om tilldelade befogenheter regleras i artikel 5 FEU. Principen ska enligt artikel 5.1 FEU styra avgränsningen av unionens befogenheter, medan principerna om subsidiaritet och proportionalitet ska styra utövandet av dessa befogenheter.

Enligt artikel 5.2 FEU ska unionen enligt principen om tilldelade befogenheter endast handla inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat den i fördragen för att nå de mål som fastställs där. I artikel 5.2 FEU upprepas även det som står i artikel 4.1 FEU, nämligen att varje befogenhet som inte har tilldelats unionen i fördragen ska tillhöra medlemsstaterna. I de efterföljande bestämmelserna, artikel 5.3 respektive 5.4 FEU, regleras grunderna för subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen.

Enligt artikel 4.2 FEU ska EU respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Den ska 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 synnerhet ska den nationella säkerheten också i fortsättningen vara varje medlemsstats eget ansvar. I artikel 4.3 FEU återfinns principen om lojalt samarbete.

Av de två bestämmelserna, artikel 4 och 5 FEU, är det tydligt att skyddet för den konstitutionella identiteten i en medlemsstat är en skyldighet som åligger EU och inte medlemsstaterna själva. Detta förutsätter att det handlar om en befogenhet som tilldelats EU eller, som det heter i 10 kap. 6 § RF, har överlämnats av riksdagen inom ramen för EU-samarbetet.

Artikel 4.2 FEU innebär å andra sidan att EU-samarbetet efter överlämnandet ska utövas med respekt för den nationella identiteten så som den kommer till uttryck i de konstitutionella grundstrukturerna. Den här konstitutionella växelverkan är central och har bidragit till en lång rad avgöranden från EU-domstolen de senaste tio åren.

Tio år av besynnerligheter — EUD:s rättspraxis

I det följande redovisas EUD:s rättspraxis i de mål där artikel 4.2 FEU har aktualiserats. Som framgår av redogörelsen går det att samla avgörandena i några övergripande kategorier. Kategoriseringen har skett genom att övergripande analysera vilken roll som artikel 4.2 FEU spelat i EUD:s avgörande.

Några domar låter sig inte systematiseras, bland annat målet *Bogendorff von Wolffersdorff*,[8] där EUD ånyo fick ta ställning till förandet av adelstitlar i de tyskspråkiga länderna, den här gången i Tyskland. I domen *Cilevičs m.fl.*[9] kom domstolen fram till att den fria rörligheten i och för sig inte utgör hinder för en lagstiftning som i princip ålägger universitet och högskolor en skyldighet att uteslutande ge undervisning på den medlemsstatens språk, i den mån en sådan lagstiftning är motiverad med hänsyn till ändamål avseende skyddet för medlemsstatens nationella identitet och är proportionerlig i förhållande till målet som eftersträvas. Domen *Rivière m.fl. mot parlamentet*[10] handlar om placeringen av flaggorna i talarstolen på Europaparlamentet.

Några domar handlar om likabehandlingsprincipen i den meningen att medlemsstaterna ska behandlas lika, enligt artikel 4.2 FEU. Det är mål som *Polen mot parlamentet och rådet*[11] och *Kommissionen mot Förenade kungadömet (Lutte contre la fraude à la sous-évaluation)*.[12] Oftast avfärdas dessa argument. Ett bra exempel är *Litauen och andra mot parlamentet och rådet (Paquet mobilité – Détachement et temps de travail)*.[13] I domen åberopades artikel 4.2 FEU med hänvisning till att vissa bestämmelser i mobilitetspaketet om yrkeschaufförers arbetstider påverkade vissa medlemsstater mer än andra. Domstolen avfärdade argumentet och anförde att även om det antas att bestämmelsen indirekt påverkade vissa medlemsstater mer än andra, trots att den ska tillämpas utan åtskillnad, följer det av praxis att en unionsrättsakt som syftar till att utjämna medlemsstaternas bestämmelser, i den mån den tillämpas på samma sätt i alla medlemsstater, inte kan anses vara diskriminerande. Enligt domstolen följer det av att en sådan harmoniseringsåtgärd oundvikligen ger upphov till olika verkningar beroende på hur de olika nationella lagstiftningarna och nationell praxis tidigare såg ut. Liknande resonemang ligger till grund för domen om skyddet av vargbeståndet i Österrike i målet *WWF Österreich m.fl.*[14]

Likabehandlingsprincipen i artikel 4.2 FEU kan även skydda medlemsstaterna från alltför schablonartade beräkningar av avgiften vid

[8] Mål C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, EU:C: 2016:401. Se även mål C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806.
[9] Mål C-391/20, *Cilevičs m.fl.*, EU:C:2022:638.
[10] Mål C-767/21 P, *Rivière m.fl. mot parlamentet*, EU:C:2023:987.
[11] Mål C-128/17, *Polen mot parlamentet och rådet*, EU:C:2019:194.
[12] Mål C-213/19, *Kommissionen mot Förenade kungadömet (Lutte contre la fraude à la sous-évaluation)*, EU:C:2022:167.
[13] Mål C-541/20, *Litauen och andra mot parlamentet och rådet (Paquet mobilité – Détachement et temps de travail)*, EU:C:2024:818.
[14] Mål C-601/22, *WWF Österreich m.fl.*, EU:C:2024:595.

fördragsbrott. Enligt domen *Kommissionen mot Polen (Directive lanceurs d'alerte)*[15] kan Kommissionen kan inte åberopa principen om medlemsstaternas likhet inför fördragen, såsom den stadfästs i artikel 4.2 FEU, för att motivera en automatisk tillämpning av en enda koefficient för svårighetsgrad när ett direktiv inte har införlivats fullständigt och de åtgärder som är nödvändiga för att införliva direktivet följaktligen inte har anmälts till Kommissionen. Det är enligt EUD uppenbart att följderna för enskilda och allmänna intressen av att de skyldigheter som åligger medlemsstaterna inte fullgörs kan variera inte bara från en medlemsstat till en annan, utan även beroende på det materiella innehållet i det direktiv som inte har införlivats.

Övriga domar kan i stora linjer kategoriseras enligt följande.

Kategori 1 — Erkännande av samkönade äktenskap

I två domar från 2018 och 2021, *Coman* och *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, har EUD tagit ställning till erkännande av samkönade äktenskap.[16] Målen som kom från Rumänien respektive Bulgarien handlade om frågan om det var nödvändigt att erkänna utländska samkönade äktenskap. I *Coman* var det den lettiska regeringen, i *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"* den hänskjutande domstolen, som lyfte frågan om det var möjligt att med stöd av artikel 4.2 FEU vägra erkänna ett samkönat äktenskap (eftersom det skulle medföra en begränsning av den fria rörligheten).

EUD godkände inte artikel 4.2 FEU som grund. Skyldigheten att erkänna ett äktenskap som ingåtts i en annan medlemsstat påverkar inte de konstitutionella grundstrukturerna eller *ordre public* i den mottagande medlemsstaten. Att erkänna ett äktenskap innebär bara att man accepterar det ursprungliga äktenskapet. Här hänvisar EUD till grundläggande rättigheter och rätten till privatlivet. Således saknades grund för att tillämpa artikel 4.2 FEU.

