

Juridiska Institutionen
Handelshögskolan
vid Göteborgs universitet

Tillämpade studier
20 poäng, VT 2000

**Avd. IV EG-fördraget: Visering, asyl, invandring och annan politik som
rör fri rörlighet för personer samt införlivandet av Schengenregelverket
inom den Europeiska unionens ramar –
En splittrad utvidgning av EG-rättens kompetensområde**

Sara Norman
730811-4987

Handledare:
Per Cramér

1. INLEDNING.....	2
1.1 BAKGRUND	2
1.2 SYFTE OCH METOD.....	4
2. FRÅN ETT MELLANSTATLIGT SAMARBETE VIA MAASTRICHTS TREDJE PELARE TILL ETT GEMENSKAPSRÄTTSLIGT SAMARBETE I AMSTERDAMFÖRDRAGET	5
2.1 ETT SAMARBETE VÄXER FRAM	5
2.1.1 Schengensamarbetet.....	7
2.1.2 Dublinkonventionen och förslaget till Yttre gränskontrollkonvention.....	10
2.2 MAASTRICHTFÖRDRAGETS TREDJE PELARE	13
2.2.1 Den tredje pelarens utformning.....	14
2.3 UTARBETANDET AV EN NY RÄTTSORDNING FÖR VISERING, ASYL, INVANDRING OCH ANNAN POLITIK SOM RÖR FRI RÖRLIGHET FÖR PERSONER	17
3. AVDELNING IV I EG-FÖRDRAGET: VISERING, ASYL, INVANDRING OCH ANNAN POLITIK SOM RÖR FRI RÖRLIGHET FÖR PERSONER.....	20
3.1 AVD. IV:S MATERIELLA OMFÅNG	20
3.2 MELLANSTATLIGA INSTRUMENT SKALL BLI GEMENSKAPSRÄTTSLIGA	23
3.3 KOMPETENSFÖRDELNING.....	25
3.4 INSTITUTIONERNAS ROLL I AVD. IV EG-FÖRDRAGET.....	27
3.4.1 Rådet.....	29
3.4.2 Kommissionen och parlamentet.....	32
3.4.3 EG-domstolen	34
3.5 INSTITUTIONERNAS NUVARANDE ROLL UNDER DEN TREDJE PELAREN – EN JÄMFÖRELSE MED AVD. IV EG-FÖRDRAGET.....	39
4. PROTOKOLLISERINGEN AV EG-RÄTTENS NYA KOMPETENSOMRÅDE - EN FLEXIBEL INTEGRATION.....	42
4.1 FLEXIBEL INTEGRATION	42
4.1.1 Bestämmelser om ett närmare samarbete	45
4.2 PROTOKOLLEN OM STORBRIANNIENS, IRLANDS OCH DANMARKS STÄLLNING	47
4.2.1 Protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning.....	48
4.2.2 Protokollet om Danmarks ställning	50
4.3 PROTOKOLLET OM SCHENGENREGELVERKETS INFÖRLIVANDE INOM DEN EUROPEISKA UNIONENS RAMAR	51
4.3.1 Fastställandet av rättslig grund för Schengenregelverket	53
4.3.2 Flexibilitet inom det närmare samarbetet	55
5. AVSLUTANDE DISKUSSION.....	63
LITTERATURFÖRTECKNING	68

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Genom Amsterdamfördraget har en ny avdelning förts in i EG-fördraget; avd. IV som reglerar visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer. Detta innebär att områden som asyl, invandring och yttre gränskontroll, som tidigare reglerades av den mellanstatliga tredje pelaren, numera omfattas av gemenskapens kompetens och återfinns under den första pelaren. Kvar under den tredje pelaren finns samarbetet rörande polis och straffrättsliga frågor, Unionsfördragets avd. VI. Medlemsstaterna har sedan länge samarbetat inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor, men detta samarbete har förts på mellanstatlig nivå trots att syftet med det har varit att uppnå gemenskapens, och sedermera unionens, målsättning om upprättandet av den inre marknaden som ett område utan inre gränser där bland annat fri rörlighet för personer skall etableras.¹ Att den mellanstatliga samarbetsformen har föredragit kan sägas bero på medlemsstaternas traditionella inställning till dessa frågor. Asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor har av medlemsstaterna förknippats med den inre säkerheten och därmed med den nationella suveräniteten.² Medlemsstaterna har dock haft svårt att komma överens inom ramen för internationella konventioner och detta har varit en bidragande orsak till att man inom unionen inte kunnat avskaffa de inre gränserna och därmed inte heller kunnat etablera fri rörlighet för personer. Det är mot denna bakgrund som förändringarna genom Amsterdamfördraget kan ses som ett försök att få till stånd fri rörlighet för personer. Målsättningen för samarbetet inom de här relevanta områdena har dock vidgats och syftar nu även till att utveckla och bevara unionen som ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.³

Det är således mycket känsliga frågor som förts över till gemenskapens kompetensområde, något som kan skönjas i utformningen av avd. IV i EG-fördraget. Den kluvenhet som medlemsstaterna tycks ha känt inför att omvandla samarbetet inom asyl-,

¹ Art. 14 EG-fördraget och art. 2 Unionsfördraget.

² E. Wagner, The Integration of Schengen into the Framework of the European Union, i Legal Issues of European Integration vol. 25 no. 2 1998, s.2.

³ Art. 2 Unionsfördraget.

invandrings- och yttre gränskontrollfrågor från mellanstatligt till överstatligt har bland annat resulterat i att unionens institutioner givits mer begränsade roller än vad de har inom den övriga gemenskapsrätten. Drag av samarbetets tidigare mellanstatliga karaktär kan sägas ha förts in under den första pelaren som annars i huvudsak präglas av överstatlighet. Överföringen av asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till gemenskapen har även splittrat medlemsstaterna. Storbritannien, Irland och Danmark ville inte omfattas av gemenskapens nya kompetensområde utan står utanför detta samarbete genom protokoll som finns bifogade fördragen. Trots denna splittring kunde dock området överföras till gemenskapen genom användandet av en så kallad flexibel integration, som tillåter skiljaktiga medlemsstater att stå utanför det aktuella samarbetet.

Genom Amsterdamfördraget har även det så kallade Schengenregelverket införlivats inom den Europeiska unionens ramar.⁴ Schengensamarbetet, som inleddes 1985 mellan fem medlemsstater, skulle tillförsäkra fri rörlighet för personer genom ett gradvis avskaffande av kontrollen vid de inre gränserna. Trots en målsättning identisk med unionen har detta samarbete löpt som en parallell struktur till denna. De frågor som samarbetet kommit att reglera motsvarar bland annat de frågor som återfinns under avd. IV EG-fördraget varför införlivandet av Schengenregelverket kommer att påverka det gemenskapsrättsliga samarbetet på området. I Schengensamarbetet deltar numera 13 av unionens 15 medlemmar, Storbritannien och Irland står utanför, vilket inneburit att införlivandet av regelverket i gemenskapsrätten utgör ytterligare ett exempel på flexibel integration inom den första pelaren. Även inom ramen för den flexibla integrationen har en reservation införlivats. Detta eftersom Schengenlandet Danmark inte kan acceptera den överstatliga effekt som vissa bestämmelser i Schengenregelverket kommer att få då de kommer att omfattas av gemenskapsrätten under avd. IV EG-fördraget.

Det är som synes ett mycket komplext regelsystem som växt fram för att reglera visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer. Ett system som trots överföringen av dessa frågor till gemenskapsrätten bär tydliga spår av mellanstatlighet

⁴ Se Protokoll om Schengenregelverkets införlivande inom den Europeiska unionens ramar. Hädanefter kallat Schengenprotokollet.

och där flexibel integration har fått en framträdande roll. Båda dessa faktorer, dvs. inslaget av mellanstatlighet och den flexibla integrationen, bidrar inte bara till att regleringen av området framstår som svårtillämplig utan tycks också kunna medföra svårigheter för gemenskapen att utveckla sitt samarbete på området i syfte att skapa ett område av frihet, säkerhet och rättvisa.

1.2 Syfte och metod

Jag skall i denna uppsats granska hur avd. IV EG-fördraget, som reglerar visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer, är utformad och se vilken roll institutionerna tilldelats inom detta för EG-rätten nya kompetensområde. Vidare skall jag utforska den flexibla integration som sker på området genom protokollen om Storbritanniens, Irlands och Danmarks ställning samt Schengenprotokollet. Med detta som utgångspunkt skall jag försöka utröna vilken inverkan den utformning man valt för att föra in dessa frågor under den första pelaren kan ha på EG-rätten men även på unionen som organisation.

I uppsatsen kommer jag att huvudsakligen använda mig av en deskriptiv metod, dock med analytiska inslag. Eftersom de aktuella frågorna är tämligen nya inom gemenskapsrätten kommer jag att till störst del utgå från den relevanta fördragstexten men jag har även studerat litteratur på området vilken dock i vissa fall haft som föresats att generellt granska Amsterdamfördraget.

Jag ämnar börja uppsatsen med en tillbakablick på hur samarbetet inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor växte fram mellan medlemsstaterna (kap.2), för att därefter granska utformningen av avd. IV EG-fördraget (kap.3). Vidare kommer den så kallade flexibla integrationen som företeelse att presenteras som kortast, för att möjliggöra en efterföljande granskning av den flexibilitet som etableras inom de för uppsatsen aktuella frågorna (kap. 4). Avslutningsvis vill jag väcka några tankar kring vilken effekt som utformningen av avd. IV samt den flexibla integrationen som etablerats på området kan tänkas få i framtiden (kap.5).

2. Från ett mellanstatligt samarbete via Maastrichts tredje pelare till ett gemenskapsrättsligt samarbete i Amsterdamfördraget

2.1 Ett samarbete växer fram

Regleringar kring frågor som rör asyl, invandring och yttre gränskontroll återfinns inte i de ursprungliga fördragstexterna till den Europeiska gemenskapen. Diskussionen om ett samarbete kring dessa frågor kan sägas ta fart först under början av 1980-talet, i kölvattnet av debatten om upprättandet av den inre marknaden och vilka följder detta skulle kunna få. Upprättandet av den inre marknaden som ett område utan inre gränser där bland annat fri rörlighet för personer skall etableras, befarades av medlemsstaterna medföra en minskad kontroll av den inre säkerheten. Att samarbeta kring områden som asyl-, invandrings- och yttre gränskontroll framstod därför som önskvärt för att kompensera de negativa effekter som avskaffandet av de inre gränserna skulle kunna innebära.⁵ I kommissionens vitbok om fullbordandet av den inre marknaden, publicerad 1985, förespråkade kommissionen att ett samarbete skulle inrättas inom bland annat frågor rörande uppehållstillstånd, asyl och visering för tredjelandsmedborgare.⁶ Samarbetet ansågs föranlett av den avskaffade gränskontroll för personer som kommissionen trodde skulle kunna vara genomdriven till 1992. Från kommissionens sida tycktes det inte råda något tvivel om att det samarbete som skulle föras inom dessa frågor borde vara gemenskapsrättsligt. Denna uppfattning verkade dock inte delas av medlemsstaterna. I samband med antagandet av Enhetsakten 1986, varigenom målsättningen om det gradvisa upprättandet av den inre marknaden, som ett område utan inre gränser där bland annat fri rörlighet för personer skulle säkerställas,⁷ infördes, avgav de förklaringar som antydde att ett samarbete inom de aktuella frågorna skulle ske på mellanstatlig nivå. Medlemsstaterna förklarade att man ämnade samarbeta inom frågor som bland annat rörde tredjelandsmedborgares rätt till inresa, uppehållstillstånd och annan fri rörlighet men att ett sådant samarbete inte skulle hindra varje enskild

⁵ K – P. Nanz, The Harmonization of Asylum and Immigration Legislation within the Third Pillar – A Stocktaking, i J. Monar & R. Morgan (eds.) The Third Pillar of the European Union, s. 123 f.

⁶ Completing the Internal Market, White Paper from the Commission to the European Council June 1985, p.55.

⁷ Dåvarande art. 8a, nuvarande art. 14 EG-fördraget.

medlemsstat från att vidta t.ex. nödvändiga åtgärder för att kontrollera invandringen från tredje land. Det samarbete som kom att etableras mellan medlemsstaterna inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor kom således att bli mellanstatligt.⁸

I den mellanstatliga samarbetsstruktur som uppstod kom medlemsstaterna att forma arbetsgrupper där det huvudsakliga arbetet på området kom att genomföras. Bland dessa arbetsgrupper kan nämnas ”Ad Hoc Group on Immigration” och ”Co-ordinators Group-Free movement of Persons” som båda kan anses ha bidragit och lagt grunden till den utveckling som skedde på området under denna inledande period.⁹ Kommissionen som hade förespråkat att gemenskapen skulle tilldelas kompetens i de frågor som nu huvudsakligen kom att behandlas i dessa arbetsgrupper verkade inta en tämligen pragmatisk ställning till den mellanstatlighet som här hade etablerats. En kommissionär förklarade detta med att ”where the best prospect for progress lies in going down the road of intergovernmental conventions rather than Community legal instruments, the Commission has opted for making progress rather than fighting time-consuming battles for competence”.¹⁰ Kanske kan den plats som observatör som kommissionen ofta fick i dessa arbetsgrupper ses som ett utbyte mot denna mer försonande inställning till medlemsstaternas mellanstatliga samarbete. Ett utbyte som i varje fall gav kommissionen en inblick i vad som försegick på området.

Som framgätt var medlemsstaterna eniga om att migrationsfrågor i stort föll utanför gemenskapens kompetensområde och att samarbetet därför skulle ske på en mellanstatlig nivå. En fråga som dock redan från början splittrade medlemsstaterna var huruvida tredjelandsmedborgare skulle anses omfattas av den fria rörligheten för personer som skulle etableras inom den inre marknaden. De flesta medlemsstater ansåg inte att formuleringen om upprättandet av den inre marknaden som ett område utan inre gränser

⁸ J. Niessen, Introduction: The European Union’s Migration and Asylum Policies, i E.Guild, The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union, s.25.

⁹ Se bl.a. J. Niessen, a.a. s.31 f och W. De Lobkowitz, Intergovernmental Cooperation in the Field of Migration – From the Single European Act to Maastricht, i J. Monar & R. Morgan (eds.) The Third Pillar of the European Union, s. 107 f.

¹⁰ Kommissioner M. Bangemann cit. i J. Monar, The Evolving Role of the Union Institutions in the Framework of the Third Pillar, i J. Monar & R. Morgan (eds.) The Third Pillar of the European Union, s. 71.

där fri rörlighet för personer skulle etableras föranledde att man skulle göra åtskillnad på personer från medlemsstater och personer från tredjeland. Även tredjelandsmedborgare skulle således anses ingå i ordet personer och skulle därmed kunna åtnjuta den fria rörligheten inom den inre marknaden. Storbritannien kunde dock inte acceptera en sådan tolkning av ordet personer varför en stark oenighet mellan Storbritannien och övriga medlemsstater uppstod. Denna oenighet kvarstår och dess skugga vilar fortfarande över samarbetet inom dessa frågor. Storbritanniens inställning till vilken form av fri rörlighet för personer som skulle införas innebar följaktligen att ett avskaffande av de inre gränserna blev praktiskt ogenomförbart.¹¹ Oenigheten i denna fråga kan sägas ha utgjort en faktor som medfört att några av medlemsstaterna etablerade ett samarbete där inte Storbritannien var delaktigt, Schengensamarbetet.

2.1.1 Schengensamarbetet

Under 1984 inledde Frankrike och Tyskland ett samarbete för att gradvis avskaffa kontrollerna vid de gemensamma gränserna. Detta fransk-tyska initiativ kom att intressera Beneluxländerna, som sinsemellan sedan 1960-talet hade avskaffat kontrollen av personer vid sina gemensamma gränser.¹² Dessa länder anslöt sig till det fransk-tyska samarbetet och de fem länderna kom 1985 att utarbeta Schengenavtalet: om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna.¹³ Schengenavtalet är ett tämligen kort dokument som således syftade till att på sikt avskaffa kontrollen vid de gemensamma gränserna för att kunna etablera fri rörlighet för personer men även för varor och tjänster. De åtgärder som skulle vidtas för att uppnå denna målsättning delades in i åtgärder som på kort sikt skulle leda till mindre rigorösa gränskontroller och åtgärder som på lång sikt skulle leda till det totala avskaffandet av gränskontroller vid de

¹¹ H. U. J. D'Oliviera, Chapter 17, i *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, ed. D. O'Keeffe, s.267. Se även SOU 1997:159, s. 35.

¹² J. Niessen, a.a. s. 27.

¹³ Schengen Agreement between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, The Federal Republic of Germany and the Republic of France on the gradual abolition of controls at the common frontiers.

gemensamma gränserna. Kontrollerna skulle då istället genomföras vid Schengenområdet yttre gränser. För att underlätta avskaffandet av kontroller vid de gemensamma gränserna kom man bland annat överens om att på lång sikt tillnärma ländernas viseringspolitik men även vissa områden av lagstiftning rörande tredjelandsmedborgare.¹⁴ Genom detta avtal hade de fem staterna således tagit ett första steg för att avskaffa gränskontroller vid gemensamma gränser och man hade tagit fasta på den koppling som finns mellan detta avskaffande och frågor som rör tredjelandsmedborgare inom visering, asyl och invandringspolitik.

Schengenavtalet var, trots samma målsättning som den Europeiska gemenskapen om avskaffandet av de inre gränserna, upprättat som ett separat mellanstatligt avtal och befann sig därmed utanför EG:s struktur. Schengensamarbetet har därför kommit att utvecklas parallellt med gemenskapen, och därefter unionen, och det är först i och med Amsterdamfördragets ikraftträdande som samarbetet införlivades inom unionen, något jag återkommer till längre fram.

När Schengenavtalet väl slutits påbörjades arbetet med att ta fram de praktiska åtgärder som behövdes för att kunna uppnå avtalets målsättning. Detta arbete resulterade i en tillämpningskonvention till Schengenavtalet som undertecknades av de fem staterna i juni 1990.¹⁵ Schengenkonventionen är tämligen omfattande och kan sägas ha ambitionen att täcka de flesta aspekter av avskaffandet av de inre gränserna. Konventionen, som är öppen för tillträde för gemenskapens samtliga medlemsstater¹⁶, består av regleringar inom följande områden. Avd. II i konventionen behandlar avskaffandet av kontroller vid de inre gränserna och personers rörlighet. Här återfinns bland annat bestämmelser rörande passerandet av de inre och yttre gränserna, villkor för utlänningars rörelsefrihet samt vilket land som skall anses ansvarigt att behandla en asylsökande.

¹⁴ Art. 20 Schengenavtalet. Se även D. O'Keeffe, *The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?* Yearbook of European Law 11; 1991 eds. A. Barav & D. Y. Wyatt, s. 187.

¹⁵ Convention implementing the Schengen Agreement of 15 June 1985 between the governments of the states of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic, on the gradual abolition of checks at their common borders. Härefter kallad Schengenkonventionen.

¹⁶ Art. 140 Schengenkonventionen.

Avd. III reglerar polisiära och säkerhetsfrågor och avd. IV innehåller bestämmelser kring inrättandet av Schengens informationssystem (SIS). Vidare återfinns bestämmelser kring transport av och rörlighet för varor i avd. VI medan avd. VII reglerar skyddet av personuppgifter. Med den huvudsakliga uppgiften att se till att konventionen tillämpades på ett korrekt sätt inrättades en verkställande kommitté bestående av berörda ministrar från de avtalsslutande parterna.¹⁷ Eftersom Schengensamarbetet upprättades som en parallell struktur till gemenskapen, men med samma målsättning som denna, återfinns bestämmelser i konventionen för att förhindra att samarbetet utvecklades på ett med gemenskapsrätten oförenligt sätt.¹⁸ För att undvika att Schengensamarbetet skulle hindra eller försvåra framtida samarbeten, exempelvis i form av konventioner med samma målsättning upprättade mellan gemenskapens medlemsstater, återfinns kollisionsbestämmelser i Schengenkonventionen.¹⁹ Genom dessa kan bestämmelser i Schengenkonventionen komma att bli ersatta av bestämmelser i framtida konventioner mellan gemenskapens medlemsstater.

Fem år efter undertecknandet av Schengenkonventionen började den för första gången tillämpas full ut. Gränskontrollen upphörde då mellan sju²⁰ av Schengensamarbetets nuvarande 13 medlemmar. Samarbetet som numera består av samtliga unionens medlemsstater, förutom Storbritannien och Irland, har länge betraktats som ett slags laboratorium där experiment med att avskaffa de inre gränserna pågår.²¹ Utfallet av dessa måste ha bedömts som tillfredställande eftersom man nu genom Amsterdamfördraget väljer att införliva samarbetet inom den Europeiska unionens ramar. Trots denna bedömning från unionens sida kan man nog säga att Schengensamarbetet även utmärkt sig genom den hårda kritik som riktats mot samarbetet. Denna kritik har främst riktat sig mot samarbetets avsaknad av en oberoende rättslig och parlamentarisk kontroll. Detta har ansetts som särskilt allvarligt eftersom samarbetet i så stor utsträckning berör individen

¹⁷ Avd. VII Schengenkonventionen.

