

Schmidbergers arv

Om den unionsrättsliga konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter, konstitutionalism och det politiska

Niclas Holmgren Persson

Juridiska institutionen
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Vårterminen 2016, Examensarbete 30 hp
Handledare: Filippo Valguarnera

[F]reedom [...] is actually the reason that men live together in political organisations at all. Without it, political life as such would be meaningless. The *raison d'être* of politics is freedom, and its field of experience is action.

Hanna Arendt

A constitution is an attempt to constitute the conditions that will favor certain forms of politics over others.

Sheldon S. Wolin

Förkortningar

EKMR	Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
RF	Kungörelse (1974:152) om en ny beslutad regeringsform
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)

Innehåll

Förkortningar	2
1 Rättslig politik och politisk rätt	2
1.1 Metod och material	6
1.2 Avgränsningar	12
1.3 Teoretiska perspektiv	13
1.4 Disposition	13
2 Konfliktens bakgrund och karaktär	14
2.1 En kort berättelse om friheter och rättigheter	14
2.2 Konfliktens dimensioner	19
3 Horisontell konflikt	22
3.1 Hierarki	22
3.2 Hierarkins betydelse	24
3.3 Undantagets formella karaktär	26
3.4 Undantagets materiella utrymme	29
4 Vertikal konflikt	35
4.1 Makt/delning	35
4.2 Unionsrättslig, österrisk likhet inför lagen	37
4.3 Konstitutionell kollision	39
4.4 Konstitutionell pluralism	41
4.5 Konstitutionell eftergift och auktoritet	45
5 Konstitutionell politik	50
5.1 Intet nytt sker under solen?	50
5.2 Friheterna och rättigheternas rationalitet	51
5.3 Ekonomiska rättigheter som överordnad konstitutionell norm	56
5.4 Den rättsliga politikens baksida	59
6 Slutsatser	64
Källor	66

1 Rättslig politik och politisk rätt¹

Rätten och politiken står alltid i ett spänningsförhållande till varandra.² Å ena sidan visar juristerna en varierande grad av hörsamhet mot politiska riktlinjer. Politiken konstruerar regelbundet rättsliga normer för att uppnå olika politiska målsättningar. I denna mening uppfattas rätten som ett medel för att förverkliga lagstiftarens vilja. Förarbetets starka ställning inom svensk juridik kan sägas vara ett utflöde av denna syn på förhållandet mellan rätt och politik.³ Genom att förlägga betydelsefulla yttranden om hur normerna skall tolkas till förarbetena, förutsätter politiken ett visst mått av hörsamhet (eller lydnad) av juristerna. Beslutsfattaren skall beakta och tillförsäkra att den politiska viljan får genomslag i den praktiska rättstillämpningen.⁴ I vilken mån juristerna uppvisar denna trohet varierar och hur stor denna trohet bör vara, är tidvis föremål för diskussion.⁵

Å andra sidan, av betydelse för föreliggande arbete, begränsar juridiken politikens handlingsutrymme. I svensk rätt begränsar exempelvis konstitutionella normer vilka beslutsprocesser som skall iakttas och vilken form normerna skall ges. Denna typ av begränsning kan karaktäriseras som formella krav. Ett exempel på ett formellt krav är RF 8:2 som anger att föreskrifter om enskildas personliga förhållanden skall meddelas genom lag. Utöver formella krav innehåller grundlagarna begränsningar i fråga om *vilka beslut som är möjliga att fatta*. Sådana begränsningar kan karaktäriseras som materiella krav. Ett sådant krav hittar vi exempelvis i RF 2:19, varav framgår att lagar inte får strida mot EKMR. Detta innebär exempelvis att den svenska lagstiftaren inte tillåts stifta lagar som innebär en inskränkning av religionsfriheten, såvida inte lagstiftningen kan rättfärdigas enligt den tolkning av konventionsrättigheterna som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna⁶ förordar.⁷ Denna beskrivning

¹ Filippo Valguarnera förtjänar ett stort tack för sin utmärkta handledning. Min vän Jonatan Adolfsson förtjänar ett monumentalt tack, dels för kamratskap och samarbete under studietiden, dels för hans konstruktiva kritik under författandet av detta arbete.

² Gränserna – om sådana faktiskt existerar – för vad som utgör ”rätten” respektive ”politiken” är kontingenta och högst obestämbara. I det följande kommer ”politiken” avse den nationella parlamentarismen. Med ”rätten” avses såväl nationella som transnationella rättsliga regimer, där utfallet av en prövning är av rättsligt bindande karaktär.

³ Om förarbetet som rättskälla se Eliasson 2004, 295. För ett liknande resonemang om förarbetets framskjutna ställning som trohet mot lagstiftaren, jfr Brännström 2011, 16.

⁴ Mot denna beskrivning kan naturligtvis invändas att tjänstemän – snarare än folkvalda politiker – i regel författar förarbeten. Alltjämt sker detta efter politiska riktlinjer.

⁵ I SvJT har frågan om normprövning och juristernas roll diskuterats utförligt genom åren, se exempelvis Petrén, 1990; Nergelius 2000; Fura-Sandström 2004; Wersäll 2014 och Wiklund 2014.

⁶ Hädanefter ”Europadomstolen”.

⁷ Inskränkningar är tillåtna i den mån de ”är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den allmänna säkerheten eller till skydd för allmän ordning, hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.”, se EKMR art. 9.2.

av politikens materiella handlingsutrymme har beskrivits som en juridifiering⁸ av politiken.⁹ Alec Stone Sweet, som har studerat juridifieringens processer i Europa, skriver följande.

The world of governments and parliaments is today structured by an ever-expanding web of constitutional constraints. In a word, European policy-making has been *judicialized*. Constitutional judges routinely intervene in legislative processes, establishing limits on the law-making behaviour, reconfiguring policy-making environments, even drafting the precise terms of legislation.¹⁰

För svenskt vidkommande har juridifieringen av politiken ett starkt samband med globaliseringen och europeiseringen av svensk rätt.¹¹ Juridifieringen av politiken har till största del åstadkommit genom politiken.¹² Exempelvis har anslutningen till Europeiska unionen och Världshandelsorganisationen samt även inkorporeringen av EKMR till svensk lag inneburit att riksdagens medlemmar beskurit såväl sitt eget som framtida politikernas handlingsutrymme. Domstolarna har – delvis på grund av denna process – fått en mer betydelsefull roll i förhållande till politiska instanser.¹³ Denna framskjutna ställning har stärkts ytterligare bland annat genom att normprövning numera inte förutsätter att skillnaden mellan vanlig och överordnad norm är ”uppenbar”.¹⁴

Förutom att domstolarnas befogenhet att överpröva normer har utökats, tilltar även antalet av och tillämpningsområdet för normer av konstitutionell karaktär. Den process där allt fler sociala sfärer omfattas av konstitutionell prövning har i den rätts- och statsvetenskapliga litteraturen benämnts *konstitutionalisering*.¹⁵ Gemensamma egenskaper hos en konstitution är att dess bestämmelser utgör överordnade normer, som är svårare att ändra än sedvanlig lag och att normerna drar upp riktlinjer för det

⁸ Begreppet juridifiering betyder i stort ”ett skeende som innebär att ett förhållande eller en fråga antar en rättslig karaktär eller en starkare rättslig karaktär”. Detta kan i sin tur ha ett flertal olika betydelser, se Brännström 2011, 13-14. För en utförligare diskussion om juridifiering, se Brännström 2009, 3 kap.

⁹ Se Brännström 2011, 16.

¹⁰ Se Stone Sweet 2000, 1.

¹¹ Se Brännström 2011, 153-163.

¹² Detta är en sanning med modifikation, eftersom vissa juridiska instanser tidvis utökar tillämpningsområdet på ett sätt som politikerna inte hade förväntat sig. Som ett exempel kan nämnas svenska och danska regeringens uppfattning i mål C-341/05 *Laval* (hädanefter ”*Laval*”), se avsnitt 3.3.

¹³ Uppfattningen om domstolarnas mer framträdande roll är relativt väletablerad, se Brännström 2009, not 195 med hänvisningar.

¹⁴ År 2010 infördes förändringar i tydlig riktning mot mer omfattande normprövning. Bland annat togs ”uppenbarhets”-rekvisitet bort vid normprövning enligt RF 11:14, se SOU 2008:125, 374 f samt prop. 2009/10:80, 145 ff.

¹⁵ Se Stone Sweet 2000, 160 ff.

politiskt möjliga beslutsfattandet.¹⁶ Stone Sweet argumenterar för att EU-fördragen genom EU-domstolens rättsbildning har kommit att få inslag av konstitutionell karaktär. Han skriver:

[t]he phrase, ‘the constitutionalization of the treaty system’, is used to capture the transformation of the EC from an international regime, founded on the precepts of international law, into a multi-tiered, quasi-federal polity, founded on higher law constitutionalism.¹⁷

Principen om EU-rättens företräde innebär att svensk lag skall åsidosättas om den anses strida mot bindande unionsrättsliga normer.¹⁸ Den nationella lagstiftaren är följaktligen även begränsad av unionens rättsakter, bland annat de fördragsreglerade ekonomiska friheterna. Fördragen uppvisar häri betydande likheter med nationella konstitutioner: de innehåller överordnade normer, som är svåra att ändra och som begränsar politikens handlingsutrymme.¹⁹ Exempelvis har den politiskt högaktuella frågan om vinstbegränsningar i välfärden nyligen ansetts oförenlig med ett flertal av de ekonomiska friheterna. Lars Henriksson, professor i konkurrensrätt, har på uppdrag av Svenskt Näringsliv utrett frågan och hans rättsliga utredning pekar mot att ett sådant krav skulle komma att strida mot den unionsrättsliga regleringen i flera avseenden.²⁰

Politikens begränsade handlingsutrymme innebär bland annat att fler frågor som – åtminstone tidigare – uppfattats vara av politisk natur har hamnat på domstolarnas skrivbord. De svenska domstolarna har numera att bedöma politiskt känsliga frågor såsom nedstängning av kärnkraftverk eller licensjakt på varg.²¹ Domstolarna har dessutom i många fall att förhålla sig till normer av jämförelsevis öppen karaktär som lämnar ett betydande utrymme för varierande tolkningar. Exempel på denna typ av normer hittar vi både i de ramlagar som är typiska för välfärdsstatens val av reglering och i de europeiskt influerande fri- och rättigheterna.²²

Givet att dessa observationer är korrekta, har vi att göra med dels en juridifiering av det politiska spelrummet, dels en politisering av domstolarnas verksamhet. Dessa parallella, men samverkande, processer utgör den kuliss varifrån detta arbete tar sitt avstamp. Arbetet tar sikte på en unionsrättslig normkonflikt som i hög grad omfattar

¹⁶ I denna uppsats kommer konstitutionella normer att betraktas funktionellt. Detta innebär att vissa normer anses konstitutionella, även om de rent formellt inte benämns som sådana. För ett liknande resonemang om funktionella konstitutioner och vad som är gemensamt för konstitutionella normer, se Nicol 2010, 5-11.