Kategori 2 — Nationell säkerhet och försvarsmaktens aktiviteter

Enligt artikel 4.2 FEU ska EU respektera medlemsstaternas väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten. I synnerhet ska den nationella säkerheten också i fortsättningen vara varje medlemsstats eget ansvar. Därutöver finns det flera förbehåll i fördragen kopplade till allmän ordning och säkerhet. Den fria rörligheten kan till exempel begränsas med hänsyn till allmän ordning och säkerhet och i artiklarna 346 till 348 FEUF finns utrymme för medlemsstaterna att åberopa väsentliga säkerhetsintressen och upprätthållande av lag och ordning.

[15] Mål C-147/23, *Kommissionen mot Polen (Directive lanceurs d'alerte)*, EU:C:2024:346.
[16] Mål C-673/16, *Coman m.fl.*, EU:C:2018:385 och mål C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, EU:C:2021:1008.

Eftersom det vid tillämpningen av artikel 4.2 FEU handlar om områden där beslutanderätten redan har överlämnats till EU, tillämpas bestämmelsen av EU-domstolen i de här sammanhangen genom en avvägning mellan de olika intressen som är aktuella i de enskilda målen. I målet *Tjeckiska republiken mot parlamentet och rådet*,[17] yrkade Tjeckien, Ungern och Polen att direktivet 2017/853 om kontroll av förvärv och innehav av vapen skulle ogiltigförklaras. En av de grunderna som åberopades var att åtgärder för att förebygga brott och terrorism enligt artikel 84 FEUF inte kan harmoniseras. Enligt klagandena återspeglar det vad som föreskrivs i artikel 4.2 FEU, enligt vilken medlemsstaterna ensamma ansvarar för den nationella säkerheten på deras territorium och ska ha möjligheten att upprätthålla lag och ordning där. Genom att anta det angripna direktivet hade unionslagstiftaren överskridit sina befogenheter och överträtt artikel 5.2 FEU.

EUD höll inte med och ogillade talan. Målet handlade om en ändring av ett äldre direktiv. Domstolen konstaterade att inget hade framkommit i målet som visade att det hade varit fråga om ett överskridande av de tilldelade befogenheterna om det gamla direktivet istället hade upphävts helt och ersatts med ett nytt som motsvarade de ifrågasatta ändringarna. Mot den bakgrunden kunde talan således inte bifallas på den grunden.

Flyktingkrisen 2015 ledde till att Kommissionen väckte talan mot Polen med anledning av landets vägran att då ta emot omplacerade flyktingar. I domen *Kommissionen mot Polen (Mekanism för tillfällig omplacering av personer som ansöker om internationellt skydd)*[18] hanteras fördragsbrottstalan mot Polen, Ungern och Tjeckien gemensamt. I målen hade Polen och Ungern åberopat artikel 72 FEUF (rätt att upprätthålla lag och ordning och inre säkerhet) och artikel 4.2 FEU. De framförde argumentet att bestämmelserna gav dem exklusiv befogenhet att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten. De hade därför rätt att inte följa besluten om omplacering av flyktingar från Italien och Grekland till Polen, Ungern respektive Tjeckien.

EUD konstaterade att Polen och Ungern inte kunde åberopa artikel 72 FEUF som grund för att vägra ta emot de omplacerade flyktingarna. Domstolen underkände även jämförelsen med artikel 4.2 FEU. Enligt domstolen fanns det inget i målet som tydde på att det effektiva värnandet av de grundläggande statliga funktionerna som avses i artikel 4.2 FEU bara kunde säkerställas genom att inte tillämpa omplaceringsbesluten. Domstolen pekade på att det i omplaceringsbesluten fanns bestämmelser som gjorde det möjligt att ta hänsyn till säkerhetsintressen, utan att undergräva beslutens syfte att säkerställa en effektiv och snabb omplacering av ett stort antal personer med ett klart behov av inter-

[17] Mål C-482/17, *Tjeckiska republiken mot parlamentet och rådet*, EU:C:2019:918.
[18] Mål C-715/17, *Kommissionen mot Polen (Mekanism för tillfällig omplacering av personer som ansöker om internationellt skydd)*, EU:C:2020:257.

nationellt skydd i syfte att lindra de stora påfrestningarna som det grekiska och italienska asylsystemet var utsatta för.

En annan utgång blev det delvis i målet *La Quadrature du Net m.fl.*[19] Målet handlade om behandlingen av personuppgifter och om det var tillåtet med en generell och odifferentierad lagring av trafik- och lokaliseringsuppgifter. I målet aktualiserades bedömningen av den här typen av lagring i förebyggande syfte för att skydda nationell säkerhet. EUD konstaterade att det i artikel 4.2 FEU anges att nationell säkerhet också i fortsättningen ska vara varje medlemsstats eget ansvar. Detta svarar mot det grundläggande intresset av att skydda statens väsentliga funktioner och samhällets grundläggande intressen samt inbegriper förebyggande och beivrande av verksamhet som allvarligt kan störa de grundläggande konstitutionella, politiska, ekonomiska eller sociala strukturerna i ett land och i synnerhet direkt hota samhället, befolkningen eller staten som sådan, till exempel terrorverksamhet.

I målet konstaterade EUD att nationell säkerhet är ett mer omfattande skyddsintresse än de skyddsintressen som var aktuella i fråga om direktivet vars giltighet var ifrågasatt. Skyddsintressena som angavs i direktiv 2002/58 omfattade målen att bekämpa brottslighet i allmänhet, även grov brottslighet, och att skydda allmän säkerhet. Under förutsättning att det föreligger tillräckligt konkreta omständigheter för att anse att en medlemsstat står inför ett sådant allvarligt hot mot säkerheten, kan det vara befogat med en bred och odifferentierad lagring, men då bara under en begränsad tid och så länge som hotet kvarstår. Denna slutsats underströks med hänvisning till artikel 4.2 FEU.

Frågan om personuppgifter aktualiserades även i målet *Privacy International*.[20] Även detta mål gällde en generell och odifferentierad överföring av trafik- och lokaliseringsuppgifter. I målet hade den nationella regeringen i målet vid den nationella domstolen hävdat att överföringen inte kunde regleras av unionsrätten och låg utanför unionens befogenheter, i enlighet med bland annat artikel 4.2 FEU, enligt vilken nationell säkerhet också i fortsättningen ska vara varje medlemsstats ansvar.

I domen slog EUD, med hänvisning till tidigare rättspraxis, fast att trots artikel 4.2 FEU så kan den omständigheten att en åtgärd vidtagits för att skydda nationell säkerhet inte leda till att unionsrätten inte är tillämplig och befria medlemsstaterna från skyldigheten att iaktta unionsrätten, trots att det ankommer på medlemsstaterna att definiera sina väsentliga säkerhetsintressen och vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa inre och yttre säkerhet. I likhet med domen *La Quadrature du Net m.fl.*, som det hänvisas till i avgörandet, kom EUD vid en proportionalitetsbedömning fram till att en odifferentierad överföring utan begränsning i tiden var oförenlig med unionsrätten.

[19] Mål C-511/18, *La Quadrature du Net m.fl.*, EU:C:2020:791.
[20] Mål C-623/17, *Privacy International*, EU:C:2020:790.

Liknande resonemang finns i domen *Commission of An Garda Síochána*,[21] där EUD utvecklar förutsättningarna för datalagring ytterligare bland annat med hänvisning till artikel 4.2 FEU.