¹⁸ Art. 134 *ibid.*

¹⁹ Art. 142 *ibid.*

²⁰ De fem ursprungliga avtalsstaterna samt Spanien och Portugal.

²¹ K. Hailbronner & C. Thiery, Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum Application in Europe, *CML Rev*, vol. 34 1997, s. 957.

och dennes rättigheter. Även den slutenhet som präglat samarbetet, en problematik som återfinns inom de flesta mellanstatliga samarbeten, har kritiserats starkt.²²

Samtidigt som Schengensamarbetet växte fram mellan Tyskland, Frankrike och Beneluxländerna pågick det mellanstatliga samarbetet, såsom tidigare beskrivits, mellan gemenskapens samtliga medlemsstater. Detta arbete resulterade 1990 i antagandet av Konventionen rörande bestämmandet av den ansvariga staten för prövningen av en ansökan om asyl som framställts i en av medlemsstaterna i den Europeiska gemenskapen. Konventionen brukar benämnas Dublinkonventionen efter den stad där den antogs. Under 1991 kunde medlemsstaterna även enas om ett förslag till en yttre gränskontrollkonvention, en konvention som dock inte kom att antas på grund av historisk motsättningar.

2.1.2 Dublinkonventionen och förslaget till Yttre gränskontrollkonvention

Dublinkonventionen uppställer kriterier med hjälp av vilka man skall kunna fastställa vilken medlemsstat som skall anses ansvarig att pröva en asylansökan. Konventionen kan ses som ett försök att komma till rätta med en av de oönskade effekter som medlemsstaterna befarade att avskaffandet av de inre gränserna skulle medföra. När de inre gränserna avskaffats skulle inte bara medborgare från medlemsstater utan även tredjelandsmedborgare kunna röra sig fritt över gränserna. Vad gällde asylsökande befarade man att denna gränslöshet skulle innebära att den som fått avslag på sin asylansökan i en medlemsstat utan problem skulle kunna fortsätta till nästa. Genom att fastställa att en medlemsstat skall anses ansvarig för att pröva en asylansökan försöker konventionen hindra att en asylansökan lämnas in och prövas i flera medlemsstater, så kallad asylum-shopping. Genom att en medlemsstat skall anses ansvarig för prövning av en asylansökan försöker man även komma till rätta med problemet att asylsökande skickas mellan olika medlemsstater utan att någon anser sig skyldig att pröva ansökan, det så kallade refugee in orbit-problemet.²³

²² D. O’Keeffe, a.a. s. 212 och 218.

²³ Preambeln till Dublinkonventionen. Se även E. Guild, *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, s.113 f.

Utgångspunkten för de kriterier i Dublinkonventionen som fastställer vilken medlemsstat som skall behandla asylansökan är, att den stat som kan sägas ha störst ansvar för att den asylsökande befinner sig inom unionen skall pröva asylansökan.²⁴ Bland fastställelsekriterierna finner man t.ex. att den medlemsstat som redan tilldelat en nära släkting till den asylsökande flyktingstatus skall vara ansvarig för prövningen av asylansökan.²⁵ Vidare skall bland annat den medlemsstat som utfärdat ett giltigt uppehållstillstånd eller visum bli ansvarig för prövningen av asylansökan.²⁶ De fastställelsekriterier som finns i konventionen skall, enligt art. 3.2, tillämpas i den ordning de finns upptagna och som sista utväg skall det land där asylansökan lämnats in vara ansvarig för dess prövning.²⁷

Dublinkonventionen syftar inte, i likhet med Schengenkonventionens bestämmelser om asyl, till att harmonisera medlemstaternas asyllagstiftning materiellt sätt utan konventionen är ett medel för att fastställa vilken medlemsstat som skall vara ansvarig för prövningen av en asylansökan. En minsta gemensamma nämnare för medlemstaternas asyllagstiftning kan dock sägas finnas eftersom samtliga medlemsstater är parter till FN:s Flyktingkonvention²⁸ även om de inte har kommit att tolka denna på samma sätt. Medlemsstaterna förpliktelser enligt denna konvention tas också fasta på i Dublinkonventionen.²⁹

Dublinkonventionen överensstämmer till innehållet i stort med Schengenkonventionens asylbestämmelser, vilket principiellt skulle kunna leda till konflikter. Som tidigare framkommit återfinns i Schengenkonventionen dock regler som innebär att bestämmelser i konventionen skall kunna ersättas om en annan konvention upprättas i syfte att förverkliga ett område utan inre gränser. Då även Dublinkonventionen har detta syfte kom medlemstaterna överens om att Schengenkonventionens asylbestämmelser³⁰ skulle

²⁴ K. Hailbronner & C. Thiey, a.a. s. 967.

²⁵ Art. 4 Dublinkonventionen.

²⁶ Art. 5.1 och 5.2 ibid.

²⁷ Art. 8 ibid.

²⁸ 1951 års Genèvekonvention om flyktingars rättsliga ställning samt de tillägg som gjorts genom 1967 års New York protokoll.

²⁹ Se preambeln och art. 2 Dublinkonventionen.

³⁰ Art. 28-38 Schengenkonventionen.

upphöra att gälla då Dublinkonventionen väl trätt i kraft.³¹ Dublinkonventionen trädde ikraft den 1 september 1997.

Dublinkonventionen reglerar, såsom framkommit ovan, en specifik aspekt av asylrätten och utgör på så sätt en tämligen begränsad del av arbetet i avskaffandet av de inre gränserna. Som ytterligare ett steg på vägen mot ett sådant avskaffande enades samtliga medlemsstater 1991 om ett förslag till konvention som skulle reglera kontrollen vid de yttre gränserna; Yttre gränskontrollkonventionen. Den föreslagna konventionen skulle, precis som Schengenkonventionens snarlika bestämmelser, etablera en effektiv och likformig kontroll vid de yttre gränserna och här återfinns även bestämmelser om visering och villkor för tredjelandsmedborgares rätt till fri rörlighet. Konventionen har dock aldrig kommit längre än till förslagsstadiet eftersom en konflikt blossade upp mellan Storbritannien och Spanien i samma veva som konventionen skulle skrivas under. Konflikten går att härleda till freden i Utrecht 1713 och rör vilken ställning Gibraltar skall inta i förhållande till konventionen. Även ett senare i princip identiskt förslag till konvention, framlagt av kommissionen enligt avd. VI i Unionsfördraget strax efter Maastrichtfördragets ikraftträdande, rönnte inte heller någon framgång varför dessa frågor enbart reglerats inom ramen för Schengensamarbetet.³²

Sammanfattningsvis kan sägas att målsättningen, att inrätta en inre marknad utan inre gränser med fri rörlighet för personer, införd i art. 8a EG-fördraget genom Enhetsakten, samt den debatt som föregick denna fördragsändring får betraktas som startskottet för medlemsstaternas samarbete inom visering-, asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor. Samarbetsättet som medlemsstaterna valde för dessa politiskt känsliga frågor var, som nämnts, det mellanstatliga. Samarbetet kom redan från början att delas upp i två grupper. Å ena sidan Schengensamarbetet, och å andra sidan det samarbete där samtliga medlemsstater deltog. Vattendelaren var som bekant hur art. 8a skulle tolkas. Medlemsstaternas oenighet i frågan ledde delvis till att vissa stater inledde och

³¹ Framkommer av protokoll undertecknat av samtliga medlemsstater i Bonn april 1994. Se K. Hailbronner & C. Theiry, a.a. s. 961.

³² Se bl.a. W. Delobkowicz, Intergovernmental Cooperation in the Field of Immigration – From the Single European Act to Maastricht, i J. Monar & R. Morgan eds. The Third Pillar of The European Union, s. 112.

utvecklande Schengensamarbetet men även till att samarbetet mellan samtliga medlemsstater redan från början hade motvind. Medlemsstaternas olika uppfattningar i frågan får sägas ha bidragit till att utvecklingen inom visering, asyl, invandring och yttre gränskontroll blev långsam och detta föranledde diskussioner huruvida denna typ av samarbete verkligen var vägen för att inrätta en inre marknad utan inre gränser där fri rörlighet för personer råder.³³

Vid regeringskonferensen om den politiska unionen, som öppnades i december 1990 samtidigt med konferensen om den ekonomiska och monetära unionen, vilka båda ligger till grund för utarbetandet av Maastrichtfördraget, väcktes frågan om områden som immigration och yttre gränskontroll skulle kunna införas i ett nytt fördrag. Som alltid i dessa sammanhang framfördes åtskilliga åsikter om hur det nya fördraget skulle se ut och vad det skulle omfatta. Vad gäller de för uppsatsen aktuella områdena sträckte sig förslagen från att dessa frågor helt och hållet skulle omfattas av gemenskapsrätten till att samarbetet skulle fortsätta som förut. Maastrichtfördragets pelarstruktur med rättsliga och inrikesfrågor, till vilka asyl, invandring och yttre gränskontrollfrågor räknas, inhysta under den tredje pelaren kan kanske ses som en kompromiss mellan de två ytterligheterna. Asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor, som här för första gången blir inskrivna i ett fördrag, skulle visserligen föras inom ett fortsatt mellanstatligt samarbete men med den stora skillnaden att detta samarbete skulle föras inom den Europeiska unionens institutionella ramar. Vissa aspekter av viseringspolitiken valde man till och med att införa på gemenskapsnivå.³⁴

2.2 Maastrichtfördragets tredje pelare

I Maastrichtfördraget som trädde i kraft den 1 november 1993 återfanns under den tredje pelare, avd. VI Unionsfördraget, områden vilka skulle betraktas som frågor av gemensamt intresse. Dessa områden var asylpolitik, regler för personers överskridande av medlemsstaternas yttre gränser och för kontroll i samband med detta, invandringspolitik

³³ J. Niessen, a.a. s. 39f.

³⁴ J. Niessen, a.a. s.42ff.

och politik gentemot tredjelandsmedborgare vad gäller villkor för inresa till och rörligheten inom medlemsstaternas territorium, villkor för bosättning samt kampen mot olaglig invandring.³⁵ Vidare skulle även kampen mot narkotikamissbruk och bedrägerier i internationell skala samt civilrättsligt, straffrättsligt, tull- och polissamarbete räknas som frågor av gemensamt intresse.³⁶ Syftet med samarbetet kring dessa frågor var enligt dåvarande art. K.1 Unionsfördraget ”att förverkliga unionens målsättning, särskilt den fria rörligheten för personer”. Målsättningen var således densamma som inom det tidigare mellanstatliga samarbetet. Den stora skillnaden i samarbetet låg i att det, såsom redan framkommit, härnäst skulle föras inom unionen och dess gemensamma institutionella ram. Förespråkarna för att ett samarbete inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor skulle föras på gemenskapsnivå hade således inte blivit bönhörda, utan fick nöja sig med att några områden av viseringspolitiken hade förts in under dåvarande art. 100c EG-fördraget. Genom denna bestämmelse hade gemenskapen kompetens att bland annat fastställa de tredje länder vars medborgare måste ha visum vid passage av medlemsstaternas yttre gränser.

2.2.1 Den tredje pelarens utformning

Eftersom förändringarna i och med Maastrichtfördraget innebar att det mellanstatliga samarbetet inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor skulle föras inom unionens institutionella ramar kom unionens institutioner att bli delaktiga i samarbetet på ett annat sätt än tidigare. Samarbetets alltjämnt mellanstatliga utformning kom dock att avspeglas i de roller som institutionerna kom att få under den tredje pelaren.

Rådet, som nu skulle fungera som samlingsplats för medlemsstaternas ansvariga ministrar på området, skulle i huvudsak fatta beslut med enhällighet.³⁷ Kommissionen som under den första pelaren bland annat fungerat som exklusiv initiativtagare till föreslagna rättsakter skulle under den tredje pelaren dela denna initiativrätt med medlemsstaterna inom områden uppräknade i art. K.1.1-6 Unionsfördraget och helt

³⁵ Art. K.1.1-3 Unionsfördraget.

³⁶ Art. K.1. 4-5 ibid.

³⁷ Art. K.4 och K.3.2 ibid.

sakna initiativrätt inom övriga områden. Europaparlamentet, som hade varit en ivrig förespråkare av att rättsliga- och inrikesfrågor skulle föras in på gemenskapsnivå,³⁸ fick inte den starka roll som man möjligen hade hoppats på. Enligt art. K.6 skulle ”Presidiet och kommissionen regelbundet underrätta Europaparlamentet om de överläggningar på de områden som omfattas av denna avdelning”. Vidare skulle parlamentet höras om de viktigaste aspekterna på området och man fick även rätt att ställa frågor och lämna rekommendationer till rådet. Parlamentet fick således inte någon formell möjlighet att påverka beslutsprocessen under den tredje pelaren. EG-domstolen kom inte att ges jurisdiktion över den tredje pelaren; dock med ett undantag.³⁹ Enligt art. K.3.2. c fanns det nämligen möjlighet att i konventioner antagna under den tredje pelaren föreskriva att domstolen skulle vara behörig att tolka konventionsbestämmelser och avgöra tvister om deras tillämplighet. Man kan således konstatera att såväl parlamentet som EG-domstolen endast hade givits begränsade roller inom samarbetet under den tredje pelaren. Även övriga institutioners roller kan sägas ha avspeglat den mellanstatlighet som fortfarande skulle präglade samarbetet.

Rådet skulle, såsom framkommit, fungera som beslutsfattande organ under avd. VI Unionsfördraget. De rättsliga instrument som rådet här hade att anta var gemensamma ståndpunkter, gemensamma åtgärder samt konventioner som rådet skulle utarbeta och rekommendera medlemsstaterna att anta.⁴⁰ Vilken rättslig kvalitet dessa instrument skulle ha klarades inte uttryckligen av artikeln vilket ledde till att debatt uppstod huruvida dessa rättsakter skulle anses ha bindande effekt.⁴¹ Allteftersom samarbetet fortskred under den tredje pelaren, kom dock problematiken kring rättsakternas rättsliga effekt till viss del att redas ut.⁴² En viss osäkerhet kring rättsakternas rättsliga status får dock alltjämnt sägas ha funnits kvar och det var troligtvis denna som föranledde

³⁸ J. Monar, *The Evolving Role of the Union Institutions in the Framework of the Third Pillar*, i J. Monar & R. Morgan eds. *The Third Pillar of the European Union*, s.75.

³⁹ Art. L Unionsfördraget.

⁴⁰ Art. K.3 *ibid.*

⁴¹ Se bl.a. P-C. Müller-Graff, *The Legal Bases of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty*, i J. Monar & R. Morgan eds. a.a., s.34f.

⁴² Betydelsen av gemensamma åtgärder kom genom ett yttrande från rådets rättsliga avdelning att förtydligas. Sådana åtgärder skulle anses binda medlemsstaternas regeringar men inte de lagstiftande församlingarna. Se H. G. Nilsson, *Tredje pelaren mellan Maastricht och Amsterdam*, SvJT 7/8 1999, s.717.

medlemsstaterna att förståta anta bland annat resolutioner, rekommendationer och slutsatser. Dessa rättsliga instrument, användes ofta under det tidigare mellanstatliga samarbetet, men fanns inte upptagna bland de instrument som skulle användas under den tredje pelaren.⁴³

Som redan nämnts hade vissa aspekter av viseringspolitiken förts in i gemenskapsrätten, art. 100c EG-fördraget. Vad gällde övriga områden inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor öppnade art. K.9 Unionsfördraget upp möjligheten att föra över dessa till gemenskapsrätten. I art. K.9 återfanns en möjlighet för rådet att enhälligt, på förslag av kommissionen eller en medlemsstat, besluta om att art. 100c EG-fördraget skulle vara tillämplig på åtgärder inom de områden som fanns uppräknade i art. K.1.1-6. Om ett sådant beslut hade fattats i rådet skulle detta rekommendera medlemsstaterna att anta ett sådant beslut i enlighet med deras konstitutionella bestämmelser. Trots att medlemsstater i samband med Maastricht-fördragets antagande, avgav förklaringar att man hade för avsikt att låta rådet behandla frågan om tillämpningen av art. K.9 på asylpolitik har denna artikel aldrig använts. Asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor har därför legat kvar under den tredje pelaren fram till fördragsändringarna i och med Amsterdamfördraget.⁴⁴

Genom Maastrichtfördragets tredje pelare kom, som tidigare framkommit, asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor för första gången att skrivas in i unionens fördrag. Denna förändring, som gav dessa frågor möjlighet att utvecklas inom unionen, har framhållits som ett viktigt steg på vägen mot fri rörlighet för personer.⁴⁵ I övrigt var kritiken mot den tredje pelaren stark och sammanföll till viss del med den kritik som riktades mot medlemsstaternas tidigare samarbeten inom de aktuella frågorna. Samarbetets fortsatta mellanstatliga karaktär hade, som nämnts, medfört att både Europaparlamentet och EG-domstolen givits minimalt inflytande. Samarbetet under den tredje pelaren hade således inte inneburit vare sig ökad parlamentarisk eller rättslig

⁴³ J. Niessen, a.a. s.53.

⁴⁴ J. Niessen, a.a. s.50

⁴⁵ R. McMahon, Maastricht's Third Pillar: Load-Bearing or Purely Decorative? Legal Issues of European Integration 1995/1, s.63.

kontroll något som ju hade efterfrågats av kritikerna till de tidigare mellanstatliga samarbetena. Att dessa brister följde med samarbetet även inom unionen ansågs som allvarligt.⁴⁶

Som den ständigt föränderliga organisation unionen är dröjde det inte länge efter Maastrichtfördragets ikraftträdande förrän diskussionerna tog fart om hur man skulle kunna förändra och utveckla det europeiska samarbetet. Art. N.2 Unionsfördraget föreskrev till och med att en regeringskonferens skulle sammankallas under 1996 för att ” i enlighet med målen i artiklarna A och B granska de bestämmelser för vilka en översyn är föreskriven”. Att en översyn skulle genomföras så snart efter den genomgripande förändring av det europeiska samarbetet som Maastrichtfördraget innebar, kan rent generellt sägas vara en kompromissartad lösning mellan de medlemsstater som ville få till stånd en fördjupad integration genom att föra in fler områden under gemenskapsrätten och de medlemsstater som ville hålla fast vid en mer mellanstatlig samarbetsstruktur.⁴⁷ Regeringskonferensen som öppnades i Turin i mars 1996 och det revideringsarbete som utfördes i samband med denna kom således att leda fram till Amsterdamfördraget genom vilket, som bekant, asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor kom att överföras till gemenskapsrätten.

2.3 Utarbetandet av en ny rättsordning för visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer

Redan kort efter Maastrichtfördragets ikraftträdande var debatten igång om hur man vid revideringen av fördragen skulle kunna förändra regleringen kring asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor för att få till stånd ett bättre och effektivare samarbete inom dessa områden. Vad gällde den mer genomgripande och formella översynen av fördragen som skulle ske, fattade medlemsstaterna beslut om att unionens institutioner skulle avlägga rapporter med sina synpunkter på hur Maastrichtfördraget fungerade. En reflektionsgrupp bestående av tillmestadels representanter för medlemsstaternas utrikesministrar skulle även bildas. Gruppen skulle i huvudsak basera sitt arbete på

⁴⁶ J. Niessen, a.a. s.62. Se även J. Monar, EU Justice and Home Affairs: A Balanced Sheet and Agenda for Reform i The Politics of European Treaty Reform eds. G. Edwards & A. Pijper, s. 334.

⁴⁷ SOU 1996:24, s.7.

institutionernas rapporter och gruppen hade till uppgift att delvis utifrån dessa rapporter komma med förslag till förändringar. Reflektionsgruppen skulle dock vid sin översyn prioritera vissa frågor och bland dessa fanns bland annat frågan om ”att bättre tillgodose dagens krav i fråga om inre säkerhet och mer allmänt om rättsliga och inrikes frågor.”⁴⁸

I sina rapporter till reflektionsgruppen menade både kommissionen och rådet att det resultat som uppnått inom samarbetet under den tredje pelaren inte var tillfredställande. Kravet på enhällighet i rådet ansåg kommissionen som en bidragande faktor till den långsamma utvecklingen på området. De både institutionerna beklagade att man inte i större utsträckning använt de rättsliga instrument som stod till buds under den tredje pelaren, något som man tillskrev osäkerheten kring dessa instruments rättsliga status. Vidare ansågs att uppdelningen mellan gemenskapens kompetens och de områden som skulle omfattas av den tredje pelaren var allför otydlig och att detta försvårade samarbetet inom dessa områden. Rådet efterlyste även en tydligare målsättning och tidsgräns för samarbetet inom rättsliga och inrikes frågor.⁴⁹ Dessa och andra synpunkter framförda i institutionernas rapporter kom således att betraktas av reflektionsgruppen.