¹⁷ Se Stone Sweet 2000, 160.

¹⁸ Se mål C-26/62 *van Gend en Loos* (hädanefter ”*van Gend en Loos*”).

¹⁹ Jfr Nicol 2010, 5-11.

²⁰ Se Henriksson 2015.

²¹ Se RÅ 1999 ref. 76 och beslut om prövningstillstånd den 28 januari 2015 i mål med nummer 312-15.

²² Se exempelvis SoL 4:1 respektive EKMR.

regler av öppen karaktär och vars rationalitet sammanhänger på ett tydligt sätt med politiska och ideologiska frågor.

I denna uppsats undersöks närmare bestämt *den unionsrättsliga konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter*. De ekonomiska friheterna, å ena sidan, är ett samlingsbegrepp för fri rörlighet för varor, tjänster, etablering för såväl personer som bolag och kapital.²³ Syftet med de ekonomiska friheterna kan förenklat sägas vara att undanröja hinder för fri konkurrens och därigenom uppnå en enda integrerad inre marknad inom EU. Normernas vida tillämpningsområde och öppna karaktär har lämnat ett betydande tolkningsutrymme för rättsbildningen hos den Europeiska unionens domstol.²⁴ De ekonomiska friheterna har getts en vid tolkning, vilket i sin tur inneburit att politiskt känsliga frågor träffats av bestämmelserna.²⁵ Grundläggande rättigheter, å andra sidan, är ett samlingsbegrepp för EU-rättsligt erkända mänskliga rättigheter som numera²⁶ regleras i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.²⁷ För att ge ett konkret exempel på hur dessa abstrakta normer kan komma i konflikt återges kortfattat sakförhållandena i fallet *Schmidberger* nedan²⁸.

En demonstration anordnades av miljörättsaktivister på en större motorväg i Österrike, vilket innebar att trafiken hindrades i nästan 30 timmar. Tillstånd gavs, i vart fall implicit, av österrikiska myndigheter. Schmidberger – ett internationellt transportföretag vars transporter hindrats genom demonstrationen – väckte talan om skadestånd gentemot Österrike. Frågan var huruvida de österrikiska myndigheterna kunde anses ansvariga för en överträdelse av den EU-rättsliga fria rörligheten för varor och/eller lojalitetsprincipen genom att inte förbjuda demonstrationen.²⁹

I fallet ställdes ekonomiska friheter mot grundläggande rättigheter, närmare bestämt den fria rörligheten för varor mot yttrande- och mötesfrihet. Nedan ska frågan om hur domstolen³⁰ utförde avvägningen analyseras.³¹ För närvarande är det tillräckligt

²³ Se för varor art. 28-37 FEUF; tjänster art. 56 FEUF; personer art. 45, 49 FEUF; kapital art. 63 FEUF.

²⁴ Hädanefter ”EU-domstolen”, ”EUD” eller ”domstolen”.

²⁵ Barnard – som i stort är positivt inställd till domstolens vida tolkning – framhåller att ”[t]he disadvantage with the market access approach is that it is far more intrusive into national regulatory autonomy”, se Barnard 2013a, 20.

²⁶ Tidigare utgjorde de grundläggande rättigheterna ”generella EU-rättsliga principer [min övers.]”, se Craig & de Búrca 2015, 383.

²⁷ Hädanefter ”EU-stadgan”.

²⁸ Se mål C-112/00 *Schmidberger* (hädanefter ”*Schmidberger*”).

²⁹ Se *Schmidberger*, 25.

³⁰ Att använda begreppet ”domstolen” medför vissa risker. I varje enskilt fall är det fråga om olika människor – domstolens ledamöter – som handlar. Genom begreppet ”domstolen” görs dessa mänskliga subjekt till ett enda icke-mänskligt subjekt. Därigenom riskerar dömandet framstå som en icke-mänsklig aktivitet, som är objektiv i positivistisk mening. Med denna reservation kommer jag att

att betrakta konflikten i ljuset av de tidigare nämnda utvecklingslinjerna. Konflikten rör sig på en konstitutionell nivå, då två fördragsstadgade normer kolliderar. På detta sätt är den ett exempel på konstitutionalisering. Vidare berör konflikten en politiskt laddad fråga, nämligen vilken norm – i förlängningen vilket intresse – som skall ges företräde. Domstolen har att avgöra vilken av den fria rörligheten eller yttrande- och mötesfriheten som skall väga tyngst. Utfallet får även effekter för vilket intresse som skall ges prioritet i framtiden. Konflikten utgör därmed även ett exempel på politiseringen av domstolarnas verksamhet.

Efter denna översikt av ämnesområdets bakgrund, utvecklingslinje och relevans är tiden kommen för att formulera uppsatsens syfte. Med hänsyn till den ovan angivna bakgrunden är det angeläget att inte begränsa sig till en undersökning av den positiva rätten.³² Min undersökning syftar även till att förstå rättens förhållandevis nyfunna plats på den samhälleliga kartan. Därför bör undersökningen även söka synliggöra förhållandet mellan den positiva rätten, historia samt rättsligt och politisk teori. Av denna anledning har jag valt följande syfte:

- att undersöka hur EU-domstolen motiverat avvägningen mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter vid konflikter dem emellan.
- att synliggöra och kritiskt analysera hur motiveringen vid nämnda avvägning ger uttryck för föreställningar om rätten och dess förhållande till det politiska.

Låt mig nu – efter att ha stakat ut mitt ändamål med föreliggande arbete – vända mig till hur jag ska ta mig an uppgiften eller, med andra ord, mitt tillvägagångssätt.

1.1 Metod och material

Ett akademiskt skrivande skall i regel syfta till någonting annat än en debattartikel. Forskarens arbetssätt bör därför också skilja sig från kolumnistens eller debattörens. Samtidigt vill jag hävda att metoden aldrig kan vara oavhängig vare sig studieobjektet eller forskaren som subjekt.³³ Valet av metod, användningen av densamma och resultatet av undersökningen är beroende av författarens hypoteser, förförståelse, norm-

använda begreppet, eftersom det bidrar till textens flyt. För en intressant diskussion om den *objektifierande rösten* i dömande verksamhet, se Bladini 2013, 281-289.

³¹ Se avsnitt 3 och 4.

³² Med uttrycket ”positiv rätt” motsvaras i denna uppsats Svenssons begrepp *de lege interpretata*, det vill säga ”som en tolkning av en process, där föreställningar om vad rätten är uttrycks, kommuniceras och praktiseras i ett konkret sammanhang som kan vara verkligt eller fiktivt”, se Svensson 2014, 225-226.

³³ Därutöver har distinktionen mellan objekt och subjekt ifrågasatts inom samtida vetenskapsteori och filosofi. För en nymaterialistisk uppfattning, jfr Barad 2007.

ativa utgångspunkter etcetera.³⁴ Därtill förändras – i bästa fall – forskarens förståelse av det valda studieobjektet under processens gång: metoden justeras, ämnesområdets karaktär ter sig annorlunda och nya teser formuleras. Denna process av konstruktion och rekonstruktion har karaktäriserats som en *hermeneutisk cirkel*.³⁵ Forskningen rör sig ständigt mellan det allmänna och det specifika: helheten framträder annorlunda vid omtolkning av delarna och vice versa. Givet dessa antaganden bör rättsvetarens arbetsprocess och valda metod erkännas ha en stark påverkan på undersökningens resultat. I detta arbete kommer jag följaktligen inte att förneka min egen roll i produktionen av vad som – förhoppningsvis – är ny kunskap. Samtidigt bör redogörelsen för tillvägagångssättet och teorival göras på ett medvetet och transparent sätt. Rättsvetenskapliga studier har ofta utsatts för kritik för att metoden inte förklaras på ett tillräckligt utförligt sätt. Den förhärskande metoden har varit rättsdogmatiken, som traditionellt inte behövt förklara sina egna utgångspunkter.

Eva-Maria Svensson har undersökt och kategoriserat det rättsvetenskapliga fältet genom begreppet *boundary-work* som hämtats från vetenskapssociologin.³⁶ Svensson undersöker det förhållningssätt till juridiken som kallas rättsdogmatiskt jämfört med den kritiska rättsvetenskapen. Hon diskuterar respektive förhållningssätt utifrån vad syftet med forskningen är, vilka kunskapskällor som används, vilken kunskapsgrund forskningen vilar på, vilken typ av kunskap som eftersöks och vilket kunskapsintresse som tillgodoses. I det följande kommer jag att använda Svenssons kategorisering för att redogöra för mitt val av tillvägagångssätt. Eftersom det föreliggande arbetet har två olika syften, presenteras avsnitten separat då såväl teori som metod behöver anpassas för respektive syfte.