Då hade EUD redan tidigare betonat att överföringen av personuppgifter omfattas av unionsrätten, även om personuppgifterna sedan ska behandlas för att trygga nationella säkerhetsintressen. I domen *Facebook Ireland och Schrems ("Schrems II")*[22] hade den nationella domstolen frågat om den omständigheten att personuppgifter lämnades till ett tredje land, i det här fallet USA, för att användas för ändamål som allmän säkerhet, försvar och nationell säkerhet, omfattades av unionsrättens tillämpningsområde. Den nationella domstolen, irländska High Court, hänvisade till artikel 4.2 FEU och undrade om artikeln innebär att överföringarna till USA låg utanför unionens befogenheter. EUD slog i domen, som skapade stor uppmärksamhet, fast att unionsrätten är tillämplig på den här typen av överföringar och gick sedan vidare med att konstatera att överföringarna av personuppgifter till USA var oförenliga med unionsrätten. Det är tydligt att artikel 4.2 FEU i den här domen avfärdas till stor del för att det var ett tredjelands, USA:s, säkerhet som var syftet med överföringarna.

Av EUD:s praxis framgår tydligt att ett eventuellt hot mot den nationella säkerheten måste vara konkret. Målet *Kommissionen mot Ungern (Accueil des demandeurs de protection internationale)*[23] handlade om det Ungerska kravet att flyktingar bara kunde komma in i Ungern från Serbien via två anvisade transitområden, från vilka de kunde utvisas utan domstolsprövning. Ungern åberopade som stöd för detta nationell säkerhet och hänvisade till artikel 4.2 FEU, men EUD konstaterade att konkreta bevis för att den nationella säkerheten hotats saknades helt och avfärdade argumentet. På samma sätt avfärdades i målet *Xella Magyarország* liknande ogrundade argument som anförts som skäl för att förbjuda en utländsk direktinvestering i ett grustag i Ungern.[24]

Kravet på en konkret påverkan är även central i målet *Generalstaatsanwaltschaft Bamberg (Exception au principe ne bis in idem)*.[25] Med hänvisning till bland annat *La Quadrature du Net*, konstaterade EUD att de brott för vilka det får göras undantag från principen för *ne bis in idem*

[21] Mål C-140/20, *Commission of An Garda Síochána*, EU:C:2022:258. Se även mål C-793/19, *SpaceNet*, EU:C:2022:702 och mål C-162/22, *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra*, EU:C:2023:631.

[22] Mål C-311/18, *Facebook Ireland och Schrems*, EU:C:2020:559.

[23] Mål C-808/18, *Kommissionen mot Ungern (Accueil des demandeurs de protection internationale)*, EU:C:2020:1029. Ungern vägrade följa EUD:s dom, vilket ledde till en uppföljande fördragsbrottstalan, mål C-123/22, *Kommissionen mot Ungern (Accueil des demandeurs de protection internationale II)*, EU:C:2024:493. I domen gjorde EUD följande uttalande: "Det faktum att en medlemsstat avsiktligen kringgår tillämpningen av en gemensam politik i sin helhet utgör ett aldrig tidigare skådat och synnerligen allvarligt åsidosättande av unionsrätten och innebär ett allvarligt hot mot unionsrättens enhetlighet och principen om likhet mellan medlemsstaterna som det erinras om i artikel 4.2 FEU". Fällande dom.

[24] Mål C-106/22, *Xella Magyarország*, EU:C:2023:568.

[25] Mål C-365/21, *Generalstaatsanwaltschaft Bamberg (Exception au principe ne bis in idem)*, EU:C:2023:236.

enligt Schengen-reglerna inte bara ska vara särskilt allvarliga utan även måste påverka medlemsstaten som sådan och intressena som berörs måste vara ”oskiljaktiga från medlemsstaten själv”.

En mycket specifik fråga uppkom i målet *Ministrstvo za obrambo*.[26] Målet handlade om arbetstidens förläggning när det gällde militär personal. Frågan var mer konkret om militär personal skulle omfattas av det unionsrättsliga skyddet för arbetstidens förläggning. EUD slog fast att de huvudsakliga uppgifterna för medlemsstaternas väpnade styrkor, att bevara den territoriella integriteten och skydda den nationella säkerheten, uttryckligen ingår bland de väsentliga statliga funktioner som unionen ska respektera enligt artikel 4.2 FEU. Den omständigheten innebär emellertid inte att medlemsstaternas beslut om organisationen av försvarsmakten faller utanför unionsrättens tillämpningsområde, särskilt när det gäller bestämmelser om arbetstidens förläggning. Samtidigt får unionsrätten inte tolkas så att de huvudsakliga uppgifterna inte kan utföras. All verksamhet som militär personal utövar kan inte utmärkas av sådana förhållanden att det inte går att planera arbetstiden. De omfattas därför av reglerna om arbetstidens förläggning. Däremot omfattas inte operativa, skarpa insatser av unionsrätten, eftersom det skulle strida mot artikel 4.2 FEU. Dessutom ska all verksamhet som hör antingen till den militära personalens grundutbildning, inklusive värnplikt, eller den operativa träningen som de ska delta i därefter, anses falla utanför unionsrättens tillämpningsområde.

Liknande resonemang fördes i domen *Österreichische Datenschutzbehörde*[27], där det var fråga om en utredningskommitté som tillsatts av det österrikiska parlamentet som ett led i utövandet av dess befogenhet att kontrollera den verkställande makten, föll utanför unionsrättens tillämpningsområde. EUD besvarade frågan nekande, eftersom det inte kunnat visas på vilket sätt som den nationella säkerheten påverkades.

En liknande slutsats drar domstolen i målet *Correia Moreira*.[28] Inom de områden där medlemsstaterna har överfört befogenheter till EU, som skyddet för arbetstagares rättigheter vid överlåtelsen av företag, kan artikel 4.2 FEU inte tillämpas så att en arbetstagare berövas det skydd som följer av unionsrätten. Frågan hade uppkommit i samband med att en kommun tog över verksamheten. Artikel 4.2 FEU togs upp av den nationella domstolen med hänsyn till den nationella identiteten och då främst de konstitutionella grundstrukturerna.

Kategori 3 — Territoriella grundstrukturer

EU:s medlemsstater består av allt mellan centralstyrda länder som Frankrike, centralstyrda länder med självständiga kommuner och myndigheter som Sverige och federala stater som Tyskland och Spanien. Till detta kommer olika territorier som hör till medlemsstater, men

[26] Mål C-742/19, *Ministrstvo za obrambo*, EU:C:2012:597.
[27] Mål C-33/22, *Österreichische Datenschutzbehörde*, EU:C:2024:46. Se även mål C-185/23, *protectus*, EU:C:2024:657.
[28] Mål C-317/18, *Correia Moreira*, EU:C:2019:499.

som inte alltid ska omfattas av unionsrätten för att det finns bestämmelser som reglerar detta.

