



## Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
föredraget den 4 december 2018<sup>1</sup>

### Mål C-621/18

**Andy Wightman,  
Ross Greer,  
Alyn Smith,  
David Martin,  
Catherine Stihler,  
Jolyon Maugham,  
Joanna Cherry**

**mot**

**Secretary of State for Exiting the European Union,  
Ytterligare deltagare i rättegången:  
Chris Leslie,  
Tom Brake**

(begäran om förhandsavgörande från Court of Session, Inner House, First Division (Scotland)  
(Skottlands överdomstol i tvistemål, appellationskammaren, första avdelningen, Förenade kungariket))

”Begäran om förhandsavgörande – Upptagande till prövning – Artikel 50 FEU – Rätten att utträda ur unionen – Anmälan om avsikten att utträda – Förenade kungarikets utträde (brexit) – Huruvida anmälan om avsikten att utträda kan återkallas – Ensidig återkallelse – Villkoren för en ensidig återkallelse – Överenskommen återkallelse”

1. Den 29 mars 2017 anmälde Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (nedan kallat Förenade kungariket) sin avsikt att utträda ur Europeiska unionen och Europeiska atomenergigemenskapen (nedan kallad ”anmälan om avsikten att utträda”) till Europeiska rådet.<sup>2</sup>

2. Denna anmälan föranledde för första gången i Europeiska unionens historia tillämpning av förfarandet i artikel 50 FEU, enligt vilken (punkterna 2 och 3) förhandlingar ska föras och ett ”utträdesavtal” ska ingås mellan unionen och den medlemsstat som lämnar unionen. I avsaknad av ett sådant avtal upphör fördragen att vara tillämpliga på den berörda medlemsstaten två år efter anmälan om avsikten att utträda, förutom om Europeiska rådet med enhällighet beslutar att förlänga denna tidsfrist.

3. En skotsk domstol har begärt att EU-domstolen, i egenskap av högsta uttolkare av unionsrätten, ska skingra de tvivel som råder i en fråga som inte besvaras i artikel 50 EUF. EU-domstolen har nämligen att klargöra huruvida en medlemsstat, efter det att den har anmält sin avsikt att utträda ur unionen, kan (eventuellt ensidigt) återkalla denna anmälan.

<sup>1</sup> Originalspråk: spanska.

<sup>2</sup> Prime Minister's letter to Donald Tusk triggering Article 50, 29-3-2017. Fullständig text på webbplatsen <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20001-2017-INIT/en/pdf>

4. Förutom att denna fråga är viktig ur ett rättsvetenskapligt perspektiv och för framtiden kan varken dess praktiska konsekvenser eller dess betydelse i det nationella målet förnekas, vilket jag kommer att redogöra för nedan. Om EU-domstolen godtar en ensidig återkallelse skulle Förenade kungariket kunna sända ett meddelande till Europeiska rådet med detta innehåll, och därmed fortsätta att vara medlem i unionen. Eftersom Förenade kungarikets parlament måste lämna ett slutgiltigt godkännande, oberoende av om man lyckas få till stånd ett utträdesavtal eller inte, anser flera parlamentsledamöter att en möjlighet att återkalla anmälan om avsikten att utträda skulle skapa ett tredje alternativ, det vill säga alternativet att stanna kvar i Europeiska unionen om ett brexit visar sig vara otillfredsställande. Den hänskjutande domstolen tycks dela denna uppfattning, då den anser att EU-domstolens svar kommer att ge ledamöterna i Förenade kungarikets parlament möjlighet att bilda sig en klar uppfattning om de befintliga alternativen när det är dags för dem att rösta.

## **I. Tillämpliga bestämmelser**

### **A. Unionsrätt**

5. Artikel 50 FEU har följande lydelse:

”1. Varje medlemsstat får i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser besluta att utträda ur unionen.

2. Den medlemsstat som beslutar att utträda ska anmäla sin avsikt till Europeiska rådet. Mot bakgrund av Europeiska rådets riktlinjer ska unionen förhandla fram och ingå ett avtal med denna stat där villkoren för dess utträde fastställs, med beaktande av dess framtida förbindelser med unionen. Detta avtal ska förhandlas i enlighet med artikel 218.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Det ska ingås på unionens vägnar av rådet som ska besluta med kvalificerad majoritet efter Europaparlamentets godkännande.

3. Fördragen ska upphöra att vara tillämpliga på den berörda staten från och med den dag då avtalet om utträde träder i kraft eller, om det inte finns något sådant avtal, två år efter den anmälan som avses i punkt 2, om inte Europeiska rådet i samförstånd med den berörda medlemsstaten med enhällighet beslutar att förlänga denna tidsfrist.

4. Vid tillämpning av punkterna 2 och 3 får den medlem i Europeiska rådet och rådet som företräder den medlemsstat som utträder inte delta, vare sig i de överläggningar eller i de beslut i Europeiska rådet och rådet som rör den medlemsstaten.

Kvalificerad majoritet ska definieras i enlighet med artikel 238.3 b i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

5. Om den stat som har utträtt ur unionen begär att på nytt få ansluta sig, ska dess begäran omfattas av förfarandet i artikel 49.”

### **B. Internationell rätt**

6. Wienkonventionen om traktaträtten, som antogs i Wien den 23 maj 1969<sup>3</sup> (nedan kallad Wienkonventionen) reglerar förfarandet för att ingå traktater mellan stater.

<sup>3</sup> *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, s. 331.

7. Artikel 54 har följande lydelse:

”En traktats upphörande eller en parts frånträde kan äga rum

- a) i enlighet med traktatens bestämmelser; eller
- b) när som helst med alla parter samtycke efter samråd med de övriga fördragsslutande staterna.”

8. Artikel 65 (”Förfarande som skall följas i fråga om en traktats ogiltighet, upphävande, frånträde eller suspension”) innehåller följande bestämmelser:

”1. En part som på grundval av denna konventions bestämmelser åberopar antingen en brist i sitt samtycke till att vara bunden av en traktat eller ett skäl till att bestrida en traktats giltighet, sätta den ur kraft, frånträda eller suspendera den måste meddela de övriga parterna sitt anspråk. Meddelandet skall ange vilken åtgärd med traktaten som åsyftas och skälen för åtgärden.

2. Om efter utgången av en tidsrymd som, utom i särskilt brådskande fall, skall vara minst tre månader efter meddelandets mottagande, ingen part rest någon invändning, kan den part som lämnat meddelandet verkställa den avsedda åtgärden på det i artikel 67 föreskrivna sättet.

3. Om invändning emellertid rests av någon annan part, skall parterna söka en lösning genom de medel som anges i artikel 33 i Förenade nationernas stadga.

...”

9. I artikel 67 föreskrivs följande:

”1. Det i artikel 65 mom. 1 föreskrivna meddelandet skall lämnas skriftligt.

2. När en traktat förklaras ogiltig, sätts ur kraft, frånträds eller suspenderas med tillämpning av traktatens bestämmelser eller av artikel 65 mom. 2 eller 3, skall åtgärden verkställas genom ett instrument som tillställs de övriga parterna. Om instrumentet ej är undertecknat av statschefen, regeringschefen eller utrikesministern, kan den representant för staten som överlämnar det avkrävas fullmakt.”

10. I artikel 68 (”Återkallelse av de meddelanden och instrument som föreskrivs i artiklarna 65 och 67”) anges följande:

”Ett i artikel 65 eller 67 föreskrivet meddelande eller instrument kan återkallas när som helst innan det får verkan.”

### ***C. Nationell rätt i Förenade kungariket. European Union (Withdrawal) Act 2018<sup>4</sup>***

11. I section 13 i European Union (Withdrawal) Act 2018 föreskrivs följande:

”(1) Utträdesavtalet får endast ratificeras om:

- (a) ansvarig minister i Förenade kungarikets regering för båda kamrarna i parlamentet har lagt fram:
  - (i) en förklaring om att en politisk överenskommelse har nåtts,

<sup>4</sup> 2018 års lag om Förenade kungarikets utträde ur Europeiska unionen.

- (ii) ett exemplar av det framförhandlade utträdesavtalet, och
  - (iii) ett exemplar av ramdokumentet om de framtida förbindelserna,
- (b) det framförhandlade utträdesavtalet och ramdokumentet om de framtida förbindelserna har blivit godkända av underhuset genom en resolution i enlighet med en proposition framlagd av ansvarig minister i Förenade kungarikets regering,
- (c) en proposition om att överhuset ska beakta det framförhandlade utträdesavtalet och ramdokumentet om de framtida förbindelserna har lagts fram för överhuset av ansvarig minister i Förenade kungarikets regering och:
- (i) överhuset har debatterat propositionen, eller
  - (ii) överhuset inte har avslutat debatten om propositionen före slutet av den fem dagar långa sammanträdesperiod för överhuset som inleds med den första sammanträdesdagen för överhuset dagen efter det att underhuset antagit den resolution som avses i punkt (b),

och

- (d) en lag antagits av parlamentet vilken innehåller en bestämmelse om att ge utträdesavtalet verkan.
- (2) Så långt det är praktiskt möjligt är ansvarig minister i Förenade kungarikets regering skyldig att vidta åtgärder för att underhuset ska hålla debatt och omröstning om den proposition som avses i punkt (1)(b) innan Europaparlamentet i enlighet med artikel 50.2 i fördraget om Europeiska unionen beslutar om huruvida det godkänner att utträdesavtalet får ingås på Europeiska unionens vägnar.
- (3) Punkt (4) ska tillämpas om underhuset beslutar att inte anta den resolution som avses i punkt (1)(b).
- (4) Ansvarig minister i Förenade kungarikets regering är skyldig att inom 21 dagar från och med den dag då underhuset beslutar att inte anta resolutionen göra ett uttalande i vilket det anges hur Förenade kungarikets regering föreslår att förhandlingarna enligt artikel 50.2 i fördraget om Europeiska unionen om Förenade kungarikets utträde ur Europeiska unionen ska fortskrida.

...

- (6) Ansvarig minister i Förenade kungarikets regering är skyldig att vidta åtgärder för att,
- (a) en proposition, avfattad i neutrala ordalag och med innebörden att underhuset har dryftat frågan om det uttalande som avses i punkt (4), läggs fram för underhuset inom sju sammanträdesdagar för underhuset från och med den dag då uttalandet görs,
  - (b) en proposition om att överhuset ska beakta uttalandet läggs fram för överhuset inom sju sammanträdesdagar för överhuset från och med den dag då uttalandet görs.
- (7) Punkt (8) ska tillämpas om premiärministern gör ett uttalande före utgången av den 21 januari 2019 och förklarar att någon principiell överenskommelse inte kan nås i förhandlingarna enligt artikel 50.2 i fördraget om Europeiska unionen om huvudinnehållet i:
- (a) dispositionerna för Förenade kungarikets utträde ur Europeiska unionen, och
  - (b) ramverket för de framtida förbindelserna mellan Europeiska unionen och Förenade kungariket efter utträdet.

(8) Ansvarig minister i Förenade kungarikets regering är inom fjorton dagar från och med den dag då det uttalande som avses i led (7) skyldig att:

- (a) göra ett uttalande i vilket det anges hur Förenade kungarikets regering föreslår att gå vidare, och
- (b) vidta åtgärder för att:
  - (i) en proposition, avfattad i neutrala ordalag och med innebörden att underhuset har dryftat frågan om det uttalande som avses i led (a), läggs fram för underhuset inom sju sammanträdesdagar för underhuset från och med den dag då det uttalande som avses i led (a) görs, och
  - (ii) en proposition om att överhuset ska beakta det uttalande som avses i led (a) läggs fram för överhuset inom sju sammanträdesdagar för överhuset från och med den dag då det uttalande som avses i led (a) görs.

...

(10) Punkt (11) ska tillämpas om det vid utgången av den 21 januari 2019 inte finns någon principöverenskommelse i förhandlingarna enligt artikel 50.2 i fördraget om Europeiska unionen om huvudinnehållet i:

- (a) dispositionerna för Förenade kungarikets utträde ur Europeiska unionen, och
- (b) ramverket för de framtida förbindelserna mellan Europeiska unionen och Förenade kungariket efter utträdet.

(11) Ansvarig minister i Förenade kungarikets regering är skyldig att inom fem dagar från och med utgången av den 21 januari 2019:

- (a) göra ett uttalande i vilket det anges hur Förenade kungarikets regering föreslår att gå vidare, och
- (b) vidta åtgärder för att:
  - (i) en proposition, avfattad i neutrala ordalag och med innebörden att underhuset har dryftat frågan om det uttalande som avses i led (a), läggs fram för underhuset inom fem sammanträdesdagar för underhuset från och med utgången av den 21 januari 2019, och
  - (ii) en proposition om att överhuset ska beakta det uttalande som avses i led (a) läggs fram för överhuset inom fem sammanträdesdagar för överhuset från och med utgången av den 21 januari 2019.

...”

## **II. Faktiska omständigheter, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan**

12. Den 23 juni 2016 röstade Förenade kungarikets medborgare i en folkomröstning (51,9 % mot 48,1 %) för att deras land skulle utträda ("exit") ur Europeiska unionen.

13. United Kingdom Supreme Court (Förenade kungarikets högsta domstol) slog, i dom av den 24 januari 2017, Miller,<sup>5</sup> fast att Förenade kungarikets regering först behövde få parlamentets godkännande för att kunna anmäla sin avsikt att utträda ur unionen till Europeiska rådet. Frågan huruvida anmälan kunde återkallas behandlades dock inte i domen, eftersom den frågan var ostridig i det målet: samtliga parter ansåg att anmälan var oåterkallelig.<sup>6</sup>

14. Den 13 mars 2017 antog Förenade kungarikets parlament European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017,<sup>7</sup> som gav premiärministern tillstånd att anmäla Förenade kungarikets avsikt att utträda ur unionen med tillämpning av artikel 50.2 FEU.

15. Den 29 mars 2017 anmälde Förenade kungarikets premiärminister avsikten att utträda till Europeiska rådet.

16. Den 29 april 2017 antog Europeiska rådet (artikel 50) de riktlinjer som definierar ramarna för förhandlingarna i enlighet med artikel 50 FEU och anger de övergripande ståndpunkter och principer som unionen kommer att vägledas av under dessa förhandlingar.<sup>8</sup> På kommissionens rekommendation av den 3 maj 2017 godkände rådet den 22 maj 2017, i enlighet med artikel 50 FEU och artikel 218.3 FEUF, det beslut som bemyndigade kommissionen att inleda förhandlingarna med Förenade kungariket för att uppnå ett avtal om utträde ur Europeiska unionen och Europeiska atomenergigemenskapen.<sup>9</sup>

17. Den 14 november 2018 avslutades förhandlingarna med ett utkast till avtal om Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands utträde ur Europeiska unionen och Europeiska atomenergigemenskapen.<sup>10</sup> Därefter, den 22 november 2018, fastställdes en politisk förklaring om de framtida förbindelserna mellan Europeiska unionen och Förenade kungariket.<sup>11</sup> Avtalet och förklaringen godkändes av Europeiska rådet den 25 november 2018.