Horisontell/vertikal konflikt

Ett vanligt sätt att bedriva rättsvetenskaplig forskning är att tolka och systematisera rätten på ett sätt som syftar till fördjupad förståelse. Genom att gå ifrån enskilda fall till mönster eller tendenser kan rättsvetaren åskådliggöra hur rätten verkar inom ett givet område. Det gängse är att rättsvetaren systematiserar det rättsliga materialet i enlighet med den systematik som använts av lagstiftaren. Detta tillvägagångssätt är emellertid inte givet. Exempelvis systematiserade Anna Christensen civilrätten och socialrätten utifrån *normativa grundmönster* för att åskådliggöra hur rättsordningen på ett systematiskt plan gynnade individer med en etablerad position.³⁷ Beroende på

³⁴ Dennis Töllborg, professor i rättsvetenskap, diskuterar vetenskapen i termer av ”en produkt och producent av konkret samhällig verksamhet”, se Töllborg 1998, 87.

³⁵ Se Grimen & Gilje 2007, 187 ff. För en diskussion av forskarens påverkan på studieobjektet, se Töllborg, 1998, 88.

³⁶ Se Svensson 2007.

³⁷ Se exempelvis Christensen 1997.

valet av hur helheten skall ordnas framträder olika aspekter av rätten, vilket är något som forskaren bör vara uppmärksam på. Forskaren måste därutöver ta ställning till vad som skall anses som rättsligt och icke-rättsligt material.³⁸

Mitt inledande tillvägagångssätt i detta arbete har utgått ifrån en tolkande och systematiserande ansats. Som tidigare nämnts är syftet med denna del av uppsatsen att undersöka hur EU-domstolen har utfört avvägningen mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter. Metoden har i denna del gått ut på att systematisera och tolka domstolens uttalanden utifrån konfliktens *horisontella* respektive *vertikala* karaktär. Valet av denna systematik – som ytterligare förklaras senare i uppsatsen³⁹ – bidrar till att synliggöra hur konflikten verkar dels på en normnivå, dels en makt-delningsnivå. Utifrån mina studier av tidigare forskning har jag inte funnit en veder-tagen systematisering av den konflikt som jag har undersökt. Det faktum att jag själv har skapat en sådan systematisering kan medföra att arbetets hållbarhet ifrågasätts. Jag menar dock att denna eventuella brist uppvägs av att arbetets relevans förhöjs.

Syftet med systematiseringen och tolkningen är att få en utökad förståelse för den differentierade hanteringen av konflikten. Med differentierade menas att metoden har syftat till att undersöka hur domstolens motiveringar uppvisar skillnader, snarare än koherens.⁴⁰ Detta innebär att läsningen har fokuserats på den rättsliga diskursens negativa avskiljanden, snarare än dess positiva kategorisering. Håkan Andersson, professor i civilrätt, skriver följande om temat.

Vikten av att betona ”negativa” avskiljanden ligger i att den sedvanliga ”positiva” kategoriseringen lätt medför omedvetna identifikationsoperationer. När ett konkret fenomen ska studeras förkortas därmed tankegången med relevanta skillnader, genom att företeelsen inordnas i – identifieras med – ett redan färdigt positivt begrepp. Att man genom resonemang om likheter och analogier kan förbigå viktiga distinktioner är uppenbart. Gentemot tanken på en positiv ”essens” ställs därmed den negativa ”relationen” i en struktur. Dessa negativa skillnader fortsätter ett oändligt spel, och når inte fram till en slutgiltig och stabil positiv grund.⁴¹

Förutom denna tolkning och systematisering av konflikten har jag placerat rätten i en vidare samhälls- och politisk kontext. Detta genom att relatera rättsfallens mönster dels till konstitutionell teori, dels till utländsk konstitutionell rättsbildning. Nämare bestämt har jag använt den variant av konstitutionell pluralism som utarbetats av Neil Walker. Teorin – som kommer att presenteras mer utförligt i ett senare avsnitt – syftar till att förklara den samtida konstitutionella utvecklingen och dess förhållande

³⁸ Karen Barad utmanar utifrån ett nymaterialistiskt perspektiv distinktioner av detta slag, se Barad 2007. Se även Bruncevic 2014 för en intressant diskussion om rätten som uppbyggd av deleuzianska plataer.

³⁹ Se avsnitt 2.2 och 4.1.

⁴⁰ Jfr Andersson 2013, 348-350.

⁴¹ Se Andersson 2013, 350.

till rätten och politiken.⁴² Vidare har jag använt betydelsefulla rättsfall från den tyska konstitutionsdomstolen. Syftet är att synliggöra hur EU-domstolen förhåller sig till inställningen från medlemsstaternas högsta juridiska instanser. Med hänsyn till att arbetet omfattar denna samhälleliga och politiska kontext skulle det, enligt Svenssons klassificering, inte ses som rent rättsdogmatiskt.⁴³

Samtidigt har jag delvis använt samma kunskapskällor som i en rättsdogmatisk studie. Analysen har omfattat samtliga rättsfall vari konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter lett till slutlig dom. Den normkonflikt som uppstår i fallen har sin grund i primärrättsliga unionsakter i form av fördrag. I viss mån skiljer sig kunskapskällorna dock från en traditionell rättsdogmatisk studie. Jag har använt artiklar och standardverk inom EU-rätt samt artiklar inom konstitutionell teori för att förstå rättsfallen utifrån en rättslig och politisk kontext.⁴⁴ Vidare har jag använt två artiklar av Walker: *The Idea of Constitutional Pluralism* och *Late Sovereignty in the European Union*.⁴⁵ I syfte att ytterligare söka förstå hans teorier har jag använt Klemen Jaklics *Constitutional Pluralism in the EU*.⁴⁶ Som tidigare nämnts har jag därutöver använt ett flertal från den tyska konstitutionsdomstolen.

Kunskapsintresset som tillgodoses genom undersökningen kan karaktäriseras som som *praktiskt/förståelseinriktat*. Jürgen Habermas skiljer mellan olika typer av kunskapsintressen som motiverar människan i strävan efter systematisk kunskap.⁴⁷ De empiriskt-analytiska vetenskapernas kunskapsintresse karaktäriseras som tekniskt.⁴⁸ Med detta avses att kunskapen kan användas till förutsägelser och rationell praktisk problemlösning. Detta kunskapsintresse tillgodoses framförallt genom naturvetenskapliga studier. Vidare menar Habermas att hermeneutiskt-historiska vetenskaper har ett praktiskt/förståelseinriktat kunskapsintresse.⁴⁹ Härmed avses möjligheten till att intersubjektivt förstå hur andra uppfattar och tolkar olika fenomen. Undersökningens resultat kan sägas bidra till en sådan förståelse, eftersom den relaterar till frågor om konstitutionell maktindelning, suveränitet och politiska värdekonflikter.

⁴² Se avsnitt 4.4.

⁴³ Rättsdogmatiken såsom den är beskriven i detta avsnitt kan intryck av att vara en sammanhängande och enhetlig metod. Detta är emellertid en förenkling, då tillvägagångssätten för rättsdogmatikern väsentligt skiljer sig åt beroende på rättsområde. Exempelvis skiljer sig socialrättens behovsrationalitet väsentligt från straffrättens fokus på legalitet. Därför kan rättsdogmatiken snarare ses som ett flertal metoder med en gemensam funktion: att fastställa gällande rätt. Jfr Svensson 2007, 28-29.

⁴⁴ Se Barnard 2013a och Craig & de Búrca 2015.

⁴⁵ Se Walker 2002 och Walker 2003.

⁴⁶ Se Jaklic 2014.

⁴⁷ För hans allmänna kunskapsteori, se Habermas 1978.

⁴⁸ Habermas skriver: "in the empirical-analytic sciences the frame of reference that prejudices the meaning of possible statements establishes rules both for the construction of theories and for their critical testing. [...] Empirical-analytical knowledge is thus possible predictive knowledge.", se Habermas 1978, 308.

⁴⁹ Se Habermas 1978, 309.

Vidare kan resultatet av min undersökning sägas vara praktiskt användbart: lagstiftaren skulle kunna använda slutsatserna för att förstå hur en åtgärd som inskränker den fria rörligheten potentiellt kan rättfärdigas genom att hänvisa till grundläggande rättigheter.

Den kunskapsgrund som metoden vilar på skiljer sig i väsentliga avseenden från rättsdogmatiken. Juridiken kommer inte att betraktas som ett objekt – oberoende av subjektet – vars innehåll kan fastställas genom användning av en juridisk metod.⁵⁰ Istället ses juridiken som en social konstruktion inom ramen för en kommunikativ process.⁵¹ Juridiken uppfattas som skapad av människor, tolkad av människor och därmed även influerad av sociala betingelser.⁵² Samma förhållningssätt till juridiken präglar även undersökningen av mitt andra syfte, som jag nu skall vända mig till.

Konstitutionell politik

Om domstolarnas prövningar omfattar allt fler frågor av politisk karaktär, bör även rättsvetarens frågeställningar och verktyg anpassas för att undersöka och förstå dessa nya prövningar. Vid en bedömning där domstolen har att välja mellan två abstrakta normer av konstitutionell dignitet, räcker möjligen inte klassiska derogationsregler för att avgöra vilken norm som skall ges prioritet.⁵³ Rättsdogmatisk metod och dess rättskällelära är möjligen inte tillräckliga eller lämpliga verktyg för undersökningen. Istället kan domstolen – som statsvetare uppmärksammat – betraktas som en instans som fattar politiska beslut.⁵⁴ Mot denna bakgrund har jag valt att använda mig av konstitutionell, rättslig och politisk teori för att försöka utveckla en förståelse av domstolens avvägningar i den konflikt som jag har undersökt.

Syftet med denna del av uppsatsen är att synliggöra och kritiskt analysera hur domstolens motivering vid konflikten ger uttryck för föreställningar om rätten och dess förhållande till det politiska. För undersökningen har jag använt ett *kritiskt rättsvetenskapligt perspektiv*. Thomas Wilhelmsson, professor i civilrätt, framhäver hur kritisk rättsvetenskap har som målsättning att åstadkomma förändring. Däri betraktas föreställningen om rätten som ett objektivt bestämbar system – möjligt att studera utan värderingar – som en illusion.⁵⁵ I enlighet härmed bör juridiken studeras i relation till samhället i en vidare bemärkelse. För detta ändamål menar Wilhelmsson att samhällsvetenskapliga teorier och metoder bör användas i högre utsträckning.⁵⁶ I

⁵⁰ Se Svensson & Gunnarsson 2009, 91-93.