En central fråga är hur de här olika strukturerna ska hanteras i förhållande till reglerna om offentlig upphandling. I dessa sammanhang har artikel 4.2 FEU fått en framträdande roll. En förutsättning är dock att bestämmelsen verkligen rör medlemsstatens förvaltningsstruktur och inte andra rättssubjekt, vilket EUD konstaterade i målet *Gmina Wroclaw*.[29]

Startskottet kom i och med domen i målet *Remondis* (för övrigt en av de äldsta domarna i den här artikeln).[30] I det målet uppkom frågan om en överföring av vissa uppgifter inom ramen för ett tyskt kommunalförbund förelåg en situation som borde varit föremål för en offentlig upphandling, det vill säga borde ha konkurrensutsatts. EUD hänvisade till artikel 4.2 FEU och erinrade om att befogenhetsfördelningen inom en medlemsstat skyddas genom bestämmelsen. Det här skyddet omfattar även omorganisationer inom medlemsstaten när det gäller befogenheterna, antingen mellan eller inom myndigheter. Domstolen uppställer dock vissa villkor. En förutsättning är att omorganisationen även innefattar myndighetsutövning. De nya befogenheterna får inte utövas mot ekonomisk ersättning och ska utföras på eget ansvar. I målet var villkoren uppfyllda. Överföringen av vissa uppgifter i bildandet av ett kommunalförbund i det nationella målet behövde därför inte konkurrensutsättas.

De principer som slogs fast i *Remondis* bekräftades sedan i målet *Porin kaupunki*.[31] Det målet gällde ett avtal mellan kommuner som innebar att de kom överens om att ge en av dem ansvaret för att organisera vissa tjänster. Detta undantogs med hänvisning till artikel 4.2 FEU från upphandlingsreglerna under förutsättning att det handlade om en överföring även av ”befogenheterna”, bland annat med en gemensam budget. Däremot godtogs argumentet inte i samband med spanska regionala punktskatter i målet *DISA*.[32]

Precis som när det gäller nationell säkerhet, krävs det i dessa sammanhang att det tydligt framgår att medlemsstatens konstitutionella grundstruktur påverkas. Det följer av domen *Kommissionen mot Förenade kungariket*[33] och *Kommissionen mot Nederländerna*.[34]

Kategori 4 — Skyddet för rättsstaten

Under 2010-talet utsattes rättsstaten för en enorm press bland annat i Polen och Ungern. Genom olika lagändringar och författningsändringar eroderades domstolarnas självständighet genom framtvingade pensioneringar, avsättningar och politiserade tillsättningar.

[29] Mål C-276/14, *Gmina Wroclaw*, EU:C:2015:635.
[30] Mål C-51/15, *Remondis*, EU:C:2016:985.
[31] Mål C-328/19, *Porin kaupunki*, EU:C:2020:483.
[32] Mål C-743/22, *DISA*, EU:C:2024:438.
[33] Mål C-391/17, *Kommissionen mot Förenade kungariket*, EU:C:2019:919.
[34] Mål C-395/17, *Kommissionen mot Nederländerna*, EU:C:2019:918.

En del av motståndet mot den processen kom från EUD, som i flera avgöranden upprätthöll skyddet för rättsstaten som en grundläggande princip inom unionen. Eftersom den här artikeln fokuserar på artikel 4.2 FEU skulle det kräva en alltför lång utvikning att redogöra för den här striden i detalj. Följer man tillämpningen av artikel 4.2 FEU under den här perioden uppstår ändå en intressant bild av hur bestämmelsen först åberopats som grund för att vissa frågor ligger utanför de tilldelade befogenheterna, för att efter en avgörande punkt tvingas in under principen om unionsrättens företräde.

I målet *A.B. m.fl. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)*,[35] försökte den polska regeringen argumentera för att begäran om förhandsavgörande inte kunde tas upp till sakprövning på grund av att frågorna rörde den polska konstitutionen och därigenom låg utanför det överlåtna området för beslutanderätten. Anledningen var, enligt den polska regeringen, att frågan om tillsättningen av domartjänster i medlemsstaterna låg utanför unionsrätten och därmed utanför EUD:s behörighet. En tvingande dom från EUD skulle strida mot artikel 4.2 FEU eftersom den skulle leda till att den polska högsta domstolen inte längre skulle döma oberoende. EUD tillbakavisade yrkandet med hänvisning till att de argument som förts fram i sig krävde en tolkning av unionsrätten för att kunna besvaras och därför inte i sig kunde innebära att målet skulle avvisas. Dessutom skulle en dom från EUD ha full verkan utan att det påverkar de konstitutionella grundstrukturerna. Frågan som aktualiserades i målet låg således inom EUD:s behörighet och artikel 4.2 FEU saknade betydelse.

Liknande argument fördes fram i målet *W. Ż. (Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – nomination)*.[36] Enligt den polska regeringen kunde målet inte tas upp till prövning av EUD eftersom den hänskjutande domstolen i Polen inte var behörig att meddela beslut om att skilja en domare från sitt ämbete. Om den hänskjutande domstolen på grundval av en dom från EUD skulle tillerkännas en sådan behörighet, skulle detta strida mot vissa inhemska rättsgrundsatser, vilket i sin tur skulle strida mot artikel 4.2 FEU. Precis som tidigare konstaterade EUD att dessa argument krävde en tolkning av unionsrätten för att kunna besvaras och därför inte i sig kunde innebära att målet skulle avvisas.

I målet *Euro Box Promotion m.fl.*[37] som handlade om rumänska förhållanden och möjligheten att bland annat erhålla en överprövning av domar som vunnit laga kraft av författningsdomstolen. Målets omständigheter är för komplexa för att återges i detalj, men i domskälen ger EUD en tydlig ram för sin syn på artikel 4.2 FEU. Artikel 4.2 FEU föreskriver att unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen.

[35] Mål C-824/18, *A.B. m.fl. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)*, EU:C:2021:153.
[36] Mål C-487/19, *W.Ż. (Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – nomination)*, EU:C:2021:798.
[37] Mål C-357/19, *Euro Box Promotion m.fl.*, EU:C:2021:1034.

Unionen kan emellertid bara iaktta en sådan likhet om medlemsstaterna, i enlighet med principen om unionsrättens företräde, inte kan göra gällande en ensidig åtgärd mot unionens rättsordning, oavsett vilken åtgärd det är fråga om. Enligt principen om unionsrättens företräde får den omständigheten att en medlemsstat åberopar nationella bestämmelser, oavsett om det är fråga om konstitutionella sådana eller inte, inte undergräva unionsrättens enhetlighet och effektivitet. Enligt EUD har principen om unionsrättens företräde verkningar gentemot samtliga organ i en medlemsstat, och nationella bestämmelser, inbegripet grundlagsbestämmelser, kan inte utgöra hinder för detta. Principen om unionsrättens företräde innebär att den nationella domstol som inom ramen för sin behörighet ska tillämpa unionsbestämmelser är skyldig att, om det inte är möjligt att tolka nationell rätt i enlighet med kraven i unionsrätten, säkerställa att dessa bestämmelser ges full verkan i det anhängiggjorda målet genom att, med stöd av sin egen behörighet, vid behov underlåta att tillämpa nationell lagstiftning eller praxis, även senare sådan, som strider mot unionsbestämmelser med direkt effekt, utan att vare sig begära eller avvakta ett föregående upphävande av denna genom ett lagstiftningsförfarande eller annat konstitutionellt förfarande. I och med detta vänder EUD på resonemanget och tillämpar medlemsstaternas likhet inför fördragen till en likhet inför lagen.