Reflektionsgruppen kom i sin rapport att föreslå att man vid regeringskonferensen skulle fokusera på förändringar inom tre huvudområden. De huvudsakliga målen var att föra unionen närmare sina medborgare, att effektivisera unionens arbetssätt samt att stärka unionens förmåga att agera i externa frågor. Det var reflektionsgruppens förhoppning att unionen genom att få till stånd förändringar inom dessa områden skulle stå rustad för framtida utmaningar. Dessa utmaningar skulle förenklat kunna sägas bestå i att på ett lyckat sätt genomföra utvidgningen av EU och att på nytt vinna medborgarnas förtroende och förståelse för den europeiska integrationen. Enligt reflektionsgruppen var regeringskonferensen ett tillfälle för att försöka få unionen att kännas angelägen för medborgarna. För att lyckas med detta menade gruppen att man måste inrikta sig på vad som kan göras på europeisk nivå i frågor som berör och engagerar unionsmedborgaren. Att skapa större säkerhet för medborgarna framhölls som en viktig fråga och följaktligen kom

⁴⁸ SOU 1996:24, s.12.

⁴⁹ Se Intergovernmental Conference 1996: Commission Report for the Reflection Group, och Report of the Council on the Functioning of the Treaty on European Union.

diskussionen här att kretsa kring förändringar inom rättsliga och inrikes frågor. Reflektionsgruppen menade att personers säkerhet inte var tillräckligt skyddad på europeisk nivå och att erfarenheten från tillämpningen av de relevanta bestämmelserna, som förts in genom Maastrichtfördraget under den tredje pelaren, hade visat på bristande möjligheter att etablera effektiva åtgärder inom unionen. Åtgärder som enligt reflektionsgruppen måste finnas inom ett område med fri rörlighet för personer, varor, kapital och tjänster. Kopplingen mellan frihet och säkerhet framstod här som stark. Att skapa fri rörlighet med bibehållen inre säkerhet sades därför vara en fråga som skulle föra unionen närmare sina medborgare.⁵⁰

I sin utvärdering av hur samarbetet hade fungerat under den tredje pelaren tog reflektionsgruppen i mångt och mycket fasta på de synpunkter som hade framförts av bland annat kommissionen och rådet. Bland annat ansågs samarbetet under den tredje pelaren ha genererat alltför magert resultat och man ville se en starkare målsättning och en tidtabell för samarbetet inom dessa områden. Istället för att som i art. K.1 Unionsfördraget bara ange en lista på ”frågor av gemensamt intresse” ville reflektionsgruppen se en uttrycklig strävan efter att skapa ett område av frihet och säkerhet. För att förbättra och effektivisera samarbetet inom rättsliga och inrikes frågor var det många i gruppen som ville föra över asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till gemenskapsrätten. Några inom gruppen ansåg att Schengensamarbetet borde införlivas inom den Europeiska unionens ramar genom användandet av flexibel integration.⁵¹

De ovan anförda förslagen vann som bekant gehör på regeringskonferensen och genom Amsterdamfördraget kom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor att överföras till gemenskapen. Även Schengensamarbetet blev införlivat inom unionens ramar. De aktuella sakfrågornas politiskt känsliga natur och de olika uppfattningar som rått mellan medlemsstaterna på området har dock präglat utformningen av nya avdelning IV i EG-fördraget och de protokoll som etablerar den nödvändiga flexibla integrationen på

⁵⁰ 1996 Intergovernmental Conference Reflection Group Report and other references for documentary purposes, s. 19ff.

⁵¹ Ibid, s.49ff.

området. Kanske är det av denna anledning som de bestämmelser som numera reglerar visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer samt införlivandet av Schengenregelverket i många delar kan framstå som komplicerade och svårförståliga. När jag i de följande kapitlen övergår till att närmare granska dessa bestämmelser kan det vara intressant att ha en underliggande frågeställning i åtanke – har förändringarna som skett på området genom Amsterdamfördraget fört unionen närmare sina medborgare?

3. Avdelning IV i EG-fördraget: Visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer

3.1 Avd. IV:s materiella omfång

Den övergripande målsättningen för samarbetet inom rättsliga och inrikes frågor, som numera återfinns såväl inom EG-fördragets avd. IV om visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer som inom Unionsfördragets avd. VI om det polis- och straffrättsliga samarbetet, är att bevara och utveckla unionen som ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.⁵² Det är således en precisering av syftet med medlemsstaternas samarbete inom dessa frågor som man inför genom denna formulering i Amsterdamfördraget. Det var just ett sådant förtydligande som kritikerna tidigare sagt sig sakna i samarbetet under den tredje pelaren i Maastrichtfördraget. I avd. IV EG-fördraget återfinner man de åtgärder som man på gemenskapsnivå skall vidta för att gradvis upprätta ett område av frihet, säkerhet och rättvisa.⁵³ Tidigare hade samarbetet kring asyl, invandring och yttre gränskontrollfrågor enbart setts som nödvändigt för att uppnå målet med den inre marknaden utan inre gränser där fri rörlighet för personer skulle råda.⁵⁴ Dagens samarbete inom dessa frågor syftar också till att etablera fri rörlighet för personer i enlighet med art. 14 EG-fördraget men man kan kanske säga att denna målsättning nu satts i ett större perspektiv - området utan inre gränser skall också vara ett område med säkerhet och rättvisa.

⁵² Art. 2 Unionsfördraget.

⁵³ Art. 61 EG – fördraget.

⁵⁴ Art. 14 *ibid.*

Avd. IV i EG-fördraget är i mångt och mycket utformat för att etablera de kompensatoriska åtgärder, direkt relaterade stödåtgärder som de benämns i fördraget, som anses behövas för att säkerställa att avskaffandet av de inre gränserna och etablerandet av den fria rörligheten för personer inte skall få oönskad effekt. Enligt art. 61a EG-fördraget skall rådet ” inom fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande besluta om åtgärder som syftar till att säkerställa den fria rörligheten för personer i enlighet med art. 14, och i samband därmed besluta om direkt relaterade stödåtgärder avseende kontroller vid de yttre gränserna, asyl och invandring i enlighet med bestämmelserna i art. 62.2 och art. 62.3 och art. 63.1a och art. 63.2a samt om åtgärder för att förebygga och bekämpa brottslighet i enlighet med bestämmelserna i art. 31 e i Fördraget om den Europeiska unionen”. I art. 62.2 återfinns bestämmelser om ”åtgärder som avser passage av de yttre gränserna och med vilkas hjälp det skall fastställas” bland annat ”normer och förfaranden som medlemsstaterna skall följa när de utför kontroller vid sådana gränser”⁵⁵, ”regler om visering för vistelser som inte är avsedda att vara längre än tre månader”.⁵⁶ Art. 62.3 stipulerar att rådet skall anta ”åtgärder som anger villkoren för att medborgare i tredje land skall ha frihet att resa inom medlemsstaternas territorium under en tid av högst tre månader”. Vad gäller asylfrågor så stadgar art. 63.1a att kriterier och mekanismer skall införas ”för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat.” I art. 63.2a stadgas det att miniminormer skall antas ”för att ge tillfälligt skydd åt fördrivna personer från tredje land vilka inte kan återvända till sitt ursprungsland och för andra personer som av annat skäl behöver tillfälligt skydd”.

Avdelning IV är tänkt att tillhandahålla medlen för att fullt ut etablera fri rörlighet för personer inom unionen och enligt art. 62.1 skall rådet inom fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande besluta om åtgärder i syfte att säkerställa att det, i enlighet med art. 14, inte förekommer någon kontroll av personer vid passerandet av de inre gränserna. Art. 62.1 anger också i klartext att sådan kontroll inte får förekomma vare

⁵⁵ Art. 62.2a.

⁵⁶ Art. 62.2b en precisering av vad sådana regler skall inbegripa ges i punkterna i-iv.

sig mot unionsmedborgare eller medborgare i tredje land. Medlemsstaterna har här för första gången uttryckligen i fördraget angivit att avskaffandet av kontrollen vid de inre gränserna gäller för alla personer, såväl unionsmedborgare som tredjelandsmedborgare.⁵⁷

Fri rörlighet för personer och kompensatoriska åtgärder för att praktiskt möjliggöra en sådan är som framgått ett stort inslag i avd. IV, om dock inte det enda. Gemenskapens nya kompetens sträcker sig även över asyl- och invandringsfrågor som inte är lika tydligt bundna till kontrollaspekter som de berörda kompensatoriska åtgärderna.⁵⁸ När det gäller sådana asylfrågor skall rådet inom fem år från Amsterdamfördragets ikraftträdande fatta beslut om miniminormer för motagande av asylsökande i medlemsstaterna, miniminormer för när tredjelandsmedborgare skall betraktas som flyktingar samt miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för att bevilja eller återkalla flyktingstatus.⁵⁹ Vidare skall rådet besluta om åtgärder som skall främja en balans mellan medlemsstaterna vad gäller att ta emot flyktingar och fördrivna personer.⁶⁰ Inom de områden av invandringspolitiken där gemenskapen numera har kompetens skall rådet besluta om åtgärder som rör villkor för inresa och bosättning, normer för hur medlemsstaterna skall förfara vid utfärdandet av visering för längre tid och uppehållstillstånd⁶¹ samt olaglig invandring och olaglig bosättning.⁶² Vidare skall rådet besluta om åtgärder som fastställer de rättigheter och villkor enligt vilka en i en medlemsstat lagligt bosatt tredjelandsmedborgare skall få bosätta sig i en annan medlemsstat.⁶³ Avd. IV omfattar även bestämmelser om civilrättsligt samarbete med gränsöverskridande följder.⁶⁴ Detta område kommer dock inte att beröras under den följande framställningen.

⁵⁷ Storbritannien och Irland har i Protokoll om tillämpning av vissa inslag i artikel 14 EG-fördraget medgivits undantag från en sådan tillämpning av art. 14 och tillåts ha kvar sina gränskontroller.

⁵⁸ K. Hailbronner, *European Immigration and Asylum Law Under the Amsterdam Treaty*, CML Rev, vol. 35 1998, s. 1048.

⁵⁹ Art. 63.1b-d. Vad gäller samtliga åtgärder som avser asyl skall dessa beslutas i enlighet med Genèvekonventionen och protokollet om flyktingars rättsliga ställning; art. 63.1.

⁶⁰ Art. 63.2b. Här skall noteras att den femårsperiod som i övrigt är vanlig inom avd. IV inte gäller, se art. 63.4 sista st.

⁶¹ Art. 63.3a, för vilken inte heller femårsperioden skall gälla, art 63.4 sista st.

⁶² Art. 63.3b.

⁶³ Art. 63.4, för vilken femårsperioden inte heller gäller. Se artikelns sista stycke.

⁶⁴ Art. 65.

Avd. IV ger som synes en detaljerad lista över vilka frågor inom asyl- och invandringspolitiken som skall omfattas av gemenskapens kompetens. De formuleringar som finns i art. 63 och som lyder att rådet skall besluta om åtgärder som avser asyl, flyktingar och fördrivna personer samt invandring ”inom följande områden” tyder på att den uppräkningslista av områden som finns i artikeln skall anses som uttömmande. Att medlemsstaterna inte har velat överföra en alltför omfattande eller en total kompetens till gemenskapen inom dessa känsliga områden är förståeligt men den utformning som avd. IV fått kan dock medföra vissa problem. Enligt Hailbronner⁶⁵ skulle det efter ett tag kunna uppstå luckor mellan den i avd. IV uttömmande uppräkningslista som i detalj reglerade gemenskapens kompetens på området och närbesläktade frågor inom asyl- och invandringspolitiken som medlemsstaterna i framtiden skulle vilja samarbeta inom på gemenskapsnivå. Dessa nya frågor skulle då inte anses omfattas av den gemenskapsrättsliga kompetensen i avd. IV och eftersom avd. VI i Unionsfördraget numera bara reglerar det polis- och straffrättsliga samarbete, skulle en rättslig grund inte heller finnas på unionsnivå. Om man inte skulle kunna fylla igen luckorna, genom att t.ex. finna art 308 i EG-fördraget tillämplig, återstår inte många andra alternativ för medlemsstaterna än att inleda ett rent mellanstatligt samarbete inom den aktuella frågan.

3.2 Mellanstatliga instrument skall bli gemenskapsrättsliga

En del av den kritik som riktades mot det mellanstatliga samarbetet under den tredje pelaren gick ut på att samarbetet inte resulterade i rättsakter som ostridigt kunde anses bindande och att det därför var uddlöst. Genom att föra över asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till den första pelaren elimineras problemet med vilken rättslig effekt en rättsakt skall anses ha. Inom gemenskapsrätten är det i art. 249 tydligt angivet vilken effekt de rättsliga instrumenten förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden skall ha. Genom EG-domstolens försorg har dessutom principerna om EG-rättens direkta effekt och företräde utarbetats vilka ytterligare utkristalliserat den verkan

⁶⁵ K. Hailbronner, a.a. s. 1048-1049.

som såväl primär som sekundär EG-rätt har på medlemsstaterna.⁶⁶

Under den tredje pelaren och även under det tidigare mellanstatliga samarbetet har medlemsstaterna i de för uppsatsen aktuella frågorna enats om bland annat resolutioner, rekommendationer samt enstaka gemensamma åtgärder och konventioner. Sett utifrån detta skulle det kunna verka som om medlemsstaterna redan har en gemensam politik på området och att de i princip bara har att överföra de mellanstatliga instrumenten till lämpliga gemenskapsrättsliga. Att rådet skulle kunna fatta beslut om åtgärder inom den femårsperiod som i många fall är påbjuden kan mot bakgrund av detta förefalla rimligt. I själva verket torde det dock bli svårt för rådet att direkt kunna omvandla de mellanstatliga instrumenten till gemenskapsrätt. Det är troligt att medlemsstaterna kommer att vilja ha en annan utformning på de rättsakter som kommer att ha en helt annan rättslig inverkan på dem. Att EG-domstolen numera även har jurisdiktion över dessa frågor kommer förmodligen få en och annan medlemsstat att tänka efter innan de binder sig vid något gemenskapsrättsligt beslut. Processen att införa regleringar inom visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer på gemenskapsnivå kan således ta sin tid.⁶⁷ De mellanstatliga rättsakter som redan finns på området kommer därmed, fram tills dess att materiellt motsvarande instrument antagits inom gemenskapsrätten, binda medlemsstaterna på ursprungligt avsedda sätt. Samtidigt kommer dessa rättsakter inte längre ha någon förankring i den nuvarande tredje pelaren eftersom denna som bekant enbart reglerar det polisiära och straffrättsliga samarbetet. Dessa instrument kommer följaktligen att befinna sig i ett slags rättsligt ingenmansland fram till dess att man inom gemenskapen antagit relevanta rättsakter. För de tre länder som valt att stå utanför samarbetet i avd. IV⁶⁸ kommer problematiken att kvarstå eftersom det är troligt att de i många fall⁶⁹ kommer att föredra att hålla fast vid den redan befintliga

⁶⁶ Case 26/62 Van Gend en Loos. Se även J. Steiner & L. Woods, Textbook on EC Law 6th edition, s. 46ff, s.76ff.

⁶⁷ K. Hailbronner, a.a. s. 1050.

⁶⁸ Se Protokollen om Storbritanniens, Irlands och Danmarks ställning.

⁶⁹ För Danmarks del i samtliga fall efter som deras protokoll inte erbjuder möjligheten att delta i beslut om åtgärder i avd. IV. Se längre fram under kap. 4.

mellanstatliga reglering istället för att delta i den mer ingripande gemenskapsrätten som avd. IV påbjuder.⁷⁰

3.3 Kompetensfördelning

Överföringen av asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor från den mellanstatliga tredje pelaren till den överstatliga första pelaren medför att medlemsstaterna i princip förlorar kompetensen att på enskild nationell nivå reglera de frågor som återfinns i avd. IV EG-fördraget.⁷¹ Medlemsstaternas kluvna inställning till att avsäga sig den nationella kompetensen inom dessa områden kan sägas avspeglas i vissa regleringar i avd. IV. Enligt art. 63.4 2 st. skall åtgärder som rådet beslutat om, rörande i bestämmelsen uppräknade invandringsfrågor,⁷² ”inte hindra någon medlemsstat från att på de berörda områdena behålla eller införa nationella bestämmelser som är förenliga med detta fördrag och internationella avtal”. Bestämmelsen torde på grund av sin ordalydelse inte kunna tolkas som en klausul som ger rätt till nationella undantag från gemenskapsrättslig lagstiftning på området. Däremot kan den kanske ses som ett explicit uttryck för att gemenskapen inte skall anses ha exklusiv kompetens inom de aktuella frågorna och att principen om EG-rättens spärrverkan⁷³ inte skall kunna tillämpas på parallellt löpande nationell lagstiftning som är förenlig med gemenskapsrättslig reglering.⁷⁴

Vad gäller regleringar som rör asylfrågor, flyktingar och fördrivna personer kan det noteras att rådet, vad gäller de flesta åtgärder inom dessa frågor, skall anta miniminormer.⁷⁵ Användandet av miniminormer i den EG-rättsliga regleringen ger ett

⁷⁰ K. Hailbronner, a.a. s. 1050 och 1059.

⁷¹ Allmänt om kompetensfördelning se J. Nergelius, Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans, s. 95 ff.

⁷² 63.3a Villkor för inresa och bosättning, normer för medlemsstaternas förfaranden för att utfärda visering för längre tid och uppehållstillstånd, inbegripet sådant som avser familjeåterförening. 63.3b Olaglig invandring och olaglig bosättning, inbegripet återsändandet av olagliga invandrare. 63.4 1 st. Åtgärder som fastställer de rättigheter och villkor enligt vilka medborgare i tredje land som lagligen är bosatta i en medlemsstat får bosätta sig i en annan.

⁷³ EG-rättens spärrverkan se J. Nergelius, a.a. s.98.

⁷⁴ Se dock K. Hailbronner, a.a. s. 1051 som menar att medlemsstaterna inte kommer att kunna ändra eller anta ny nationell lagstiftning inom de berörda frågorna när gemenskapen väl antagit motsvarande rättsakter.

⁷⁵ Art. 63.1b-d och 63.2a.

utrymme för medlemsstaterna att på nationell nivå utforma dessa regleringar mer i detalj. Eftersom minimiregler därmed i praktiken medför en kompetensuppdelning mellan gemenskapen och medlemsstaterna kan man därför säga att medlemsstaterna i detta avseende behåller en viss kompetens.⁷⁶

Det kan vidare noteras att art. 64.1, vars formulering känns igen från tidigare art. 100c EG-fördraget och art. K.2 Unionsfördraget, stadgar att avd. IV inte skall påverka medlemsstaternas ansvar för upprätthållande av lag och ordning och skyddandet av den inre säkerheten. I många medlemsstater har utlänningslagstiftning i vid bemärkelse betraktats som en del av upprätthållandet av den nationella ordningen. Att art. 64.1 skulle ges en sådan vid tolkning att all utlänningslagstiftning skulle anses utgöra del av regelverket för upprätthållandet av den nationella säkerheten är dock föga troligt eftersom det i princip skulle sätta hela avd. IV ur spel. Hailbronner anser att artikeln måste ges en snäv tolkning som skulle innebära att det på medlemsstaterna enbart ankommer att exempelvis förebygga överhängande faror som hotar upprätthållandet av lag och ordning och skyddandet av den inre säkerheten.⁷⁷ Även om art. 64.1 kan komma att ge upphov till olika tolkningar, är det begränsande syftet med artikeln uppenbart. För att gemenskapen inte skall komma in på områden som de flesta medlemsstater ser som nationalstatens grundvalar krävs det att en spärrlinje dras någonstans. Kompetensen för att upprätthålla lag och ordning och att skydda den inre säkerheten vill medlemsstaterna definitivt inte dela med gemenskapen. Var denna spärrlinje kommer att dras är dock en annan fråga.