18. Fram till dess att ratificeringsförfarandena för utkastet i Förenade kungariket och i Europeiska unionen har avslutats med avsett resultat, kvarstår de två möjligheter som avses i artikel 50.3 FEU.

5 R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5.

6 R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5, punkt 26. Lord Neuberger konstaterade: "In these proceedings, it is common ground that *notice under article 50(2)* (which we shall call 'Notice') cannot be given in qualified or conditional terms and that, *once given, it cannot be withdrawn*. Especially as it is the Secretary of State's case that, even if this common ground is mistaken, it would make no difference to the outcome of these proceedings, *we are content to proceed on the basis that that is correct, without expressing any view of our own on either point ...*" ("I detta förfarande är det ostridigt mellan parterna att anmälan med stöd av artikel 50.2 (nedan kallad anmälan) inte kan inges med förbehåll eller villkor och att den, *när den väl har lämnats in, inte kan återkallas*. Speciellt med tanke på att ministern har anfört att denna gemensamma ståndpunkt, även om den skulle vara inkorrekt, saknar betydelse för utgången i detta mål, kan vi utgå ifrån att den är korrekt utan att uttrycka någon egen ståndpunkt angående den ena eller den andra aspekten ...")

7 European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017, c. 9, section 1 (Lag om anmälan av utträde ur Europeiska unionen).

8 Dokument EUCO XT 20004/17 av den 29 april 2017, Europeiska rådets riktlinjer med anledning av Förenade kungarikets anmälan i enlighet med artikel 50 i EU-fördraget (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20004-2017-INIT/sv/pdf>).

9 Europeiska unionens råds beslut (EU, Euratom) XT 21016/17 av den 22 maj 2017 om bemyndigande att inleda förhandlingar med Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland om ett avtal där villkoren för dess utträde ur Europeiska unionen fastställs (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-21016-2017-ADD-1-REV-2/sv/pdf>). En grupp brittiska medborgare som är bosatta i olika länder inom unionen har väckt talan om ogiltigförklaring av detta beslut, vilken avisats av tribunalen genom dom av den 26 november 2018 i målet Shindler m.fl./rådet (T-458/17, EU:T:2018:838).

10 Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community. Texten kommer att undergå en juridisk granskning och finns endast tillgänglig på engelska, på [https://www.consilium.europa.eu/media/37099/draft\\_withdrawal\\_agreement\\_incl\\_art132.pdf](https://www.consilium.europa.eu/media/37099/draft_withdrawal_agreement_incl_art132.pdf)

11 Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom. Texten finns endast tillgänglig på engelska, på <https://www.consilium.europa.eu/media/37100/20181121-cover-political-declaration.pdf>

19. Den 19 december 2017 lämnade flera ledamöter av Skottlands parlament, Förenade kungarikets parlament och Europaparlamentet in en begäran till Court of Session, Outer House (Skottlands överdomstol i tvistemål, kammaren i första instans, Förenade kungariket) om *judicial review*, för att få det klarlagt huruvida det är möjligt att ensidigt återkalla anmälan om avsikten att utträda före utgången av tvåårsfristen i artikel 50 FEU, med följderna att Förenade kungariket stannar kvar i unionen om en sådan återkallelse äger rum.

20. Begäran avslogs av Lord Ordinary (domare i första instans) genom beslut av den 6 februari 2018,<sup>12</sup> med motiveringen att den påverkade suveräniteten hos Förenade kungarikets parlament och uttryckte en hypotetisk fråga i avsaknad av indikationer på att Förenade kungarikets regering eller dess parlament önskade återkalla anmälan om avsikten att utträda.

21. Sökandena överklagade domen till Court of Session, Inner House (Skottlands överdomstol i tvistemål, appellationskammaren) som genom beslut av den 20 mars 2018<sup>13</sup> återförvisade målet till första instans för prövning i sak.

22. Genom beslut av den 8 juni 2018<sup>14</sup> avslog Lord Ordinary (domare i första instans) vid Court of Session (Skottlands överdomstol i tvistemål) begäran om hänskjutande av en tolkningsfråga till EU-domstolen och talan ogillades.<sup>15</sup>

23. Sökandena överklagade beslutet till Court of Session, Inner House, First Division (Skottlands överdomstol i tvistemål, appellationskammaren, första avdelningen) som beslutade att ta upp överklagandet till prövning och, genom beslut av den 21 september 2018,<sup>16</sup> biföll begäran om hänskjutande av en tolkningsfråga enligt artikel 267 FEUF.

24. Den hänskjutande domstolen

- anser att det varken är förhastat eller av endast akademiskt intresse att klargöra huruvida en anmälan lagligen kan återkallas ensidigt, med följderna att Förenade kungariket stannar kvar i unionen, och
- lyfter fram den osäkerhet som omgärdar denna fråga och anser att ett svar på frågan kommer att ge ledamöterna i Förenade kungarikets parlament möjlighet att bilda sig en klar uppfattning om de befintliga alternativen när det är dags för dem att rösta. Den anser att oavsett om det är av intresse för ledamöterna av det skottiska parlamentet och av Europaparlamentet att frågan besvaras, så har ledamöterna av Förenade kungarikets parlament ett sådant intresse.

25. Den hänskjutande domstolen har dragit denna slutsats med beaktande av att drottningen den 26 juni 2018 godkände European Union (Withdrawal) Act 2018, vars section 13 i detalj reglerar parlamentets godkännande av resultatet av förhandlingarna mellan Förenade kungariket och Europeiska unionen i enlighet med artikel 50 FEU. I synnerhet kan ett utträdesavtal endast ratificeras om det, och ramverket för de framtida förbindelserna mellan Förenade kungariket och Europeiska unionen, har godkänts av House of Commons (underhuset) och om båda delarna – avtalet och ramverket för de framtida förbindelserna – har varit föremål för debatt i House of Lords (överhuset).

12 [2018] CSOH 8, <https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2018csoh8.pdf?sfvrsn=0>

13 [2018] CSIH18, <https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2018csih18.pdf?sfvrsn=0>

14 <https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2018csoh61.pdf?sfvrsn=0>

15 För en kritisk analys av detta avgörande, se Taylor, R. och Wilson, A., "Brexit, the revocation of article 50, and the path not taken: Wightman and Others for Judicial Review against the Secretary of State for Exiting the European Union" *Edinburgh Law Review*, 2018, vol. 22, ss. 417–422.

16 Till beslutet bifogas de synpunkter som i kammaren sittande domare gav uttryck för [2018] CSIH 62 [http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2018/\[2018\]\\_CSIH\\_62.html](http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2018/[2018]_CSIH_62.html)

Om ett godkännande inte ges ska regeringen förklara hur den avser att gå vidare med avseende på förhandlingarna. Om premiärministern före den 21 januari 2019 slår fast att ingen principöverenskommelse kan nås, ska regeringen åter föreslå hur den ska gå vidare. Detta förslag måste föreläggas parlamentets båda kammare.

26. I section 13 i European Union (Withdrawal) Act 2018 anges att om underhuset underkänner utträdesavtalet ska fördragen upphöra att vara tillämpliga på Förenade kungariket den 29 mars 2019, om ingenting mer inträffar. Detsamma gäller om något utträdesavtal mellan Förenade kungariket och unionen inte har kommit till stånd före detta datum.

27. Court of Session, Inner House, First Division (Skottlands överdomstol i tvistemål, appellationskammaren, första avdelningen) beslutade under dessa förhållanden att hänskjuta följande tolkningsfråga till EU-domstolen:<sup>17</sup>

”I ett fall där en medlemsstat i enlighet med artikel 50 i fördraget om Europeiska unionen har anmält sin avsikt att utträda ur Europeiska unionen till Europeiska rådet, tillåter unionsrätten att den anmälande medlemsstaten ensidigt återkallar sin anmälan, och om så är fallet, under vilka villkor och med vilken verkan avseende medlemsstatens fortsatta medlemskap i Europeiska unionen?”

### III. Förfarandet vid EU-domstolen

28. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 3 oktober 2018.

29. Den hänskjutande domstolen har ansökt om att målet om förhandsavgörande ska handläggas skyndsamt i enlighet med artikel 105.1 i domstolens rättegångsregler. Till stöd för detta har den hänvisat till att målet är av brådskande karaktär eftersom överläggningarna och den därpå följande omröstningen i parlamentet angående Förenade kungarikets utträde ur unionen måste äga rum i god tid före den 29 mars 2019.

30. Domstolens ordförande biföll denna ansökan, vilket framgår av beslutet av den 19 oktober 2018, och motiverade tillämpningen av det skyndsamma förfarandet med att det var nödvändigt att klargöra innebörden av artikel 50 FEU innan de nationella parlamentsledamöterna måste ta ställning till utträdesavtalet och att denna bestämmelse var av grundläggande betydelse såväl för Förenade kungariket som för Europeiska unionens konstitutionella ordning.<sup>18</sup>

31. Sökandena i det nationella målet (Wightman m.fl., liksom Tom Brake och Chris Leslie), Förenade kungarikets regering, kommissionen och rådet har inkommit med skriftliga yttranden och samtliga deltog i förhandlingen vid EU-domstolen den 27 november 2018.

### IV. Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning

32. Förenade kungarikets regering har anfört att tolkningsfrågan inte kan tas upp till prövning. Kommissionen har uttryckt osäkerhet i detta avseende, men har inte formellt invänt mot en prövning i sak.

<sup>17</sup> Den 19 oktober 2018 inkom svaranden (the Secretary of State for Exiting the European Union) till den hänskjutande domstolen med en begäran om prövningstillstånd (*permission to appeal*) för att vid United Kingdom Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket) motsätta sig inhämtandet av ett förhandsavgörande. Begäran avslogs den 8 november 2018 av Court of Session, Inner House, First Division (Skottlands överdomstol i tvistemål, appellationskammaren, första avdelningen) och den 20 november av United Kingdom Supreme Court (Högsta domstolen, Förenade kungariket).

<sup>18</sup> Beslut av domstolens ordförande av den 19 oktober 2018, Wightman m.fl. (C-621/18, EU:C:2018:851), punkterna 9 och 11.



33. Förenade kungariket har intagit följande ståndpunkt:

- Frågan, som är rent hypotetisk och teoretisk (av akademiskt intresse) med hänsyn till att det inte föreligger någon indikation på att Förenade kungarikets regering eller parlament avser att återkalla anmälan om avsikten att utträda, kan inte prövas i sak.
- Ett upptagande till sakprövning av tolkningsfrågan skulle strida mot det system för rättsmedel som föreskrivs i grundfördragen, vilka inte innehåller någon möjlighet för EU-domstolen att avge rådgivande yttranden i konstitutionella frågor såsom en medlemsstats utträde ur unionen.

34. Det följer av fast rättspraxis att det uteslutande ankommer på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen eller giltigheten av en unionsbestämmelse. Härav följer att frågor som rör unionsrätten presumeras vara relevanta.

35. Av samma rättspraxis följer att en begäran från en nationell domstol bara kan avvisas av EU-domstolen då det är uppenbart att den begärda tolkningen eller giltighetsprövningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den.<sup>19</sup>

36. Inte något av dessa villkor, vilka utgör en nödvändig förutsättning för att direkt avvisa en begäran om förhandsavgörande, är enligt min uppfattning uppfyllt i det förevarande målet.

37. För det första får EU-domstolen utgå ifrån att den hänskjutande domstolen har meddelat beslutet om hänskjutande i enlighet med de regler som styr förfarande, behörighet och domstolsorganisation enligt nationell rätt.<sup>20</sup> Närmare bestämt kan det inte här ifrågasättas huruvida det enligt förfarandet *judicial review*, såsom detta tillämpas i Skottland,<sup>21</sup> i detta enskilda fall är berättigat för den hänskjutande domstolen (liksom i andra mål som redan avgjorts av EU-domstolen)<sup>22</sup> såväl att framställa begäran om förhandsavgörande som att meddela sin efterföljande dom.<sup>23</sup>

19 Dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl (C-62/14, EU:C:2015:400, punkterna 24 och 25), dom av den 4 maj 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324, punkterna 15 och 16), dom av den 5 juli 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, punkt 19), dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 54), dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkterna 50 och 155), och dom av den 7 februari 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2017:524, punkterna 31 och 32).

20 I synnerhet ankommer det inte på EU-domstolen att blanda sig i diskussionen – som återspeglas i beslutet om hänskjutande – om förutsättningarna för en *judicial review* i det nationella målet, eller om den hänskjutande domstolens bedömning av de faktiska omständigheterna med avseende på tillämpningen av de kriterier som uppställs i skotsk rätt. Se, analogt, dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 26), och dom av den 7 februari 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66, punkt 34).

21 För en allmän beskrivning av det förfarande som kallas *judicial review*, se Harvie-Clark, S., "Judicial Review", *SPICe Briefing* 16/62, Scottish Parliament, 2016.

22 I domen av den 23 december 2015, Scotch Whisky Association m.fl. (C-333/14 EU:C:2015:845) besvarade EU-domstolen de tolkningsfrågor som ställts inom ramen för en skotsk *judicial review* utan att finna att det förelåg något hinder mot en upptagning till sakprövning. Generaladvokat Bot uttalade sig även uttryckligen i sitt förslag till avgörande för en sådan lösning (C-333/14, EU:C:2015:527), punkterna 19–24.

23 EU-domstolen har redan vid ett flertal tillfällen slagit fast att det har varit möjligt att pröva tolknings- eller giltighetsfrågor avseende sekundärrättsakter som ställts inom ramen för en talan om lagenlighetsprövning (*judicial review*), bland annat i dom av den 10 december 2002, British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741), dom av den 3 juni 2008, Intertanko m.fl. (C-308/06, EU:C:2008:312), dom av den 8 juli 2010, Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419), dom av den 4 maj 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324), och Philip Morris Brands m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325), och dom av den 7 februari 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66).

38. För det andra rör det sig om en verklig tvist, där de motstående rättsliga synsätt som företräds av de olika parterna tydligt skiljer sig åt. Det är verkligen fråga om en autentisk diskussion i en pågående tvist i vilken motstridiga argument och påståenden anförs:

- Sökandena yrkar att den hänskjutande domstolen ska fastställa att artikel 50 FEU tillåter en ensidig återkallelse av anmälan om avsikten att utträda, och ansöker om att den ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen i denna fråga.
- Förenade kungarikets regering motsätter sig yrkandet.