Artikel 4.2 FEU aktualiserades även i målet som gällde Ungerns och Polens överklagande av den förordning som gav EU rätt att hålla tillbaka finansiella medel med hänvisning till den bristande respekten för demokrati och rättssäkerhet i de två länderna år 2020. I målet *Ungern mot parlamentet och rådet*[38] åberopade Ungern artikel 4.2 FEU och skyddet för den nationella identiteten och anförde att detta inte respekterats. EUD anför i det avseendet att unionen visserligen ska respektera medlemsstaternas nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, vilket innebär att medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning för att säkerställa genomförandet av rättsstatens principer. Dock innebär detta ingalunda att denna resultatförpliktelse kan variera från en medlemsstat till en annan. Medlemsstaterna har skilda nationella identiteter som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer och som unionen ska respektera. Samtidigt har medlemsstaterna anslutit sig till ett rättsstatsbegrepp. Detta rättsstatsbegrepp delas av medlemsstaterna såsom ett värde som är gemensamt med deras egna konstitutionella traditioner, och detta rättsstatsbegrepp har medlemsstaterna åtagit sig att fortlöpande iaktta. De rättsstatsprinciper som utvecklats i EUD:s praxis på grundval av unionsfördragen, erkänns och preciseras i unionens rättsordning och är sprungna ur gemensamma värden som även erkänns och tillämpas av medlemsstaterna i deras egna rättsordningar. Det går enligt EUD inte

[38] Mål C-156/21, *Ungern mot parlamentet och rådet*, EU:C:2022:97.

att undgå att känna till dessa gemensamma värderingar. Samma resonemang återfinns i domen *Polen mot parlamentet och rådet*.[39]

Detta förtydligades ytterligare i domen *Kommissionen mot Polen (Indépendance et vie privée des juges)*[40] som också handlade om de polska försöken att undergräva domstolarnas oberoende. Det kan enligt EUD inte med framgång göras gällande att en medlemsstats nationella identitet, i den mening som avses i artikel 4.2 FEU, kan påverkas av de krav som — såsom villkor för anslutning till och deltagande i unionen — följer av ett iakttagande av sådana värden och principer som rättsstatsprincipen, ett effektivt domstolsskydd och domstolsväsendets oberoende, vilka slås fast i artikel 2 och 19.1 andra stycket FEU. Artikel 4.2 FEU, som ska läsas mot bakgrund av de likvärdiga bestämmelserna i artikel 2 och 19.1 andra stycket FEU, kan inte befria medlemsstaterna från deras skyldighet att iaktta de krav som följer av dessa sistnämnda bestämmelser. När medlemsstaterna väljer sina respektive konstitutionella modeller är de skyldiga att bland annat uppfylla det krav på oavhängiga domstolar som följer av artikel 2 och 19.1 andra stycket FEU. Medlemsstaterna är således bland annat skyldiga att, med hänsyn till rättsstatsprincipen, undvika varje försämring av sin lagstiftning om rättsväsendets organisation genom att avstå från att införa regler som skulle kunna undergräva oavhängigheten hos domare. Detta har nyligen, den 25 februari 2025, på nytt bekräftats i målet *Sąd Rejonowy w Białymstoku*[41], som handlade om domarlöner.

I domen *OT m.fl. (Suppression d'un Tribunal)*[42] handlade det om förutsättningarna i Polen för att på godtyckliga grunder avskaffa en domstol och arbetsbefria domarna som var anställda där. Polens regering hävdade att detta rörde frågor om den inhemska domstolsorganisationen och att målet därför inte kunde tas upp till sakprövning. EUD höll fast vid sin tidigare rättspraxis och anförde bland annat att även om fördelningen eller omorganiseringen av domstolars behörighet i en medlemsstat i princip omfattas av den frihet som garanteras medlemsstaterna i artikel 4.2 FEU, gäller detta endast under förutsättning, bland annat, att en sådan fördelning eller omorganisation inte undergräver respekten för rättsstatens värde, som stadfästs i artikel 2 FEU, eller de krav som i detta avseende följer av artikel 19.1 andra stycket FEU, inbegripet de krav på att de domstolar som ska tolka och tillämpa unionsrätten ska vara oberoende, opartiska och ha inrättats enligt lag.

Frågan om sambandet mellan artikel 4.2 FEU och 2 FEU var även aktuell i målen *Kommissionen mot Tjeckiska republiken (Éligibilité et qualité de membre d'un parti politique)*[43] och *Kommis-sionen mot Polen (Éligibilité et*

[39] Mål C-157/21, *Polen mot parlamentet och rådet*, EU:C:2022:98.
[40] Mål C-204/21, *Kommissionen mot Polen (Indépendance et vie privée des juges)*, EU:C:2023:442.
[41] Förenade målen C-146/23 och C-374/23, *Sąd Rejonowy w Białymstoku*, EU:C:2025:109.
[42] Mål C-634/22, *OT m.fl. (Suppression d'un Tribunal)*, EU:C:2024:340.
[43] Mål C-808/21, *Tjeckiska republiken (Éligibilité et qualité de membre d'un parti politique)*, EU:C:2024:962.

qualité de membre d'un parti politique).[44] De två målen gäller fördragsbrottstalan mot de två medlemsstaterna på grund av krav i lag på att partimedlemmar var tvungna att vara medborgare i medlemsstaten. Medlemsstaterna argumenterade för att artikel 4.2 FEU innebar att EU skulle respektera deras nationella lagstiftning. EUD höll inte med och framhöll bl.a. följande. Organisationen av det nationella politiska livet, till vilket politiska partier och rörelser bidrar, utgör i och för sig en del av den nationella identiteten i den mening som avses i artikel 4.2 FEU. Vidare innebär artikel 22 FEU (om rösträtt och valbarhet i kommunalval och europaparlamentsval för unionsmedborgare) varken en skyldighet för en medlemsstat att tillerkänna utländska unionsmedborgare rösträtt och valbarhet vid nationella val eller ett förbud för medlemsstaten att anta särskilda bestämmelser om beslutsfattande inom ett parti. Däremot ska artikel 4.2 FEU läsas mot bakgrund av likvärdiga bestämmelser, bland annat artiklarna 2 och 10 FEU (om demokratiska grundprinciper), och kan således inte befria medlemsstaterna från deras skyldighet att iaktta de krav som följer av de senare. Principen om demokrati och principen om likabehandling utgör värden som unionen, enligt artikel 2 FEU, ska bygga på. Att tillåta att sådana unionsmedborgare blir medlemmar i ett parti eller en politisk rörelse i den medlemsstat där de är bosatta för att fullt ut genomföra principerna om demokrati och likabehandling kan följaktligen inte anses undergräva den medlemsstatens nationella identitet. EUD konstaterade därmed att ett fördragsbrott förelåg på den grunden.

Avslutningsvis — vem ska tillämpa artikel 4.2 FEU?