Med tanke på den ställning som asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollsfrågor traditionellt sätt erhållit inom medlemsstaternas nationella rättsordning, kan det inte hållas för otroligt att medlemsstaterna kommer att inta en något avvaktande ställning till den reglering som skall införas på gemenskapsnivå. Det kan även här vara intressant att notera att både Monar och Hailbronner anser att subsidiaritetsprincipen kan komma att

⁷⁶ J. Nergelius, a.a. s. 98

⁷⁷ K. Hailbronner, a.a. s.1052 f

spela en stor roll inom de frågor som regleras av avd. IV.⁷⁸ Subsidiaritetsprincipen⁷⁹ som återfinns i art. 5 andra st. innebär att i den mån inte gemenskapen har exklusiv kompetens ”skall den vidta en åtgärd endast om och i den mån som målet för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå”. Medlemsstaternas traditionella uppfattning om frågornas natur skulle således kunna komma att leda till att medlemsstaterna i högre grad än hittills åberopar subsidiaritetsprincipen och hävdar att rättslig reglering på medlemsstatsnivå i tillräcklig utsträckning kan uppnå de utsatta målen. Samtidigt är verkningarna av de flesta åtgärder som skall vidtas så gränsöverskridande att det kan bli svårt att motivera antagandet av sådana bestämmelser på nationell nivå vid den effektivitetsbedömning som art. 5 andra st. påbjuder.⁸⁰

Vissa bestämmelser som återfinns i avd. IV kan således sägas försöka begränsa eller hindra att gemenskapens kompetens inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor blir alltför omfattande. Att medlemsstaterna vill behålla ett så stort inflytande som möjligt över dessa frågor även när det ankommer på gemenskapen att fatta beslut, får sägas framkomma av hur institutionernas roll har utformats i avd. IV.

3.4 Institutionernas roll i avd. IV EG-fördraget

I det mellanstatliga samarbete som fördes inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor under den tredje pelaren, så som det hade utformats i Maastrichtfördraget, hade institutionerna en förhållandevis marginell roll. Den institutionella ram som det mellanstatliga samarbetet skulle föras inom hade visserligen inneburit att institutionerna fått en uttalad plats men det var trots allt medlemsstaterna, i

⁷⁸ J. Monar, Legitimacy of EU Action in Justice and Home Affairs: An Assessment in the Light of the Reforms of the Treaty of Amsterdam, i *Cooping with flexibility and legitimacy after Amsterdam*. eds.M. den Boer, A. Guggenbühl & S. Vanhoonacker. s. 218. Se även K. Hailbronner, a.a. s. 1051.

⁷⁹ Om subsidiaritetsprincipen se P. Cramér, Noteringar rörande subsidiaritetsprincipen tillämpning i framtidens EG/EU, SvJT 1993 s.533-547. Se även J. Nergelius, a.a. s. 106 ff.

⁸⁰ Se dock Hailbronners resonemang, a.a. s. 1051 ” With a growing corpus of Community legislation, one may need to analyse more closely to what extent immigration, asylum and integration policy is required, considering the close connection of immigration/ integration measures with national particularities and cultural and social environment.”

egenskap av enskilda stater, som hade störst inflytande på samarbetet vilket naturligtvis förklaras av just dess mellanstatliga karaktär. Denna karaktär avspeglade sig, som tidigare framgått, i krav på enhällighet i rådet, delad initiativrätt för kommissionen, en minimal inblandning av parlamentet och en avsaknad av jurisdiktion för EG-domstolen. Kritiken mot den struktur som samarbetet fördes inom riktade sig, som vi tidigare sett, i stor utsträckning mot kravet på enhällighet i rådet, som ansågs förhindra och försvåra utvecklingen på området, och avsaknaden av jurisdiktion för EG-domstolen, som sågs som allvarlig på grund av dessa frågors känsliga natur men även för att den befarades medföra en okohärent rättslig utveckling på området.

När nu visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer, genom Amsterdamfördraget, förts över till den första pelaren hade nog många förespråkare av denna förändring förväntat sig att den institutionella struktur som råder inom EG skulle komma att appliceras på gemenskapens nya kompetensområde. Den starka position som institutionerna kommit att inta inom EG hänger ihop med den överstatliga karaktär som gemenskapen utvecklat. Denna position kan sägas avspelas i att rådet i allt större utsträckning får fatta beslut med kvalificerad majoritet, att kommissionen har exklusiv initiativrätt till de beslut som fattas i rådet samt att parlamentet inom allt fler områden fått ett större, ofta avgörande, inflytande i normgivningsproceduren.⁸¹ Parlamentets ställning har genom Amsterdamfördraget ytterligare stärkts eftersom medbeslutandeproceduren i art. 251 EG-fördraget, som ger parlamentet en reell vetorätt mot antagande av rättsakter i rådet, har utvidgats till att omfatta allt fler områden inom EG-rätten.⁸² Vad gäller EG-domstolen har denna, såsom den exklusiva uttolkaren av EG-rätten, kommit att inta en mycket aktiv och progressiv ställning i gemenskapens integrationsarbete. Detta kan bland annat sägas ha tagit sig uttryck genom domstolens utarbetande av principer som EG-rättens direkta effekt och dess företräde framför nationell rätt.⁸³ Många av EG-domstolens principiellt viktiga domar har meddelats inom ramen för förhandsbeskedsförfarandet i art. 234 EG-

⁸¹ J. Steiner & L. Woods, a.a. s. 20 ff.

⁸² J. Nergelius, a.a. s. 55.

⁸³ C 26/62 Van Gend en Loos, C 6/64 Costa v. ENEL.

fördraget.⁸⁴ Detta förfarande innebär att nationella domstolar har möjlighet, alternativt skyldighet, att ställa tolkningsfrågor till EG-domstolen om de finner att det finns oklarheter inom den för rättsfrågan aktuella EG-rätten och därför anser att klagörande beslut från EG-domstolen är nödvändigt. Art. 234 har framhållits som en viktig länk mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen i syfte att tjäna som hjälp för de nationella domstolarna i tillämpningen av EG-rätten och att säkerställa en enhetlig tillämpning av denna.⁸⁵

Då frågor som rör asyl, invandring och yttre gränskontroll numera återfinns under den första pelaren skulle man kunna förvänta sig att den institutionella struktur som här ovan mycket generellt och förenklat beskrivits skulle komma att tillämpas på dessa frågor. Detta har inte skett, utan avd. IV kan sägas inrätta en egen struktur som i varje fall initialt kommer att skilja sig från den som man är van vid inom gemenskapen. Av denna anledning har man i en del kommentarer till den nya avdelningen pratat om en gradvis ”kommunautarisering” av dessa frågor.⁸⁶ Men det finns även de som fört ett omvänt resonemang och menar att utformningen av avd. IV inneburit att element av mellanstatlighet införts inom gemenskapsrätten på ett sätt som tidigare aldrig skett.⁸⁷

3.4.1 Rådet

Enligt art. 67.1 EG-fördraget skall rådet under en övergångsperiod av fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande fatta sina beslut enhälligt. Undantagna från detta krav på enhällighet är de viseringsfrågor som regleras av art. 62.2 b i och 62.2 b iii och som redan tidigare reglerades av dåvarande art. 100 c EG-fördraget.⁸⁸ I dessa frågor får rådet fatta beslut med kvalificerad majoritet.⁸⁹ Efter övergångsperioden skall rådet

⁸⁴ J. Steiner & L. Woods, a.a.s. 414.

⁸⁵ C. Barnard & E. Sharpston, *The Chaging Face of art. 177 References*, CML Rev, vol. 34 1997 s.1113 f.

⁸⁶ K. Hailbronner, a.a. s.1053.

⁸⁷ J. Monar, *Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation*, EL Rev, vol. 23 1998, s.329.

⁸⁸ Fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande skall även beslut i övriga viseringsfrågor i art. 62.2 b ii och 62.2 b iv automatiskt omfattas av förfarandet i art. 251, dvs. kvalificerad majoritet. Se art. 67.4. Se även art. 64.2 som möjliggör för rådet att med kvalificerad majoritet fatta beslut om provisoriska åtgärder om en eller flera medlemsstater försätts i en nödsituation som kännetecknas av en plötslig inströmning av tredjelandsmedborgare.

⁸⁹ Art. 67.3, här skall dock inte förfarandet i art. 251 tillämpas, jämför ovanstående not.

enhälligt fatta beslut om hela eller delar av avd. IV skall omfattas av förfarandet i art. 251 EG-fördraget som bland annat innebär att rådet får fatta beslut med kvalificerad majoritet.⁹⁰

Inledningsvis skall således rådet enhälligt fatta beslut inom gemenskapens nya kompetensområde. Kravet på enhällighet återfinns inte enbart under avd. IV utan även på andra områden inom gemenskapsrätten. Samtidigt kan det framhållas att rådet i allt större utsträckning tillåts fatta beslut med kvalificerad majoritet och att kravet på enhällighet framförallt består inom de områden som räknas som politiskt känsliga.⁹¹ Till denna kategori kan onekligen asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor sälla sig. Under en femårsperiod efter Amsterdamfördragets ikraftträdande kommer överföringen av dessa frågor till den första pelaren således inte innebära någon skillnad mot tidigare vad gäller kravet på enhällighet i rådet. Enhällighetskravet, som trots allt får sägas vara karakteristiskt för det mellanstatliga samarbetet, sågs som en av anledningarna till varför samarbetet inom dessa frågor under den tredje pelaren inte utvecklades i någon större utsträckning. Om tendensen från samarbetet under den tredje pelaren håller i sig, dvs. att det visar sig svårt att skapa en samsyn inom dessa känsliga frågor, kan rådet få problem med att hålla sig inom den tidsram på fem år som finns för de flesta åtgärder som skall vidtas i avd. IV.⁹² Vad rådet skall fatta beslut om inom den aktuella femårsperioden har framkommit tidigare under den materiella presentationen av avd. IV men jag vill trots detta även här ge exempel på vilka åtgärder rådet måste enas om. Rådet skall fatta beslut om bland annat åtgärder så att kontroll av personer inte förekommer vid de inre gränserna,⁹³ besluta om villkor som skall ge tredjelandsmedborgare rätten att fritt resa inom medlemsstaternas territorium under tre månader⁹⁴ och besluta om miniminormer för mottagandet av asylsökande i medlemsstaterna.⁹⁵ Vad som skulle kunna underlätta denna beslutsprocess är att det redan finns mellanstatliga instrument på området. EG-rättens mer

⁹⁰ Art. 67.2 andra streckindragningen.

⁹¹ J. Steiner & L. Woods, a.a. s.27.

⁹² Eftersom de länder som visat sig mest skeptiska till ett samarbete inom asyl-, invandrings- och yttre gräns kontrollfrågor, Storbritannien, (Irland) och Danmark, valt att stå utanför samarbetet i avd. IV kan det dock möjligen bli lättare att uppnå enhällighet i rådet.

⁹³ Art. 62.1.

⁹⁴ Art. 62.3.

⁹⁵ Art. 63.1 b.

ingripande karaktär kan dock, som tidigare framkommit, innebära att de redan befintliga överenskommelserna medlemsstaterna emellan inte accepteras enhälligt i rådet varför utdragna omförhandlingar kan bli nödvändiga. Det skall dock här framhållas att Schengenregelverkets införlivande troligtvis kommer att underlätta antagandet av rättsakter inom vissa frågor som regleras av avd. IV.⁹⁶

Att man införde enhällighet inom detta gemenskapens nya kompetensområde berodde i hög grad på att Tyskland, efter interna påtryckningar från Länderna, något oväntat kom att kräva detta.⁹⁷ Kravet på enhällighet i art. 67.1 är av artikelns formulering att döma tänkt att vara temporärt, vilket mot bakgrund av det tidigare sagda kan sägas vara ett tecken på att man försökt finna en kompromissartad lösning på problemet. Fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande skall rådet som tidigare nämnts besluta att låta hela eller delar av avd. IV omfattas av förfarandet i art. 251 EG-fördraget,⁹⁸ vilket bland annat innebär att rådet får fatta beslut med kvalificerad majoritet. Att ett sådant rådsbeslut fattas är dock inte självklart även om medlemsstaterna i en förklaring till art. 67 anför att man ämnar granska innehållet i det beslut som avses i art. 67.2 andra strecksatsen före utgången av femårsperioden ”i syfte att fatta och börja tillämpa beslutet omedelbart efter periodens utgång”.⁹⁹ Kravet på enhällighet kan i detta sammanhang väsentligen försvåra att kvalificerad majoritet införs på hela avd. IV och det förefaller som tämligen osäkert om en sådan förändring kommer att ske med hjälp av art. 67.¹⁰⁰ Det är möjligt att medlemsstaterna kan komma att enas om att införa kvalificerad majoritet inom vissa delar av avd. IV. För att detta skall ske torde det krävas att medlemsstaterna känner att det inom dessa delar finns en stark samsyn. Samtidigt kan det finnas en risk med att dela upp beslutsförfarande ytterligare i de så starkt sammankopplade frågor som regleras av avd. IV. Kvalificerad majoritet innebär ofta att beslut i en fråga kan fattas fortare än om enhällighet krävs. Om de områden som avd. IV reglerar ytterligare blir uppsplittrade vad gäller beslutsförfarandet finns risk för att gemenskapens reglering kring visering, asyl,

⁹⁶ Närmare om införlivandet av Schengenregelverket inom den Europeiska unionens ramar se längre fram kap. 4.3.

⁹⁷ J. Monar, a.a. i EL Rev, vol. 23 1998, s. 328.

⁹⁸ Art. 67.2 andra strecksatsen.

⁹⁹ Förklaring om artikel 67 i Fördraget om upprättandet av den Europeiska gemenskapen.

¹⁰⁰ J. Monar, a.a. i EL Rev, vol. 23 1998, s. 328.

invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer blir haltande, något som skulle vara olyckligt eftersom det, enligt min mening, krävs att dessa frågor placeras i ett större sammanhang och inte bara blir behandlade som enskilda sakfrågor.

Att rådet efter femårsperioden *skall* besluta om att införa kvalificerad majoritet på hela eller delar av avd. IV verkar enligt formuleringen i art. 67 vara en förpliktelse för rådet. Enligt Nergelius är denna typ av förpliktelse en ”EG-rättslig innovation” och han ifrågasätter dess egentliga verkan.¹⁰¹ Det är tveksamt om detta påbud kan förmå rådet att fatta ett så långtgående beslut annat än för vissa mindre delar av avd. IV. Att införa kvalificerad majoritet inom de aspekter av asyl, invandring och yttre gränskontrollfrågor som regleras av avd. IV skulle innebära att den enskilda medlemsstaten, i varje fall rent formellt, förlorade kontrollen över dessa frågor. Eftersom samarbetet inom dessa områden är så djupt präglade av mellanstatlighetens enhällighet kan det bli svår för rådet att enas om en så långtgående åtgärd som art. 67.2 andra satsindragningen påbjuder.

3.4.2 Kommissionen och parlamentet

Kommissionen skall under de första fem åren efter Amsterdamfördragets ikraftträdande dela sin initiativrätt med medlemsstaterna.¹⁰² Att överflyttningen av asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till gemenskapsrätten inte kom att stärka kommissionens ställning får anses som tämligen oväntat. Istället för att låta kommissionen inta sin vanliga position som exklusiv initiativtagare inom gemenskapsrätten har man valt att initialt anamma den ordning som rådde för dessa frågor under den tredje pelaren. Kanske kommer inte kommissionen låta sig hindras av den delade initiativrätten men faktum kvarstår att detta är ett stort avsteg från den institutionella struktur som hittills rått inom gemenskapen och det kan sägas avspegla den kluvna inställning som medlemsstaterna har till att överföra dessa frågor till gemenskapsrätten. Efter den femåriga övergångsperioden återfår kommissionen sin exklusiva initiativrätt. Medlemsstaterna kommer dock fortfarande att ha ett visst formellt inflytande över dessa frågor eftersom kommissionen

¹⁰¹ J. Nergelius, a.a. s. 139.

¹⁰² Art. 67.1.

åläggs att pröva varje begäran från en medlemsstat om att kommissionen skall lägga fram ett förslag till rådet.¹⁰³

Europaparlamentet skall enligt art. 67.1 höras innan rådet fattar beslut i frågor som omfattas av avd. IV. Detta innebär en knapp förstärkning av den position i beslutsprocessen som parlamentet hade då dessa frågor reglerades under den tredje pelaren.¹⁰⁴ Den roll som parlamentet tilldelats i avd. IV innebär således att den har minsta möjliga inflytande i den gemenskapsrättsliga beslutsprocessen. Detta eftersom det yttrande som parlamentet här skall avge inte på något sätt binder rådet.¹⁰⁵

Efter den femåriga övergångsperioden skall rådet, såsom framhållits tidigare, efter att ha hört europaparlamentet, enhälligt besluta om hela eller delar av avd. IV skall omfattas av art. 251 EG-fördraget. Ett sådant beslut skulle öka parlamentets inflytande betydligt då art. 251 innefattar den tidigare nämnda medbeslutandeproceduren som ger parlamentet en reell vetorätt. Eftersom det ovan förda resonemanget om rådets svårigheter att göra art. 251 tillämplig på avd. IV har samma relevans för huruvida parlamentet kan få ökat inflytande, finns det en stor risk för att parlamentet, i flertalet frågor som regleras av avd. IV, kan komma att få nöja sig med att bli hört.

Bland den kritik som riktades mot den tredje pelaren, så som den var utformad under Maastrichtfördraget, fanns det synpunkter på att den svaga ställning som parlamentet hade fått medförde en avsaknad av effektiv demokratisk kontroll på EU nivå. Denna avsaknad ansågs som synnerligen allvarlig med tanke på den inverkan på individen som de frågor som behandlades under den tredje pelaren kunde ha. Under den tredje pelaren var medlemsstaterna huvudaktörer. De mellanstatliga rättsakter som antogs var i stor utsträckning inte ens bindande för medlemsstaterna och för att dessa rättsakter överhuvudtaget skulle bli tillämpliga krävdes det att de antogs på nationell nivå. Det fanns således en effektiv parlamentarisk kontroll, om än på nationell nivå. Eftersom

¹⁰³ Art. 67.2 första sträckindragningen.

¹⁰⁴ J. Monar, a.a. i EL Rev, vol. 23 1998, s.329. Se dock K. Hailbronner som anser att "the consultation procedure already improves the position of the European Parliament quite remarkably..." a.a. s.1054.

¹⁰⁵ J. Steiner & L. Woods, a.a. s. 33.

många av de frågor som tidigare reglerades av den tredje pelaren idag flyttats över till gemenskapsrätten och avd. IV EG-fördraget, kommer de rättsakter som skall antas för att få en gemensam reglering inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor att ha en helt annan rättslig effekt än de mellanstatliga instrument som antogs under den tredje pelaren. De rättsakter som nu kommer att antas, exempelvis förordningar eller direktiv, är bindande för medlemsstaten och kommer att ha företräde framför nationell lagstiftning och i vissa fall även anses ha direkt effekt. Det är således överstatliga instrument som rådet kommer att anta och detta med en i varje fall initialt minimal inblandning av europaparlamentet.¹⁰⁶ Den kritik som rörde parlamentets ställning under den tredje pelaren tycks således även ha relevans för asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor reglerade under den första pelaren. Kritiken synes till och med vara mer berättigad nu då det helt tycks saknas effektiv parlamentarisk kontroll över dessa frågor som har en nära koppling till fundamentala rättigheter.¹⁰⁷ Kanske är detta den naturliga följden av att man vill ha överstatlig effekt i en beslutsordning med kraftiga drag av mellanstatlighet.

3.4.3 EG-domstolen

Genom att föra över asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till den första pelaren har EG-domstolens ställning naturligtvis stärkts i jämförelse med den domstolen hade när dessa frågor reglerades under den tredje pelaren. När man nu valt att låta dessa områden omfattas av EG-rätten skulle man kunna tro att den jurisdiktion som EG-domstolen har under den första pelaren per automatik skulle komma att appliceras på gemenskapens nya kompetensområde. Så har nu inte varit fallet, utan medlemsstaterna har valt att beskära domstolens kompetens under avd. IV. Man har här begränsat möjligheterna för de nationella domstolarna att begära förhandsbesked enligt art. 234 EG-fördraget. I art. 68.1 EG-fördraget slås det fast att art. 234 skall tillämpas på avd. IV enbart ”om en fråga om tolkning av denna avdelning eller om giltigheten eller tolkningen av rättsakter som beslutats av gemenskapens institutioner på grundval av denna avdelning uppkommit i ett mål vid en domstol i en medlemsstat, *mot vars avgörande det inte finns*

¹⁰⁶ Det kan även noteras att många åtgärder som skall vidtas enligt avd. IV är tänkta att vidtas inom fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande, dvs. under den övergångsperiod då parlamentet har minimalt inflytande.

¹⁰⁷ K. Hailbronner, a.a. s. 1054.

*något rättsmedel enligt nationell lagstiftning,*¹⁰⁸ skall den nationella domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i frågan, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande”. Art. 68.1 innebär således att underinstansdomstolar inte har möjlighet att ställa tolkningsfrågor till EG-domstolen vare sig det gäller gemenskapsrättsliga regleringar i primär- eller sekundärrätt beträffande frågor om visering, asyl, invandring eller annan politik som rör fri rörlighet för personer.