39. För det tredje är den hänskjutande domstolens fråga nödvändig för att det nationella målet ska kunna avgöras. Man skulle till och med kunna säga att denna fråga utgör själva tvisteföremålet. Det är EU-domstolen som har behörighet att tillhandahålla en slutgiltig och enhetlig tolkning av artikel 50 FEU, och det krävs en avsevärd hermeneutisk ansträngning för att fastställa huruvida denna artikel tillåter, eller inte tillåter, en ensidig återkallelse av anmälan om avsikten att utträda. Utan stöd från EU-domstolen skulle den hänskjutande domstolen svårligen kunna avgöra den tvist som har anhängiggjorts vid densamma.

40. För det fjärde är den hänskjutna frågan inte av rent akademiskt intresse.<sup>24</sup> Det som begärs är att EU-domstolen ska meddela en dom för att tolka en bestämmelse (artikel 50 FEU) som de facto tillämpas och vars framtida rättsliga verkningar obönhörligen närmar sig. Syftet med begäran om förhandsavgörande är just att ta reda på vad denna bestämmelse verkligen innebär i en fråga där stor osäkerhet råder.<sup>25</sup>

41. Att EU-domstolens svar är betydelsefullt, inte bara teoretiskt, utan också ur ett praktiskt perspektiv, är uppenbart med hänsyn till de enorma konsekvenser som brexit kommer att få juridiskt, ekonomiskt, socialt och politiskt, såväl för Förenade kungariket som för Europeiska unionen och för de rättigheter som tillkommer de – brittiska och icke brittiska – medborgare som kommer att påverkas av utträdet. Jag vill betona att det inte rör sig om en rent rättsvetenskaplig fråga, som bara kommer att intressera ett fåtal EU-rättsliga experter: den fråga som har hänskjutits till EU-domstolen kan få faktiska efterverkningar för Förenade kungariket och för Europeiska unionen själv.

42. För det femte delar jag den hänskjutande domstolens uppfattning att frågan inte har ställts i ett för tidigt skede. Det är till och med så att både jag och den hänskjutande domstolen<sup>26</sup> anser att den lämpliga tidpunkten för att undanröja den osäkerhet som råder vad gäller möjligheten att återkalla anmälan om avsikten att utträda är före – och inte efter – det att brexit har fullbordats och Förenade kungariket oundgängligen måste underkasta sig konsekvenserna av detta.

24 EU-domstolens uppgift rörande en begäran om förhandsavgörande enligt dess fasta praxis är att bidra till den faktiska lösningen av en tvist som rör unionsrätten och inte att uttala sig om allmänna eller hypotetiska frågor (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 april 2012, Kamberaj, C-571/10, (EU:C:2012:233, punkt 41), dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 42), dom av den 27 februari 2014, Pohotovost (C-470/12, EU:C:2014:101, punkt 29), och dom av den 21 december 2016, Tele2 Sverige och Watson m.fl. (C-203/15 och C-698/15, EU:C:2016:970, punkt 130)).

25 Beslut av den 14 mars 2013, Loreti m.fl. (C-555/12, EU:C:2013:174, punkt 20), dom av den 16 november 1981, Foglia (244/80, EU:C:1981:302, punkt 18), och dom av den 12 juni 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, punkt 26).

26 Uttalande från Lord Drummond Young, bilaga till beslutet om hänskjutande, punkt 59: "... departure from the European Union using the mechanism in article 50 involves venturing into completely new territory. In these circumstances, ascertaining the legal principles that apply to the use of article 50 and its consequences are a matter of great practical importance; to suggest otherwise appears to me to be manifestly absurd. The present situation should be contrasted with the position before article 50 was invoked, when the consequences of that act and the possibility of revoking it were truly hypothetical. Furthermore, many of the consequences of the article 50 declaration will become material as soon as the two-year time limit specified in that declaration comes into effect, on 29 March 2019. After that, the possibility of revocation will plainly be hypothetical. If the rights and powers of interested parties cannot be determined before that date, the country, and its legislature and executive, will be, metaphorically, sleepwalking into the consequences. That is plainly an impractical and undesirable result."

43. För det sjätte kan denna fråga inte anses överflödigt eller onödig, eftersom svaret kommer att ge ledamöterna av Förenade kungarikets parlament möjlighet att bilda sig en klar uppfattning om de befintliga alternativen innan det är dags för dem att rösta.<sup>27</sup>

44. Enligt section 13 i European Union (Withdrawal) Act 2018 ska Förenade kungarikets parlament före den 21 januari 2019 godkänna eller underkänna utträdesavtalet som, i förekommande fall, gäller mellan Förenade kungariket och Europeiska unionen, och om något sådan inte har kommit till stånd, därefter uttala sig om hur Förenade kungarikets regering ämnar gå vidare. Om ett sådant avtal underkänns eller inte föreligger upphör Förenade kungariket att vara medlem av Europeiska unionen den 29 mars 2019, om inte Europeiska rådet, i samförstånd med den berörda medlemsstaten, med enhällighet beslutar att förlänga fristen (artikel 50.3 FEU).

45. Genom svaret på tolkningsfrågan kommer ledamöterna av Förenade kungarikets parlament att få kännedom om huruvida en tredje väg står till deras förfogande, utöver de alternativ som de förfogar över i nuläget (underkännande eller godkännande av utträdesavtalet och uttalande om Förenade kungarikets regerings agerande i avsaknad av ett sådant avtal). Denna tredje väg skulle göra det möjligt för parlamentet att uppmana Förenade kungarikets regering att återkalla anmälan om avsikten att utträda, varvid Förenade kungariket skulle förbli part i fördragen om upprättandet av Europeiska unionen och förbli en EU-medlemsstat.<sup>28</sup>

46. För det sjunde är det inte bara ett utlåtande av rent konsultativ karaktär, såsom kommissionen förefaller hävda (med vissa förbehåll), som begärs från domstolen. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande anfört att EU-domstolens svar är nödvändigt för att den hänskjutande domstolen ska kunna avge den *declarator*<sup>29</sup> som har begärts av den, men att denna endast kommer att vara rådgivande och inte ge upphov till några direkta verkningar för parterna.

47. Jag delar inte denna uppfattning eftersom den hänskjutande domstolens avgörande, såsom jag just har påpekat, kan få rättsverkningar såtillvida att det skulle kunna ge parterna, som är ledamöter av Förenade kungarikets parlament, rätt att ta ett initiativ, grundat på unionsrätten, till förmån för en ensidig återkallelse av anmälan om avsikten att utträda.

48. Förenade kungarikets regering har även hävdat att det som begärs från EU-domstolen är ett rådgivande utlåtande beträffande en hypotetisk återkallelse som regeringen själv inte är beredd att lämna in. Enligt regeringens åsikt medger grundfördragen inte att förfarandet för förhandsavgörande används i denna situation, eftersom artikel 50 FEU – till skillnad från artikel 218.11 FEUF – inte nämner någon möjlighet att inhämta ett yttrande från EU-domstolen. Regeringen har tillagt att ett ifrågasättande av lagligheten av denna (eventuella) återkallelse ska ske genom en direkt talan om fördragsbrott eller ogiltigförklaring när återkallelsen väl har genomförts. Ett rådgivande yttrande från EU-domstolen i en sådan politiskt känslig fråga som brexit skulle, enligt regeringen, innebära inblandning i antagandet av beslut som ska fattas av den verkställande och lagstiftande makten i Förenade kungariket och som fortfarande är under förhandling.

49. Jag ansluter mig inte heller till dessa argument. Såsom jag redan har angett ovan har EU-domstolen inte ombetts att lämna ett rådgivande utlåtande, utan att samarbeta med den hänskjutande domstolen så att denna kan avgöra en *verklig* tvist som pågår mellan två parter med tydliga rättsliga ståndpunkter och som kräver en tolkning av artikel 50 FEU. Då det råder osäkerhet om huruvida det förfarande som beskrivs i denna bestämmelse medger en möjlighet att ensidigt återkalla anmälan om avsikten att utträda, ankommer det på den hänskjutande domstolen att meddela en fastställelse, med betydande verkningar, som i sin tur beror på tolkningen av en bestämmelse i FEU.

27 Beslutet om begäran om förhandsavgörande, punkt 10.

28 Se punkterna 7 och 27 i uttalandet av Lord Carloway, bilaga till beslutet om förhandsavgörande.

29 Med *declarator* avses det domstolsavgörande som meddelas när en part har väckt talan om ett *fastställande* till förmån för denna part vad gäller rättigheter eller rättslig ställning.

50. I detta sammanhang är en begäran om förhandsavgörande enligt 267 FEUF ett lämpligt sätt att i förväg undanröja nämnda osäkerhet, det vill säga utan att vänta på att en återkallelse sker. Själva medgivandet av att en sådan återkallelse är möjlig kan i sig, om EU-domstolen bekräftar det, få relevanta rättsverkningar, såtillvida att det öppnar möjligheten för de parlamentsledamöter som är parter i målet att åberopa detta till stöd för en viss ståndpunkt.

51. Genom att besvara tolkningsfrågan kommer EU-domstolen således inte att utöva någon rådgivande funktion utan den kommer att lämna ett svar i enlighet med sin dömande funktion (det vill säga funktionen att *fastställa vad som är gällande rätt*), för att den hänskjutande domstolen utifrån detta svar ska kunna pröva sökandenas fastställsetalan i en dom som har en faktisk rättslig verkan.

52. Genom att, under dessa villkor, besvara tolkningsfrågan går EU-domstolen inte utanför den roll som den tilldelas i artiklarna 19 FEU och 267 FEUF. Dess tolkning av artikel 50 FEU innebär inte att domstolen lägger sig i den politiska processen avseende förhandlingarna om Förenade kungarikets utträde ur unionen. Den tjänar därutöver till att från ett unionsrättsligt perspektiv tydliggöra de rättsliga ramarna för detta utträde, där den verkställande makten och den lagstiftande makten i Förenade kungariket är de främsta aktörerna.

53. Vidare gäller att EU-domstolen, precis som i andra för medlemsstaterna särskilt känsliga fall, inte får åsidosätta sina skyldigheter genom att undvika att svara på en korrekt formulerad fråga (det vill säga som formulerats i enlighet med artikel 267 FEUF), endast på grund av att detta svar skulle kunna läsas från ett politiskt, och inte ett rent juridiskt, perspektiv av vissa parter.

54. Slutligen måste jag hänvisa till domen i målet *American Express*,<sup>30</sup> som nämns i beslutet om hänskjutande, om så endast är för att vederlägga att min nuvarande ståndpunkt skulle strida mot min ståndpunkt i förslaget till avgörande i det målet.<sup>31</sup> Samtidigt som jag lovordade flexibiliteten i förfarandena för *judicial review* uttryckte jag vissa reservationer och riktade kritik mot EU-domstolens alltför stora generositet när det gäller att pröva frågor som uppstått i denna typ av förfaranden ”när det handlar om att pröva giltigheten av unionsrättsliga bestämmelser”.

55. I det målet hävdade jag att det inte förelåg någon verklig konflikt mellan *American Express* och myndigheterna i Förenade kungariket: båda parter hade vänt sig i samförstånd till den domstol som de ombad hänskjuta de frågor som de själva hade förberett till EU-domstolen. Avsaknaden av motstående ståndpunkter hos parterna indikerade att det inte var fråga om en äkta tvist, utan snarare om ett processuellt knep som parterna tillsammans bestämt sig för att använda uteslutande i syfte att utverka en dom från EU-domstolen.

56. Inga av dessa faktorer föreligger i det nu aktuella målet, såsom jag har visat ovan. Jag ska tillägga att EU-domstolen i det målet, i vilket fall som helst, ansåg att begäran om förhandsavgörande kunde prövas i sak, även under de förhållanden som jag just har återgett.

57. Av dessa skäl är jag benägen att hävda att tolkningsfrågan kan tas upp till prövning i sak.

## V. Prövning av tolkningsfrågan

58. Kan en medlemsstat (i detta fall Förenade kungariket) återkalla anmälan om sin avsikt att utträda ur unionen efter det att Europeiska rådet har underrättats om den?

30 Dom av den 7 februari 2018 (C-304/16, EU:C:2018:66).

31 Förslag till avgörande av den 6 juli 2017, *American Express* (C-304/16, EU:C:2017:524, punkterna 42–47).

59. Då artikel 50 FEU inte innehåller något uttryckligt svar på denna till synes enkla fråga finns det tre tänkbara lösningar: a) nej, inte i något fall, b) ja, ovillkorligen, eller c) ja, under vissa villkor. De resonemang som kan motivera dessa svar är tveklöst komplexa, såsom framgår av den diskussion som har förts i medlemsstater (särskilt i Förenade kungariket) och i den juridiska doktrinen.<sup>32</sup>

60. Denna polemik har funnit sin väg till detta mål om förhandsavgörande, i vilket

- sökandena (Wightman m.fl.) och de som har intervenerat till stöd för dessa (Tom Brake och Chris Leslie) förespråkar tolkningen att en ensidig återkallelse är möjlig under vissa villkor, och
- kommissionen och rådet tvärtom motsätter sig en ensidig återkallelse, samtidigt som de anser att artikel 50 FEU tillåter en återkallelse (som jag kommer att beteckna som *överenskommen* återkallelse) när Europeiska rådet har godkänt den med enhällighet.

61. I själva verket är denna diskussion ett eko av en polemik som förekom redan i juridikens begynnelse, såsom vi känner den i dag, beträffande verkningarna av ensidiga viljeförklaringar, när dessa riktar sig till tredje man, och av en eventuell återkallelse av dessa vid ett senare tillfälle. I romersk rätt förekom i detta avseende rigida ståndpunkter (*optioe facta, ius eligendi consumitur*)<sup>33</sup> parallellt med mer flexibla ståndpunkter som medgav ett tillbakadragande eller avstående från dessa förklaringar (*mutatio consilii*) under förutsättning att det inte skedde till nackdel eller till skada för tredje man.

62. När jag nu övergår till prövningen i sak, kommer mitt resonemang att ske i följande steg:

- Först och främst kommer jag att undersöka folkrättens regler om staters möjligheter att frånträda internationella traktat, inklusive de regler som styr återkallelse av frånträde. Av denna undersökning kommer man att kunna sluta sig till huruvida dessa regler är tillämpliga i det förevarande fallet.
- Därefter kommer jag att göra en tolkning av 50 FEU såsom *lex specialis*, för att fastställa huruvida det, enligt denna artikel, inte finns något som hindrar en ensidig återkallelse av anmälan om avsikten att utträda. Om det förhåller sig så, kommer jag att analysera de krav som medlemsstaterna måste uppfylla för att kunna göra en sådan ensidig återkallelse.
- Avslutningsvis kommer jag att ta upp det av kommissionen och rådet nämnda alternativet med en *överenskommen* återkallelse.