Frågan om hur en nationell högsta domstol ska förhålla sig till artikel 4.2 FEU har, avslutningsvis, klarlagts i domen *RS (Effets des arrêts d'une cour constitutionnelle)*.[45] EUD är tydlig. Det följer av artikel 4.2 i EU-fördraget att EUD kan uppmanas att kontrollera att en skyldighet enligt unionsrätten inte kränker en medlemsstats nationella identitet. Artikel 4.2 FEU har däremot varken till syfte eller till verkan att tillåta en medlemsstats författningsdomstol att, i strid med de skyldigheter som följer av bland annat artikel 4.2, 4.3 och 19.1 andra stycket FEU och som den är skyldig att iaktta, avstå från att tillämpa en unionsbestämmelse av det skälet att den kränker den berörda medlemsstatens nationella identitet enligt den nationella författningsdomstolens definition. För det fall en nationell författningsdomstol bedömer att en bestämmelse i unionsrättens sekundärrätt, såsom den tolkats av EUD, kränker denna medlemsstats nationella identitet, ska denna författningsdomstol vilandeförklara målet och med stöd av artikel 267 FEUF hänskjuta frågan till EUD för ett förhandsavgörande, så att EUD kan avgöra om bestämmelsen är giltig mot bakgrund av artikel 4.2 FEU, eftersom EU-domstolen är

[44] Mål C-814/21, *Kommissionen mot Polen (Éligibilité et qualité de membre d'un parti politique)*, EU:C:2024:963.
[45] Mål C-430/21, *RS (Effets des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, EU:C:2022:99.

ensam behörig att slå fast att en unionsakt är ogiltig. En medlemsstats författningsdomstol kan inte heller på grundval av sin egen tolkning av unionsrättsliga bestämmelser, inbegripet artikel 267 FEUF, med giltig verkan slå fast att EU-domstolen har meddelat en dom som går utöver dess behörighetsområde och följaktligen underlåta att följa en dom som EU-domstolen meddelat i ett mål om förhandsavgörande.

Vad säger litteraturen?

Artikel 4.2 FEU och frågan om konstitutionell identitet har sedan 2015 diskuterats och även varit föremål för några monografier. Som kommer att framgå i det följande så diskuteras artikel 4.2 FEU efter ungefär samma linjer som i artiklarna i SvJT. Det gäller framförallt spänningsförhållandet mellan det nationella och det överstatliga, som till exempel frågan om vem som ska bestämma vad som är en nationell identitet.

Så tidigt som 2016 skrev den dåvarande domaren vid EUD, Egils Levits, en artikel om konstitutionell identitet enligt artikel 4.2 FEU i festskriften till Vassilis Skouris.[46] Bidraget måste läsas mot bakgrund av att det vid den tidpunkten inte hade utvecklats någon bredare praxis kring frågan om konstitutionell identitet. Den viktigaste domen var alltjämt *Sayn-Wittgenstein* och den gradvisa försämringen av rättsväsendet i Polen. Som Levits beskriver i bidraget utgör Lissabonfördraget en milstolpe i relationen mellan EU och dess medlemsstater i den bemärkelsen att den nationella konstitutionella identiteten fått en egen bestämmelse i fördragen. Därigenom skapas för första gången en möjlighet att åberopa en fördragsbestämmelse i dessa sammanhang. Levits betonar bestämmelsens roll mellan å ena sidan kompetens- och rollfördelningen mellan EU och dess medlemsstater och å andra sidan den allmänna samarbetsskyldigheten inom EU som återfinns bland annat i artikel 4.3 FEU.

Levits är vidare inne på samma linje som förfäktades av undertecknad författare i det inledande meningsutbytet i SvJT, dvs. att artikel 4.2 FEU innebär att unionsrättens företräde inte längre får okontrollerat genomslag i förhållande till medlemsstaterna. Levits tar emellertid argumentet mycket längre. Levits anser nämligen att det efter Lissabonfördraget skapats ett konstitutionellt område som medlemsstaterna fritt förfogar över. Han lyfter även fram demokratifrågan och betonar den då rådande uppfattningen att demokratin är starkare i medlemsstaterna än inom EU och därmed utgör ett skydd för den nationella demokratiska rättsordningen. För Levits har artikel 4.2 FEU samma betydelse i unionsrätten som de nationella grundlagsbestämmelser som överför beslutanderätt till EU (likt 10 kap. 6 § RF), men utgör

[46] Levits, ”L’identité nationale des États membres selon l’article 4, § 2, du T.U.E. en tant qu’élément de la structure constitutionelle de l’Union européenne” i : Tizzano, Rosas, Silva de la Puerta, Lenaerts och Kokott (utg.), *La Cour de justice de l’Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003–2015) — Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruylant, 2016. Författaren praktiserade hos Egils Levits hösten 2005. Levits blev sedermera Lettlands president 2019–2023.

dess spegelbild. Genom artikel 4.2 FEU återförs, enligt Levits, beslutanderätt till medlemsstaterna. Därigenom kommer de nationella konstitutionella identiteterna börja utgöra en rättskälla i tillämpningen av unionsrätten.

I frågan om vem som ska förfoga över ramarna för tillämpningen av artikel 4.2 FEU ansåg Levits att det måste vara upp till varje medlemsstat att definiera sin konstitutionella identitet. Enligt Levits har den frågan inte överlämnats till EU och ingår efter att artikel 4.2 FEU införts inte längre i kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna.

Samtidigt betonar Levits att artikel 4.2 FEU bara kan åberopas av en medlemsstat i den mån som den konstitutionella identiteten är förenlig med ett medlemskap i EU. Bestämmelsen öppnar enligt Levits inte dörren för en rättstillämpning i strid med fördragen, en slutsats som ligger i linje med domen *Sayn-Wittgenstein* men ändå står i kontrast till Levits inledande resonemang om betydelsen av artikel 4.2 FEU. Enligt Levits innebär artikel 4.2 FEU under alla omständigheter att medlemsstaterna ska få ett utökat utrymme vid en proportionalitetsbedömning när det ska avgöras om en åtgärd är förenlig med unionsrätten. Levits slutsats blir att artikel 4.2 FEU utgör en begränsningsregel för unionsrättens tillämpning. EU är, fortfarande enligt Levits, i första hand en sammanslutning på ekonomisk grund. Dessutom behöver hänsyn tas till att de nationella högsta domstolarna i allt högre utsträckning har börjat återta mark. Artikel 4.2 FEU utgör i det sammanhanget en säkerhetsventil för att undvika normkonflikter på det konstitutionella planet.

Några år senare, år 2020, skriver Anita Schnettger en kort resumé ur ett tyskt akademiskt perspektiv.[47] Schnettger anser, till skillnad från Levits, att frågan om vad som är konstitutionell identitet måste avgöras på grundval av tydliga kriterier som fastställs på EU-nivå. Begreppet konstitutionell identitet utgör även för Schnettger en brygga mellan medlemsstaternas grundlagar och unionsrätten. Men det kan inte överlämnas till medlemsstaterna att ensidigt bestämma vad som ska skyddas av artikel 4.2 FEU. Schnettger bygger sin slutsats på att den polska författningsdomstolen vid den tiden hade börjat försöka begränsa unionsrättens genomslag i Polen bland annat med hänvisningar till artikel 4.2 FEU, utan att gå i dialog med EUD om tolkningen. Enligt Schnettger uppstår det svåra spänningar om medlemsstaterna kan överlämna beslutanderätt till EU-samarbetet bara för att sedan i nationell domstolspraxis utan närmare förklaring konstatera att överlämnandet ska begränsas. Resultatet skulle bli en godtycklig tillämpning av bestämmelserna om tilldelade befogenheter eftersom medlemsstaterna ensidigt skulle kunna bestämma från tid till annan hur gränsen ska dras.

[47] Anita Schnettger, ”Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System”, i: Calliess och van der Schyff (utg.): *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2020, s. 9 ff.