Anledningen som anges till varför begränsningen av art. 234 tillämpning infördes sägs vara att man vill undvika att asyl och invandringsprocesser blir allt för långdragna.¹⁰⁹ Men kanske kan man även finna alternativa förklaringar, som inte är allt för långsökta, till varför denna tämligen uppseendeväckande begränsning av möjligheten för nationella domstolar att ställa tolkningsfrågor till EG-domstolen infördes. Som tidigare nämnts har många av EG-domstolens principiellt viktiga avgöranden slagits fast inom ramen för förhandsbeskedsförfarandet och det ofta på en fråga ställd av en underinstans. Kanske kan man, i begränsningen av vilka som får ställa tolkningsfrågor, skönja en förhoppning från medlemsstaterna sida att denna begränsning skall förhindra domstolen från att få en alltför aktivistisk roll i dessa känsliga frågor.¹¹⁰ Det tycks annars ha funnits en tendens i EG-rättens historia att EG-domstolen har varit som mest aktiv i integrationsprocessen då det på det politiska planet, dvs. i rådet, inte funnits samma strävan.¹¹¹ Då det inte är omöjligt att man inom de områden i avd. IV där enhällighet krävs kan få problem med att fatta beslut kan integrationsprocessen inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor ta lång tid. Kanske kan man mot bakgrund av detta även se begränsningen av art. 234 i art. 68.1 som en metod för att hindra EG-domstolen från att påskynda integrationen inom dessa frågor på ett sätt som medlemsstaterna har svårt att acceptera.

Oavsett av vilken anledning art. 68.1 införts innebär regleringen ett avsteg från vad som tidigare gällt inom EG-rätten. För den enskilda kan inskränkningen av vilka nationella domstolar som får ställa tolkningsfrågor även sägas medföra ytterligare hinder för

¹⁰⁸ Min kursivering.

¹⁰⁹ K. Hailbronner, a.a. s. 1055.

¹¹⁰ J. Steiner & L. Woods, a.a. s. 438 f.

¹¹¹ J. Nergelius, a.a. s. 185 f.

prövning i EG-domstolen. Inom EG-rätten har enskilda en mycket begränsad möjlighet att föra talan direkt inför EG-domstolen.¹¹² Art. 234 har inneburit att enskilda personer har kunnat föra talan om tolkningen av en EG-rättslig regel i nationell domstol och denna har sedan, om det ansetts nödvändigt, kunnat begära ett förhandsbesked av EG-domstolen. På så sätt har individen, via den nationella domstolen, haft tillträde till EG-domstolen.¹¹³ Att man genom art. 68.1 begränsat denna möjlighet innebär att enskilda personer ytterligare kommer ett steg längre bort från en prövning i EG-domstolen. Eftersom avd. IV reglerar områden som i stor utsträckning har en ingripande effekt på individen är det, enligt min mening, märkligt att man valt att inskränka den judiciella kontrollen på området.

Ett minskat skydd för de grundläggande rättigheterna skulle även kunna bli en effekt av regleringen i art. 68.1. För det fall att en nationell domstol finner att en EG-rättslig reglering skulle strida mot de grundläggande rättigheter som Unionen bygger på¹¹⁴ kan inskränkningen i art 68.1 få till följd att den nationella domstolen inte kan skydda individen mot en sådana stridande regleringar. Enligt den praxis som EG-domstolen utvecklat kan en nationell domstol undantagsvis fatta ett interimistiskt beslut om att inte tillämpa den gemenskapsrätt som domstolen anser strida mot grundläggande rättigheter. Detta anses endast möjligt om den nationella domstolen noga vägt in gemenskapens intressen och samtidigt ställt en tolkningsfråga till EG-domstolen. När nu underinstanser enligt art. 68.1 avskurits möjligheten att ställa tolkningsfrågor är det tveksamt om dessa domstolar har samma möjlighet att erbjuda interimistiskt skydd mot EG-rättslig reglering som de anser strida mot grundläggande rättigheter.¹¹⁵

¹¹² Enligt art. 230, som reglerar EG-domstolens möjlighet att granska lagligheten av antagna rättsakter, har fysiska personer enbart möjlighet att ”väcka talan mot ett beslut som är direkt riktat till honom eller mot ett beslut som, även om det är utfärdat i form av en förordning eller ett beslut riktat till en annan person, direkt och personligen berör honom.” Denna artikel har kommit att tolkas mycket restriktivt av EG-domstolen. Se J. Steiner & I. Woods, a.a. s. 458 f.

¹¹³ J. Steiner & L. Woods, a.a. s. 414.

¹¹⁴ Art. 6 Unionsfördraget.

¹¹⁵ K. Hailbronner, a.a. s.1056.

Förhandsavgörandena har även haft betydelse för den enhetliga tillämpningen av EG-rätten.¹¹⁶ Nationella domstolar kommer i allt större utsträckning ställas inför EG-rättslig sekundärlagstiftning inom asyl-, invandrings och yttre gränskontrollfrågor. Att samtidigt frånta underinstanserna möjligheten att begära förhandsavgöranden inom dessa frågor riskerar att försvåra en enhetlig rättstillämpning inom gemenskapens nya kompetensområde. Enligt min mening är en så enhetlig tillämpning som möjligt nödvändig inom dessa känsliga frågor för att medlemsstaterna skall lita på varandra, något som ibland visat sig svårt inom det mellanstatliga samarbetet. Om inte ett förtroende etableras kan det bli svårt att få till stånd fri rörlighet för personer inom utsatt tid.

Som en kompensation för den inskränkta förhandsbeskedsrätten kan kanske art. 68.3 ses. Här tillerkänns nämligen rådet, kommissionen och medlemsstaterna rätten att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen om tolkning av avd. IV eller rättsakter antagna med stöd av bestämmelser i denna avdelning. Dessa förhandsavgöranden skall dock inte tillämpas på domstolsavgöranden i medlemsstaterna som vunnit laga kraft.

I art. 68.2 har EG-domstolens jurisdiktion över avd. IV har begränsats på så sätt att domstolen inte under några omständigheter skall ” vara behörig att döma i frågor som rör sådana åtgärder eller beslut enligt art. 62.1 som gäller upprätthållandet av lag och ordning och skydd av den inre säkerheten”. Som brukligt är kommer EG-domstolen att sätta gränsen för sin egen kompetens. Den kommer följaktligen att definiera de åtgärder eller beslut enligt art. 62.1 som avser upprätthållandet av lag och ordning och skyddandet av den inre säkerheten, över vilka domstolen inte skall ha rätt att döma.¹¹⁷ När domstolen väl fastställt vilka dessa åtgärder är kan man säga att den avsäger sig sin rätt att döma i dessa gemenskapsrättsligt reglerade frågor. Konstruktionen i art. 68.2 innebär således att EG-domstolen inte får döma i frågor som rör rättsakter antagna av gemenskapen. Art. 68.2

¹¹⁶ J. Steiner & L. Woods, a.a. s. 415.

¹¹⁷ Oklart är dock vad som här avses med att döma. Har domstolen exempelvis kvar rätten att granska lagligheten av de antagna rättsakterna enl. Art. 230 EG – fördraget? K. Hailbronner, a.a. s.1057 tycks mena att så inte är fallet. Se dock E. Wagner, a.a. s.24, som pekar på skillnader i formuleringarna mellan art. 68.2 och art. 2 tredje st. i Protokoll om Schengenregelverkets införlivande. Han menar att dessa skillnader tyder på att domstolen har kvar sin rätt till laglighetsprövning under art. 68.2. Den otydliga formuleringen medför dock, enligt min mening, en stor rättsosäkerhet.

kan sägas avspegla den kluvenhet som medlemsstaterna kände inför att utöka gemenskapens kompetens inom dessa frågor. Men framför allt verkar de ha fruktat ett allt för stort inflytande från EG-domstolens sida inom dessa frågor som traditionellt ansetts beröra den nationella suveräniteten och säkerheten. Medlemsstaterna verkar i större utsträckning ha varit måna om att hålla uppe den nationella garden än att skapa ett adekvat rättssystem för dessa känsliga frågor. Även om det är högst troligt att EG-domstolen kommer att ge art. 68.2 en mycket restriktiv tolkning, måste artikeln anses som ett avsteg från den roll som EG-domstolen haft som EG-rättens exklusiva uttolkare.

De inskränkningar i EG-domstolens roll som avd. IV påbjuder kan kanske, som framgått tidigare, förklaras med medlemsstaternas rädsla för att tappa alltför mycket inflytande över asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor. Samtidigt berör de områden med vilka gemenskapen utvidgat sin kompetens i stor utsträckning individen och dess grundläggande rättigheter varför en stark judiciell kontroll på gemenskapsnivå är önskvärd för att legitimera EG:s förehavanden inom visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer. Enligt art. 67.2 har rådet en möjlighet att fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande anpassa bestämmelserna om domstolens behörighet. Men kanske finns det en risk för att inte ens EG-domstolen i sin normala gemenskapsrättsliga skepnad skulle kunna leva upp till de krav som gemenskapens nya kompetensområde kommer att ställa på den. Asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågornas införlivande i den första pelaren för gemenskapsrätten ytterligare ett steg bort från att huvudsakligen bli förknippad med ekonomiska målsättningar. Visserligen är de regleringar som återfinns under avd. IV starkt sammankopplade med etablerandet av den inre marknaden som ett område utan inre gränser där fri rörlighet för personer råder, men andra aspekter än marknadsaspekter kommer att vara viktiga att ta under övervägande vad gäller dessa frågor. Detta avspeglas också i den nya målsättningen som finns om upprättandet av ett område av frihet, säkerhet och rättvisa. Processer som berör grundläggande rättigheter kommer troligtvis i allt större utsträckning att stå på EG-domstolens dagordning och det kommer att bli intressant att se vilken tolkning domstolen kommer att ge dessa rättigheter i förhållande till asyl- och invandringsfrågor. Om inte EG-domstolen klarar av att hanterat de nya krav som kommer att ställas på den inom

detta område kan kanske debatten om en specialdomstol för bland annat asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor komma att ta fart.¹¹⁸

3.5 Institutionernas nuvarande roll under den tredje pelaren – en jämförelse med avd. IV EG-fördraget

Då asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor genom Amsterdamfördraget överförts till den första pelaren kvarstår i den tredje samarbetet kring polis- och straffrättsliga frågor, Unionsfördragets avd. VI. I detta avsnitt avser jag att i all korthet ta upp vilken roll institutionerna intar under avd. VI Unionsfördraget i syfte att jämföra denna med den position institutionerna har under avd IV EG-fördraget.

Enligt art. 34.2 Unionsfördraget skall rådet enhälligt fatta beslut rörande polis- och straffrättsliga frågor. Nytt är att kommissionen har tilldelats initiativrätt inom dessa områden, en rätt som den delar med medlemsstaterna. Enligt art 39 skall rådet höra europaparlamentet innan det fattar, rambeslut om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar,¹¹⁹ beslut för alla andra ändamål som stämmer överens med målen i avdelningen¹²⁰ eller upprättar konventioner.¹²¹ EG-domstolen har genom Amsterdamfördraget stärkt sin ställning inom den tredje pelaren. Enligt art. 35. 1 skall EG-domstolen, under vissa förutsättningar, vara behörig att ”meddela förhandsavgöranden om giltighet och tolkning av rambeslut och beslut, om tolkningen av konventioner som upprättats enligt denna avdelning och om giltighet och tolkning av åtgärderna för att genomföra dessa”. EG-domstolens behörighet att lämna förhandsavgöranden är beroende av om medlemsstaterna har lämnat förklaringar genom vilka de godkänner domstolens behörighet.¹²² I dessa förklaringar skall medlemsstaterna ange om enbart nationella domstolar mot vilkas avgöranden det inte finns något nationellt rättsmedel skall få begära förhandsavgöranden av EG-domstolen, eller om varje nationell domstol som handhar ett mål där frågan uppkommer om giltighet eller tolkning av ovan nämnda rättsakter får ställa en tolkningsfråga om den anser det nödvändigt för att döma i

¹¹⁸ Se O’ Keeffes förslag i förhållande till Schengenkonventionen. D. O’Keeffe, a.a. s. 212.

¹¹⁹ Art. 34. 2b Unionsfördraget.

¹²⁰ Art. 34. 2c ibid.

¹²¹ Art. 34. 2d ibid.

¹²² Art. 35.2 ibid.

saken.¹²³ Vidare har EG-domstolen, under vissa förutsättningar, behörighet att granska lagligheten av rambeslut och andra beslut, avgöra tvister mellan medlemsstaterna om tolkning eller tillämpning av rättsakter antagna enligt art. 34. 2 samt döma i tvister mellan medlemsstater och kommissionen om tolkning eller tillämpning av konventioner upprättade enligt art. 34. 2d.¹²⁴

Med denna översiktliga genomgång vill jag visa på att institutionernas roller under avd. VI Unionsfördraget och avd. IV EG-fördraget inte skiljer sig i någon större utsträckning. Detta trots att samarbetet under den tredje pelaren fortfarande skall betraktas som mellanstatligt, om än förstärkt.¹²⁵ Största skillnaden mellan dessa två avdelningar, vad gäller institutionerna, får sägas ligga i EG-domstolens behörighet, där det under den tredje pelaren exempelvis är upp till den enskilda medlemsstaten att avgöra om domstolen skall ha behörighet att lämna förhandsavgöranden. Samtidigt som denna lösning utgår från att domstolen inte har behörighet att lämna förhandsavgöranden kan den medföra att nationella underinstanser får möjlighet att ställa tolkningsfrågor till EG-domstolen, något som initialt inte är möjligt under avd. IV EG-fördraget. Kanske kan man säga att gränsen mellan den första och den tredje pelaren suddats ut något. Enligt min mening beror detta i så fall på den utformning man givit det gemenskapsrättsliga samarbetet inom visering, asyl, invandring och andra frågor som rör fri rörlighet för personer och som fortfarande bär starka spår av mellanstatlighet.

Utformningen av avd. IV EG-fördraget får, som tidigare påpekats, bland annat anses ha sin förklaring i frågornas känsliga natur. Medlemsstaterna har traditionellt sätt förknippat asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor med upprätthållandet av den inre säkerheten och därmed även med den nationella suveräniteten. Den mellanstatliga samarbetsformen har som tidigare framgått föredragits inom dessa frågor för att tjäna den målsättning som sedan länge funnits inom gemenskapen. När denna samarbetsform inte tycktes vara tillräcklig för att avskaffa de inre gränserna och etablera fri rörlighet för personer fann medlemsstaterna det lämpligt att föra över asyl-, invandrings- och yttre

¹²³ Art 35. 3 Unionsfördraget.

¹²⁴ Art. 35. 6 och 7 ibid.

¹²⁵ Se bl.a. J. Monar, a.a. i EL Rev. vol. 23 1998, s. 327.

gränskontrollfrågor till gemenskapen och dess hittills mer kraftfulla överstatliga struktur. Medlemsstaterna tycks dock ha varit oroliga för att förlora alltför mycket inflytande över dessa frågor varför man valde att modifiera den existerande gemenskapsrättsliga strukturen för att passa det aktuella syftet. Utformningen av avd. IV tycker jag visar på att medlemsstaterna inte undviker att ändra på den inarbetade struktur som finns under den första pelaren och jag är benägen att hålla med Monar i hans uttalande: ”a precedent has been set here for the import of intergovernmental procedures into the Community framework”.¹²⁶

Alla medlemsstater kunde dock inte acceptera att asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor fördes över från den tredje pelaren till den första. Inte ens den mer mellanstatliga struktur som avd. IV i varje fall initialt kommer att ha kunde förmå Storbritannien, Irland och Danmark att förlika sig med utvidgningen av gemenskapens kompetens till att omfatta dessa frågor. För att få till stånd ett gemenskapsrättsligt samarbete inom dessa områden var övriga medlemsstaterna tvungna att acceptera dessa tre staters önskan att stå utanför samarbetet inom de frågor som regleras av avd. IV. Art. 69 EG-fördraget stadgar därför att ”Tillämpningen av denna avdelning (IV) skall vara underkastad bestämmelserna i protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning och protokollet om Danmarks ställning, och skall inte påverka tillämpningen av protokollet om tillämpningen av vissa inslag i artikel 14 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen på Förenade kungariket och Irland”. Samma tre medlemsstater var vidare inte heller eniga med övriga medlemsstater om införlivandet, eller effekten av införlivandet av Schengenregelverket inom den Europeiska unionens ramar. I protokollet om Schengenregelverkets införlivande regleras därför även dessa länders förhållande till detta införlivande. Att alla medlemsstater inte deltar i samarbetet kring asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor, eller i införlivandet av Schengenregelverket, innebär att detta sker i form av flexibel integration. Jag skall i det följande utforska de nu nämnda protokollen men kanske främst studera den flexibla integration som de etablerar.

¹²⁶ J. Monar, a.a. i EL Rev, vol. 23 1998, s. 329

4. Protokolliseringen av EG-rättens nya kompetensområde - en flexibel integration

4.1 Flexibel integration

EG / EU har ursprungligen haft som strävan att uppnå en enhetlig utformning av integrationen medlemsstaterna emellan. Trots föresatsen , att "l'acquis communautaire" skall gälla på samma sätt för samtliga medlemsstater, har det sedan länge funnits vissa inslag av flexibel integration inom det europeiska samarbetet. Den flexibla integrationen har inneburit att samtliga medlemsstater inte fullt ut har deltagit inom ett visst samarbetsområde.¹²⁷ Undantagen från en enhetlig integration kunde initialt vara utformade som tillfälliga övergångsbestämmelser som huvudsakligen hade sin grund i sociala eller ekonomiska förhållanden. Även fördragen kunde tillåta en medlemsstat att hålla sig utanför en harmoniseringsåtgärd med hänvisning till väsentliga nationella behov.¹²⁸ Man kan säga att den flexibla integration som inledningsvis, fram till och med Maastrichtfördraget, accepterades skulle vara sakligt motiverad. Genom de protokoll som bifogades Maastrichtfördraget och som medgav Danmark och Storbritannien undantag från att delta i EMU:s tredje fas samt genom den lösning som möjliggjorde för Storbritannien att stå utanför det sociala protokollet¹²⁹, kan en ny grund för en flexibel integration sägas ha accepterats. I dessa fall var det i princip Danmarks och Storbritanniens politiska ovilja att ingå i ett samarbete på respektive område som tvingade fram den flexibla integration som här uppstod. Ytterligare en väg som ledde bort från strävan om en enhetlig integration hade således öppnats upp och därmed ökade också risken för en uppsplittring av EG-rätten.¹³⁰ De flexibla lösningar som nu nämnts avspeglar det problem som uppstår när en medlemsstat eller en minoritet av medlemsstater inte har förmågan eller viljan att delta i en fördjupad integration inom ett visst

¹²⁷ J. Nergelius, a.a. s. 72f.

¹²⁸ Se t.ex. gamla art. 100a (4).

¹²⁹ Storbritannien godtog vid förhandlingarna om Amsterdamfördraget det sociala protokollet varför dessa bestämmelser numera tillämpas på Storbritannien.

¹³⁰ J. Nergelius, a.a. s.72 f. Se även K. Nomden, Flexibility: A Key Element in Future European Integration, i Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam, eds. M. den Boer, A. Guggenbühl & S. Vanhoonacker, s.31 ff.

sakområde. För att inte en minoritet skall styra utvecklingen inom unionen måste ett visst mått av flexibilitet tillåtas.

Flexibel integration kan sägas vara ett begrepp som rymmer flera olika variabler och i debatten om flexibel integration har många olika termer figurerat.¹³¹ En begrepps-förvirring verkar ständigt råda, men man kan kanske säga att tre huvudlinjer inom flexibiliteten kan skönjas: ett Europa i flera hastigheter, variabel geometri och à la carte.¹³² Ett Europa i flera hastigheter, som är den mest integrationistiska formen av flexibilitet, kan sägas innebära att en grupp medlemsstater går före inom ett samarbetsområde men alla medlemsstater har samma målsättning och det är tänkt att samtliga medlemsstater skall sluta sig till föregångarna inom sinom tid. Till denna typ av flexibel integration räknar Stubb exempelvis övergångsbestämmelser och de krav inom EMU vad gäller att uppfylla konvergenzkriterierna.¹³³ När oöverstigliga meningsskiljaktigheter råder mellan medlemsstaterna tillåter en variabel geometri å andra sidan att vissa medlemsstater bildar en välintegrerad grupp, en hård kärna, varvid en bestående uppdelning mellan dessa och övriga stater uppstår. Till skillnad från flerhastighetsvarianten sker variabel geometri utanför den institutionella ramen och som exempel på denna typ av flexibilitet nämner Stubb bl.a. Schengensamarbetet.¹³⁴ Begreppet à la carte ger en tydlig bild av hur medlemsstaterna vid denna form av flexibilitet tillåts välja och vraka bland samarbetsområden som de är intresserade av samtidigt som antalet gemensamma målsättningar är minimalt. Stubb anger bl.a. Danmarks och Storbritanniens undantag från EMU:s tredje fas samt Storbritanniens ”opt-out” till det sociala protokollet under Maastrichtfördraget som exempel på à la carte-lösningar.¹³⁵ Jag vill här dock framhålla att den kategorisering av flexibel integration som Stubb gjort inte kan anses som absolut, utan andra författare har inte sällan en annan uppfattning om vilka flexibla

¹³¹ Debatten om och uttrycket flexibel integration är på intet sätt nya utan kan spåras tillbaka till 1970- talet, bruket av olika termer har funnits sedan dess. Se K. Nomden, a.a. s. 33 f

¹³² Jag tar här fasta på den uppdelning som A. C-G Stubbs gjort och som utgår från variablerna time, space and matter. A. C-G Stubb, A Categorization of Differentiated Integration, Journal of Common Market Studies, vol. 34 1996, s. 283-295.