32 Bland de författare som förespråkar tolkningen att det är möjligt att återkalla anmälan om avsikten att utträda, se Craig, P.: "Brexit: A Drama in Six Acts", *European Law Review*, 2016, vol. 41, ss. 447–468; Eeckhout, P., och Frantziou, E.: "Brexit and Article 50 TEU: A constitutionalist reading", *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54 (3), ss. 695–734; Edward, D., Jacobs F., Lever J., Mountfield, H., och Facenna, G.: "In the matter of Article 50 of the Treaty on European Union ('The Three Knights' Opinion)", 2017; Sari, A.: "Reversing a withdrawal notification under article 50 TEU: can a Member State change its mind?", *European Law Review*, 2017, vol. 42, ss. 451–473; Tridimas, T.: "Article 50: An Endgame without an End?", *King's Law Journal*, 2016, vol. 27, ss. 297–313.

Bland de författare som förespråkar tolkningen att anmälan är oåterkallelig, se Gatti, M.: "The Article 50 Procedure for Withdrawal from the EU: A Well-Designed Secession Clause", Paper presented at the EU Studies Association (EUSA) Conference, Miami, 4–6, maj 2017; Panel 31 – *Brexit: Impact upon European Law and Integration*, s. 10 (<https://www.eustudies.org/conference/papers/download/431>); Papageorgiou, I.: "The (ir-)revocability of the withdrawal notification under Article 50 TEU", *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, European Parliament, 2018; Ostendorf, P.: "The withdrawal cannot be withdrawn: the irrevocability of a withdrawal notification under art. 50(2) TEU", *European Law Review*, 2017, vol. 42(5), ss. 767–776.

33 "När valet väl har gjorts, är rätten att välja förbrukad" (Digesto 33.5.2.2–3).

## A. Frånträde från traktat enligt folkrätten

### 1. Regler i Wienkonventionen, sedvaneregler och staternas praxis beträffande rätten att frånträda

63. Eftersom grundvalen för regleringen av internationella traktat är principen om *pacta sunt servanda*, som stadfästas i artikel 26 i Wienkonventionen, så har staterna visat vissa reservationer mot att acceptera att en stat som är part i en internationell traktat har rätt att frånträda denna traktat. Därför anges i artikel 42 i Wienkonventionen att "[e]n traktats upphörande, dess uppsägning eller en parts frånträde kan äga rum endast som en följd av tillämpningen av traktatens bestämmelser eller av denna konvention. Samma regel gäller för suspension av en traktat".

64. Möjligheten att frånträda en traktat anges uttryckligen i Wienkonventionen:

- Enligt artikel 54 kan en stat som är part i en traktat frånträda denna "i enlighet med traktatens bestämmelser"<sup>34</sup> eller "när som helst med alla parter samtycke efter samråd med de övriga fördragsslutande staterna".<sup>35</sup>
- I artikel 56 anges att om en traktat inte innehåller några uttryckliga bestämmelser om uppsägning eller frånträde, så kan ett frånträde endast äga rum om det fastställts att parterna hade för avsikt att medge möjligheten av frånträde eller om rätten till frånträde är underförstådd på grund av traktatens natur.<sup>36</sup>

65. Internationell praxis vad gäller ensidigt frånträddande av multilaterala traktat är inte särskilt omfattande, men det har förekommit fall. Under de senaste åren har bruket av frånträde ökat, på grund av att vissa regeringar hyser betänkligheter mot internationella traktat och deltagande i internationella organisationer.<sup>37</sup>

66. Det har också förekommit fall där en traktat har frånträts under en viss tidsperiod med en därpå följande anslutning till samma traktat. Ett av de mest relevanta exemplen avser de europeiska kommunistländerna som vid kalla krigets början lämnade Världshälsoorganisationen (WHO) och Förenta nationernas organisation för utbildning, vetenskap och kultur (Unesco). Då det i stadgarna för båda dessa internationella organisationer saknades en utträdesklausul hävdade väststaterna att ett utträde krävde ett samtycke från övriga traktatstater. Till stöd för sin ståndpunkt hävdade kommunistländerna, såsom en allmän folkrättslig princip, att stater inte kan vara tvungna att fortsätta vara parter i en traktat mot sin vilja.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Detta är precis fallet med artikel 50 FEU.

<sup>35</sup> Artiklarna 64–68 i Wienkonventionen innehåller reglerna för det förfarande som ska följas när en multilateral traktat frånträds i enlighet med artiklarna 54 och 56 i Wienkonventionen.

<sup>36</sup> I det sistnämnda fallet ska parten ge minst tolv månaders varsel om sin avsikt att frånträda traktaten.

<sup>37</sup> Se referensverket av Helfer, R.L.: "Exiting treaties", *Virginia Law Review*, vol. 91, november 2005, ss. 1579–1648; samt Brölmann, C., Collins, R., El Droubi, S., och Wessel, R.: "Exiting International Organizations. A brief introduction", draft to be published in *International Organizations Law Review*, 2018, nr 2; samt Bradley, C. och Helfer, R.L.: "Treaty Exit in the United States: Insights from the United Kingdom or South Africa?", *AJIL*, 2018, vol. 111, s. 428–433. Afrikanska unionen har varnat för ett massivt frånträde med avseende på Internationella brottmålsdomstolen: *Decision on the International Criminal Court*, AU Doc Assembly/AU/Dec. 622, (XXVIII), av den 31 januari 2017, och *Annex-Withdrawal Strategy Document to the Decision on the International Criminal Court*, AU Doc Assembly/AU/Dec.672 (XXX) (av den 29 januari 2018).

<sup>38</sup> Dock, M.C.: "Le retrait des membres des organisations internationales de la famille des Nations Unies", *Annuaire français de droit international*, 1994, s. 111.

67. Till följd av dessa händelser ändrades Unescos staga genom att en bestämmelse om rätt till ensidigt utträde infördes.<sup>39</sup> Denna klausul har använts av Förenade kungariket (som lämnade Unesco den 31 december 1985 och anslöt sig igen den 1 juli 1997) och av Förenta staterna (som utträdde den 31 december 1984 och åter anslöt sig den 3 oktober 2003). År 2017 lämnade Förenta staterna än en gång denna internationella organisation, vilket även Israel gjorde.<sup>40</sup>

68. Vad gäller återkallelser av anmälningar om att frånträda internationella traktat, finns det utöver ett antal historiska prejudikat,<sup>41</sup> även mer aktuella exempel som kan vara av intresse i det förevarande fallet. Jag kommer närmare bestämt att hänvisa till fallen med Panama, Gambia och Republiken Sydafrika.<sup>42</sup>

69. Den 19 augusti 2009 anmälde Panamas regering<sup>43</sup> att landet frånträdde fördraget om upprättande av det centralamerikanska parlamentet och andra politiska organ (nedan kallat Parlacen),<sup>44</sup> med åberopande av artikel 54 b i Wienkonventionen. Efter att ledamöterna av Parlacen tillbakavisat anmälan bad Panamas regering det nationella parlamentet att godkänna lag 78 av den 11 december 2011 som återspeglade innebörden av denna anmälan och medförde att de panamanska rättsakterna om ratificering av nämnda traktat upphävdes. Panamas högsta domstol förklarade dock att denna lag var författningsvidrig, såtillvida att den stred mot artikel 4 i Panamas konstitution ("Republiken Panama följer folkrättens regler"), eftersom Parlacen-fördraget inte innehöll någon uttrycklig bestämmelse om utträde och att ett sådant utträde inte kunde ske enligt artiklarna 54 och 56 i Wienkonventionen om traktaträtten.<sup>45</sup> Till följd av denna dom återkallades det panamanska utträdet och landet återupptog sitt deltagande i Parlacen.<sup>46</sup>

70. De övriga fallen rör fördraget om upprättandet av Internationella brottmålsdomstolen (ICC), det vill säga Romstadgan från år 1998:<sup>47</sup>

– Gambias regering återkallade i februari 2017, efter det att en ny president kommit till makten, den anmälan om utträde som den hade lämnat i november 2016.<sup>48</sup>

39 I artikel II punkt 6 (stycket antogs vid generalkonferensens åttonde sammanträde (1954) (8 C/Resolutioner, s. 12)) i Stadgan för Förenta Nationernas organisation för utbildning, vetenskap och kultur, som antogs i London den 16 november 1945, anges att "Varje medlemsstat i eller associerad medlem av organisationen kan utträda ur denna genom underrättelse ställd till generaldirektören. Sådan underrättelse skall träda i kraft den 31 december det år som följer efter året då underrättelsen gavs. Sådant utträde skall inte i något fall påverka skyldigheter av ekonomisk natur gentemot organisationen den dag då utträdet äger rum. Underrättelse om utträde av associerad medlem skall ges på dess vägnar av medlemsstat eller annan myndighet som är ansvarig för dess internationella förbindelser".

40 <http://www.unesco.org/new/en/member-states/member-states-information/>.

41 Spanien lämnade Nationernas förbund år 1926 men återkallade sitt beslut år 1928 och deltog aktivt i dess nionde sammanträdesperiod.

42 Papageorgiou, I., a.a.i fotnot 32, ss. 9 och 10.

43 <https://www.mire.gob.pa/index.php/es/noticias-mire/4755->.

44 Fördragstexten, som inte innehåller någon uttrycklig bestämmelse om utträde, finns tillgänglig på: <http://www.parlacen.int/Informaci%C3%B3nGeneral/MarcoPol%C3%ADticoJur%C3%ADdico/TratadoConstitutivo.aspx>.

45 Domen från Högsta domstolen (plenum) av den 2 februari 2012, [https://vlex.com.pa/vid/accion-inconstitucionalidad-sala-pleno-375091942?\\_ga=2.13901559.115975578.1539971406-1717765214.1539971406](https://vlex.com.pa/vid/accion-inconstitucionalidad-sala-pleno-375091942?_ga=2.13901559.115975578.1539971406-1717765214.1539971406).

46 <http://www.parlacen.int/Actualidad/Actualidad/tabid/146/EntryId/369/Reintegro-de-Panama-al-PARLACEN.aspx>.

47 Romstadgans text skickades ut som dokument A/CONF.183/9 av den 17 juli 1998, som ändrades genom protokoll av den 10 november 1998, 12 juli 1999, 30 november 1999, 8 maj 2000, 17 januari 2001 och 16 januari 2002. Stadgan trädde i kraft den 1 juli 2002. Mer nyligen har Afrikanska unionen varnat Internationella brottmålsdomstolen för ett massivt frånträde (*Decision on the International Criminal Court*, AU Doc Assembly/AU/Dec. 622 (XXVIII) (av den 31 januari 2017), och *Annex-Withdrawal Strategy Document to the Decision on the International Criminal Court*, AU Doc Assembly/AU/Dec.672 (XXX) (av den 29 januari 2018)).

48 *Assembly of States Parties President welcomes Gambia's decision not to withdraw from the Rome Statute*, ICC [Press Communique], av den 17 februari 2017, in <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=PR1274>.

– Republiken Sydafrikas regering, som i oktober 2016 hade anmält att landet frånträdde Romstadgan,<sup>49</sup> återkallade i mars 2017<sup>50</sup> sin anmälan efter det att denna hade ogiltigförklarats av Sydafrikas High Court.<sup>51</sup>

71. Mot bakgrund av denna internationella praxis uppkommer frågan huruvida möjligheten att återkalla en anmälan om utträde har erhållit status som internationell sedvanerätt. Eller, annorlunda uttryckt, huruvida artikel 68 i Wienkonventionen, enligt vilken de anmälningar eller de instrument som föreskrivs i artiklarna 65 och 67 kan återkallas när som helst innan de får verkan, innehåller en sedvaneregul enligt internationell rätt.

72. Artiklarna 65–68 utgör avsnitt 4 i del V i Wienkonventionen, som innehåller processuella regler för de fall då grunder för giltighet, upphävande, frånträdande eller suspension av traktat återopnas.

- Enligt artikel 65 måste den stat som önskar frånträda en traktat meddela de övriga parterna sitt anspråk med angivande av vilken åtgärd med traktaten som åsyftas och skälen för åtgärden. Dessa andra stater har tre månader till sitt förfogande för att invända mot frånträdet.
- I avsaknad av invändningar får den stat som önskar frånträda traktaten enligt artikel 67 formalisera sitt instrument för frånträdande skriftligen och tillstålla de övriga parterna detta instrument.
- I artikel 68 anges att "[e]tt i artikel 65 eller 67 föreskrivet meddelande eller instrument kan återkallas när som helst innan det får verkan".

73. Artikel 68 i Wienkonventionen antogs utan några avvikande röster från de stater som deltog i den regeringskonferens vid vilken denna konvention utarbetades på grundval av ett förslag till artiklar från kommissionen för internationell rätt, där det heller inte hade rätt någon oenighet om denna artikel.<sup>52</sup>

49 Skälet var vägran att gripa och lämna över den sudanesiska presidenten Al Bashir till Internationella brottmålsdomstolen under dennes deltagande i Afrikanska unionens toppmöte i Sydafrika i juni 2015.

50 *Assembly of States Parties President welcomes the revocation of South Africa's withdrawal from the Rome Statute*, [Press Communique], av den 11 mars 2017, en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1285>.

51 Regeringen hade anmält utträde utan förhandsgodkännande från det sydafrikanska parlamentet, vilket enligt High Court stred mot Sydafrikas författning, varför denna domstol förpliktade regeringen att dra tillbaka sin anmälan. Dom från High Court of South Africa (Gauteng Division, Pretoria), mål nr 83145/2016, den 22 februari 2017, Democratic Alliance mot Minister of International Relations and Cooperation, 2017 (3) SA 212 (GP).

52 Förslaget godkändes med 94 ja-röster, inga nej-röster och 8 nedlagda röster. Se 28th Plenary Meeting (16 maj 1969), United Nations, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (New York: United Nations, 1970), s. 157.



74. Denna omständighet skulle kunna indikera att artikel 68 i Wienkonventionen kodifierar en sedvaneregul.<sup>53</sup> Denna bestämmelse, som är kopplad till artiklarna 65 och 67, kan dock snarare betraktas som en processuell regel som tyder på en progressiv utveckling och inte som en kodifiering av internationell sedvanerätt.<sup>54</sup> Detta var EU-domstolens bedömning vad gäller artikel 65 i Wienkonventionen i målet *Racke*<sup>55</sup> och jag tror att samma bedömning kan utsträckas till att gälla för artikel 68 i Wienkonventionen (även om jag tillstår att det föreligger olika åsikter på denna punkt).<sup>56</sup>

75. I denna situation av relativ osäkerhet, som inte har skingrats genom den senaste tidens praxis vad gäller staters återkallelser av sina anmälningar om att frånträda internationella traktat, har jag svårt att se hur EU-domstolen skulle kunna slå fast att innehållet i artikel 68 i Wienkonventionen utgör en gällande sedvaneregul, det vill säga regeln att en medlemsstat som har anmält sin avsikt att frånträda en traktat ensidigt kan återkalla denna anmälan fram till dess att anmälan får verkan.