⁵¹ Jfr Glavå & Petrusson 2002, 22-31.

⁵² Se Svensson 2007, 38-39. Enligt somliga är denna föreställning förenlig med rättsdogmatiken, se Sandgren 2005, 650 f.

⁵³ För ytterligare diskussion, se avsnitt 2.2.

⁵⁴ Se allmänt Stone Sweet 2000.

⁵⁵ Se Wilhelmsson 1990, 47.

⁵⁶ Se Wilhelmsson 1990, 47.

denna del av arbetet studeras en gränssyta mellan politiken och juridiken, varför jag – i enlighet med Wilhelmsson – menar att samhällsvetenskapliga teorier är oundgängliga.

Min metod har först och främst gått ut på att relatera slutsatserna från föregående avsnitt till tidigare konstitutionella prövningar samt rättslig och politisk teori. Först har jag – genom en jämförelse med rättsbildning från Europadomstolen – visat hur konflikten i mångt och mycket liknar en vanlig konstitutionell konflikt. Därefter har jag kortfattat visat vilken rationalitet ligger till grund för grundläggande rättigheter respektive ekonomiska friheter. Denna analys har gjorts genom litteraturstudier av standardverk inom unionsrätt och politisk teori. I nästkommande del har jag analyserat konflikten i ljuset av rättsteori, närmare bestämt Ronald Dworkins teoretiska ramverk. Syftet med denna del har varit att illustrera på vilket sätt konflikten är osedvanlig. Slutligen har jag kritiskt analyserat domstolens hållning och dess potentiellt politiska konsekvenser.

De kunskapskällor som använts i avsnittet är som följer. Liksom tidigare har jag använt samtliga domar där konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter avgjorts genom slutlig dom. Detta innebär – i likhet med tidigare avsnitt – att respektive fördragsartikel som rättsfallen behandlar utgör material. För analysen av ekonomiska friheters och grundläggande rättigheters rationalitet har jag använt ovan nämnda standardverk inom unionsrätt samt Andrew Heywoods *Political Theory*.⁵⁷ Vidare har jag kompletterat med filosofiska klassiker, såsom Immanuel Kants *Grundläggning av sedernas metafysik* och Robert Nozicks *Anarki stat och utopi*.

Undersökningen har syftat till att tillgodose ett *emancipatoriskt* kunskapsintresse. Enligt Habermas eftersträvas härvid en frigörelse av människan genom synliggörande och kritik av förtryckande strukturer och begränsningar.⁵⁸ En riktning som delade detta ideal var den samhällsvetenskapliga vetenskapsteori som benämns *kritisk teori*. Med sitt ursprung i Frankfurtskolan vidareutvecklade Habermas strömningen. Den kritiska teorin kan, i sin tur, sägas höra samman med den kritiska rättsvetenskapen och därmed lämpar sig det emancipatoriska kunskapsintresset särskilt för avsnittet. I detta arbete har jag synliggjort föreställningar om konstitutionalism och politik som inte framgår uttryckligen i domskälen. På detta sätt har studien i denna del syftat till en form av synliggörande av juridiska begränsningar av det politiska spelrummet.

Efter denna genomgång av mina valda perspektiv och tillvägagångssätt är det hög tid att klargöra vad uppsatsen inte kommer att behandla eller – med andra ord – mina avgränsningar.

⁵⁷ Med standardverk inom EU-rätt avses Barnard 2013a och Craig & de Búrca 2015.

⁵⁸ Habermas skriver om det emancipatoriska kunskapsintresset: "critical social science [...] [i]s concerned with going beyond this goal to determine when theoretical statements grasp invariant regularities of social action as such and when they express ideologically frozen relations of dependence that can in principle be transformed", se Habermas 1978, 310.

1.2 Avgränsningar

Att välja utgör alltid en avgränsning. Mina avgränsande val vid arbetet kan beskrivas i olika avseenden: *rättslig* och *teoretisk*. Domarna som analyseras i förevarande arbete omfattar en mängd rättsliga frågor. Redan genom mitt angivna syfte avgränsas alla frågor som inte avser avvägningen mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter. Exempelvis kommer inte den intressanta frågan om de unionsrättsliga akternas horisontella effekt i förhållande till fackföreningar att behandlas mer än översiktligt.⁵⁹ Arbetet behandlar enbart översiktligt den förhållandevis komplicerade frågan om de ekonomiska friheternas tillämpningsområde.⁶⁰ Eftersom arbetet syftar till att utreda hur domstolen har hanterat konflikten, kommer inte generaladvokaternas förslag till avgörande att analyseras i detalj. Deras förslag till avgörande utgör snarare kompletterande tolkningsmaterial. Övriga rättsliga frågor, såsom avvägningens betydelse vad gäller förhållandet mellan unionens institutioner, behandlas inte heller inom ramen för detta arbete. Detta förtydligas ytterligare i det avsnitt som behandlar maktodelningsdimensionen av konflikten.⁶¹

I teoretiskt avseende innebär valet av rättsliga och politiska teoretiker ytterligare avgränsning. Konstitutionell teori kan indelas i en uppsjö av olika inriktningar, varav konstitutionell pluralism är en. Den sistnämnda teorin har i sin tur olika författare med sina respektive varianter.⁶² Skälet till att valet föll på Neil Walker är att han både beskriver, men även försvarar en konstitutionell pluralism. Detta är viktigt med hänsyn till den politiska dimension som uppsatsen omfattar.

Naturligtvis har andra teoretiker även behandlat frågan om konstitutionalism och det politiska. Som exempel kan nämnas *rational choice*-teori som betraktar juridiskt och politiskt handlande som ett utfall av individens eller institutioners rationella val i enlighet med sitt egenintresse.⁶³ Från den kritiska teorin kan nämnas exempelvis Slavoj Žižek och Jacques Rancière som båda radikalt motsätter sig rationalistiska förklaringsmodeller.⁶⁴ Att valet föll på Ronald Dworkin avgjordes slutligen av att han har ett förhållningssätt som i stort representerar ett traditionellt förhållningssätt till konstitutionalism. På detta sätt kommer kritiken, så att säga, inifrån. Medan *rational choice*-teori lämpar sig bättre för kvantitativa studier (utifrån) av institutioner på en

⁵⁹ Se t.ex. Schepel 2012 för en utförlig diskussion av de ekonomiska friheternas horisontella effekt.

⁶⁰ För en genomgång av fri rörlighet för varor, vars tillämpning i sin tur influerar övriga friheter, se Barnard 2013a, 3-4 kap och Oliver 2011.

⁶¹ Se avsnitt 4.1.

⁶² Exempelvis kan Gunther Teubner nämnas. Han framhäver att traditionell konstitutionalism är blind för kriser orsakade av transnationalisering och privatisering, eftersom den har sitt fokus på staten. Han utvecklar därför en slags *samhällskonstitutionalism*, för att tillförsäkra institutioner och individer autonomi gentemot den expanderande globala ekonomin, teknologin och vetenskapen, se Teubner 2012.

⁶³ Se t.ex. Almond 1991, 37.

⁶⁴ Se exempelvis Žižek 2010 och Rancière 2010.

större skala och såväl Žižek som Rancière betraktar politiken ur ett mer revolutionärt perspektiv, lämpar sig Dworkin för en granskning inifrån ett juridiskt och politiskt etablerat rum.

Efter denna diskussion om uppsatsens avgränsningar, vänder jag mig till en kort kommentar beträffande de teoretiska perspektiv som används i uppsatsen.

1.3 Teoretiska perspektiv

I detta arbete har jag, som ovan nämnts, använt mig av konstitutionell, politisk och rättslig teori för att analysera domstolens ställningstaganden. Analysen förutsätter i sin tur den tolkning och systematisering som jag gjort i uppsatsens tredje och fjärde avsnitt. För att inte tynga denna inledande del av uppsatsen med en förklaring av den politiska, rättsliga och konstitutionella teori som används, kommer jag att presentera teorierna senare i uppsatsen. För den läsare som gärna vill bekanta sig med dessa teoretiska ramverk innan analysen återfinns Neil Walkers konstitutionella pluralism i avsnitt 4.4, medan Ronald Dworkin och hans idéer presenteras i avsnitt 5.3.

1.4 Disposition

Efter denna inledande del är det hög tid att presentera uppsatsens struktur. Avsnitt 2 består av dels av en kortfattad rättslig och historisk redogörelse för de ekonomiska rättigheterna respektive de grundläggande rättigheterna, dels av en förklaring av mitt valda angreppssätt till konflikten. Avsnitt 3 omfattar en rättslig analys av konflikten, i synnerhet dess horisontella dimension. Denna del syftar till att visa mönster och enskildheter i domstolens avvägning mellan de konstitutionellt likvärdiga normerna. Mönstren och enskildheterna kommer att presenteras i särskilda teman, som sedan exemplifieras genom fallen. Som läsaren kommer att märka, återfinns ingen samlad redogörelse för samtliga rättsfall. Jag har istället valt att referera till rättsfallen inom ramen för varje enskilt tema. Nackdelen är att läsaren inte får en omedelbar överblick över rättsfallen som helhet. Fördelen är att texten får ett tydligt fokus på tendenser i rättsbildningen. I avsnitt 4 kommer jag att analysera rättsfallen utifrån den vertikala konflikten. Fokus riktas därvid mot frågor om maktindelning mellan medlemsstaternas och unionens institutioner. Avsnitt 5 består av en analys av domstolens rättsbildning utifrån rättslig och politisk teori. Slutligen, kommer jag att dra mina slutsatser och sammanfatta min undersökning i avsnitt 6.

Därmed har jag kommit till slutet av inledningskapitlet; den betydelsefulla kuliss som behövs för att läsaren skall få en inblick arbetet och dess premisser. Tillåt mig att övergå till en berättelse om de ekonomiska friheterna och de grundläggande rättigheternas historiska utveckling.