Samtidigt anser Schnettger att definitionen av vad som är en medlemsstats konstitutionella identitet behöver vissa subjektiva inslag. Det beror på att olika medlemsstater har olika kärnvärden som ligger till grund för hur grundlagarna utformats, något som behöver beaktas när bedömningen görs. Schnettger anser att det är centralt för medlemsstaterna att lyfta konstitutionella frågor inom ramen för det europeiska lagstiftningsförfarandet, helst på ett mycket tidigt stadium, för att försäkra sig om att förordningar och direktiv kan anpassas till respektive medlemsstats konstitutionella förutsättningar. Oavsett detta anser hon att artikel 4.2 FEU utgör en viktig del i den konstitutionella grundstrukturen i EU-samarbetet.

Det är föga förvånande att diskussionerna kring medlemsstaternas konstitutionella identitet har en motsvarighet i den om EU:s konstitutionella identitet. EU:s konstitutionella identitet verkar vara svårfångad, något som kanske inte överraskar den som försökt sätta fingret på vad som definierar den svenska.

Enligt van der Schyff kan man finna den bland annat i rättsstatsprincipen i artikel 19.1 FEU, i ljuset av EUD:s rättspraxis om de polska domarna.[48] Karapetian å sin sida betonar unionsmedborgarskapet.[49] Det är intressant att notera att Schnettger också identifierar en konstitutionell grundstruktur inom ramen för sin diskussion om medlemsstaternas konstitutionella identitet. Hon lyfter — precis som EUD kom att göra — fram det bredare förhållandet mellan artikel 2 FEU och 4.2 FEUF, men även artikel 3.3 FEU, artikel 167 FEUF, EU-stadgan om grundläggande rättigheter och fördragens bestämmelser som ger utrymme för lokalt och regionalt självstyre.[50]

Konstitutionell identitet kan missbrukas. Ett exempel är den polska regeringens försök att få begäran om förhandsavgörande avvisad när det gäller det polska domarväsendet. Scholtes har tagit upp tre huvudsakliga strategier för hur konstitutionell identitet kan missbrukas.[51] Hans utgångspunkt är att det inte behövs en formell, juridisk definition av vad som är konstitutionell identitet. Frågan om en rättssäker hantering av begreppet ligger snarare på det relationella planet genom att främja etiskt och politiskt ansvarstagande hos domare och andra tjänstemän. Det kräver inte exakt avgränsade och bestämda juridiska begrepp och ställningstaganden utan snarare en rigorös metod som kan beakta och integrera regler från parallella konstitutionella sfärer. Scholtes vänder sig mot tanken att eventuella konflikter mellan olika konstitutionella nivåer ska lösas genom att förbehållslöst acceptera

[48] van der Schyff, "Parameters of EU and Member State Constitutional Identity: A Topic in Development", i: Porter m.fl. (utg.), *European Yearbook of Constitutional Law 2022 – A Constitutional Identity for the EU?*, Springer, 2023, s. 89 ff.
[49] Karapetian, "St. Augustine and the Court of Justice of the European Union on Citizenship", i: Porter m.fl. (utg.), *European Yearbook of Constitutional Law 2022 – A Constitutional Identity for the EU?*, Springer, 2023, s. 111 ff.
[50] Schnettger, a.a.
[51] Scholtes, The Abuse of Constitutional Identity in the European Union, Oxford University Press, 2023.

unionsrättens företräde. Att göra det, menar han, skulle faktiskt medföra ett betydande skifte av mer makt till EU än vad som varit avsikten. Det är enligt Scholtes högst tveksamt om EU, som redan i sig till stora delar bygger sin konstitutionella identitet på medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, skulle ha den faktiska förmågan att hantera ett sådant skifte i praktiken. Han förespråkar därför en pluralistisk syn på konstitutionell identitet med flera samverkande sfärer, som alla kan existera samtidigt utan att frågan alltid måste lösas genom en konflikt med vinnare och förlorare.

När det gäller missbruket av konstitutionell identitet, identifierar Scholtes tre strategier som kan användas i det syftet. Den första strategin ligger på vad Scholtes kallar det generativa planet. Det går att hävda att en idé eller ett förslag kommer från ”folket” eller ”de valda” och därigenom tillskriva det en legitimitet kopplad till den demokratiska processen. Det går även att ta grundläggande koncept och tillämpa dem på ett sätt som är frikopplat från deras egentliga kontext. Den andra strategin ligger på det materiella planet. Den här typen av strategier bygger också på att bryta upp sambandet mellan ett påstående och dess konstitutionella ram och vända på dem. Det innebär att vissa påståenden anses härstamma från den konstitutionella identiteten på grund av påståendets innehåll, snarare än dess faktiska konstitutionella förankring. Avslutningsvis identifierar Scholtes en tredje strategi, missbruk i en relationell kontext. Enligt Scholtes måste en hänvisning till den konstitutionella identiteten vara en inledning till en diskussion, inte slutordet. Ett sätt att missbruka den konstitutionella identiteten är då att använda den som ett slutligt argument för att undvika den nödvändiga diskussionen i sak. Detta är enligt Scholtes särskilt viktigt inom EU, som kännetecknas av en konstitutionell mångfald där olika konstitutionella sfärer samspelar med varandra.

Slutord — våra grundlagar är fortsatt relevanta

Genomgången av rättspraxis och viss doktrin från de senaste tio åren visar att frågan om gränserna för den överlåtna beslutanderätten kan diskuteras på olika sätt. Det finns en politisk verklighet och diplomatisk dimension i de här frågorna. Parallellt med den politiska verkligheten löper även ett formellt, juridiskt spår som sätter upp ramar för vad som är tillåtet att besluta eller överlåta inom ramen för EU-samarbetet.

I Sverige, med sin relativt begränsade och nyväckta kultur av konstitutionell normprövning, har de här ramarna haft en begränsad betydelse för rättstillämpningen. Ramarna kan visserligen avgöra i ett enskilt fall om en viss bestämmelse ska tillämpas eller inte, men är i praktiken av begränsad betydelse till vardags. Fokus ligger fortfarande på ett materiellt riktigt avgörande i saken och mindre på det systemövergripande, konstitutionella perspektivet.

Det är fortfarande de grundläggande resonemang som EUD för i domen *Sayn-Wittgenstein* som i första hand är relevanta när det gäller

bedömningen av våra grundlagar. Utgångspunkten måste fortsatt vara att de svenska grundlagarna — och då särskilt våra yttrandefrihetsgrundlagar — är förenliga med EU:s grundläggande demokratiska värderingar. Under de senaste åren har EU som organisation, med visst stöd från EU-domstolen när det gäller den politiska beslutsprocessen — rört sig i en mer transparent riktning. Det är svårt att hävda att yttrandefriheten, tryckfriheten och handlingsoffentligheten i sig skulle vara i strid med grundprinciperna för EU:s grundläggande principer.

Frågan är då om de senaste tio årens utveckling innebär att meningsutbytet för tio år sedan är överspelat (en glädjande nyhet, som i och för sig inte är juridisk, är att 1766 års tryckfrihetsförordning år 2023 har erkänts som ett kulturarv av Unesco). Det är ingen tvekan om att de tio år som gått har bringat klarhet i flera av de frågor som diskuterades. Om inget annat visar rättspraxis att det inte går att se på artikel 4.2 FEU som att det har skapats en öppning för varje medlemsstat att gå sin egen väg med hänvisning till den konstitutionella identiteten utan hänsyn till EU:s grundläggande demokratiska principer. Rättspraxis visar också tydligt hur nationella domstolar ska förhålla sig när frågan om artikel 4.2 FEU aktualiseras i ett mål. Det är EU-domstolen som avgör, inom ramen för systemet med förhandsavgöranden enligt artikel 267 FEUF, om det går att dra gränser för unionsrättens tillämpning.