76. Oavsett om den utgör en internationell sedvaneregul eller inte, så är artikel 68 i Wienkonventionen en icke oväsentlig källa till tolkningsinspiration, såsom jag nu kommer att förklara.

## *2. Tillämpning av Wienkonventionens bestämmelser om frånträde av traktat på Europeiska unionen och dess medlemsstater*

77. Är Wienkonventionens bestämmelser om frånträde av internationella traktater tillämpliga på en EU-medlemsstats utträde ur unionen? Om så är fallet, hur förhåller sig då Wienkonventionen till bestämmelserna i artikel 50 FEU?

78. FEU utgör en internationell traktat mellan stater och samtidigt ett instrument för upprättande av en internationell organisation (Europeiska unionen). I denna egenskap faller detta fördrag under Wienkonventionen enligt vad som anges i konventionens artikel 5.<sup>57</sup> Det ska dock erinras om att unionen inte är part i Wienkonventionen och att flera av dess medlemsstater (Frankrike, Rumänien) inte heller är det. Således är Wienkonventionens bestämmelser om frånträde av en traktat och eventuell återkallelse, särskilt artikel 68 i Wienkonventionen, inte tillämpliga i unionsrätten såsom internationella konventionsbestämmelser.

53 Se däremot Tzanakopoulos, A.: "Article 68 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties", i Oliver Corten, och Pierre Klein, eds., Oxford University Press, 2011, vol. II, s. 1565. Däremot intar Krieger, H., "Article 68", i Dörr, Oliver, Schmalenbach, Kirsten (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, 2 uppl., Springer, Berlin, 2018, s. 1259, en mer välvillig inställning till artikel 68 såsom sedvaneregul.

54 I domen av den 3 februari 2006 i målet *Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo mot Rwanda)* (new application: 2002), I.C.J. Reports, 2006, s. 6, punkt 125, slog Internationella domstolen fast att artikel 66 i Wienkonventionen inte uttalar sedvanerätt. Samma domstol konstaterade dock i domen av den 25 september 1997 i målet *Proyecto Gabčíkovo – Nagymaros (Ungern mot Slovakien)*, I.C.J. Reports 1997, s. 7, punkt 109, att artiklarna 65 och 67 i Wienkonventionen visserligen inte innebär kodifiering av sedvanerätt, men däremot utgör en återspeglning av sedvanerätten och innehåller vissa processuella principer som bygger på skyldigheten att handla i gott uppsåt.

55 Dom av den 16 juni 1998, *Racke (C-162/96, EU:C:1998:293, punkt 59)*: "de särskilda förfaranderegler som föreskrivs i [artikel 65 i Wienkonventionen hör] inte ... till internationell sedvanerätt". Generaladvokat Jacobs uttalade sig med ännu större tydlighet i sitt förslag till avgörande i detta mål (EU:C:1997:582), punkt 96, där han konstaterade att "[a]rtikel 65 i Wienkonventionen fastställer de tillämpliga förfarandemässiga kraven, men de förefaller inte riktigt avspegla internationella sedvanerättsliga krav. Det förefaller mig som om Wienkonventionens bestämmelser om förfarandekraven, såsom man kan förvänta sig, är mer specifika och konkreta än de internationella sedvanerättsliga kraven."

56 För en motsatt åsikt i denna fråga, se Sari, A. a.a. i fotnot 32, nr 3, ss. 466–469, som förespråkar att artikel 68 ska anses tydliggöra en sedvaneregul, och Papageorgiou, I., a.a. i fotnot 32, ss. 13–16, vars åsikt är att artikel 68 utgör en regel som har växt fram progressivt.

57 I artikel 5 i Wienkonventionen, om traktater genom vilka internationella organisationer stiftas och traktater antagna inom en internationell organisation, anges att nämnda konvention "äger tillämpning på traktater som utgör stiftelseurkunder för en internationell organisation och traktater antagna inom en internationell organisation med förbehåll för vederbörande organisations i detta hänseende relevanta regler".

79. Regler enligt internationell sedvanerätt är dock bindande för medlemsstaterna och för Europeiska unionen och kan ge upphov till rättigheter och skyldigheter i unionsrätten.<sup>58</sup>

80. Efter att ha gett uttryck för min tveksamhet till att kvalificera regeln i artikel 68 i Wienkonventionen, om återkallelse av en anmälan om frånträde av en traktat, som en internationell sedvaneregul, tror jag inte att den kan användas som rättslig grund för en medlemsstat att utträda ur unionen utanför förfarandet enligt artikel 50 FEU.

81. I Europeiska unionens grundfördrag återfinns nämligen en uttrycklig klausul om utträde (artikel 50 FEU), som utgör *lex specialis* i förhållande till folkrättsliga konventionsbestämmelser (artiklarna 54, 56 och 64–68 i Wienkonventionen) på området. Om en medlemsstat önskar frånträda unionens grundfördrag ska detta således i princip ske i enlighet med bestämmelserna i artikel 50 FEU.

82. Det finns dock inget som hindrar att artiklarna 54, 56, 65, 67 och – särskilt – 68 i Wienkonventionen används för att uppställa vissa riktlinjer för tolkningen som kan bidra till att undanröja den osäkerhet som råder i frågor som inte uttryckligen regleras i artikel 50 FEU. Det är fallet vad gäller en eventuell möjlighet att återkalla en anmälan om utträde, som det inte sägs något om i artikel 50 FEU.

83. Ett sådant samspel är inget ovanligt. EU-domstolen har använt sig av Wienkonventionens bestämmelser vid tolkningen av traktater, särskilt artiklarna 31 och 32<sup>59</sup>, i syfte att tydliggöra innebörden av bestämmelser i unionens grundfördrag<sup>60</sup>, i internationella avtal som unionen ingått med tredjeländer, av bestämmelserna i sekundärrätten<sup>61</sup> och även i bilaterala avtal mellan medlemsstater, när en tvist har hänskjutits till EU-domstolen i enlighet med ett särskilt avtal mellan parterna (artikel 273 FEUF).<sup>62</sup>

84. I det aktuella fallet ska en tolkning göras av artikel 50 FEU, vilken reglerar rätten till utträde. Precis som är fallet med ändring (artikel 48 FEU), anslutning (artikel 49 FEU) och ratificering (artikel 54 FEU) av unionens grundfördrag är möjligheten till utträde kopplad till fördragets ursprung och utgör en typisk folkrättslig fråga.

58 Dom av den 27 februari 2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, punkt 47): "Enligt fast rättspraxis är unionen skyldig att utöva sin befogenhet med iakttagande av internationell rätt i sin helhet, inte enbart allmänna folkrättsliga och sedvanerättsliga regler och principer, utan även bestämmelserna i de internationella avtal som unionen är bunden av (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 november 1992, Poulsen och Diva Navigation, C-286/90, EU:C:1992:453, punkt 9, dom av den 3 september 2008, Kadi och Al Barakaat International Foundation/rådet och kommissionen, C-402/05 P och C-415/05 P, EU:C:2008:461, punkt 291, och dom av den 21 december 2011, Air Transport Association of America m.fl., C-366/10, EU:C:2011:864, punkterna 101 och 123)".

59 I artikel 31.1 i Wienkonventionen anges att "[e]n traktat skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte". I artikel 32 i Wienkonventionen godtas såsom supplementära tolkningsmedel särskilt förarbetena till traktaten och omständigheterna vid dess ingående.

60 I domen av den 15 september 2011, kommissionen/Slovakien (C-264/09, EU:C:2011:580, punkt 41), anges att "[s]yftet med artikel 307 första stycket EG är enligt fast rättspraxis att, i överensstämmelse med folkrättsliga grundsatser såsom de framgår av bland annat artikel 30.4 b i Wienkonventionen om traktaträtten av den 23 maj 1969, precisera att EG-fördragets tillämpning inte påverkar den berörda medlemsstatens åtaganden att respektera tredjelands rättigheter enligt tidigare avtal och fullgöra motsvarande förpliktelser". Se även dom av den 14 oktober 1980, Burgoa (812/79, EU:C:1980:231, punkt 8).

61 Dom av den 25 februari 2010, Brita (C-386/08, EU:C:2010:91, punkt 43), dom av den 3 september 2008, Kadi och Al Barakaat International Foundation/rådet och kommissionen (C-402/05 P och C-415/05 P, EU:C:2008:461, punkt 291); dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 94), dom av den 21 december 2016, rådet/Frente Polisario (C-104/16 P, EU:C:2016:973, punkt 86), och dom av den 27 februari 2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, punkt 58). I domen av den 11 juli 2018, Bosphorus Queen Shipping (C-15/17, EU:C:2018:557, punkt 67), anges följande: "Vid tolkningen av Montego Bay-konventionen ska ledning sökas i folkrättens sedvanerätt såsom den anges i bestämmelserna i artikel 31.1 i Wienkonventionen om traktaträtten, vilken är bindande för unionens institutioner och ingår i unionens rättsordning ... I denna bestämmelse framgår att en traktat ska tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte."

62 Dom av den 12 september 2017, Österrike/Tyskland (C-648/15, EU:C:2017:664, punkt 39).

85. Artikel 50 FEU, som har inspirerats av artiklarna 65–68 i Wienkonventionen,<sup>63</sup> är, jag repeterar, *lex specialis* i förhållande till de allmänna folkrättsliga bestämmelserna beträffande frånträde av traktater, men inte en i sig komplett bestämmelse som på ett uttömmande sätt reglerar varenda liten detalj av utträdesprocessen.<sup>64</sup> Det finns således inget som hindrar att man för att fylla luckorna i artikel 50 FEU riktar blicken mot artikel 68 i Wienkonventionen, även om denna inte, i egentlig mening, återspeglar en internationell sedvaneregulering.

### ***B. Ensidig återkallelse av anmälan om avsikten att utträda i enlighet med artikel 50 FEUF***

86. Förfarandet enligt artikel 50 FEU, som infördes genom Lissabonfördraget, inleds genom beslutet om utträde som medlemsstaten måste anta ”i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser”.

87. De skeden i förfarandet som därefter följer har sammanfattats av EU-domstolen på detta sätt: ”omfattar, för det första, anmälan till Europeiska rådet om medlemsstatens avsikt att utträda, för det andra, förhandlingar och ingående av ett avtal där villkoren för utträdet fastställs med beaktande av de framtida förbindelserna mellan den berörda medlemsstaten och unionen och, för det tredje, själva utträdet vid den tidpunkt då avtalet träder i kraft eller, om det inte finns något avtal, två år efter anmälan till Europeiska rådet om inte detta, i samförstånd med den berörda medlemsstaten, med enhällighet beslutar att förlänga denna tidsfrist.”<sup>65</sup>

88. Med hänsyn till att artikel 50 FEU inte ger något besked på den punkten måste frågan huruvida den tillåter eller inte tillåter en ensidig återkallelse av anmälan om avsikten att utträda avgöras med hjälp av de tolkningsmetoder som vanligen används av EU-domstolen<sup>66</sup> och, i andra hand, de tolkningsmetoder som föreskrivs i artiklarna 31 och 32 i Wienkonventionen.

89. Jag kan redan nu meddela att min uppfattning är att artikel 50 FEU tillåter att den anmälande medlemsstaten ensidigt återkallar sin anmälan så länge detta sker innan utträdesavtalet har ingåtts.

#### *1. Bokstavstolkning och kontextuell tolkning av artikel 50 FEU*

90. Rent allmänt är det möjligt att hävda såväl att allt som en bestämmelse inte förbjuder är tillåtet, som att tystnad i lagen betyder att rättigheten inte finns.<sup>67</sup> Då artikel 50 FEU inte ger något direkt svar på frågan från den hänskjutande domstolen är det i själva verket inte möjligt att tillämpa bokstavskriteriet, och artikel 50 FEU måste analyseras i sitt sammanhang, det vill säga genom att undersöka dess betydelse utifrån orsaken till dess existens i det vidaste rättsliga sammanhang som den ingår i.

63 Detta framgår av förarbetena till det Europeiska konventet, som låg till grund för utarbetandet av artikel 50 FEU. Se dokumentet CONV 648/03, avdelning X: *Medlemskap i unionen*, av den 2 april 2003, bilaga II, s. 9, <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/sv/03/cv00/cv00648.sv03.pdf>, där följande står att läsa: ”Denna bestämmelse återfinns inte i de nuvarande fördragen. Genom bestämmelsen upprättas det förfarande som skall följas i det fall då en medlemsstat beslutar att utträda ur Europeiska unionen. Förfarandet som föreskrivs i denna bestämmelse vägleds delvis av det förfarande som föreskrivs i Wienkonventionen om traktaträtten” (min kursivering).

64 För en motsatt ståndpunkt, se Odermatt, J., ”Brexit and International law: disentangling legal orders”, *Emory International Law Review*, vol. 31, 2017, s. 1065.

65 Dom av den 19 september 2018, RO (C-327/18 PPU, EU:C:2018:733, punkt 46).

66 Enligt domstolens fasta praxis ska vid tolkningen av en unionsbestämmelse inte bara lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i (dom av den 25 januari 2017, Vilkas, C-640/15, EU:C:2017:39, punkt 30; och dom av den 16 november 2016, Hemming m.fl., C-316/15, EU:C:2016:879, punkt 27).

67 ”*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” (när lagen vill, talar den, när den inte vill, tigger den).

91. Artikel 50.1 FEU reglerar den första fasen i förfarandet, genom angivandet av att "[v]arje medlemsstat får i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser besluta att utträda ur unionen". Denna första (nationella) fas är således en fråga uteslutande för den medlemsstat som lämnar unionen, eftersom utträdet är en rättighet som tillerkänns varje stat som är part i unionens grundfördrag.

92. Beslutet om utträde, som antas ensidigt genom utövande av den utträdande medlemsstatens<sup>68</sup> suveränitet är enligt artikel 50 FEU endast villkorat av att det har fattats *i enlighet med dess konstitutionella bestämmelser*. Skyldigheten att till Europeiska rådet anmäla avsikten att utträda och tvåårsfristen för att förhandla fram det avtal som ger form åt utträdet är endast formella delar och dessa begränsar inte den ensidiga karaktären hos det ursprungliga beslutet om utträde.

93. Som jag redan har nämnt är sättet på vilket rätten till utträde har uttryckts i artikel 50 FEU inspirerat av folkrättsliga regler (särskilt artiklarna 54 och 56 i Wienkonventionen). Det förefaller mig logiskt att det förhåller sig på detta sätt, eftersom frånträdet av en internationell traktat per definition utgör en ensidig handling som vidtas av en stat som är part i traktaten. Precis som rätten att ingå en traktat (*treaty making power*) är rätten att inte längre vara bunden av en traktat som en stat är part i (frånträde eller uppsägning) ett uttryck för statens suveränitet. Om en stats beslut att ingå en traktat är ensidigt, så är också beslutet att frånträda traktaten ensidigt.