¹³³ A. C-G. Stubb, a.a. s. 291.

¹³⁴ A. C-G. Stubb, a.a. s. 288 och 292.

¹³⁵ A. C-G. Stubb, a.a. s. 288 och 292.

lösningar som t.ex. skall klassa som variabel geometri.¹³⁶ Användningen av flexibilitetsterminologin och de olika flexibilitetsbegreppen i stort får konstateras innehålla ett stort mått av subjektivitet och i likhet med J. Shaw menar jag att flexibilitet ”can be made to mean most things to most people, depending upon the way in which it is understood and the aspects which are given the most emphasis”.¹³⁷ Trots denna oklarhet som råder terminologiskt kring flexibilitetsbegreppet tycker jag att den form av flexibilitet som används inom ett samarbetsområde kan sägas avspegla graden av nationella olikheter och uppfattningar som råder medlemsstaterna emellan och till viss del även vilken syn en skiljaktig medlemsstat har på unionens fortsatta utveckling.

I en utvidgad union, både kompetensmässigt och sett till antalet medlemsstater, kommer flexibel integration troligtvis vara ett viktigt instrument för fördjupat samarbete. Samtidigt som flexibilitet kan möjliggöra integrationsprocessens fortskridande innebär den ofrånkomligen en splittring mellan unionens medlemsstater. Ett ökat användande av flexibel integration skulle således kunna föra unionen längre bort från den ursprungliga strävan om enhetlighet.¹³⁸ Frågan om hur och i vilken utsträckning flexibilitet skall användas kan därmed även sägas omfatta den ständiga problematiken kring unionens framtida utformning.

Under regeringskonferensen som ledde fram till Amsterdamfördraget kom frågan om flexibel integration att diskuteras mycket. Debatten tog redan fart i upptakten till regeringskonferensen då ledarna för Frankrike, Tyskland och Storbritannien gav sin syn på vilken roll flexibel integration skulle spela i den framtida unionen. Även om dessa tre medlemsstaters uppfattningar drog åt olika håll stod det klart att det fanns ett behov av att

¹³⁶ Se t.ex. C. D. Ehlermann, Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty, *European Law Journal*, vol. 4 1998, s. 247. E. framhåller lösningarna kring EMU och det sociala protokollet som exempel på variabel geometri.

¹³⁷ J. Shaw, The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy, *European Law Journal*, vol. 4 1998, s. 66

¹³⁸ Se dock F. Milner & A. Kölliker, Working Paper 2000, How to Make Use of Closer Cooperation, s. 7, menar att ”Under certain conditions, the long run unity of the Union is likely to be maintained even though differentiation is applied in this short run.” Analysen utgår i hög grad från centripetalkraftens verkningar.

”institutionalisera” och föra in bestämmelser i fördragen om ett tillvägagångssätt för flexibel integration.¹³⁹

4.1.1 Bestämmelser om ett närmare samarbete

De nu införda bestämmelserna om flexibel integration, eller närmare samarbete som det kommit att kallas i fördragsbestämmelserna, uppställer kriterier som det närmare samarbetet måste uppfylla för att medlemsstater, som önskar upprätta ett sådant samarbete, skall få begagna sig av EG- och Unionsfördragets institutioner, förfaranden och mekanismer.¹⁴⁰ Vad man genom Amsterdamfördraget således valde att göra var att införa kriterier som framtida närmare samarbeten måste motsvara för att få etableras inom unionens ramar. I avd. VII Unionsfördraget, art. 43-45, återfinns generella bestämmelser för möjligheten att inrätta ett närmare samarbete inom unionen. Enligt art. 43 Unionsfördraget får således de medlemsstater som avser att upprätta ett sådant samarbete använda sig av de institutioner, förfaranden och mekanismer som finns föreskrivna i Unionsfördraget och EG-fördraget om samarbetet uppfyller vissa kriterier. Bland annat skall samarbetet främja unionens mål, skydda och tjäna dess intressen, respektera de nämnda fördragens principer och unionens gemensamma institutionella ram och endast användas som sista utväg, beröra minst majoriteten av medlemsstaterna samt vara öppet för alla medlemsstater. Under den första och den tredje pelaren finns det dessutom särskilda tilläggs-kriterier som måste iakttas då ett närmare samarbete skall ingås på dessa områden.¹⁴¹ Enligt bestämmelserna under den tredje pelaren, art. 40 Unionsfördraget, får ett närmare samarbete nyttja sig av de institutioner, förfaranden och mekanismer som finns föreskrivna i fördragen om samarbetet bl.a. syftar till att göra det möjligt för unionen att snabbare utveckla ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. Enligt art. 40.2 meddelas bemyndigandet av rådet efter beslut med kvalificerad majoritet sedan kommissionen yttrat sig och parlamentet fått ta del av medlemsstaternas begäran.

¹³⁹ SOU 1996:24, s. 10. Se även J. Nerglius, a.a. s.74

¹⁴⁰ Art. 43 Unionsfördraget. De införda bestämmelserna om närmare samarbete som återfinns på tre ställen i EG – och unionsfördraget har i litteraturen ibland kommit att kallas för ”enabling clauses” se bl.a. L. Metcalfe, Flexible Integration After the Amsterdam Treaty, i Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam, eds. M. den Boer, A. Guggenbühl & S. Vanhoonacker

¹⁴¹ Bestämmelser om närmare samarbete återfinns inte för den andra pelaren, dvs. utrikes och säkerhetsfrågor.

De förutsättningar som krävs för att ett närmare samarbete under den första pelaren skall bemyndigas att använda nämnda institutioner, förfarande och mekanismer är något mer utförliga och konkreta. Enligt art. 11 EG-fördraget får inte det närmare samarbetet beröra områden där gemenskapen har exklusiv kompetens, inte påverka gemenskapens politik, åtgärder eller program, inte beröra unionsmedborgarskapet eller diskriminera medborgare i medlemsstater. Vidare måste ett sådant samarbete ligga inom gemenskapens kompetensområde och får inte innebära diskriminering eller begränsning av handeln mellan medlemsstaterna och inte snedvrída konkurrensvillkoren dem emellan.¹⁴² Enligt art. 11.2 är det rådet som med kvalificerad majoritet, på förslag av kommissionen och efter att ha hört europaparlamentet, beslutar om ett bemyndigande. Både under art. 11 EG-fördraget och art. 40 unionsfördraget finns det möjlighet för en medlemsstat att motsätta sig inledandet av ett närmare samarbete. Detta med hänvisning till viktiga och uttalade skäl som rör nationell politik. Om så sker inleds ett förfarande som i praktiken innebär att en medlemsstat kan stoppa det närmare samarbetet.¹⁴³

För de närmare samarbeten som motsvarar de uppställda kriterierna och inte stöter på patrull hos icke deltagande medlemsstater ställs alltså EG:s / EU:s institutioner, förfaranden och mekanismer till förfogande. Att man valt att införa dessa bestämmelser om närmare samarbete i fördragen kan anses vara ett principiellt avsteg från den enhetlighet som får sägas ha varit utgångspunkten för gemenskapen / unionen.¹⁴⁴ Att man genom de nyinförda bestämmelserna inte vill möjliggöra för en allt för omfattande flexibel integration, i varje fall inte inom gemenskapen, kan avläsas i de många kriterier som ställs upp för att få ett bemyndigande.¹⁴⁵ Bestämmelserna om närmare samarbete utesluter dock inte möjligheten för medlemsstaterna att hitta flexibla lösningar utanför unionen, vilket Schengensamarbetet var ett exempel på, eller att medlemsstaterna tillåts undantag från samsarbetsområden vid fördragsförhandlingar. Exempel på detta är som tidigare nämnts Danmarks och Storbritanniens ställning i förhållande till EMU:s tredje

¹⁴² Art. 11.1 a-e EG-fördraget

¹⁴³ Art. 11.2 EG-fördraget och art. 40.2 Unionsfördraget. Se bl.a. G. Gaja, *How Flexible is Flexibility Under the Amsterdam Treaty*, CML Rev, vol. 35 1998, s. 864.

¹⁴⁴ G. Gaja, a.a. s.857. Se även J. Nergelius, a.a. s. 79.

¹⁴⁵ G. Gaja, a.a. s. 869 f. Se även H. Kortenber, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, CML Rev, vol. 35 1998, s.852.

fas samt Storbritanniens ”opt-out” till det sociala protokollet.¹⁴⁶ Att dessa senare exempel på flexibla lösningar i allra högsta grad fortfarande är tillämpliga och i viss utsträckning även kan sägas möjliggöra en högre grad av flexibilitet än den som finns inom bestämmelserna för närmare samarbete är protokollen om Storbritanniens, Irlands och Danmarks ställning samt protokollet om införlivandet av Schengenregelverket bevis på.

Efter denna förenklade introduktion till det komplexa problemet flexibel integration och de nya bestämmelserna om ett närmare samarbete, skall jag övergå till att granska den flexibla integration som sker inom de för uppsatsen aktuella områdena visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer. Flexibiliteten på området etableras delvis genom protokollen som reglerar Storbritanniens, Irlands och Danmarks ställning delvis genom protokollet om Schengenregelverkets införlivande inom den Europeiska unionens ramar. I förhållande till det sistnämnda protokollet skall jag även uppehålla mig vid hur själva införlivandet skall ske.

4.2 Protokollen om Storbritanniens, Irlands och Danmarks ställning

Priset för att föra över asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till den första spelaren var, som framkommit tidigare, att låta Storbritannien, Irland och Danmark stå utanför det gemenskapsrättsliga samarbetet. Storbritanniens krav på att inte omfattas av gemenskapsrätten i avd. IV bottnar i dess önskan att ha kvar den nationella gränskontrollen för personer. Denna har Storbritannien och även Irland beviljats ha kvar, något som regleras av ett protokoll som finns bifogat fördragen och som medger Storbritannien och Irland en tillämpning av art. 14 EG-fördraget som inte hindrar fortsatta gränskontroller på personer.¹⁴⁷ Storbritanniens inställning till gränskontrollfrågor innebär följaktligen att man inte har intresse av att delta i det gemenskapsrättsliga samarbetet

¹⁴⁶ G. Gaja, a.a. s.869. Se även E. Phillippart & G. Edwards, The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union, Journal of Common Market Studies vol. 37 1999, s. 90.

¹⁴⁷ Art. 1 Protokoll: Om tillämpning av vissa inslag i art. 14 EG-fördraget på Förenade kungariket och Irland. Detta protokoll medger också att Storbritannien och Irland får ha kvar ”den gemensamma resezonerna” art. 2.

kring dessa frågor under avd. IV EG-fördraget.¹⁴⁸ Att däremot Irland valt att stå utanför samarbetet i avd. IV kan snarare sägas bero på att man vill ha kvar den gemensamma resezonerna med Storbritannien än att man delar sitt grannlands okuvliga inställning till vidmakthållandet av personkontroller vid de nationella gränserna.¹⁴⁹ Medan Storbritanniens och Irlands inställning till avd. IV kan sägas ha sin grund i oenigheten i en materiell fråga, man delar inte övriga medlemsstaters uppfattning om fri rörlighet i sak, kan Danmarks inställning snarare förklaras av att man motsätter sig den rättsliga effekt som ”kommunautariseringen” av asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor medför.¹⁵⁰ Danmark har som Schengenmedlemsstat verkat för avskaffandet av de inre gränserna och delar således övriga medlemsstaters uppfattning i sakfrågan. Det är snarare överföringen av dessa frågor till gemenskapsrätten som uppfattas som problematisk. Med hänvisning till konstitutionella bestämmelser förklarade Danmark, redan vid förhandlingarna om Maastrichtfördraget 1992 i det som kommit att kallas för Edinburghkompromissen, att man fullt ut skulle delta i det mellanstatliga samarbetet under den tredje pelaren men att en överföring av dessa frågor till den första pelaren, såsom dåvarande art. K 9 möjliggjorde, inte skulle kunna godtas rakt av utan skulle vara beroende av vissa nationella procedurer.¹⁵¹ De konstitutionella bestämmelser som hindrar att en gemenskapsrättslig reglering av asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor accepteras av Danmark har således inte ändrats. Att Storbritannien och Irland å ena sidan har sina skäl för att inte omfattas av avd. IV och Danmark å andra sidan har sina kan utläsas i hur respektive lands protokoll har utformats.

4.2.1 Protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning

Protokollet kan sägas ha som utgångspunkt att Storbritannien och Irland inte skall delta i rådets beslut angående föreslagna åtgärder i enlighet med avd. IV EG-fördraget.¹⁵² Det

¹⁴⁸ Att Storbritannien deltog i samarbetet kring dessa frågor under Maastrichtfördragets tredje pelare har av Kortenberg beskrivits som ”the ultimate concession”. Att man kunde fördrå detta samarbete berodde på dess mellanstatliga karaktär. Se H. Kortenberg, a.a. s.836.

¹⁴⁹ G. Simpson, *Asylum and Immigration in the European Union after the Amsterdam Treaty*, European Public Law vol. 5 1999, s.99 f.

¹⁵⁰ C. D. Ehlermann, a.a. s. 261.

¹⁵¹ För att en överföring av dessa frågor till gemenskapsrätten skulle accepteras och tillämpas av Danmark krävdes det 5/6 majoritet i folketinget eller en majoritet i folketinget i förening med ett positivt besked genom en folkomröstning. Se R. McMahon, a.a. s. 61.

¹⁵² Art. 1 Protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning.

finns dock möjligheter för dessa länder att delta i beslut om sådana åtgärder eller att i efterhand acceptera dessa. Art. 3.1 i protokollet stadgar att Storbritannien eller Irland skriftligen, inom tre månader efter det att ett förslag eller initiativ lagts fram för rådet, kan meddela rådets ordförande att man vill delta i beslutet om och tillämpningen av en föreslagen åtgärd. När någon av, eller båda, staterna har uttryckt en sådan önskan att delta skall den / de ha rätt att göra det. För att dessa två medlemsstater inte genom sin medverkan skall kunna hindra eller fördröja antagandet av en gemenskapsrättslig åtgärd återfinns en bestämmelse i art. 3.2 som innebär att om ett beslut om den aktuella åtgärden inte kunnat fattas inom rimlig tid får rådet fatta beslut utan Storbritanniens eller Irlands medverkan.

Även efter det att beslut om åtgärder enligt avd. IV fattats finns det möjlighet för Storbritannien och Irland att omfattas av dessa. Enligt art. 4 i protokollet får de båda medlemsstaterna underrätta rådet att de önskar godta den aktuella åtgärden. När en sådan önskan uttryckts skall förfarandet i art. 11.3 EG-fördraget användas för att låta Storbritannien eller Irland omfattas av åtgärden. Enligt detta förfarande skall kommissionen avge ett yttrande till rådet men det är kommissionen som skall fatta beslut i frågan. Att det är kommissionen som här skall fatta beslut kan generellt sätt sägas vara tänkt att stärka möjligheterna för de medlemsstater som står utanför ett närmare samarbete att medges tillträde. Detta eftersom det inte finns någon direkt möjlighet för medlemsstaterna att hindra andra från att på ett senare stadium ansluta sig, något som ett beslut i rådet skulle kunna medföra.¹⁵³ Om Storbritannien och Irland väljer att på tidigare nämnda sätt inte omfattas av regleringar i avd. IV skall dessa på intet sätt påverka deras ställning vare sig t.ex. rättslig eller ekonomiskt vilket framkommer av art. 2 och 5 i protokollet.

Protokollet ger Storbritannien och Irland onekligen stora möjligheter att delta i åtgärder inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor om de så skulle önska. Det är således ett mycket flexibelt system som protokollet etablerar där de två medlemsstaterna har möjlighet att välja ut enskilda åtgärder som de vill delta i. Denna typ av flexibilitet

¹⁵³ E. Philippart & G. Edwards, a.a. s. 98.

verkar vara av ett annat slag än den man accepterar i fördragens nya bestämmelser om närmare samarbete. I dessa bestämmelser tycks det som om de medlemsstater som vill ansluta sig senare till ett samarbete måste godta hela samarbetet som sådant och inte enbart enstaka åtgärder antagna inom ramen för det närmare samarbetet.¹⁵⁴ Den typ av flexibilitet som protokollet etablerar framstår som i hög grad à la carte betonad¹⁵⁵ och kan även sägas skapa en viss obalans inom de frågor reglerade av avd. IV eftersom Storbritannien och Irland inte behöver dela övriga medlemsstaters målsättning för att få anamma åtgärder på området. Som framkommit tidigare fungerar många åtgärder som skall vidtas enligt avd. IV som kompensation för den minskade säkerhet som många medlemsstater befarar att avskaffandet av de inre gränserna skall leda till. Om Storbritannien och Irland tillåts delta i sådana kompensatoriska åtgärder utan att behöva avskaffa sina gränskontroller kan detta sägas innebära att man bortser från den symmetri som finns inom detta gemenskrättsliga samarbetsområde.¹⁵⁶

Att Irland inte i full utsträckning delar Storbritanniens uppfattning i gränskontrollfrågor och andra områden reglerade av avd. IV utan är bunden till sitt grannland på grund av den gemensamma resezonens avspeglas i att Irland har en möjlighet att meddela rådet att man inte längre vill omfattas av protokollet varvid avd. IV kommer att gälla även för detta land.¹⁵⁷ För att Storbritannien helt skall omfattas av avd. IV torde en fördragsändring motsatsvis behövas.

4.2.2 Protokollet om Danmarks ställning¹⁵⁸

Enligt protokollet om Danmarks ställning skall Danmark inte delta i rådets beslut om

¹⁵⁴ Se ordalydelse i art. 11.3 EG-fördraget som talar om ”varje medlemsstat som önskar delta i samarbetet”.

¹⁵⁵ J. Shaw, a.a. s.77.

¹⁵⁶ M. den Boer, Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity Despite Communitarization, Maastricht Journal of European and Comparative Law vol. 4 1997, s.313, resonemang fört angående de flexibla lösningarna i Schengenprotokollet.

¹⁵⁷ Art. 8 protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning

¹⁵⁸ Protokollet reglerar även Danmarks ställning till vissa aspekter av en gemensam försvarspolitik, art. 6 i protokollet, vilket jag inte alls kommer att beröra. Danmarks förhållande till införlivandet av Schengenregelverket regleras delvis även i detta protokoll, art. 5, jag har dock valt att ta upp denna artikel i samband med att Schengenprotokollet behandlas.

föreslagna åtgärder enligt avd. IV EG-fördraget.¹⁵⁹ Vad gäller de aspekter av viseringspolitiken som redan genom Maastrichtfördraget infördes på gemenskapsnivå och som numera regleras av avd. IV förklarar Danmark att man skall fortsätta delta i det gemenskapsrättsliga samarbetet kring dessa frågor.¹⁶⁰ Motsvarande bestämmelse återfinns inte i protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning, utan dessa länder står helt utanför avd. IV. Till skillnad från Danmark har dock dessa två medlemsstater, genom den flexibilitet som deras protokoll etablerar, möjlighet att delta i dessa viseringsfrågor. Samma möjlighet som Storbritannien och Irland att delta i rådets beslut om föreslagna åtgärder eller vid senare tillfälle uttrycka en önskan om att acceptera en redan antagen åtgärd enligt avd. IV har inte Danmark. Sett ur denna synvinkel är protokollet om Danmarks ställning mindre flexibelt än Storbritanniens och Irlands. Mer flexibel och mer ögonbrynshöjande får den speciella lösning som Danmark tillåtit i förhållande till förslag och initiativ om utbyggnaden av Schengenregelverket enligt bestämmelser i avd. IV sägas vara.¹⁶¹ Jag återkommer till denna reglering längre fram.