Frågan om unionsrättens företräde har utvecklats i en riktning som gett Abrahamsson och Jermsten rätt i förhållande till tryckfrihetsberedningens och tryckfrihetskommitténs förslag. Om man begränsar svaret till våra yttrandefrihetsgrundlagar, så går det fortfarande att hävda att artikel 4.2 FEU kan ligga till grund för proportionalitets- och skälighetsbedömningar i det enskilda fallet och fungera som en konstitutionell säkerhetsventil. Förutsättningarna är dock att det rör sig om en fråga där beslutanderätten överlämnats och att det rör sig om den praktiska tillämpningen av unionsrätten i ett enskilt fall. En förutsättning för den prövningen är också att det inte får leda till ett resultat som undergräver unionsrättens företräde och verkan, även om det kan antas att det kan leda till ett undantag från unionsrättens enhetliga tillämpning i det enskilda fallet (den österrikiska grundlagen och våra yttrandefrihetsgrundlagar gäller inte i Frankrike, till exempel).

Den här modellen innebär att det sällan kommer att vara fråga om en principiell normkonflikt utan snarare en fråga om att hitta en balanserad lösning i ett enskilt fall. En sådan modell kan likna den lösning som HD tillämpade i ”*GDPR och brottmålsdomarna (I och II)*”.[52] I det avgörandet undveks en potentiell normkonflikt genom att den konstitutionella grundramen accepterades som en ostridig utgångspunkt (handlingsoffentligheten enligt TF) och den enskilda avvägningen mot dataskyddsförordningen ägde rum på tillämpningsnivå (offentlighets- och sekretesslagen). Avgörandet framstår som förenligt med EU:s konstitutionella grundstruktur och det är även förenligt med det

[52] Beslut den 25 februari 2025, mål Ä 3457-24 och Ä 3169-24.

utrymme som den nationella grundlagen behöver ha i tillämpningen av dataskyddsförordningen enligt artikel 4.2 FEU.

Samtidigt präglas vår svenska rättsordning fortfarande av den olyckliga svagheten att det är ytterst svårt att rätta till konstitutionella obalanser i rättspraxis. I fråga om normprövning har rättspraxis utvecklats så att den potentiella skillnaden mellan den svenska rättsordningen och unionsrätten blivit skarpare. Där har artikel 4.2 FEU dessutom en begränsad betydelse, om det skulle föreligga en tydlig skillnad jämfört med det i fördragen stadgade kravet på ett effektivt rättsmedel i artikel 19.1 andra stycket FEU.

Ett belysande exempel är HD:s avgörande i ”*Klimattalan*”-målet. I beslutet uttalar HD att en domstol inte kan bestämma att riksdagen eller regeringen har att vidta någon viss (klimat)åtgärd. De politiska organen beslutar självständigt om vilka specifika åtgärder Sverige ska vidta. Tillämpat inom ramen för den här diskussionen innebär avgörandet att en domstol inte kan tvinga fram ett beslut om att ett område som överlämnats av riksdagen enligt 10 kap. 6 § RF inom ramen för EU-samarbetet ska ”återkallas” för att det rör grunderna för statsskicket. En svensk domstol kan inte heller ensidigt avgöra om unionsrätten är tillämplig i Sverige (se ovan). Det innebär att det *de lege lata* bara finns två vägar att hindra att en formellt ogiltig unionsrättslig regel inte ska finna tillämpning i den svenska rättsordningen — antingen genom EUD:s förhandsavgörande eller genom ett riksdagsbeslut.

Det förutsätter å andra sidan att det finns en rätt att föra talan, något som för mig tillbaka till behovet *de lege ferenda* för enskilda att ha rätt att föra en fastställelsetalan på unionsrättslig grund, oavsett om detta innebär en abstrakt normprövning eller ej. Den frågan har diskuterats i nästan 20 år och fick förnyad aktualitet i ”*Klimattalan*” i förhållande till konventionsrättigheter. Det finns visserligen inget krav inom unionsrätten att det alltid ska vara möjligt att få en unionsrättighet prövad på samma villkor som rättigheter som följer av EKMR, men då måste det finnas en möjlighet att få motsvarande rättighet prövad på annat sätt genom ett förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF.[53] I ljuset av EUD:s rättspraxis om förhållandet mellan artikel 4.2 FEU och rättsstatens principer, till exempel artikel 19.1 andra stycket FEU, bör det som sägs om fastställelsetalan i ”*Klimattalan*” därför *a fortiori* även tillämpas i unionsrättsliga sammanhang, om än måhända på annan grund.[54] Att

[53] Mål C-234/17, *XC m.fl.*, EU:C:2018:853.

[54] För ett resonemang utifrån unionsrätten om rätten att föra en fastställelsetalan, se Schmauch, *EG-domstolens dom i Unibet-målet — ett nationellt perspektiv*, Europarättslig tidskrift 3/2007, s. 691 ff. ”EG-domstolen förtydligade innebörden av medlemsstaternas processuella autonomi och tillade att skyddet för en effektiv domstolsprövning kräver att de nationella domstolarna i den utsträckning det är möjligt tolkar de processuella regler som är tillämpliga på talan som har anhängiggjorts vid dem på ett sådant sätt att reglerna kan tillämpas på ett sätt som bidrar till att säkerställa ett effektivt domstolsskydd för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten. EG-domstolen hänvisar i domen uttryckligen till kravet på ett (konkret) rättsförhållande enligt 13 kap. 2 § rättegångsbalken som en bestämmelse som skall tolkas på det här sättet”.

en fastställelsetalan ska vara tillåten på unionsrättslig grund torde följa av 13 kap. 2 § tredje stycket rättegångsbalken och artikel 19.1 andra stycket FEU.[55] Det krävs således inte en lagändring.

Så, vad blir då slutsatsen så här tio år efteråt? Det kan konstateras att artikel 4.2 FEU inte blev något fribrev för nationella särdrag. Det ska erkännas att det fanns de som försökte använda den på det viset. Artikel 4.2 FEU har missbrukats mer än den har brukats i EU-domstolens praxis. Det sista ordet är emellertid inte sagt. Skillnaden mellan våra grundlagar och unionsrätten minskar och är betydligt mindre idag än för 30 år sedan. Den utvecklingen har inte varit ensidig. EU går, som nämnts, mot en större grad av öppenhet och transparens och våra grundlagar har genomgått gradvisa anpassningar. På det området fortsätter artikel 4.2 FEU förhoppningsvis att vara relevant. Slutsatsen blir därmed att det saknas skäl att provocera fram en normkonflikt på konstitutionell grund inom ramen för EU-samarbetet. De flesta konflikter kommer gå att lösa inom ramen för de områden där beslutanderätten överlämnats, under förutsättning att den svenska rättsordningen tillåter detta.

[55] Schmauch, a.a.: ”Mycket talar därmed för att en fastställelsetalan som är tillåten enligt gemenskapsrätten (det vill säga enligt artikel 10 EG och EG-domstolens dom i [Unibet-]målet) bör anses vara tillåten enligt 13 kap. 2 § tredje stycket rättegångsbalken och därmed egentligen inte utgöra ett gemenskapsrättsligt genombrott av bestämmelserna i 13 kap. 2 § första och andra stycket [rättegångsbalken]”.