94. Att beslutet om utträde är ett ensidigt beslut talar för att det ska vara möjligt att ensidigt återkalla anmälan av detta beslut fram till dess att detta får slutgiltig verkan. Sett från detta perspektiv skulle en ensidig återkallelse också utgöra ett uttryck för den suveränitet som tillkommer en utträdande stat som väljer att ändra sitt ursprungliga beslut.

95. Jag anser således att den ensidighet som kännetecknar den första fasen utsträcker sig till att även omfatta den andra fasen i förfarandet enligt artikel 50 FEU, det vill säga förhandlingsfasen, som inleds genom anmälan till Europeiska rådet om avsikten att utträda och kulminerar två år senare, såvida inte Europeiska rådet med enhällighet beslutar att förlänga denna tidsfrist. Det är emellertid riktigt att denna ensidighet i den andra fasen förefaller motverkas av EU-institutionernas agerande, vilket jag återkommer till senare.

96. Jag tror att de nedan angivna skälen till varför en anmälan om utträde bör kunna återkallas är mer övertygande än de skäl som talar i motsatt riktning (även om jag medger att de sistnämnda inte saknar tyngd).

97. För det första är de materiella och förfarandemässiga skyldigheter som artikel 50 FEU ålägger den medlemsstat som väljer att lämna unionen verkligen få:

- Den måste anmäla (förmodligen skriftligen, även om detta inte specificeras) sin avsikt till Europeiska rådet, men den är inte skyldig att motivera sin avsikt eller ange de skäl som föranleder den att lämna unionen.
- Den måste vänta till dess att två år har förflutit efter anmälan, varefter denna medlemsstat kan lämna unionen utan vidare,<sup>69</sup> eftersom det inte ställs något krav på ingående av ett avtal för att utträdet ska kunna fullbordas.<sup>70</sup>

68 Kommissionen har medgett att "rätten till utträde ur unionen är en ensidig rättighet för varje medlemsstat" (skriftligt yttrande, punkt 17).

69 Det har därför hävdats att rätten till utträde enligt artikel 50 FEUF är ensidig och ovillkorlig, men inte omedelbar. Se Closa Montero, C., "Interpreting Article 50: exit and voice and ... what about loyalty?", *EUJ Working Paper RSCAS 2016/71*, ss. 12–16; och Mariani, P., *Lasciare l'Unione Europea. Riflessioni giuridiche sul recesso nei giorni di Brexit*, Egea, Milano, 2018, ss. 94–101.

70 På sin höjd skulle principen om lojalt samarbete kunna tvinga den utträdande staten att inleda förhandlingar med unionen för att fastställa villkoren för utträdet, men detta är en skyldighet att agera på ett visst sätt och inte en skyldighet att nå ett visst resultat.

98. Dessa kännetecken hos förhandlingsfasen utgör ett första tecken på att den medlemsstat som har anmält sin avsikt att utträda under denna tvåårsperiod så att säga behåller *kontrollen* över den vilja som uttrycks i anmälan. Såsom inom andra rättsområden gäller att i avsaknad av ett uttryckligt förbud eller en bestämmelse där något annat anges, kan den som ensidigt har avgett en viljeförklaring till någon annan, dra tillbaka den förklaringen fram till dess att den, genom mottagarens godkännande, i form av en handling eller ingående av ett avtal, får verkningar.

99. För det andra anges i artikel 50.2 FEU att "[d]en medlemsstat som beslutar att utträda ska anmäla *sin avsikt* till Europeiska rådet", och därigenom utlösa den andra fasen i förfarandet. I bestämmelsen talas det om anmälan om "avsikten" att utträda och inte om själva utträdet, eftersom detta endast kan äga rum efter avtalet, eller, om något sådant avtal inte föreligger, efter tvåårsperiodens utgång.

100. *Avsikter* är inte slutgiltiga och de kan ändras. Den som underrättar någon annan om sin avsikt kan skapa en förväntning hos denne, men har ingen skyldighet att oåterkalleligen stå fast vid sin avsikt. För att en sådan effekt ska uppstå krävs det att det i själva underrättelsen uttryckligen anges att den avsikt som underrättelsen avser är oåterkallelig.

101. Det är visserligen så att detta argument, som snarast tar fasta på ordalydelsen, inte är så övertygande som det vid ett första påseende förefaller vara, eftersom ordet *beslut* även används i artikel 50.2 FEU ("[d]en medlemsstat som *beslutar* att utträda ska anmäla *sin avsikt*"), precis som i punkt 1 ("[v]arje medlemsstat får ... *besluta*"). Det hade dock varit möjligt att i artikel 50.2 FEU använda formuleringen "anmäla sitt beslut" (eller en annan liknande formulering), i stället för "anmäla sin avsikt". Denna formulering, som säkerligen inte beror på ett förbiseende, måste betyda något.

102. Användningen av ordet "avsikt" och presensformen ("som beslutar" och inte "som har beslutat") i artikel 50.2 FEU kan därför anses ge staten rätt att "ångra sig" under förfarandet och inte ge verkan åt sin ursprungliga avsikt att utträda, så länge detta sker i enlighet med dess konstitutionella bestämmelser.<sup>71</sup>

103. För det tredje finns ett beroendeförhållande mellan den första och den andra fasen i förfarandet, som även visar hur det faktum att ensidigheten dominerar under den inledande fasen påverkar den efterföljande fasen. Förhandlingarna kan endast inledas efter anmälan om avsikten att utträda, med avseende på vilken det krävs att medlemsstaten har handlat i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser.

104. Beslutet om utträde kan emellertid upphävas, om det behöriga organet (vanligtvis de högsta domstolarna i varje medlemsstat) slår fast att beslutet inte antogs i enlighet med de konstitutionella bestämmelserna. I ett sådant läge kan det enligt min mening knappast råda någon tvekan om att den stat som anmälde sin avsikt även måste informera om att den ensidigt återkallar denna anmälan, eftersom dess ursprungliga beslut inte uppfyllde den nödvändiga förutsättningen.

105. Även om situationen inte är exakt densamma som den som beskrivs i föregående punkt anser jag också att det, för det fall en åtgärd som vidtagits i enlighet med statens konstitutionella bestämmelser (till exempel en folkomröstning, en betydelsefull omröstning i parlamentet, allmänna val där oppositionen får majoritet, och andra scenarier) leder till att medlemsstatens ursprungliga beslut ändras och den rättsliga och konstitutionella grunden för det plötsligt försvinner, är logiskt att denna medlemsstat, i linje med vad som anges i artikel 50.1 FEU, kan och ska anmäla denna ändring till Europeiska rådet.

71 Edward, D., Jacobs F., Lever J., Mountfield H. och Facenna, G., a.a. i fotnot 32, ss. 18 och 19.

106. I båda situationerna gäller att det inte längre finns någon grund för förfarandets första fas, antingen därför att det ursprungliga beslutet antogs på ett rättsstridigt sätt, eller därför att tillämpningen av de nationella konstitutionella mekanismerna ledde till att beslutet ogiltigförklarades eller förlorade sin verkan.<sup>72</sup> Den andra fasen i förfarandet måste logiskt sätt också påverkas, eftersom den premiss på vilken den vilar har fallit bort. Då det inte längre föreligger någon konstitutionell grundval för utträdet måste staten underrätta Europeiska rådet om att den återkallar sin föregående anmälan om avsikten att utträda.<sup>73</sup>

107. Den internationella praxis som det redogjorts för ovan<sup>74</sup> stöder denna slutsats. De prejudikat som jag har nämnt ovan visar tydligt att en anmälan om att frånträda en internationell traktat kan återkallas, när det visas att statens konstitutionella bestämmelser har åsidosatts eller när det sker en politisk förändring som leder till en ändring av den utträdande statens vilja och staten väljer att förbli bunden av nämnda traktat.

108. Dessa prejudikat följer artikel 68 i Wienkonventionen, som – vilket vi har sett ovan – tillåter återkallelse av anmälan om frånträde fram till dess att anmälan fått verkan. Oavsett om denna artikel ger uttryck för en folkrättslig sedvaneregul så råder det ingen tvekan om att artikel 50 FEU inspirerades av Wienkonventionen, och jag ser inget skäl till att inte analogt tillämpa samma regel inom ramen för förfarandet för utträde ur unionen.

109. Att insistera på att förhandla fram ett avtal om att frånträda unionens grundfördrag med en medlemsstat som, efter att ha aktiverat sina konstitutionella mekanismer för att ändra det ursprungliga beslutet, inte längre har någon önskan om att lämna unionen, förefaller enligt min uppfattning dessutom vara något som går emot sunt förnuft, och som en systematisk tolkning av artikel 50 FEU inte borde leda till.

110. Ur ett annat perspektiv gäller att om dessa mekanismer omfattar ett beslut i ett nationellt parlament, som därmed bidrar till att fastställa särdragen för en stats egen "nationella identitet, som kommer till uttryck i ... politiska och konstitutionella grundstrukturer", genom att koppla den till statens medlemskap i unionen, så borde de principer som ligger till grund för artikel 4 FEU gynna ett godtagande av det nya beslutet, som ett tecken på den "respekt" som avses i punkt 2 i denna artikel.

111. För det fjärde instämmer jag med Wightman m.fl., såtillvida att nekad möjlighet att återkalla en anmälan om avsikt att utträda, när medlemsstatens vilja har ändrats i enlighet med dess konstitutionella krav och den vill fortsätta att tillhöra Europeiska unionen, *de facto* skulle medföra ett påtvingat utträde från denna internationella organisation.

112. Ett sådant nekande skulle nämligen vara liktydigt med en indirekt utslutning från unionen, emedan inget i artikel 50 FEU tyder på att utträdesförfarandet skulle kunna omvandlas till ett medel för att utsluta en medlemsstat. Under konventet om Europeiska unionens framtid godtogs dessutom inte ändringsförslaget om att komplettera medlemsstaternas rätt till frivilligt utträde med en rätt att från Europeiska unionen utsluta medlemsstater som framhärdar i att åsidosätta unionens värden.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Se, för ett liknande resonemang, Craig, P.: "Brexit: A Drama in Six Acts", *European Law Review*, 2016, vol. 41, s. 464; liksom Eeckhout, P., och Frantziou, E.: "Brexit and Article 50 TEU: A constitutionalist reading", *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54 (3), ss. 712 och 713.

<sup>73</sup> Jag låter mig inte övertygas av argumentet att när avsikten att utträda väl har anmälts till Europeiska rådet betyder det att förfarandet inleds och inte under några förhållanden kan avbrytas, vilket innebär att en ändring av statens ursprungliga beslut, som sker i enlighet med dess konstitutionella krav, alltid är irrelevant och aldrig kan sätta stopp för utträdesförfarandet, då anmälan är oåterkallelig (Gatti, M.: "The Article 50 Procedure for Withdrawal from the EU: A Well-Designed Secession Clause", Paper presented at the EU Studies Association (EUSA) Conference, Miami, 4–6 maj 2017. Panel 3I – *Brexit: Impact upon European Law and Integration*, s. 10, <https://www.eustudies.org/conference/papers/download/431>).

<sup>74</sup> Se ovan punkterna 68–70.

<sup>75</sup> Man accepterade endast en möjlighet att tillfälligt upphäva medlemsstaters rättigheter i de fall som anges i nuvarande artikel 7 FEU. Se <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/46/global46.pdf>, s. 5.

113. För det femte kan en möjlighet att återkalla en anmälan om avsikten att utträda inte tillbakavisas med hänvisning till att den medlemsstat som önskar stanna kvar i unionen har möjlighet (artikel 50.5 FEU) att på nytt ansöka om medlemskap i unionen genom det förfarande som anges i artikel 49 FEU.

114. Det finns enligt min uppfattning inte något i artikel 50 FEU som gör den till ett enkelriktat förfarande utan utvägar ("*one way street with no exits*"), enligt vilket det enda som återstår för en medlemsstat som anmält sin avsikt att utträda och därefter har ändrat sitt beslut är att vänta i två år på att lämna unionen och därefter omedelbart ansöka om nytt medlemskap.<sup>76</sup> Det tycks mig även strida mot utformningen av artikel 50 FEU att förhandla om en framtida anslutning under den andra fasen av förfarandet, med dess tvåårsgräns, när medlemsstatens vilja har ändrats och denna inte längre önskar lämna Europeiska unionen. Den systematiska tolkningen av artikel 50 FEU kan inte ge upphov till så ologiska (eller till och med inkonsekventa) situationer som dessa, bara för att det inte anses möjligt med en ensidig återkallelse av anmälan om avsikten att utträda.

115. För det sjätte ska det konstateras att den förhandlingsfas som inleds genom anmälan om avsikten att utträda inte ändrar den anmälände statens ställning som EU-medlemsstat i alla avseenden. Detta bekräftades av EU-domstolen i domen i målet RO, när den slog fast att anmälan "inte får till verkan att tillämpningen av unionsrätten avbryts i den medlemsstat som har anmält sin avsikt att utträda ur unionen, och att unionsrätten ... följaktligen fortfarande gäller fullt ut i denna stat fram till dess faktiska utträde ur unionen".<sup>77</sup>

116. Således kan den medlemsstat som har aktiverat artikel 50 FEU för att utträda ur Europeiska unionen "avaktivera" den när dess vilja ändras, i enlighet med dess konstitutionella bestämmelser, eftersom artikel 50.1 FEU, här tolkad *e contrario*, fortsätter att vara tillämplig på medlemsstaten. Anmälan om avsikten att utträda utlöser en två år lång förhandlingsperiod, men den fråntar inte den anmälände staten dess ställning som medlemsstat eller de rättigheter som följer av denna ställning, med undantag för att dess deltagande begränsas i de överläggningar och beslut i Europeiska rådet och i rådet som rör medlemsstatens eget utträde (artikel 50.4 FEU).

117. Jag tror att de argument som jag just har redogjort för under denna analys av artikel 50 FEU väger tyngre än de argument i motsatt riktning som har anförts av kommissionen och rådet i deras skriftliga yttranden, liksom i delar av doktrinen.<sup>78</sup>

118. Om jag har förstått kommissionens och rådets resonemang – vilka i grunden överensstämmer med varandra – rätt, så har båda institutionerna tolkat artikel 50 FEU så, att utträdesförfarandets första fas, å ena sidan, och dess mellan- och slutfas, och andra sidan, skiljer sig radikalt från varandra vad gäller deras respektive särdrag.

119. Enligt deras uppfattning är den första fasen helt och hållet ensidig och kontrolleras av medlemsstaten. Mellanfasen (förhandlingen) däremot, är bilateral eller multilateral, vilket innebär att EU-institutionernas befogenheter har företräde. Efter att denna andra fas har aktiverats förlorar medlemsstaten kontrollen över förfarandet, med följderna att den inte ensidigt kan återkalla sin anmälan om utträde. En sådan återkallelse är endast möjlig efter överenskommelse, genom att Europeiska rådet fattar ett enhälligt beslut.