2 Konfliktens bakgrund och karaktär

2.1 En kort berättelse om friheter och rättigheter

I det följande avsnittet skall jag kortfattat redogöra för historien bakom ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter. Denna historia kommer även att relateras till unionens politiska och rättsliga utveckling. Syftet med denna redogörelse är dels att bekanta läsaren med de juridiska normerna som arbetet behandlar. Dels är syftet att sätta dessa konstruktioner i deras samhälleliga, historiska och politiska sammanhang. Överblickens skall dock inte betraktas som en uttömmande redogörelse för vare sig de ekonomiska friheterna, de grundläggande rättigheterna eller unionens historia.⁶⁵

Unionen har sina historiska rötter i fördärvad och blodig jordmån. Efter andra världskrigets förödelse fanns utbredda uppfattningar om att internationella relationer skulle organiseras på ett annat sätt. Samarbetet skulle ordnas så att risken för konflikter på denna skala skulle omintetgöras eller, i vart fall, förminska.⁶⁶ Efter kriget förekom europeiskt samarbete på flera nivåer, bland annat genom Marshall-planen och organisationen bakom Europakonventionen.⁶⁷ Sex år efter krigsslutet kom Frankrike, Tyskland, Italien, Belgien och Nederländerna att skapa Europeiska kol- och stål-samarbetet, som syftade till en gemensam marknad för varorna. Genom samarbetet fanns en förhoppning om att freden skulle tillförsäkras. Länder som handlar med varandra skulle, enligt denna uppfattning, inte ha anledning att föra krig, särskilt som handeln omfattade varor som var viktiga för produktionen av krigsmateriel.⁶⁸ Rationaliteten ges uttryck i det följande slagordet, som ofta (felaktigt) tillskrivs den franska nationalekonomen Frédéric Bastiat: ”when goods do not cross borders, soldiers will”.

Under 1950-talet förekom dock även bakslag för den europeiska integrationen. Två fördrag – gällande försvarssamarbete respektive politiskt samarbete – kom inte att träda i kraft.⁶⁹ Frankrikes nationalförsamling röstade 1954 ner ratificeringen av fördraget om upprättande av Europeiska försvarsgemenskapen. Nedröstningen fick betydande konsekvenser: dels föll även fördraget om politiskt samarbete, dels kom samarbetets fokus därefter att riktas mot ekonomiska frågor.⁷⁰ I sviterna av detta tillkom Romfördragen, som etablerade Europeiska atomenergigemenskapen samt Europeiska ekonomiska gemenskapen. Däri kom sex medlemsländer – Luxemburg var nytillkommet – att lansera en utförlig plan för den gemensamma marknaden.

⁶⁵ För en omfattande genomgång av de ekonomiska friheterna, se Barnard 2013a. För en introduktion till EU-stadgan om grundläggande rättigheter, se Lebeck 2013. För en skildring av EU:s historiska utveckling, se Pinder 1998.

⁶⁶ Se Craig & de Búrca 2015, 2.

⁶⁷ Se Craig & de Búrca 2015, 3.

⁶⁸ Se Craig & de Búrca 2015, 3.

⁶⁹ Se Craig & de Búrca 2015, 3. Se även generellt Pinder 1998.

⁷⁰ Se Craig & de Búrca 2015, 4.

Upprättandet av denna marknad skulle ske genom undanröjande av handelshinder, som exempelvis tullar eller importkvoter.⁷¹ Den gemensamma marknaden omfattade emellertid mer än så; produktionsfaktorer skulle kunna röra sig fritt, vilket skulle möjliggöra den mest effektiva allokeringen av resurser inom gemenskapen.⁷² Paul Craig och Gráinne de Búrca skriver:

This explains the centrality to the Community of the 'four freedoms', which are often regarded as the core of its economic constitution: free movement of goods, workers, capital, and establishment and the provision of services. [...] The Treaty also contained key provisions to ensure that the idea of a level playing field was not undermined by the anti-competitive actions of private parties, or by national action that favoured domestic industry.⁷³

Medan betydelsefulla institutionella och substantiella förändringar förekommit i alla följande fördrag, har de fyra friheterna kvarstått i princip oförändrade. Som Craig och de Búrca skriver, framstår de fyra friheterna som något utav en konstitutionell kärna för samarbetet. Friheterna kompletterades dock samtidigt genom Europeiska enhetsakten. Därigenom utökades befogenheten för EU att lagstifta i frågor rörande den interna marknaden.⁷⁴ Syftet är att uppnå *positiv integration*, vilket innebär att EU antar gemensamma regler inom olika områden. Som exempel brukar framhåvas olika produktkrav, miljöregler eller skyddsregler för konsumenter. Detta brukar ofta skiljas från *negativ integration*, vilket innebär att unionsrätten undanröjer åtgärder med handelshindrande effekter eller innehåll.⁷⁵ Det sistnämnda förknippas vanligen med de ekonomiska friheterna, varom detta arbete skall handla.

Fastän de ekonomiska friheterna tillkom under 1950-talet, var det inte förrän 1980-talet som etableringen av den gemensamma marknaden intensifierades. Den dåvarande EU-kommissionens ordförande, Jacques Delors, gav 1985 ut vitboken för förverkligandet av den inre marknaden.⁷⁶ Kommissionen uppmanade däri rådet att planera och vidta åtgärder för att fullborda den interna marknaden senast 1992 – en uppmaning som rådet efterföljde. Dessförinnan hade EU-domstolen tagit rejäla steg i riktning mot ytterligare negativ integration. I *Dassonville*⁷⁷ formulerade domstolen vilka nationella åtgärder som skulle omfattas av den fria rörligheten för varor:

⁷¹ Se Craig & de Búrca 2015, 4.

⁷² Se Craig & de Búrca 2015, 4.

⁷³ Se Craig & de Búrca 2015, 4-5.

⁷⁴ Se Craig & de Búrca 2015, 8-9.

⁷⁵ Se Craig & de Búrca 2015, 665-666.

⁷⁶ Se COM85(310) och jfr Barnard, 2013a, 10-11.

⁷⁷ Mål 8/74 *Dassonville* (hädanefter ”*Dassonville*”).

All trading rules enacted by Member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.⁷⁸

Två aspekter förtjänar särskilt att uppmärksammas. För det första: det krävs inte att medlemsstaten har ett diskriminerande syfte med åtgärden. Den fria rörligheten för varor träffar åtgärden, även om medlemsstaten exempelvis är omedveten om regelns påverkan på den mellanstatliga handeln. För det andra: det krävs inte att den nationella regeln faktiskt ger upphov till diskriminerande effekter. Det är tillräckligt att diskriminering *potentiellt* kan uppstå för att den nationella åtgärden skall anses utgöra ett hinder.⁷⁹ Det sistnämnda innebär i sin tur att ingen handel behöver ha ägt rum – de ekonomiska friheterna kom därmed att bli relevanta för situationer som tidigare klassificerats som ”interna”. Det uppseendeväckande breda tillämpningsområdet innebar att åtskilliga nationella regler sedermera kom att betraktas som hinder för den fria rörligheten.

Hinder för den fria rörligheten skall åsidosättas, såvida de inte kan rättfärdigas. Ursprungligen fick medlemsstaterna hålla tillgodo med de rättfärdigande grunder som framgick av fördraget.⁸⁰ Dessa grunder var tämligen begränsade och utelämnade många av gemenskapens mer betydelsefulla politiska områden, såsom miljö- och konsumentskydd. I *Cassis de Dijon*⁸¹ utvidgade domstolen därför antalet möjliga rättfärdigande grunder till en icke-uttömmande förteckning över *tvingande hänsyn*. Därmed kunde nationella regler kring exempelvis konsumentskydd rättfärdigas och bevaras. Samtidigt som möjligheterna att rättfärdiga åtgärder därigenom utökades, har domstolen på senare tid kommit att ytterligare utvidga tillämpningsområdet för de ekonomiska friheterna. Efter en period av varierad och komplex rättsbildning pekar domstolens hållning numera mot att friheterna skall betraktas som ett skydd för *marknadstillträde*. Tolkningen har återigen inneburit att åtskilliga åtgärder från medlemsstaterna kommit att uppfattas som hinder för den fria rörligheten.⁸²

Ett enkelt exempel kan illustrera skillnaden mellan ekonomiska friheter som (i) ett skydd mot protektionism respektive (ii) för marknadstillträde. Låt säga att Litauen uppställer som krav att samtliga bilar som säljs inom territoriet maximalt skall förbruka 0,6 liter bensin per mil. Litauen har, i detta exempel, varken bilproduktion eller tillverkning av produkter som konkurrerar med bilar. Därmed finns ingen risk

⁷⁸ Se *Dassonville*, 5.

⁷⁹ Se Craig & de Búrca 2015, 668.

⁸⁰ Dessa rättfärdigande grunder var relativt begränsade och omfattade ”allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt”, se art. 36 FEUF.

⁸¹ Mål 120/78 *Rewe Zentral AG (Cassis de Dijon)* (hädanefter ”*Cassis de Dijon*”).