Danmark har i likhet med Irland möjlighet att meddela att man inte vill utnyttja hela eller delar av protokollet.¹⁶² Så länge Danmark inte lämnat något sådant meddelande skall man inte på något sätt påverkas av bestämmelserna i avd. IV, förutom de undantagna viseringsregleringarna.¹⁶³ De åtgärder som Danmark inte deltar i under avd. IV skall inte heller belasta dem ekonomiskt.¹⁶⁴

4.3 Protokollet om Schengenregelverkets införlivande inom den Europeiska unionens ramar

Schengensamarbetet, med sin målsättning om avskaffandet av de inre gränserna och etablerandet av den fria rörligheten för personer, har, som tidigare framgått, vuxit fram som en parallell struktur till unionen. Eftersom Storbritannien och Irland hela tiden har stått utanför detta samarbetet omfattar detta som bekant bara 13 av unionens 15

¹⁵⁹ Art. 1 Protokollet om Danmarks ställning.

¹⁶⁰ Art. 4 ibid.

¹⁶¹ Art. 5 ibid.

¹⁶² Art. 7 ibid. Formuleringen är dock annorlunda än den för Irland.

¹⁶³ Art. 2 ibid.

¹⁶⁴ Art. 3 ibid.

medlemsstater.¹⁶⁵ Schengensamarbetet har därmed varit att betrakta som ett närmare samarbete som skett utanför unionens ramar. För unionen har Schengen i mångt och mycket kommit att ses som ett experiment för hur man skall gå till väga för att avskaffa de inre gränserna. Eftersom det vid förhandlingarna om Amsterdamfördraget framstod som önskvärt att införliva Schengensamarbetet inom unionens ramar måste det ha ansetts varit ett lyckat experiment.

Genom protokollet om införlivandet av Schengenregelverket inom den Europeiska unionens ramar går Schengensamarbetet från att ha varit ett närmare samarbete utanför unionens ramar till att bli ett inom dess ramar. I protokollet bemyndigas de 13 Schengenmedlemsstaterna att just upprätta ett närmare samarbete inom det tillämpningsområde som Schengenregelverket omfattar.¹⁶⁶ Vad som utgör detta regelverk definieras i en bilaga bifogad protokollet. Naturligtvis är 1985 års avtal och 1990 års tillämpningskonvention en del av detta regelverk; så också de olika medlemsstaternas anslutningsavtal. Även beslut och förklaringar antagna av Schengenkonventionens verkställande kommitté samt rättsakter för att genomföra konventionen som antagits av de organ som verkställande kommittén givit befogenhet att fatta beslut skall tillhöra Schengenregelverket. Detta har kritiserats eftersom dessa beslut, förklaringar och rättsakter ofta inte ens publicerats och inte heller sällan förklarats hemliga.¹⁶⁷ När Amsterdamfördraget trädde i kraft den 1 maj 1999 var det således detta för allmänheten till viss del okända och otillgängliga regelverk som automatiskt införlivades inom unionen. Den definiering om vad som skall anses utgör Schengenregelverket kan mot bakgrund av det ovan sagda anses som tämligen vag. Genom ett beslut¹⁶⁸ har rådet emellertid mer precist fastställt vad som skall anses utgöra Schengenregelverket och angivit att detta skall publiceras i gemenskapens officiella tidning. Undantagna från publicering skall dock sådana

¹⁶⁵ Island och Norge slöt 1996 ett särskilt avtal med Schengenstaterna. På grundval av detta avtal finns det i Schengenprotokollets art. 6 bestämmelser om hur dessa två stater skall associeras till genomförandet och den vidare utvecklingen av Schengenregelverket. Jag kommer i det följande inte att beröra dessa bestämmelser närmare.

¹⁶⁶ Art. 1 Schengenprotokollet

¹⁶⁷ E. Wagner, a.a. s. 12

¹⁶⁸ 1999/435/EG publ. OJ L 176 10.07.1999

bestämmelser vara som klassificerades som konfidentiella vid dess antagande även om rådet förbehåller sig rätten att offentliggöra dessa vid ett senare tillfälle.¹⁶⁹

4.3.1 Fastställandet av rättslig grund för Schengenregelverket

Själva införlivandet av Schengenregelverket sker genom Schengenprotokollet. För att avgöra på vilken rättslig grund som var och en av bestämmelserna i det omfattande regelverket skall vila finns ett visst förfarande angivet i protokollets art. 2.1. Rådet skall enligt denna artikel¹⁷⁰ enhälligt, Storbritannien och Irland inkluderat, avgöra var i fördragen den relevanta rättsliga grunden för Schengenregelverkets bestämmelser och beslut finns. Som framkommit tidigare är Schengensamarbetet omfattande och reglerar frågor som inom unionen numera i huvudsak återfinns under första pelarens nya avd. IV och under den tredje pelarens avd. VI. Kanske kan art. 2.1 sista st. i Schengenprotokollet ses som en åtgärd för att inte bestämmelser i det hittills helt mellanstatliga samarbetet per automatik skall bli gemenskapsrättsliga. Denna artikel föreskriver att Schengenregelverkets bestämmelser skall anses ha sin rättsliga grund i avd. VI Unionsfördraget till dess rådet fattat beslut om relevant rättslig grund.

Att snabbt få till stånd en klassificering av Schengenregelverket verkar ha varit viktigt för unionen. Ett beslut om fastställande av rättslig grund för samtliga bestämmelser som utgör Schengenregelverket antogs av rådet den 20 maj 1999.¹⁷¹ I bilagor bifogade beslutet finns uppställningar över var i EG- och Unionsfördraget den relevanta rättsliga grunden för t.ex. bestämmelser i Schengenkonventionen finns. Som exempel kan ges att i princip samtliga de bestämmelser i konventionen som reglerar passerandet av de yttre gränserna¹⁷² skall ha sin rättsliga grund i art. 62.2a EG-fördraget, medan den bestämmelse i konventionen som reglerar viseringar för längre vistelser¹⁷³ skall ha sin rättsliga grund i både art. 62.2¹⁷⁴ och art. 63.3 EG-fördraget.¹⁷⁵ Det kan vidare nämnas att

¹⁶⁹ 1999/435/EG art. 1.2 och 1.3

¹⁷⁰ Art. 2.1 andra st. Schengenprotokollet.

¹⁷¹ 1999/436/EG publ. OJ L 176 10.07.1999.

¹⁷² Art. 3-7.

¹⁷³ Art. 18 Schengenkonventionen

¹⁷⁴ Åtgärder som avser passage av medlemsstaterna yttre gränser.

¹⁷⁵ Åtgärder som avser invandringspolitik inom vissa områden.

någon rättslig grund för Schengenkonventionens asylbestämmelser¹⁷⁶ inte fastställts.¹⁷⁷ Som framgått tidigare har dessa bestämmelser ersatts av Dublinkonventionen som ratificerats av samtliga medlemsstater. Även sedan Schengenregelverket införlivats skall man kunna urskilja det som ett specifikt regelverk som skall utvecklas inom unionen. För framtida förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket stadgar art. 5.1 i Schengenprotokollet att dessa skall omfattas av relevanta bestämmelser i fördragen.

När rådet fastsällt den rättsliga grunden är det förfarandet som däri är föreskrivet som blir tillämpligt på bestämmelsen ur Schengenregelverket. Att artiklar i avd. IV EG-fördraget angivits som rättslig grund innebär således att det är denna avdelnings specifika utformning, institutionernas roll osv., som skall tillämpas. Vad gäller EG-domstolen behörighet föreskriver Schengenprotokollet art 2.1 tredje st. att denna skall följa av vilken behörighet domstolen tilldelats enligt de relevanta tillämpliga bestämmelserna i fördragen. En viktig inskränkning görs emellertid i så motto att ”domstolen skall dock inte vara behörig ifråga om åtgärder eller beslut som rör upprätthållandet av lag och ordning och skyddet av den inre säkerheten”. I avd. IV regleras domstolens behörighet av art. 68 och även här återfinns som bekant en inskränkning som medför att domstolen ”under inga omständigheter skall vara behörig att döma i frågor som rör sådana åtgärder enligt art. 62.1 som gäller upprätthållandet av lag och ordning och skydd av den inre säkerheten”.¹⁷⁸ Dessa bestämmelser om domstolens behörighet är som synes utformade på olika sätt. Enligt Wagner¹⁷⁹ skulle den senare bestämmelsen kunna tolkas på så sätt att den inte utesluter *all* behörighet för EG-domstolen¹⁸⁰ medan bestämmelsen i Schengenprotokollet skulle kunna ges en sådan tolkning. Förutom att detta skulle innebära en kraftig och oroväckande inskränkning av domstolens behörighet¹⁸¹ leder det också till att EG-domstolen har olika behörighet beroende på om en bestämmelse har sitt ursprung i Schengenregelverket eller om den enbart är antagen med avd. IV som grund. En sådan uppdelning förefaller vara ohållbar i längden men verkar vara

¹⁷⁶ Art. 28-38 Schengenkonventionen.

¹⁷⁷ Detta framgår av beslut 1999/435/EG, bilaga B art. 2.

¹⁷⁸ Art. 68.2 EG-fördraget.

¹⁷⁹ E. Wagner, a.a. s.24.

¹⁸⁰ Han menar att rätt till laglighetsprövning enl. Art. 230 EG-fördraget bl.a. skulle kvarstå.

¹⁸¹ EG-domstolen har naturligtvis kompetens att tolka art. 2.1 tredje st.

symptomatisk för hela införlivandet av Schengenregelverket.

Införlivandet av Schengenregelverket inom unionens ramar får sägas innebära att detta samarbete, som ofta kritiserats för att vara slutet och sakna adekvat parlamentarisk och rättslig kontroll, tar ett steg i rätt riktning med hänsyn till dessa aspekter, även om också unionen, enligt min mening, lämnar mycket kvar att önska i dessa avseenden. Att den flexibla integration som skett utanför unionen inom Schengens tillämpningsområde nu lyfts in under unionens institutionella ram kan också ses som något positivt, även om den flexibilitet som nedan skall presenteras ibland verkar vara så väl oöverskådlig som svårgripbar. Den flexibilitet som nu byggts in i det närmare Schengensamarbetet var visserligen nödvändig för att tillmötesgå Storbritanniens, Irlands och Danmarks krav men kommer kanske visa sig vara ett högt pris att betala för att införliva Schengenregelverket inom unionen.

4.3.2 Flexibilitet inom det närmare samarbetet

a) Storbritannien och Irland

Att Schengensamarbetet definieras som ett närmare samarbete beror som bekant på att Storbritannien och Irland inte deltar i det. Dessa två länder kunde dock acceptera att samarbetet fördes in under unionen men under förutsättning att de inte skulle vara bundna av Schengenregelverket.¹⁸² Storbritannien och Irland har dock möjlighet att när som helst begära att vissa eller samtliga av regelverkets bestämmelser skall vara tillämpliga på dem. I händelse av en sådan begäran skall rådet enhälligt, inklusive den medlemsstat som begär att få delta, fatta beslut i frågan. Om en begäran från Storbritannien eller Irland skulle avse att få tillämpa en bestämmelse i Schengenregelverket vars rättsliga grund finns i avd. IV EG-fördraget kan det noteras att tillvägagångssättet för att låta dessa länder omfattas av den aktuella bestämmelsen skiljer sig från det som tillämpas i protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning. Medan Schengenprotokollets art. 4

¹⁸² Art. 4 Schengenprotokollet.

andra st. kräver rådets enhällighet vid ett sådant beslut föreskriver protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning att dessa två länder har rätt att delta i beslut om och tillämpning av åtgärd enligt avd. IV. Om de två länderna dessutom vill omfattas av redan antagna åtgärder skall de underrätta rådet och kommissionen om detta varvid förfarandet enligt art. 11.3 EG-fördraget skall tillämpas. Medan protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning försöker göra det så enkelt som möjligt för dessa länder att delta i beslut om eller omfattas av redan antagna åtgärder enligt avd. IV tycks Schengenprotokollet inte ha samma ambition. Att möjligheterna för Storbritannien och Irland att omfattas av bestämmelser i Schengenregelverket är utformade på detta mer restriktiva sätt sägs ha en koppling till freden i Utrecht 1713 och den därur härledda dispyten mellan Storbritannien och Spanien om Gibraltars ställning. Spanien vill som Schengenland ha kvar sin vetorätt om Storbritannien skulle vilja omfattas av bestämmelser i Schengenregelverket.¹⁸³ Att de båda protokollen föreskriver olika förfaranden för anslutning till bestämmelser innebär att man måste skilja på bestämmelser med ursprunglig rättslig grund i avd. IV och bestämmelser i Schengenregelverket vars rättsliga grund fastställts till avd. IV. Eftersom det rent materiellt inte är någon skillnad mellan dessa bestämmelser förefaller en sådan uppdelning, enligt min mening, vara mer eller mindre godtycklig och ytterst politisk.

Den flexibilitet som valts för att låta Storbritannien och Irland omfattas av bestämmelser i Schengenregelverket är precis som den som används i protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning mycket à la carte betonad. De båda länderna kan således begära att få omfattas av enstaka bestämmelser i regelverket utan att behöva acceptera den bakomliggande idén med Schengensamarbetet. Genom att dessa två länder ges en valmöjlighet att enbart begära att få omfattas av kompensatoriska eller säkerhetsåtgärder finns det en risk, såsom även framhölls i förhållande till protokollet om Storbritanniens och Irlands ställning, att den balans som ändå kan sägas finnas inbyggt i regelverket går förlorad.¹⁸⁴ I anslutning till detta kan nämnas att Storbritannien har begärt att få delta i Schengens informationssystem (SIS) och att kommissionen har avgivit ett positivt

¹⁸³ E. Wagner, a.a. s.39.

¹⁸⁴ M. den Boer, Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity Despite Communautarization, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 4 1997, s.313.

yttrande till detta även om man betonar vikten av att Storbritannien även deltar i Schengenregelverkets bestämmelser som direkt syftar till att etablera den fria rörligheten för personer.¹⁸⁵ Om Storbritannien och Irland tillåts välja att enbart delta i Schengenbestämmelser vilka, såsom SIS, kan sägas betona säkerhets- eller kompensatoriska aspekter tror jag att det finns en risk att dessa stater, främst Storbritannien, utnyttjar denna möjlighet för att försvåra inresa till respektive lands territorium. Man skulle då verkligen kunna börja prata om upprättandet av veritabla murar inte bara mot resten av omvärlden utan även mot övriga medlemsstater. Möjligheten att få tillämpa dessa, i vid bemärkelse, kompensatoriska åtgärder skulle istället kanske kunna användas av de övriga 13 medlemsstaterna som ett incitament för att förmå främst Storbritannien att acceptera avskaffandet av de inre gränserna och att arbeta för etablerandet av fri rörlighet för personer. Framtiden kommer att utvisa hur Schengenstaterna tänker agera i dessa frågor.

Vad gäller förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket verkar det som om Storbritannien och Irland har möjlighet att meddela rådets ordförande att man vill delta i antagandet av sådana.¹⁸⁶ Om varken Storbritannien eller Irland lämnat ett sådant meddelande inom rimlig tid skall de 13 Schengenstaterna - samt Irland och Storbritannien om något av dessa länder vill delta - anses ha fått ett bemyndigande att använda sig av de institutioner, förfaranden och mekanismer som föreskrivs i fördragen enligt art. 11 EG-fördraget och art. 40 Unionsfördraget. Förutom själva bemyndigandet skall inte de kriterier som uppställs för framtida närmare samarbeten tillämpas på vare sig på det befintliga Schengensamarbetet eller utbyggnaden av detta. Detta framkommer av art. 11.5 EG-fördraget och art. 40.5 Unionsfördraget som föreskriver att inget i respektive artiklar skall påverka bestämmelserna i Schengenprotokollet. Detta kan kanske ses som en indikation på att det närmare samarbete som Schengenstaterna för inte fullt ut motsvarar de kriterier som framför allt art. 11 EG-fördraget ställer upp.

Schengensamarbetets flexibilitet kan bland annat sägs ge medborgare olika rättigheter

¹⁸⁵ Trots att det enligt art. 4 Schengenprotokollet inte krävs någon inblandning från någon annan institution än rådet har medlemsstaterna i en förklaring till art. 4 uppmanat rådet att begära in yttrande från kommissionen vilket rådet alltså gjort i detta fall. Kommissionens yttrande, sammanfattning i Single Market News No 18 Oct:99, http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/smn.

¹⁸⁶ Art. 5.1 andra st. Schengenprotokollet e contrario.

beroende på nationalitet, d.v.s. om man är medborgare i ett Schengenland eller inte, vilket borde strida mot art. 11.1c som stadgar att ett närmare samarbete inte får beröra unionsmedborgarskapet eller diskriminera medborgare i medlemsstater.¹⁸⁷ Art. 11.1c EG-fördraget är som sagt inte tillämplig på Schengensamarbetet vilket tyder på att flexibel integration etablerad och godkänd vid fördragsförhandlingar, dvs. i ett mer politiskt sammanhang, inte behöver motsvara de krav som ställs på framtida närmare samarbeten som vill få ett bemyndigande enligt art. 11 EG-fördraget eller art. 40 Unionsfördraget. Detta tycks kunna leda till en viss inkonsekvens i vilken sorts närmare samarbete som etableras inom unionen. Detta eftersom förutsättningarna för att etablera ett, ur i varje fall vissa medlemsstaters synsätt, attraktivt närmare samarbete förefaller vara större vid politisk kohandel än vid användandet av den nya rättsliga regleringarna i fördragen.

För att återgå till Storbritanniens och Irlands möjlighet att delta i förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket kan en viss inkonsekvens noteras även här. De två länderna verkar som sagt ha möjlighet att delta i antagandet av sådana bestämmelser. Det framgår dock inte av art. 5 i Schengenprotokollet om det finns möjlighet att ansluta sig till sådana bestämmelser i efterhand. Skall den uttryckliga avsaknaden av en sådan möjlighet tolkas som att de inte finns? Om Storbritannien och Irland skulle anses ha rätt att ansluta sig till antagna bestämmelser som bottnar i förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket, vilket förfarande skall då tillämpas?¹⁸⁸ Med tanke på Spaniens obevekliga krav på enhällighet i rådet vid begäran av Storbritannien och Irland att få omfattas av bestämmelser i Schengenregelverket är det svårt att tro att något annat än enhällighet skulle accepteras i dessa fall. Otydligheten i art. 5 kommer troligtvis ställa till med besvär i framtiden. Den medför vidare att man måste skilja på förslag och initiativ som har sin grund i Schengenregelverket och sådana som enbart är sprungna ur

¹⁸⁷ E. Wagner, a.a. s.45.

¹⁸⁸ H. Kortenber, a.a. s. 842.

bestämmelser i avd. IV EG-fördraget, vilket kan bli en grannliga uppgift som troligtvis kan leda till dispyter medlemsstaterna emellan.¹⁸⁹

b) Danmark

Danmark har som bekant ingått i Schengensamarbetet och skall även delta i det närmare samarbete inom unionen som Schengenprotokollet etablerar. Vad denna medlemsstat dock inte vill omfattas av är den EG-rätt som delar av regelverket kommer att omvandlas till genom att vissa bestämmelser skall anses ha sin rättsliga grund i avd. IV EG-fördraget. För att kunna införliva regelverket krävdes det således att finna en lösning på detta problem och en sådan lyckades man även förhandla fram. Lösningen återfinns både i Schengenprotokollet och i protokollet om Danmarks ställning och kan förenklat sägas innebära att Danmark inte kommer att omfattas av den EG-rätt som vissa Schengenregelverksbestämmelser kommer att utgöra en del av.

Art. 3 i Schengenprotokollet stadgar att Danmark, även efter ett avgörande enligt art. 2.1 andra st., skall behålla samma rättigheter och skyldigheter som innan ett sådant avgörande fattats avseende bestämmelser i Schengenregelverket som skall anses ha sin rättsliga grund i avd. IV EG-fördraget. De bestämmelser i Schengenregelverket som efter fastställandet av rättsliggrund skall ha EG-rättslig status för övriga Schengenländer skall för Danmark således att fortsätta ha mellanstatlig status. Vad gäller de delar av Schengenregelverket som skall anses ha sin rättsliga grund i avd. VI Unionsfördraget skall Danmark, enligt art 3 andra st., fortsätta ha samma rättigheter och skyldigheter som övriga Schengenmedlemsstater. Detta har tolkats på så sätt att bestämmelserna i avd. VI Unionsfördraget skall tillämpas på Danmark avseende de delar i Schengenregelverket som anses ha sin rättsliga grund i denna avdelning. Följden av detta skulle således bli att bland annat den jurisdiktion EG-domstolen tilldelats under avdelning VI även skulle gälla i förhållande till Danmark. Motsatsvis har den bestämmelse som reglerar Danmarks ställning i förhållande till de delar av regelverket som skall ha sin rättsliga grund i avd.