120. Jag delar inte denna uppfattning.

<sup>76</sup> Sir Derrick Wyatt, QC, betecknar denna möjlighet som inkonsekvent i "The Process of Withdrawing from the European Union", *House of Lords European Committee*, 11th Report of Session 2015–16, maj 2016, punkt 10, som finns tillgänglig på <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/138/138.pdf>

<sup>77</sup> Dom av den 19 september 2018, RO (C-327/18 PPU, EU:C:2018:733, punkt 46).

<sup>78</sup> Se, bland annat, de författare som nämns i fotnot 32.

121. Det är riktigt att institutionerna spelar en betydelsefull roll under utträdesförfarandets andra fas då förhandlingen sker:

- Europeiska rådet erhåller anmälan om avsikten att utträda från den utträdande medlemsstaten.
- EU-institutionerna har befogenhet att förhandla fram utträdesavtalet med den utträdande medlemsstaten, med hänsyn till ramverket för dess framtida förbindelser med unionen.
- Förfarandet omfattar förhandlingen enligt artikel 218.3 FEUF och rådets (eventuella) ingående av avtalet på unionens vägnar, som sker med kvalificerad majoritet och efter att ha fått Europaparlamentets godkännande. Det ankommer på Europeiska rådet att, i samförstånd med den utträdande medlemsstaten, bestämma huruvida förhandlingsperioden ska förlängas med två år.

122. Dessa befogenheter som EU-institutionerna har och som gör utträdesförfarandet multilateralt undanröjer dock inte helt ensidigheten i den andra fasen, eftersom, för det första, grundvalen för denna fas består av anmälan om medlemsstatens beslut (eller mer exakt avsikt) att utträda, vars ogiltighet eller ensidiga återkallelse gör att det inte längre föreligger någon grund för de efterföljande faserna. För det andra är denna medlemsstat inte tvungen att ingå ett avtal om utträde ur unionen, utan det räcker att den låter den obligatoriska förhandlingsperioden på två år passera för att utträdet ska fullbordas, vilket också förstärker den ensidiga aspekten av den fasen i förfarandet.

123. En frist på (i avsaknad av förlängning, högst) två år för att förhandla fram villkoren för utträde är vanlig i klausuler i andra internationella traktat.<sup>79</sup> Den omständigheten att det finns en sådan period gör inte att man därav kan sluta sig till att det är omöjligt att ensidigt återkalla anmälan om avsikten att utträda. Dessutom är denna period inte endast till för att förbereda utträdet, utan den tjänar även som ”en betänkeperiod” för att den utträdande medlemsstaten vid behov ska kunna ompröva sin ursprungliga avsikt och ändra inställning.<sup>80</sup>

124. Att Europeiska rådet har befogenhet att förlänga den ovannämnda perioden betyder heller inte att denna förlängning ligger utanför den anmälände statens kontroll och att denna stat obönhörligen är tvungen att lämna unionen även om den har ändrat åsikt. Enligt artikel 50.3 FEU är det Europeiska rådet som med enhällighet beslutar om denna tvååriga förlängning av fristen, men detta ska ske ”i samförstånd med den berörda medlemsstaten”. Med andra ord kan Europeiska rådet inte påtvinga medlemsstaten denna förlängning, då medlemsstaten har möjlighet både att göra verklighet av sitt utträde ur unionen efter fristens utgång, och att återkalla sin anmälan innan utträdesavtalet ingås.

125. Rådet hävdar även, som ett argument mot en möjlighet till ensidig återkallelse, att anmälan om avsikten att utträda börjar få vissa rättsverkningar så snart den andra fasen av förfarandet har inletts och så länge denna fas pågår.<sup>81</sup> Jag anser emellertid att de rättsakter som antas av unionen under förhandlingsfasen inte utgör några egentliga *verkningar* av anmälan om utträde, utan åtgärder som

<sup>79</sup> Till exempel artikel II, punkt 6, i Stadgan för Förenta Nationernas organisation för utbildning, vetenskap och kultur.

<sup>80</sup> Closa Montero, C., a. a, i fotnot 69, s. 15.

<sup>81</sup> Medlemsstaten upphör att delta i överläggningar och i beslut i Europeiska rådet och rådet som rör medlemsstatens utträde (ett ”artikel 50-format” har fastställts för möten och beslut i Europeiska rådet, rådet, Coreper och arbetsgrupper som arbetar med brexit). Riktlinjerna för förhandlingen, som utfärdas av Europeiska rådet, och rådets beslut för att genomföra förhandlingarna med den utträdande medlemsstaten är också nödvändiga.



ingår i förhandlingen (därav Förenade kungarikets frånvaro i Europeiska rådet och rådet under diskussionerna om förhandlingsprocessen eller riktlinjerna för denna process) eller avtal som ingåtts med det framtida utträdet *i sikte* (överflyttningen av sätet för vissa byråer, i syfte att säkerställa kontinuitet utan avbrott).<sup>82</sup>

126. Dessa unionsrättsakter, som till största delen är av formell art, är såsom jag redan har angett, kopplade till förhandlingsprocessen<sup>83</sup> och att dessa finns är ingen grund för att vägra en möjlighet att återkalla anmälan om avsikten att utträda. Anknytande rättsakter, såsom de som rör omlokaliseringen av EU-byråer, skulle inte påverkas av ett återkallande och det är endast de eventuella ekonomiska kostnader som dessa gett upphov till som skulle kunna föranleda tvister.

127. Utarbetandet och tillämpningen av de formella rättsakter som är kopplade till förhandlingarna avseende Förenade kungarikets utträde och de anknytande rättsakterna har medfört en ekonomisk kostnad för unionen, precis som inrättandet av en förhandlingsgrupp som uteslutande ägnar sig åt brexit. Rådet gör gällande att unionen måste bära dessa kostnader vid ett ensidigt återkallande, vilket rådet anser utgöra ett argument mot en sådan möjlighet.

128. Jag anser inte att detta argument är övertygande. Problemet med vem som ska bära kostnaderna (i form av "oönskade effekter") behöver inte lösas endast på det sätt som rådet förfaller förespråka. Förhandlingar för att ingå eller frånträda en internationell traktat genererar kostnader för parterna vad gäller alla internationella traktater, och denna regel ändras inte på grund av en ensidig återkallelse av en anmälan om utträde. Slutligen tror jag inte att jag misstar mig genom att påpeka att de ekonomiska kostnaderna (för unionen och dess medborgare) som en medlemsstats utträde orsakar är mycket högre än de (minimala) kostnader som en återkallelse orsakar.

## 2. Teleologisk tolkning av artikel 50 FEU

129. I artikel 1 andra stycket FEU anges att "[d]etta fördrag markerar en ny fas i processen för att skapa en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken ..."

130. Som jag redan har nämnt är unionen skyldig, enligt artikel 4.2 FEU att respektera medlemsstaternas nationella identitet, "som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer". I ingressen till Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) anges att unionen ska respektera medlemsstaternas nationella identitet.

131. Artikel 50.1 FEU är i själva verket ett viktigt tecken på respekt för medlemsstaternas nationella identitet, genom erkännandet av deras rätt att utträda ur Europeiska unionen i enlighet med deras konstitutionella bestämmelser. På samma sätt som en medlemsstat, vid en viss tidpunkt, kan anse att dess nationella identitet är oförenlig med ett medlemskap i Europeiska unionen, så finns det inget som hindrar den från att sammankoppla denna identitet (som inte ska uppfattas som ett oföränderligt och förstenat begrepp) med statens integration i Europeiska unionen.

<sup>82</sup> Se Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/1718 av den 14 november 2018 om ändring av förordning (EG) nr 726/2004 vad gäller Europeiska läkemedelsmyndighetens säte (EUT L 291, 2018, s. 3), och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/1717 av den 14 november 2018 om ändring av förordning (EU) nr 1093/2010 vad gäller Europeiska bankmyndighetens säte (EUT L 291, 2018, s. 1). I rådets beslut (Gusp) 2018/1083 av den 30 juli 2018 om ändring av gemensam åtgärd 2008/851/Gusp om Europeiska unionens militära insats i syfte att bidra till avvärijande, förebyggande och bekämpande av piratdåd och väpnade rån utanför Somalias kust (EUT L 194, 2018, s. 142) föreskrivs också att högkvarteret för denna EU-operation flyttas från Northwood (Förenade kungariket) till Rota (Spanien), med undantag för det marina säkerhetscentrumet på Afrikas horn, som ska förläggas till Brest (Frankrike).

<sup>83</sup> Samma sak kan sägas om förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om fördelningen av tullkvoterna på unionens WTO-lista efter Förenade kungarikets utträde ur unionen och om ändring av rådets förordning (EG) nr 32/2000, som återfinns i dokumentet COM/2018/312 final, av den 22 maj 2018.

132. Jag har ovan förklarat hur principen om respekt för medlemsstaternas konstitutionella identitet förstärker den systematiska tolkning av artikel 50 FEU som jag förespråkar. Ett teleologiskt synsätt leder till samma resultat. Jag anser att en tolkning av artikel 50 FEU till förmån för möjligheten att återkalla avsikten att utträda stämmer bättre överens med vad som är denna principens inneboende intention, eftersom en sådan tolkning tillåter ett beaktande av en ändring av medlemsstatens suveräna vilja, som kommit till uttryck i enlighet med dess konstitutionella krav<sup>84</sup> för att bromsa det förfarande som medlemsstaten har beslutat att upphäva.

133. Syftet att skapa ”en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken ...” stöder också den tolkning av artikel 50 FEU som innebär att anmälan om avsikten att utträda kan återkallas. Detta syfte talar till förmån för en tolkning av de unionsrättsliga bestämmelserna som tenderar att stärka Europeiska unionen och inte att upplösa den. Att inte skapa hinder för ett fortsatt EU-medlemskap för en medlemsstat som vill lämna unionen men sedan ändrar åsikt, i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser, och önskar behålla sitt medlemskap förefaller mig således vara ett särdeles lämpligt förhållningssätt vid tolkningen.

134. Däremot är en medlemsstats utträde alltid ett misslyckande i förhållande till integrationsmålet. När det föreligger lika tungt vägande argument på båda sidor har principen om *favor societatis* (till förmån för samhället) betraktats som en avgörande bedömningsfaktor för att hitta den lösning som ligger mest i linje med fortbeståndet, och inte ett (partiellt) sönderfall, av en association i någon form där mycket starka band har knutits.

135. Denna tolkning är dessutom den som mest gynnar skyddet för de rättigheter som har förvärvats av EU-medborgarna, som oundvikligen kommer att begränsas genom en medlemsstats utträde. En återkallelse av anmälan om utträde säkerställer, genom att den sätter stopp för den anmälade medlemsstatens utträde ur unionen, att medborgarna i den medlemsstaten, liksom medborgarna i övriga medlemsstater, fortsätter att åtnjuta de medborgerliga rättigheter som stadfästs i FEUF och i stadgan.

136. Om anmälan var oåterkallelig skulle detta, i ett fall där medlemsstaten har bestämt sig för att göra en helomvändning, tvärtom innebära ett denna medlemsstat *tvingades* lämna unionen, med följderna att dessa medborgerliga rättigheter reduceras eller går förlorade för den utträdande medlemsstatens medborgare som är bosatta inom unionen, och för övriga medlemsstaters medborgare som är bosatta i den utträdande medlemsstaten.

137. Sammanfattningsvis så är den tolkning av artikel 50 FEU som jag förespråkar (möjlighet att ensidigt återkalla anmälan om avsikten att utträda) den som bäst förenar respekten för medlemsstaternas konstitutionella identitet med målet att gå framåt i integrationsprocessen,<sup>85</sup> samtidigt som även skyddet för unionsmedborgarnas rättigheter gynnas.

### 3. Historisk tolkning av artikel 50 FEU

138. Artikel 50 FEU föregicks av artikel I-60 i det icke-ratificerade Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa, vars förarbeten<sup>86</sup> leddes av konventet om Europeiska unionens framtid.

<sup>84</sup> Under Europeiska unionens historia har det förekommit (ensidiga) omsvängningar i medlemsstaters inställning till integrationsprocessen. Den danska folkomröstningen om ratificeringen av Maastrichtfördraget och Irlands folkomröstning om ratificeringen av Nicefördraget och Lissabonfördraget är goda exempel på detta.

<sup>85</sup> Sari, A, a.a.. i fotnot 32, s. 472.

<sup>86</sup> Jag ska erinra om att enligt artikel 32 i Wienkonventionen utgör förarbetena till traktaten och omständigheterna vid dess ingående supplementära tolkningsmedel för tolkningen av traktater.

139. Jag anser att dessa förarbeten talar för att rätten till utträde är ensidig till sin karaktär och att de stöder den tolkning av artikel 50 FEU som jag förespråkar. Kommentarer till artikel 46 i förslaget från konventets presidium<sup>87</sup> bekräftar att det är ensidigheten som dominerar i utträdesförfarandet, även under förhandlingsfasen, genom att det anges att det inte ska utgöra ett villkor för utträde att ett avtal (vanligen kallat avtal om *skilsmässa*) har nåtts, eftersom idén om frivilligt utträde annars skulle förlora sin verkliga innebörd.

140. Därutöver mottog Konventet om Europeiska unionens framtid fler förslag till ändringar som skulle uppställa flera grundläggande villkor för beslutet om utträde, eller göra det beroende av att ett avtal ingåtts mellan den utträdande staten och unionen.<sup>88</sup> Samtliga av dessa ändringar underkändes, vilket visar betydelsen av ensidigheten i förfarandet enligt artikel 50 FEU.

141. Av föregående bokstavliga, kontextuella, teleologiska och historiska tolkning av artikel 50 FEU drar jag slutsatsen att det är tillåtet att ensidigt återkalla anmälan av en medlemsstats avsikt att utträda, fram till dess att utträdesavtalet ingås.

#### 4. Villkor och begränsningar för ensidig återkallelse av anmälan om utträde

142. Om möjligheten att ensidigt återkalla anmälan om avsikten att utträda inom ramen för artikel 50 FEU godtas, återstår att fastställa huruvida denna möjlighet endast kan användas under vissa villkor och inom vissa gränser, vilket enligt min uppfattning är fallet.

143. Det första villkoret gäller formen. I likhet med anmälan om avsikten att utträda måste återkallelsen av densamma ske genom en formell handling som medlemsstaten tillställer Europeiska rådet (artikel 50.2 FEU). Återkallandet är, precis som anmälan om utträde, en formell handling som rör en traktats liv och det ska därför föreligga en processuell parallell mellan dessa.<sup>89</sup>

144. Det andra villkoret består i respekten för nationella konstitutionella bestämmelser. De krav i medlemsstatens konstitutionella rätt som har tillämpats vid antagandet av beslutet om utträde, vilket därefter anmäldes till Europeiska rådet (artikel 50.1 FEU), ska också vara uppfyllda när medlemsstaten väljer att återkalla nämnda anmälan.