⁸² Se Barnard 2013a, 102-108.

att åtgärden ens indirekt gynnar inhemsk produktion. Om de ekonomiska friheterna tolkas som ett skydd mot protektionism skulle därmed den litauiska regleringen inte vara ett problem. Om friheterna däremot tolkas som ett skydd för marknadstillträde, gör den litauiska regleringen det svårare för somliga biltillverkare att få tillträde till marknaden. Enligt denna tolkning måste Litauen visa godtagbara skäl för åtgärden. Domstolen följer numera i huvudsak den senare tolkningen.⁸³ Tolkningen av den fria rörligheten för varor som skydd för marknadstillträde, har även präglat tolkningen av de övriga ekonomiska friheterna.⁸⁴

Miguel Poires Maduro, f.d. generaladvokat och framstående akademiker inom unionsrätten, har karakteriserat denna tolkning som *marknadsbyggande* till skillnad från *marknadsbevarande*.⁸⁵ Högsta domstolen i USA har, vid tillämpningen av regler som kan sägas motsvara de ekonomiska friheterna, tolkat reglerna som ett skydd mot protektionism. Maduro framhåller att antalet tvister i USA därför är betydligt lägre och behandlar normalt fall av mer påtaglig protektionism. Maduro menar att den amerikanska domstolens hållning kan förklaras genom att USA:s marknad redan är integrerad, medan marknaden inom unionen är i en uppbyggnadsfas. Enligt Maduro har EU-domstolen aktivt eftersträvat en integration av marknaden och använt en vidare tolkning för att undslippa den långdragna politiska processen inom unionen.⁸⁶

Genom tolkningen av de ekonomiska friheterna som skydd för marknadstillträde, har konstitutionaliseringen av det politiska utrymmet fortskridit. Ett flertal områden som inte omfattas av EU:s formella lagstiftningskompetens, såsom nationell direkt beskattning, har kommit att träffas av domstolens prövningar.⁸⁷

Återigen: unionen har sina rötter i ett ekonomiskt samarbete. Huvuduppgiften var under långa perioder att åstadkomma en integrerad marknad.⁸⁸ Under 1970-talet kom dock mänskliga rättigheter att erkännas institutionellt av såväl EU-domstolen som av medlemsstaterna. Efter en lång period av ekonomisk integration fanns en oro för att unionens ekonomiska fokus skulle underminera andra viktiga värden. EU-domstolen tillerkände grundläggande rättigheter status som ”generella EU-rättsliga principer” i *Stauder*⁸⁹ som meddelades 1969. Vid tolkningen av de grundläggande rättigheterna som generella rättsprinciper har EU-domstolen huvudsakligen hämtat

⁸³ Utvecklingen kan följas i mål C-350/97 *Monsees v. Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten*, 23; mål C-265/06 *Kommissionen mot Portugal*, 36; mål C-110/05 *Kommissionen mot Italien*. Jfr Barnard 2013a, 102-108.

⁸⁴ Se mål C-76/90 *Sager*; mål C-55/94 *Gebhard*; mål C-415/93 *Bosman* och mål C-163/94 *Sanz de Lera*.

⁸⁵ Se Maduro 1998, 88-102.

⁸⁶ Se Maduro 1998, 89-90.

⁸⁷ För en intressant diskussion kring tolkningens effekter för direktbeskattningen, se Menéndez 2009.

⁸⁸ Se Craig & de Búrca 2015, 382.

⁸⁹ Se mål 29/69 *Stauder mot Staden Ulm*.

inspiration från Europakonventionen och medlemsstaternas konstitutionella traditioner, medan andra internationella källor inte haft en lika framträdande roll.⁹⁰

Under 1990-talet fick rättigheterna en ytterligare framskjuten position i och med Maastricht- och Amsterdamfördragen. I detta skede författades även Europeiska unionens stadga om de mänskliga rättigheterna⁹¹, som kom att träda i kraft i och med Lissabonfördraget.⁹² Efter ikraftträdandet av EU-stadgan har EU-domstolen beaktat övriga källor – såsom EKMR eller konstitutionella traditioner – i lägre utsträckning.⁹³ Stadgan har därmed kommit att ses som en någorlunda autonom källa för unionens grundläggande rättigheter. Denna stadga har många likheter med andra internationella instrument av samma rättighetskaraktär. Den innehåller skydd för mänsklig värdighet⁹⁴, vissa friheter⁹⁵, ekonomiska fri- och rättigheter⁹⁶, medborgerliga rättigheter⁹⁷, sociala rättigheter⁹⁸, rätt till likabehandling⁹⁹ och rättigheter i rättsliga förfaranden¹⁰⁰.

Vad gäller tillämpningsområdet är stadgan i princip enbart tillämplig på unionens institutioner och myndigheter samt då medlemsstaterna tillämpar unionsrätten.¹⁰¹ Stadgan utvidgar därmed inte EU-rättens tillämpningsområde: om unionen inte har kompetens att agera på området är stadgan inte tillämplig. Det skall dock påpekas att frågan om unionens kompetens är komplicerad.¹⁰² Utgångspunkten är principen om tilldelade befogenheter, som innebär att unionen enbart har den kompetens som överlåtits från medlemsstaterna.¹⁰³ I enlighet härmed måste varje rättsakt uttryckligen ha sin grund i en fördragsartikel. Det finns emellertid två betydelsefulla sätt för denna kompetens att vidga sig: dels tenderar domstolen att tolka brett formulerade artiklar på ett extensivt sätt, dels tillämpas principen om förutsatta befogenheter.¹⁰⁴ Denna princip – hämtad från internationell rätt – innebär att en institution som getts en uppgift även underförstått anförtrotts befogenheter för att fullgöra uppgiften.¹⁰⁵

⁹⁰ Se Craig & de Búrca 2015, 385-390.

⁹¹ Hädanefter ”EU-stadgan”.

⁹² Se Craig & de Búrca 2015, 382-383.

⁹³ Se Craig & de Búrca 2015, 409.

⁹⁴ Se art. 1-5 EU-stadgan.

⁹⁵ Se art. 1-14, 18-19 EU-stadgan.

⁹⁶ Se art. 15-17 EU-stadgan.

⁹⁷ Se art. 39-46 EU-stadgan.

⁹⁸ Se art. 27-38 EU-stadgan.

⁹⁹ Se art. 20-26 EU-stadgan.

¹⁰⁰ Se art. 47-50 EU-stadgan.

¹⁰¹ Se art. 51 EU-stadgan.

¹⁰² Se Craig & de Búrca 2015, 73-104 och Lebeck 2013, 58-59.

¹⁰³ Se Art. 1.1 och 5 FEU. Jfr Bernitz & Kjellgren 2014, 37 f.

¹⁰⁴ Se Craig & de Búrca 2015, 75-76.

¹⁰⁵ Se mål C-281, C-283-285 och 287/85 *Tyskland mot Kommissionen*. Se även Craig & de Búrca 2015, 75-78.

I fråga om skyddsobjektet gäller stadgan för enskilda personer – såväl fysiska som juridiska – som uppehåller sig, är bosatta, verksamma eller har sitt säte i medlemsstaterna. Vissa rättigheter, såsom rösträtten, tillkommer enbart fysiska personer. Offentligrättsliga subjekt omfattas heller inte av stadgans skydd.¹⁰⁶

Den historiska översikten som presenterats ovan är, på olika sätt, av betydelse för min kommande analys. För det första har tolkningen av ekonomiska friheter som ett skydd för marknadstillträdet accelererat de tidigare nämnda konstitutionalisering- och juridifieringsprocesserna. Som det litauiska exemplet ovan illustrerar, finns ofta en risk att nationella åtgärder anses som hinder för ekonomiska aktörers tillträde till marknaden. Det finns därför ett incitament för dessa att inleda processer som avlägsnar hindren. Förutsatt att aktörerna har tillräckliga kunskaper och resurser tilltar därmed juridifieringen, förstått som juridisk överprövning av politiska beslut. Detta sker på en konstitutionell nivå, om vi accepterar karaktäriseringen av fördragen som konstitutionella dokument. Följaktligen tilltar även konstitutionaliseringsprocessen. För det andra har unionens ursprungliga fokus på ekonomiska frågor betydelse för min undersökning. Till skillnad från många nationella konstitutionsdomstolar, har EU-domstolen inte huvudsakligen haft som uppdrag att avgöra frågor som berör grundläggande rättigheter. Rollen som beskyddare av grundläggande rättigheter är, historiskt sett, en förhållandevis ny funktion hos domstolen som institution.

2.2 Konfliktens dimensioner

Följande del kommer att redogöra för min valda uppdelning av den rättsliga konflikt jag skall undersöka. Syftet är dels att förklara systematiken, dels motivera varför den valda uppdelningen är relevant för undersökningen.

Konflikten jag har att undersöka utgör en skärningspunkt mellan två plan. För det första: två olika normer är tillämpliga på samma situation och följaktligen uppstår en regelkollision. I normalfallet finns då enligt traditionell rättsvetenskap två olika sätt att lösa konflikten: antingen använda derogationsregler eller omtolka någon regel.¹⁰⁷ Denna konflikt kan emellertid inte lösas med hjälp av derogationsregler. *Lex superior* kan inte användas, eftersom reglerna är av likvärdig konstitutionell dignitet.¹⁰⁸ Såväl ekonomiska friheter som grundläggande rättigheter utgör en del av den EU-rättsliga primärrätten. Friheterna regleras i fördragen, medan de grundläggande rättigheterna inledningsvis utgör bindande allmänna rättsprinciper och sedermera fördragsfästs. *Lex specialis* är inte heller till mycket hjälp, eftersom såväl de ekonomiska friheterna som de grundläggande rättigheterna är öppna till sin karaktär. *Lex posterior* skulle

¹⁰⁶ Se Lebeck 2013, 60-61

¹⁰⁷ Se Peczenik 1974, 103.

¹⁰⁸ Se Peczenik 1974, 103-104.

vid en ren tillämpning innebära att de yngre grundläggande rättigheterna skulle ges företräde framför de ekonomiska friheterna.¹⁰⁹ Derogationsregelns rationalitet är att regler som bättre återspeglar samtida värderingar skall ges genomslag.¹¹⁰ Frågan som rättstillämparen ställer sig är om det är sannolikt att lagstiftaren – om hon varit mer uppmärksam – hade avskaffat den tidigare regeln.¹¹¹ Enligt min mening finns inte mycket som talar i den riktningen såvitt gäller de ekonomiska friheterna. För den rättsliga beslutsfattaren kvarstår då att omtolka någon av reglerna på ett sådant sätt att förenlighet uppnås.¹¹² Den ovanstående beskrivningen av konflikten har jag valt att beskriva som en *horisontell konflikt*: normer av samma hierarkiska rang kommer i konflikt utan ett *a priori* sätt att lösa problemet.