¹⁸⁹ J. Monar, Schengen and Flexibility in the Treaty of Amsterdam: Opportunities and Risks of Differentiated Integration in EU Justice and Home Affairs, i Schengen Judicial Cooperation and Policy Coordination, ed. M. den Boer, s.24.

IV EG-fördraget¹⁹⁰ tolkats på så sätt att dessa delar enbart medför förpliktelser för Danmark mot övriga Schengenstater, p.g.a. Schengenavtalen, men däremot inte mot unionen. Den märkliga följden av detta skulle bli att de bestämmelser som för övriga Schengenstater omfattas av EG-rätten inte ens skulle omfattas av unionens mellanstatliga reglering under den tredje pelaren¹⁹¹ för Danmarks del utan skulle helt falla utanför unionens ramar.¹⁹² Även om detta är en mycket trolig tolkning av den effekt som art. 3 först st. Schengenprotokollet medför tycker jag dock att artikelns formulering, som är långt ifrån tydlig, öppnar upp för en annan tolkning. Art. 3 första st. föreskriver som sagt att Danmark, även efter ett avgörande i art. 2.1 andra st., skall behålla samma rättigheter och skyldigheter i förhållande till övriga Schengenstater som före det nämnda avgörandet avseende de delar av Schengenregelverket som skall anses ha sin rättsliga grund i avd. IV EG-fördraget. I art. 2.1 fjärde st. stadgas att innan de åtgärder som avses i övriga art. 2.1 har vidtagits, bl.a. avgörandet av rättsliggrund, skall Schengenregelverkets bestämmelser och beslut ”betraktas som rättsakter som har sin grund i avdelning VI i Fördraget om Europeiska unionen”. Innan rådet fastställde var i fördragen Schengenregelverkets bestämmelser och beslut skulle ha sin rättsliga grund skulle följaktligen hela regelverket anses ha sin rättsliga grund i avd. VI Unionsfördraget. Detta skulle kunna föranleda en tolkning av art. 3 första st. som skulle innebära att de rättigheter och skyldigheter som Danmark hade, i förhållande till övriga Schengenstater, innan avd. IV EG-fördraget fastställdes som rättsliggrund skulle anses utgå från avd. VI Unionsfördraget varför bestämmelserna i denna avdelning även i fortsättningen skulle tillämpas. Även om en sådan tolkning skulle leda till en större balans inom Schengenregelverket, eftersom inga bestämmelser i förhållande till Danmark härigenom skulle falla utanför unionens ramar, skulle den leda till obalans mellan bestämmelser i Schengenregelverket som anses ha sin rättsliga grund i avd. IV EG-fördraget och förslag och initiativ om utbyggnaden av sådana Schengenbestämmelser.

Danmarks förhållande till förslag och initiativ om utbyggnad av sådana bestämmelser i Schengenregelverket som har sin rättsliga grund i avd. IV EG-fördraget regleras av art. 5

¹⁹⁰ Art. 3 första st. Schengenprotokollet.

¹⁹¹ Som ju visserligen inte reglerar de frågor som här är aktuella.

¹⁹² H. Kortenbergh, a.a. s.842. Se även J. Nergelius, a.a. s. 138.

i Protokollerna om Danmarks ställning. Här stadgas det att Danmark inom sex månader efter det att rådet fattat beslut om en utbyggnad av Schengenregelverket enligt avd. IV EG-fördraget skall genomföra detta beslut i sin nationella lagstiftning. Om Danmark beslutar att införa en sådan lagstiftning skall detta beslut, i enlighet med internationell rätt, ge upphov till en förpliktelse mellan Danmark och övriga Schengenstater.¹⁹³ Här råder det således ingen tvekan om att Danmark i dessa fall enbart kommer att ha en folkrättslig förpliktelse gentemot övriga medlemsstater som fattat beslut i de aktuella frågorna på gemenskapsrättslig nivå. Om Danmark väljer att inte införa nationell lagstiftning som motsvarar ett sådant rådsbeslut får samtliga Schengenstater överväga vilka lämpliga åtgärder som skall vidtas.¹⁹⁴ I detta stadgande ligger en möjlighet för berörda medlemsstater att exempelvis återinföra personkontroller vid Danmarks gränser om detta land inte inför Schengenrelaterad nationell lagstiftning inom viserings-, invandrings- eller yttre gränskontrollfrågor.¹⁹⁵

Den problematik som berördes i förhållande till Storbritannien och Irland vad gäller att skilja mellan bestämmelser som har sin grund i Schengenregelverket med fastställd rättsliggrund i avd. IV EG-fördraget och bestämmelser som har sitt ursprung i avd. IV, gör sig påmind även i förhållande till Danmark. Som tidigare framgått skall avd. IV EG-fördraget inte vara tillämplig på Danmark; de viseringsfrågor som även tidigare reglerades av gemenskapsrätten undantagna. Rättsakter som har sitt ursprung i avd. IV medför således inga förpliktelser för Danmark. Vad däremot gäller förslag och initiativ om utbyggnad av Schengenregelverket antagna enligt avd. IV, ger dessa upphov till en folkrättslig förpliktelse för Danmark som kan medföra en rätt för Schengenstater att agera på visst sätt. Detta gör det följaktligen nödvändigt att skilja mellan förslag och initiativ antagna enligt avd. IV och förslag och initiativ antagna enligt avd. IV men som innebär en utbyggnad av Schengenregelverket. Att skilja dessa åt kan på längre sikt bli mycket svårt.

¹⁹³ Även gentemot Storbritannien och Irland om dessa i enlighet med art. 5 Schengenprotokollet valt att delta i ett sådant beslut.

¹⁹⁴ Art. 5.2 Protokollerna om Danmarks ställning.

¹⁹⁵ H. Kortenbergs, a.a. s. 840.

Genom de undantag från införlivandet av Schengenregelverket Danmark lyckats få till stånd kan deras mål, om att inte omfattas av den EG-rätt som delar av Schengenregelverket kommer att utgöra, anses uppnått. En märklig situation uppstår dock inom EG-rätten. 12 medlemsstater kommer att omfattas av den gemenskapsrättsliga reglering som vissa bestämmelser i regelverket kommer att vara en del av medan dessa bestämmelser för Danmarks räkning kommer att utgöra en folkrättslig förpliktelse. En trolig följd av denna splittring kan bli att regleringarna kring de aktuella sakområdena kommer att utvecklas på annat sätt i Danmark än i övriga Schengenmedlemsstater. Detta bland annat beroende på att EG-domstolen kommer att utveckla och ge regleringarna som har sitt ursprung i Schengenregelverket en tolkning som inte blir tillämplig i Danmark. Bestämmelser om visering, invandring och yttre gränskontroll med grund i Schengenregelverket kommer således att innebära en sak för 12 medlemsstater, en annan sak för en trettonde och kanske ingenting för de två övriga medlemsstaterna. Att tala om en allvarlig uppluckring av EG-rätten på området känns inte som överord.¹⁹⁶

I motsats till Storbritannien, Irland och Danmark, som tillåtits skraddarsy sina arrangemang kring Schengenregelverkets införlivande, måste alla kandidatländer som söker tillträde till unionen fullt ut acceptera Schengenregelverket för att bli medlemmar.¹⁹⁷ Samtidigt som denna bestämmelse kan sägas bidra till att flexibiliteten på området i varje fall inte ökar, måste det konstateras att det är ett stort krav som ställs på de stater som ansöker om medlemskap. Schengenregelverkets omfattning och de många åtgärder som måste vidtas för dess tillämpning får detta krav att framstå som tämligen orealistiskt men även orättvist. Det är inte otroligt att accepterandet av Schengenregelverket kommer att bli en stötesten under förhandlingar med tilltänkta medlemsstater.

Den flexibilitet som etableras av de tre här aktuella protokollen leder uppenbarligen till en uppsplittring av EG-rätten inom visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer. I litteraturen har den flexibilitet som etableras genom protokollen på detta område jämförts med Storbritanniens ”opt-out” till det sociala

¹⁹⁶ J. Nergelius, a.a. s.138

¹⁹⁷ Art. 8 Schengenprotokollet

protokollet.¹⁹⁸ Enligt min mening saknar dock den flexibilitet som växer fram i de aktuella protokollen motstycke i unionens historia och förefaller vara betydligt mer komplex och svåröverskådlig. Det är inte heller ett helt otänkbart scenario att denna nya ordning – istället för att som tänkt stärka unionen och skapa fri rörlighet för personer inom ett område av frihet säkerhet och rättvisa – kan komma att splittra medlemsstaterna och på sikt kanske även undergräva unionens politiska ställning.

5. Avslutande diskussion

Asyl-, invandrings- och yttre gränskontroll frågor är frågor av politiskt känslig natur som medlemsstaterna traditionellt sett betraktat som hörandes till den inre säkerheten och därmed även till den nationella suveräniteten. Detta har lett till att medlemsstaterna under lång tid samarbetade under mellanstatliga former kring dessa frågor, i syfte att uppnå unionens målsättning om den inre marknaden. Denna väg visade sig dock svårframkomlig och genom Amsterdamfördraget fördes dessa områden över till den överstatliga första pelarens avd. IV EG-fördraget som reglerar visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer. Målsättningen för unionens politik inom dessa områden har också vidgats och den syftar numera även till att gradvis upprätta ett område av frihet, säkerhet och rättvisa.

Avd. IV EG-fördraget är präglad av medlemsstaternas traditionella inställning till asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor och bär spår av den mellanstatliga samarbetsstruktur som tidigare föredragits. Detta innebär bland annat att kommissionen initialt har fått avstå sin exklusiva initiativrätt samt att EG-domstolens kompetens har beskurits. Inskränkningen av domstolens kompetens är, enligt min mening, allvarlig eftersom gemenskapens nya kompetensområde i stor utsträckning kommer att beröra den enskilda individen. En stilla undran är om det hade varit möjligt att göra en sådan inskränkning om den hade fått följder för unionsmedborgare och inte som nu för medborgare från tredje land. När nu gemenskapens kompetensområde har utökats till att omfatta asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor är det, enligt min mening, även

¹⁹⁸ J. Nergelius, s. 138

viktigt att tillämpningen av gemenskapsrätten på området blir enhetlig. Att domstolens jurisdiktion på området inskränkts kan medföra en risk för att en enhetlig tillämpning av aktuell gemenskapsrätt uteblir något som avsevärt skulle kunna försvåra införandet av fri rörlighet för personer. Utformningen av avd. IV kan sammantaget sägas visa på att medlemsstaterna inte drar sig för att införa förändringar inom den gemenskapsrättsliga strukturen; förändringar som ger den enskilda medlemsstaten ökat inflytande inom den första pelaren. Medlemsstaterna är onekligen fördragets herrar och utformningen av avd. IV kan sägas avspegla den lite märkliga kamp om kompetens som ständigt tycks pågå mellan medlemsstaterna och den gemenskap som *de själva* har skapat. Asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor är visserligen frågor av speciell karaktär, men trots detta skulle man kanske kunna se avd. IV som ett strukturellt trendbrott som även skulle kunna få framtida inverknings.

Flexibel integration har sagts vara Amsterdamfördragets *leitmotif*¹⁹⁹ och det är onekligen en melodi som ljuder särskilt starkt inom de områden som regleras av avd. IV EG-fördraget. Den flexibla integration som varit nödvändig för att föra över asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till gemenskapen samt att införliva Schengenregelverket inom unionens ramar kan sägas befästa den splittring som sedan länge rått mellan unionens medlemsstater inom dessa frågor. Som framkommit står Storbritannien, Irland och Danmark utanför samarbetet inom gemenskapens nya kompetensområde i avd. IV. Storbritannien och Irland har givits stora möjligheter att i efterhand delta i samarbetet om de så önskar. De båda medlemsstaterna har givits rätt att välja ut enskilda åtgärder som de vill omfattas av men behöver för den skull inte dela övriga medlemsstaters målsättning med samarbetet, det vill säga att tillförsäkra fri rörlighet för personer. Det är således en mycket à la carte betonad flexibilitet som etableras under avd. IV, en flexibilitet som tycks kunna öppna vägen för en allt lösare sammanhållen union.

¹⁹⁹ Editorial Comments, The Treaty of Amsterdam: Neither a bang nor a whimper CML Rev vol. 34 1997, s.768.

Införlivandet av Schengensamarbetet genom Schengenprotokollet, som i sig inrättar ett närmare samarbete mellan 13 av unionens 15 medlemsstater, samt protokollet om Danmarks ställning visar på ytterligare svårigheter inom samarbetet kring asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor. Danmarks ovilja att omfattas av den EG-rätt som kommer att uppstå på området medför att de bestämmelser i Schengenregelverket som anses ha sin rättsliga grund i avd. IV EG-fördraget endast kommer att utgöra en folkrättslig förpliktelse för denna medlemsstat. EG-rätt kommer således även att bli folkrätt. Kanske kan man säga att Danmarks undantag från att omfattas av den EG-rätt som vissa av Schengenregelverkets bestämmelser kommer att utgöra, visar att det är möjligt att undgå EG-rättens ingripande effekt men trots detta ingå i ett "gemenskapsrättsligt" samarbete. Att Danmark, som genom denna flexibla lösning inte är underkastad EG-rättens verkningar, skulle komma att hålla jämna steg med övriga medlemsstater inom det närmare samarbetet är, enligt min mening, föga realistiskt. Om man i allt för stor omfattning, inom framtida samarbetsområden, använder sig av denna lösning är det troligt att EG-rättens överstatliga karaktär urholkas. EG-rättens överstatlighet får sägas ha varit en bidragande faktor till att det europeiska samarbetet vuxit sig starkt och varit genomslagskraftigt. Att återvända till mellanstatlighetens mer lösa tyglar skulle troligtvis vara att ta ett steg tillbaka, vilket kanske kan medföra att unionen får svårare att uppnå sina målsättningar.

Precis som Schengensamarbetet sagts vara ett laboratorium där unionen kunnat följa experimenten med etablerandet av fri rörlighet för personer kan man kanske säga att det gemenskapsrättsliga samarbetet inom asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor utsätts för försök med den flexibla integrationen. Hur mycket flexibilitet klarar ett samarbetsområde innan diskrepansen mellan de olika lösningarna blir allt för stor och istället hämmar en gemensam utveckling? Den flexibilitet som använts för att kunna överföra asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till gemenskapsrätten riskerar, enligt min mening, att i förlängningen skapa motsättningar och splittring mellan medlemsstaterna på ett sätt som, istället för att resultera i ett område med frihet säkerhet och rättvisa, kan komma att undergräva unionens politiska ställning. Den flexibilitet som

medlemsstaterna valt för att få till stånd en fördjupad integration skulle paradoxalt nog kunna medföra en motsatt effekt på unionen som helhet.

Som tidigare framkommit ställs det som krav på de stater som ansöker om medlemskap i unionen att acceptera Schengenregelverket. Kandidatländerna har således ingen möjlighet till sådana undantag som tillerkänts Storbritannien, Irland och Danmark. Med detta krav tycks unionens medlemsstater vilja försäkra sig om att den säkerhetsnivå som Schengenregelverket anses garantera kommer att kunna bibehållas även efter en utvidgning. Utvidgningens naturliga följd blir att unionens yttre gränser flyttas ett steg längre bort från de stater som utgör den ursprungliga kärnan i Schengensamarbetet. Frågan är om denna mer östliga yttre gräns kommer att accepteras som en sådan eller om de nuvarande medlemsstaterna i praktiken kommer att hålla fast vid den idag gällande yttre gränsen. Avgörande i denna fråga kan sägas vara tillit. Kommer de nya medlemsstaterna vara betrodda att övervaka de yttre gränserna på så sätt att de inre kan avskaffas och fri rörlighet för personer etableras? Om inte, kommer de nya medlemsstaterna troligtvis inte heller få skörda frukterna av samarbetet kring asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor. Fri rörlighet för personer kommer kanske således inte att åtnjutas av de nya medlemsstaterna. Utvidgningen av unionen kommer kanske därför, inom de aktuella frågorna, att medföra ytterligare uppsplittring av EG-rätten. Om det ovan anförda scenariot realiserats väcks tankar kring vilken effekt den stundande utvidgningen kommer att ha på unionen och vilken möjlighet de nya medlemsstaterna kommer att ha att komma in i det europeiska samarbetet utan att ett A- och ett B-lag bildas.

Överföringen av asyl-, invandrings- och yttre gränskontrollfrågor till gemenskapsrätten var en av de förändringar genom Amsterdamfördraget som skulle föra unionen närmare sina medborgare. Man kan dock fråga sig om den regelmassa som uppstått på området kommer att kunna göras förstålig för medborgarna eller om den ens kommer att kunna ligga till grund för en gemensam politik som kan göras förklarlig för medborgarna. Att vid nästa regeringskonferens se över avd. IV:s utformning samt de för denna avdelning relevanta protokollen torde vara ett nödvändigt första steg för att i varje fall föra unionen närmare sina medborgare inom dessa frågor. En förståelse för det samarbete som förs

inom unionen torde vara den viktigaste förutsättningen för att skapa en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken och därmed en förutsättning för ett fortsatt meningsfullt samarbete.

Litteraturförteckning

A. Litteratur

Barav A. & Wyatt D. Y. eds, *Yearbook of European Law*, 11;91, Clarendon Press, Oxford 1992.

Barnard C. & Sharpston E., *The Changing Face of art. 177 References*, CML Rev, vol. 34 1997, s.1113-1171.

Boer den M., *Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity Despite Communitarization*, Maastrich Journal of European and Comparative Law, vol.4 1997, s. 310-316.

Boer den M., *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, European Institute of Public Administration, Maastricht 1997.

Boer den M., Guggenbühl A. & Vanhoonacker S., eds., *Cooping With Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, European Institute of Public Administration, Maastricht 1998.

Cramér P., *Noteringar rörande subsidiaritetsprincipens tillämpning i framtidens EG/EU*, SvJT 1993, s. 533-547.

Editorial Comments, *The Treaty of Amsterdam: Neither a bang nor a whimper*, CML Rev, vol. 34 1997, s.767-772.

Edwards G. & Piper A. eds., *The Politics of European Treaty Reform*, Pinter, London 1997.

Ehlermann C.D., *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: New Provisions of the Amsterdam Treaty*, European Law Journal, vol. 4 1998, s. 246-270.

Gaja G., *How Flexible is Flexibility Under the Amsterdam Treaty*, CML Rev, vol. 35 1998, s. 855-870.

Guild E. *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, Kluwer Law International, The Hague 1996.

Kortenberg H., *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, CML Rev, vol. 35 1998, s.833-854.

Hailbronner K., *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, CML Rev, vol. 35 1998, s.1047-1067.

- Hailbronner K. & Thiery C., *Schengen II and Dublin: Responsibility for Asylum Application in Europe*, CML Rev, vol. 34 1997, s. 957-989.
- McMahon R., *Maastricht's Third Pillar: Load-Bearing or Purly Decorative?*, Legal Issues of European Integration, 1995/1, s. 51-64.
- Milner F. & Kölliker A., *Working Paper 2000, How to Make Use of Closer Cooperation*, European Commission 2000.
- Monar J., *Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation*, EL Rev, vol. 23 1998, s.320-335.
- Monar J. & Morgan R., eds, *The Third Pillar of the European Union*, European Interuniversity Press, Brussels 1994.
- Nergelius J., *Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.
- Nilsson H. G., *Tredje pelaren mellan Maastricht och Amsterdam*, SvJT, 7/8 1999, s 709-735.
- O'Keefe D. & Twomey P. M., eds, *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, Chichester 1994.
- Philippart E. & Edwards G., *The Provisions on Closer Co-operation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union*, Journal of Common Market Studies, vol. 37 1999, s. 87-108.
- Shaw J., *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, European Law Journal, vol. 4 1998, s.63-86.
- Simpson G., *Asylum and Immigration in the European Union After the Treaty of Amsterdam*, European Public Law, vol. 5 1999, s.91-124.
- Steiner J. & Woods L., *Textbook on EC Law*, 6th edition, Blackstone Press Limited, London 1998.
- Stubb A. C-G., *A Categorization of Differentiated Integration*, Journal of Common Market Studies, vol. 34 1996, s.283-295.
- Wagner E., *The Integration of Schengen into the Framework of the European Union*, Legal Issues of European Integration, vol. 25 no.2 1998, s 1-51.

B. Offentliga tryck

Completing the Internal Market, White paper from the Commission to the European Council, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1985.

Report of the Council on the Functioning of the Treaty on European Union, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1995.

Intergovernmental Conference 1996: Commission Report for the Reflection Group, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1995.

1996 Intergovernmental Conference: Reflection Group Report and other references for documentary purposes, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1996.

Single Market News No 18 Oct:99,
http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/smn.

SOU 1996:24, Från Maastricht till Turin.

SOU 1997:159, Ett utvidgat område av frihet, säkerhet och rättvisa.