145. Även om detta snarare är en fråga som det ankommer på varje enskild medlemsstat att lösa, förefaller det mig logiskt att kräva att om de nationella konstitutionella bestämmelserna till exempel kräver ett förhandstillstånd från parlamentet för att anmäla en avsikt att utträda ur unionen (vilket är fallet i Förenade kungariket, enligt domen i målet Miller),<sup>90</sup> så ska även återkallelsen av nämnda anmälan kräva ett likadant tillstånd från parlamentet. Detta hindrar en medlemsstat från att anmäla falska återkallelser och återkallelser som är tvetydiga och oklara,<sup>91</sup> och av vilka det inte är möjligt att med exakthet utröna vilken som är medlemsstatens inställning.

87 Se dokumentet CONV 648/03, avdelning X: *Medlemskap i unionen*, 2 april 2003, bilaga II, s. 9, <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/sv/03/cv00/cv00648.sv03.pdf>, där följande anges: "Denna bestämmelse återfinns inte i de nuvarande fördragen. Genom bestämmelsen upprättas det förfarande som skall följas i det fall då en medlemsstat beslutar att utträda ur Europeiska unionen. Förfarandet som föreskrivs i denna bestämmelse vägleds delvis av det förfarande som föreskrivs i Wienkonventionen om traktaträtten.

*Konventet uppmärksammas på följande tre punkter:*

– Även om det är önskvärt att ett avtal ingås mellan unionen och den stat som utträder om villkoren för utträde och om deras framtida förbindelser, har man ansett att ett sådant avtal inte bör utgöra ett villkor för utträdet, för att idén om frivilligt utträde inte skall förlora sin verkliga innebörd. ..."

88 Dokument CONV 672/03, av den 14 april 2003, Översikt över förslagen till ändring när det gäller medlemskap i unionen: Utkast till artiklar som rör avdelning X i första delen (artiklarna 43–46), <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/sv/03/cv00/cv00672.sv03.pdf>.

89 Eftersom anmälan om utträde i Förenade kungarikets fall skedde genom en skrivelse från Förenade kungarikets premiärminister räcker det med en liknande skrivelse för att underrätta Europeiska rådet om återkallelsen.

90 Se fotnot 5.

91 Brenath, D., "Bona fide and revocation of withdrawal: how Article 50 TEU handles the potential abuse of a unilateral revocation of withdrawal", *European Law Review*, 2018, nr 2, ss. 243–245.

146. Vad gäller behovet att motivera återkallelsen av anmälan om utträde konstaterar jag att då artikel 50 FEU inte kräver någon sådan motivering av den ursprungliga avsikten är detta inte heller något krav för återkallelsen. Dock skulle det vara rimligt att staten informerar de övriga medlemsstaterna om skälen till dess ändrade inställning, vilken kräver en förklaring då den strider mot dess tidigare agerande.

147. Av artikel 50.3 FEU går det att utläsa en tidsmässig gräns för möjligheten att återkalla en anmälan om avsikt att utträda: så kan endast ske inom den tvååriga förhandlingsfrist som inleds när avsikten att utträda anmäls till Europeiska rådet. När utträdesavtalet väl har ingåtts, vilket förutsätter båda parter samtycke, blir det logiskt sett omöjligt att återkalla anmälan, eftersom den vid den tiden redan har fått full verkan.

148. En annan gräns för utövandet av rätten till ensidig återkallelse följer av principerna om gott uppsåt och lojalt samarbete (artikel 4.3 FEU).<sup>92</sup>

149. Kommissionen och rådet har just framhållit att om man godtog en möjlighet till ensidig återkallelse skulle detta kunna leda till missbruk av förfarandet enligt artikel 50 FEU. De menar att en möjlighet till återkallelse skulle medföra att medlemsstaten kunde förhandla fram sitt utträdesavtal utifrån en fördelaktig position i förhållande till EU-institutionerna och övriga medlemsstater, eftersom den skulle kunna återkalla sin anmälan och stoppa förhandlingarna om dessa inte gynnade den.

150. Dessutom skulle medlemsstaten, enligt kommissionen och rådet, kunna lämna in en ny anmälan om avsikt att utträda, och på så sätt utlösa en ny förhandlingsperiod på två år. Rådet anser att medlemsstaten på detta sätt skulle kunna förlänga förhandlingsperioden, och därmed kringgå artikel 50.3 FEU som ger Europeiska rådet befogenhet att enhälligt besluta om att utöka denna period. Möjligheten till taktiska återkallelser skulle, enligt kommissionen, strida mot logiken i förfarandet enligt artikel 50 FEU.

151. Dessa argument (särskilt det andra) är i själva verket de tyngsta argumenten mot en möjlighet till ensidig återkallelse. Jag anser dock inte att de är av en så avgörande betydelse.

152. För det första utgör möjligheten att missbruka eller att felaktigt använda sig av en rättighet i allmänhet inte något skäl till att upphäva denna rättighet. Det som behövs är att sätta stopp för missbruket genom användning av lämpliga rättsliga instrument.

153. För det andra består motmedlet mot en felaktig användning av rätten till återkallelse i den allmänna principen om förbud mot missbruk som fastställts av EU-domstolen, enligt vilken enskilda inte får åberopa unionsrätten på ett sätt som är bedrägligt eller utgör missbruk och ekonomiska aktörer inte får tillämpa en unionsrättslig bestämmelse till stöd för missbruk.<sup>93</sup> Denna allmänna princip skulle kunna tillämpas inom ramen för artikel 50 FEU, om en medlemsstat satte i system att översända successiva anmälningar och återkallelser för att förbättra villkoren för sitt utträde ur unionen.

154. Vad gäller de *taktiska* återkallelserna som kommissionen och rådet talar om, finns det två skäl till varför jag inte tillskriver sådana återkallelser samma betydelse som dessa institutioner gör.

<sup>92</sup> Enligt principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 första stycket FEU ska unionen och medlemsstaterna respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördragen (dom av den 6 september 2016, Petruhhin, (C-182/15, EU:C:2016:630, punkt 42), och dom av den 25 juli 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Förhållanden under frihetsberövanden i Ungern) (C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, punkt 109). EU-domstolen har slagit fast att "[d]en principen ... inte [ger] en medlemsstat utrymme att kringgå de skyldigheter som unionsrätten ålägger den" (dom av den 18 oktober 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, punkt 54)).

<sup>93</sup> Se, bland annat, dom av den 22 november 2017, Cussens m.fl. (C-251/16, EU:C:2017:881, punkt 27).

155. Det första skälet är att det inte finns något i den tolkningsfråga som har hänskjutits – som är den enda fråga som EU-domstolen måste besvara – som tyder på missbruk (i betydelsen maktmissbruk såsom grund för ogiltigförklaring av en myndighets rättsakt enligt artikel 263 FEUF) av rätten att återkalla det ursprungliga beslutet. Ett eventuellt missbruk kan dessutom endast föreligga om det lämnas in en *andra* anmälan om en avsikt att utträda, och inte genom att den första anmälan återkallas.

156. Det andra skälet är att jag har extremt svårt att se hur de taktiska återkallelserna skulle kunna mångdubblas i praktiken, genom att underminera en möjlighet som utan tvekan kommer att få allvarliga konsekvenser. En återkallelse är ett beslut som den utträdande medlemsstaten har varit tvungen att fatta i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser. Eftersom det handlar om att upphäva ett tidigare författningsenligt beslut förutsätter denna ändring en modifiering av den styrande majoriteten, anordnande av en folkomröstning, ett avgörande från landets högsta domstol som upphäver beslutet om utträde eller någon annan åtgärd som kommer att bli svår att genomföra och som kommer att kräva långa och komplexa rättsliga förfaranden. Kravet på att återkallelsen ska ske i enlighet med landets konstitutionella bestämmelser är således ett filter som har en avskräckande verkan för att hindra att utträdesförfarandet enligt artikel 50 FEU missbrukas genom sådana taktiska återkallelser.

### ***C. Överenskommen återkallelse av anmälan om avsikten att utträda inom ramen för artikel 50 FEU***

157. Den hänskjutande domstolen har endast begärt att EU-domstolen ska tolka artikel 50 FEU för att fastställa om den medger en *ensidig* återkallelse av anmälan om avsikten att återkalla. Den har således inte bitt EU-domstolen att uttala sig om huruvida en *överenskommen* återkallelse är förenlig med denna artikel.<sup>94</sup>

158. Trots detta har kommissionen och rådet, efter att i sina skriftliga yttranden ha tillbakavisat att artikel 50 FEU skulle tillåta en ensidig återkallelse, tagit upp möjligheten att denna bestämmelse skulle kunna tillåta att en återkallelse sker med stöd av ett enhälligt beslut från Europeiska rådet.

159. Om EU-domstolen godtar en möjlighet till ensidig återkallelse behöver kommissionens och rådets argument inte bemötas. Jag kommer ändå att undersöka dessa argument för fullständighetens skull.

160. Kommissionen anser att om en medlemsstat önskar återkalla sin anmälan om avsikten att utträda, och stanna kvar i unionen, krävs det att man hittar ett sätt för att tillmötesgå denna begäran, med hänsyn till att en ensidig återkallelse inte kan godtas.

161. Eftersom artikel 50 FEU inte uttryckligen anger någon sådan metod föreslår kommissionen och rådet att en återkallelse ska anses möjlig om den föregås av ett enhälligt beslut i Europeiska rådet. Eftersom artikel 50.3 och 50.4 FEU ger Europeiska rådet rätt att genom enhälligt beslut utan deltagande av den utträdande medlemsstaten förlänga förhandlingsfasen, borde återkallelsen av anmälan om avsikten att utträda också godkännas av Europeiska rådet med enhällighet.

<sup>94</sup> I doktrinen har man i allmänhet varit positiv till att godta en överenskommen återkallelse av anmälan om avsikten att utträda, när det föreligger ett avtal mellan den anmälände medlemsstaten och Europeiska unionens övriga medlemsstater. Se, bland annat, Edward, D., Jacobs F., Lever J., Mountfield H. och Facenna, G., "In the matter of Article 50 of the Treaty on European Union ('The Three Knights' Opinion)", 2017, s. 19.

162. Kommissionen har lagt till att Europeiska rådet måste tillskrivas en sådan befogenhet eftersom det inte skulle vara praktiskt genomförbart att kräva att samtliga medlemsstater lämnade sitt godkännande i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser, med beaktande av behovet av att snabbt besluta om huruvida en återkallelse godtas eller ej. Om utträdet redan har ägt rum och medlemsstaten på nytt önskar ansluta sig till unionen lägger artikel 50.5 FEU frågan om statens återupptagande i unionen i händerna på medlemsstaterna genom anslutningsförfarandet i artikel 49 FEU.

163. Jag anser att artikel 50 FEU tillåter en återkallelse genom ömsesidigt samförstånd mellan den utträdande medlemsstaten som ändrar ståndpunkt och de EU-institutioner som förhandlar med medlemsstaten om dess utträde. Om den starkare formen accepteras (ensidig återkallelse) måste också den svagare formen (överenskommen återkallelse) göra det. Denna överenskomna återkallelse ligger dessutom i linje med den princip som inspirerat artikel 54 b i Wienkonventionen, enligt vilken en parts frånträde kan äga rum ”när som helst med alla parter samtycke efter samråd med de övriga fördragsslutande staterna”.

164. Möjligheten till en sådan överenskommen återkallelse skulle således inte ha någon negativ inverkan på möjligheten till en ensidig återkallelse av anmälan om avsikten att utträda som medlemsstaten alltid har kvar med stöd av artikel 50 FEU.

165. Jag tror dock inte att det är förenligt med artikel 50 FEU att säga att en återkallelse av anmälan om avsikten att utträda endast kan ske genom enhälligt beslut i Europeiska rådet (enligt artikel 50 FEU-formatet), såsom kommissionen och rådet förefaller hävda, och att en ensidig återkallelse inte är tillåten.

166. För att en återkallelse genom enhälligt beslut i Europeiska rådet ska vara överenskommen krävs det att den utträdande medlemsstaten ansöker därom, vilket innebär att om medlemsstaten inte är enig så kan Europeiska rådet inte tvinga den till återkallelse, inte ens genom enhälligt beslut.

167. Artikel 50.3 FEU tillåter inte en förlängning av den andra förhandlingsfasen ”om inte Europeiska rådet *i samförstånd med den berörda medlemsstaten* med enhällighet beslutar att förlänga denna tidsfrist”. I analogi därmed anser jag att det krävs en begäran från den utträdande staten såsom en ovillkorlig förutsättning för att Europeiska rådet med enhällighet ska godta återkallelsen av dess anmälan.

168. Denna garanti säkerställer ensidigheten hos återkallelsen av utträdesbeslutet. Om godkännandet av återkallelsen av anmälan om avsikten att utträda endast berodde på en omröstning i Europeiska rådet, i artikel 50 FEU-format och med enhällighet, skulle rätten till utträde från (och omvänt rätten till fortsatt medlemskap i) Europeiska unionen undslippa medlemsstatens kontroll, suveränitet och konstitutionella krav, och hamna helt i händerna på Europeiska rådet.

169. Ett godtagande av att Europeiska rådet genom enhälligt beslut ska ha sista ordet när det gäller en återkallelse av anmälan om avsikten att utträda ökar risken för att medlemsstaten tvingas lämna unionen mot sin vilja. Det skulle räcka med att en av de övriga 27 medlemsstaterna sätter stopp för ett enhälligt beslut i Europeiska rådet (i artikel 50 FEU-formatet) för att den medlemsstat som har anmält sin önskan att stanna kvar i unionen ska förhindras att få sin vilja igenom. Nämnda medlemsstat skulle då lämna (uteslutas från) unionen efter utgången av fristen på två år efter anmälan om avsikten att utträda, och detta i strid med sin vilja att fortsätta tillhöra denna internationella organisation.

## VI. Förslag till avgörande

170. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att EU-domstolen ska besvara den tolkningsfråga som ställts av Court of Session, Inner House (Skottlands överdomstol i tvistemål, appellationskammaren) enligt följande:

I ett fall där en medlemsstat har anmält sin avsikt att utträda ur Europeiska unionen till Europeiska rådet tillåter artikel 50 i fördraget om Europeiska unionen en ensidig återkallelse av denna anmälan fram till dess att ett utträdesavtal ingås, förutsatt att återkallelsen har beslutats i enlighet med medlemsstatens konstitutionella bestämmelser, formellt anmäls till Europeiska rådet och inte innebär missbruk.