För det andra: konflikten inbegriper även en dimension av maktdelning. Den nationella behörigheten att vidta åtgärder inom ett visst rättsligt område ställs mot behörigheten hos EU:s institutioner i allmänhet och domstolens i synnerhet. Med andra ord ställs nationell suveränitet mot federalism. Förvisso är såväl ekonomiska friheter som grundläggande rättigheter delar av primärrätten och därmed även en självskriven del av unionens kompetens. Domstolens rättsbildning lämnar emellertid olika tolkningsutrymme till de nationella instanserna. Maktdelningen tar sig därmed uttryck i det varierade tolkningsutrymme som tillåts medlemsstaternas myndigheter.

Nico Krisch har beskrivit hur politiken och rätten har inträtt i ett postnationellt stadium.¹¹³ Konstitutionalismen och föreställningen om konstitutionell författning som legitimerande grund för juridiken har enligt Krisch överfört till pluralistiska institutioner. Han framhåller även hur fördragen alltsedan 1980-talet alltmer kommit att ta formen av en konstitution.¹¹⁴ Trots att EU:s formella konstitution förkastades¹¹⁵ har exempelvis Lissabonfördraget utformats i enlighet med konstitutionella ideal.¹¹⁶ Jag delar Krisch syn på unionen som ett konstitutionellt och postnationellt projekt. I enlighet med detta kommer jag i min analys att undersöka på vilket sätt domstolens konstitutionella prövning förhåller sig till andra staters högsta juridiska instanser och det tolkningsutrymme som tillerkänns deras institutioner. Det sagda har jag valt att kategorisera som en *vertikal konflikt*. En sammanfattning av konflikten illustreras i nedanstående figur.

¹⁰⁹ Jfr Samuelsson & Melander 2003, 163.

¹¹⁰ Se Frändberg 1984, 98.

¹¹¹ Se Frändberg 1984, 98.

¹¹² Se Peczenik 1974, 103.

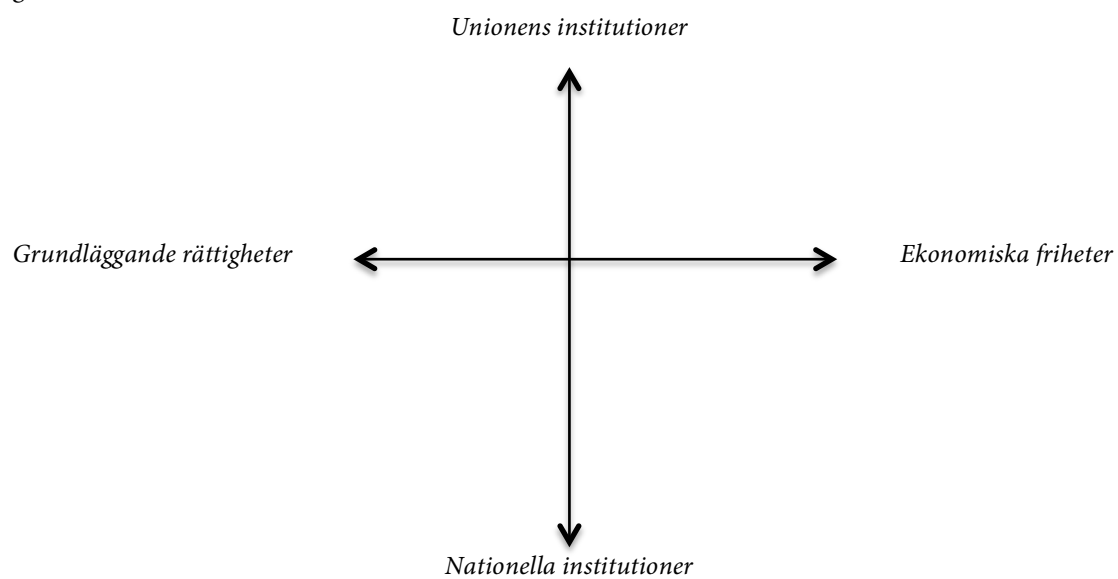
¹¹³ Se Krisch 2010, 5.

¹¹⁴ Se Krisch 2010, 29 ff.

¹¹⁵ Jfr *Treaty Establishing a Constitution for Europe*, 16 december 2004, Official Journal of the European Union, C310.

¹¹⁶ Se Krisch 2010, 29 ff.

Figur 1.



Efter denna beskrivning av min valda indelning, vänder jag mig till hur domstolen har hanterat det faktum att två konstitutionella normer av samma dignitet kolliderar – den horisontella konflikten.

3 Horisontell konflikt

I följande avsnitt kommer jag att visa mönster och enskildheter i domstolens avgöranden. Dessa presenteras i teman, som illustrerar olika aspekter av den aktuella konflikten. Med syftet att inte tynga presentationen presenteras rättsfallen löpande inom ramen för respektive tema. Läsaren kommer därmed inte att ges en uttömmande kronologisk redogörelse för rättsfallen. Syftet med presentationen är att dessa teman skall framträda på ett tydligare sätt.

De teman som presenteras är *hierarki*, *hierarkins betydelse*, *undantagets formella karaktär* och *undantagets materiella karaktär*. Avsnitten följer en ordning som med fördel läses från början till slut. Kunskapen från de tidigare styckena kommer, med andra ord, vara viktig för att förstå följande stycken. Låt mig inleda med att behandla frågan om hierarki mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter.

3.1 Hierarki

Frågan om rättsliga hierarkier är betydelsefull.¹¹⁷ Inom såväl rättstillämpningen som rättsvetenskapen har frågan om hur huvudregel respektive undantag konstrueras en avgörande betydelse. Genom att fastslå en viss norm som huvudregel kan rättstillämparen också för framtiden påverka vilket intresse som i normalfallet skall ges företräde. I likhet härmed ger rättsvetaren genom presentationen av ett rättsområde en viss bild av dess självklara utgångspunkter. Mats Glavå, docent i arbetsrätt, menar att doktrinens största betydelse ligger i systematiseringen av rätten.¹¹⁸ Han framhåller att systematiseringen ”styr och samtidigt begränsar praktikerns ställningstaganden”.¹¹⁹ Beskrivningen av över- och underordning inverkar sålunda på vilket intresse som normalt sett ges prioritet. Vid konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter är det därmed centralt att undersöka hur domstolen hanterat vilket intresse som utgör huvudregel respektive undantag.

I detta hänseende finns ett tydligt mönster i samtliga rättsfall: domstolen har valt att konstruera *grundläggande rättigheter som ett undantag till ekonomiska friheter*. De ekonomiska friheterna utgör den huvudregel varifrån bedömningen tar sitt avstamp. I likhet med övriga undantag från de ekonomiska friheterna måste grundläggande

¹¹⁷ Exempelvis har rättskällelärans hierarkiska konstruktion analyserats utförligt, se Peczenik 1995.

Den dominerande föreställningen om rättslig hierarki har därefter kommit att utmanas av polycentriska och rhizomatiska synsätt på rätten, jfr Gustafsson 2002 och Bruncevic 2014.

¹¹⁸ Glavå systematiserar själv exempelvis den svenska arbetsrätten som ett undantag från arbetsgivarens 32 §-prerogativ. Han menar att systematiseringen har pedagogiska poänger, samtidigt som han uppmärksammar läsaren på dess potentiellt ideologiska effekter, se Glavå 2011.

¹¹⁹ Se Glavå 2011, 58-59.

rättigheter berättigas. De skall därmed inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till sitt ändamål. Rättfärdigandet sker i följande tre steg:

- (i) Om åtgärden är ägnad att tillgodose ändamålet;
- (ii) Om andra, mindre ingripande, alternativ varit möjliga, med andra ord, om åtgärden är nödvändig för att tillgodose ändamålet;
- (iii) Om det hinder i den fria rörligheten som förorsakas genom åtgärden står i rimlig proportion till det ändamål som åsyftas och dess faktiska fullbordning. Detta steg brukar benämnas proportionalitet *stricto sensu*.¹²⁰

För att illustrera detta mönster vänder jag mig till det första fallet där domstolen hade att bedöma konflikten: *Schmidberger*. Fallets bakgrund var, såsom framgått ovan, att miljöaktivister getts ett underförstått tillstånd av österrikiska myndigheter till en demonstration på en betydelsefull transportled. Schmidberger, ett tyskt transportbolag, inledde en skadeståndstalan gentemot Österrike. Bolaget anförde att de österrikiska myndigheterna, genom att underförstått tillåta demonstrationen, hade begränsat den fria rörligheten för varor. Domstolen hade att avgöra hur ekonomiska friheter skulle förhålla sig till grundläggande rättigheter, närmare bestämt hur den fria rörligheten för varor skulle avvägas mot yttrande- och mötesfriheten.

Domstolen tog först ställning till huruvida den fria rörligheten för varor hade inskränkts. Inledningsvis upprepade domstolen omfånget av den fria rörligheten för varor som alltsedan *Dassonville* innebär att ”varje hinder inom gemenskapen skall avskaffas, oavsett om det är direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt”.¹²¹ Domstolen påpekade därefter att den fria rörligheten för varor kan inskränkas även genom att staten underlåter att vidta åtgärder.¹²² Österrike kunde därmed inte undslippa ansvar, trots att deras agerande inte varit aktivt. Medlemsstaterna har genom lojalitetsprincipen förbundit sig att ”vidta alla åtgärder som är nödvändiga och lämpliga för att säkerställa att denna grundläggande frihet inte åsidosätts inom deras territorium”.¹²³ Domstolen underströk att denna skyldighet gäller oaktat att varorna enbart passerar genom landet.¹²⁴ Den fria rörligheten ansågs därmed ha begränsats. Domstolen erinrade även om det faktum att grundläggande rättigheter sedan tidigare ansetts utgöra allmänna rättsprinciper inom unionsrätten.¹²⁵ Därefter framhöll domstolen att varken mötes- och yttrandefriheten eller den fria rörligheten för varor är

¹²⁰ Domstolen åtskiljer inte alltid det andra och tredje steget i proportionalitetsbedömningen. Istället prövar domstolen enbart huruvida åtgärden har varit nödvändig. Se mål C-170/04 *Rosengren*, 50 och jfr Barnard, 2013a, 177.

¹²¹ Se *Schmidberger*, 56.

¹²² Se *Schmidberger*, 37.

¹²³ Se *Schmidberger*, 59.

¹²⁴ Se *Schmidberger*, 60-62.

¹²⁵ Se *Schmidberger*, 71.

absoluta, utan kan begränsas under vissa förutsättningar.¹²⁶ De aktuella intressena skulle vägas mot varandra för att fastställa huruvida en riktig balans hade uppnåtts.¹²⁷

I detta skede kan det vara lämpligt att stanna upp ett ögonblick. Fram till denna punkt resonerade domstolen kring normerna som konstitutionellt likvärdiga. Ingen av rättigheterna var absolut och en balans skulle uppnås. Vid denna punkt utformade domstolen förhållandet dem emellan enligt följande.

Den behöriga myndigheten förfogar härvid över ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar. Icke desto mindre skall det kontrolleras om de inskränkningar som gjorts i handeln inom gemenskapen är proportionerliga med hänsyn till syftet med desamma, i förevarande fall skyddet av grundläggande rättigheter.¹²⁸

Härmed etablerar domstolen de ekonomiska friheterna som den huvudregel, från vilken grundläggande rättigheter utgör ett undantag. Detta förhållande kommer att konsekvent återkomma i domstolens framtida rättsbildning i *Omega*¹²⁹, *Viking*¹³⁰, *Laval*¹³¹, *Dynamic Medien*¹³² och *Sayn-Wittgenstein*¹³³. De ekonomiska friheternas formellt överordnade roll utgör ett generellt mönster i rättsbildningen. I följande del undersöker jag huruvida denna formella uppdelning har någon materiell betydelse.

3.2 Hierarkins betydelse

Frågan är om den formella konstruktionen av huvudregel och undantag har någon avgörande betydelse. Om det materiella utrymmet för undantaget är omfattande, är möjligen beskrivningen av huvudregel och undantag missvisande. Bilden nedan skall illustrera hur den materiella omfattningen av huvudregeln (yttre cirkel) respektive undantaget (inre cirkel) stundtals kan minska betydelsen av den formellt inbördes ordningen.

¹²⁶ Se *Schmidberger*, 78-79.

¹²⁷ Se *Schmidberger*, 81.

¹²⁸ Se *Schmidberger*, 82.

¹²⁹ Se mål C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH* (hädanefter ”*Omega*”), 36.

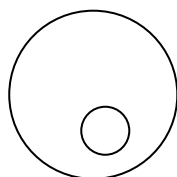
¹³⁰ Se mål C-438/05 *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union* (hädanefter ”*Viking*”), 75.

¹³¹ Se mål C-341/05 *Laval un Partneri* (hädanefter ”*Laval*”), 101.

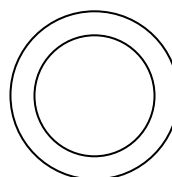
¹³² Se mål C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH* (hädanefter ”*Dynamic Medien*”), 42.

¹³³ Se mål C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein* (hädanefter ”*Sayn-Wittgenstein*”), 90.

Figur 2.



Litet materiellt utrymme för undantag.



Stort materiellt utrymme för undantag.

Ett exempel där undantaget får ett stort materiellt utrymme är de svenska reglerna för utdelning i konkurs. Huvudregeln är proportionell utdelning i förhållande till storleken på fordran.¹³⁴ Undantagen är emellertid så omfattande och betydelsefulla att den borgenär som förlitar sig på huvudregeln i regel får mycket liten utdelning. Beträffande konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter råder ingen tvekan om att domstolen har ansett att grundläggande rättigheter utgör ett legitimt intresse. Rättigheterna kan därmed i princip rättfärdiga en begränsning av de ekonomiska friheterna.¹³⁵ Det är emellertid inte uppenbart hur stort det materiella utrymmet för undantaget är.

Å ena sidan upprätthålls de nationella åtgärderna i fyra av totalt sex rättsfall där konflikten aktualiserats.¹³⁶ I känsliga frågor – såsom nationellt betydelsefulla frågor av konstitutionell karaktär – hänvisar domstolen regelmässigt till medlemsstaternas utrymme för ”skönsmässig bedömning”.¹³⁷ Dessutom har grundläggande rättigheter kommit att få en alltmer framskjuten roll inom unionen.¹³⁸ Det sagda skulle innebära att utrymmet för undantag är förhållandevis stort.

Å andra sidan måste den nationella åtgärden vara ägnad att uppfylla ändamålet och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detsamma. Bevisbördan åligger då medlemsstaternas myndigheter.¹³⁹ Detta innebär att de måste eftersöka och presentera bevis för att utövandet av den grundläggande rättigheten är lämplig och nödvändig. Medlemsstatens eventuella inaktivitet medför därmed att de ekonomiska friheterna ges företräde. Därtill måste medlemsstaten visa att det angivna syftet har

¹³⁴ Jfr FRL 18 §.

¹³⁵ Se *Schmidberger* och jfr Barnard 2013a, 176-177.

¹³⁶ Slutsatsen är något av en förenkling: grundläggande rättigheter anses motivera avsteg från de ekonomiska friheterna i *Schmidberger*, *Omega* och *Sayn-Wittgenstein*. I fallet *Dynamic Medien* pekar allt i riktning mot att åtgärden skulle anses berättigad, men den slutgiltiga bedömningen överlämnades till den nationella domstolen. Se för vidare analys av det sistnämnda fallet, avsnitt 4.5.

¹³⁷ Se t.ex. *Omega*, 31.

¹³⁸ Efter en historisk genomgång skriver Craig & de Búrca: ”[h]uman rights occupy an increasingly significant place within EU law and policy today”, Craig & de Búrca 2015, 427.

¹³⁹ Se mål C-110/05 *Kommissionen mot Italien*.

eftersträvats på ett konsekvent och metodiskt sätt.¹⁴⁰ Om medlemsstaterna försvarar rättigheterna på ett oregelbundet sätt kan domstolen komma att underkänna den nationella åtgärden. Vidare har proportionalitetsprövningen ofta karaktäriserats som långtgående och strikt.¹⁴¹ Domstolen vidtar många gånger en ingripande granskning av nationella åtgärder och ger tidvis även konkreta förslag till förändringar.

Sammantaget pekar det ovan sagda i riktning mot att det materiella utrymmet för grundläggande rättigheter är relativt litet. Enligt min mening bör därmed utrymmet för grundläggande rättigheter inte överskattas. Som jag kommer visa nedan, granskar domstolen tidvis de nationella åtgärderna på ett tämligen strikt sätt.¹⁴²

3.3 Undantagets formella karaktär

Medan det övergripande mönstret med ekonomiska friheter som huvudregel och grundläggande rättigheter som undantag är konstant, skiljer sig alltjämt den formella utformningen.¹⁴³ I *Schmidberger* var grundläggande rättigheter en fristående grund som i sig självt rättfärdigade ett undantag från de ekonomiska friheterna.¹⁴⁴ Det sagda innebär att exempelvis allmän ordning eller tvingande hänsyn inte behöver åberopas, då grundläggande rättigheter är oberoende av dessa. Utformningen av undantaget som en självständig grund återkom därefter i *Dynamic Medien*, som jag får anledning att återkomma till nedan.¹⁴⁵ Denna utformning skiljer sig dock från såväl *Omega* som *Sayn-Wittgenstein*, där domstolen insorterade grundläggande rättigheter under den allmänna ordningen.¹⁴⁶ Låt mig illustrera hur genom att vända mig till *Omega*.

Omega var ett tyskt bolag som tillhandahöll och administrerade anläggningar för ”laserdome” – ett spel där deltagarna tävlar genom att skjuta mot varandra med laserstrålar. Polismyndigheten i Bonn fattade beslut om att förbjuda verksamheten, eftersom den ansågs utgöra ett hot mot den allmänna ordningen. Den tyska polismyndigheten angav som skäl att simuleringen och banaliseringen av våld stred mot

¹⁴⁰ Se mål C-265/06 *Kommissionen mot Portugal*, 43; mål C-500/06 *Corporación Dermotética*, 62; jfr Barnard 2013a, 177.

¹⁴¹ Se mål C-265/06 *Kommissionen mot Portugal*; mål C-54/05 *Kommissionen mot Finland*, 45-6; mål C-297-05 *Kommissionen mot Nederländerna*; jfr Tridimas 1999, 68-9. Samtliga källor i förevarande fotnot fann jag genom Barnard 2013a, 178.

¹⁴² Se exempelvis analysen av *Laval* och *Viking* i avsnitt 3.4.

¹⁴³ För ett liknande resonemang om undantagets formella karaktär, se de Vries 2013, 89 och Morijn 2006, 38-39.

¹⁴⁴ Se *Schmidberger*, 77-82

¹⁴⁵ Se *Dynamic Medien*, 42.

¹⁴⁶ Se art. 52 FEUF.

allmänhetens grundläggande värderingar.¹⁴⁷ Omega överklagade och argumenterade bland annat för att åtgärden stred mot den fria rörligheten för tjänster.¹⁴⁸

Enligt domstolen innebar förbudet att den fria rörligheten för tjänster inskränkts, men att inskränkningen var berättigad. Spelvarianten hade utvecklats av ett brittiskt bolag som lagligen saluförde tjänsten i hemlandet genom bland annat franchising. Genom förbudet påverkades möjligheten att tillhandahålla denna tjänst.¹⁴⁹ Därefter framhöll domstolen att åtgärdens syfte var att upprätthålla *allmän ordning*, vilket i princip kunde berättiga en inskränkning, men skulle tolkas restriktivt.¹⁵⁰ Domstolen framhöll att de bakomliggande skälen till förbudet var att spelet ansågs oförenligt med den mänskliga värdigheten, såsom den uppfattades i en tysk kontext.¹⁵¹ Skyddet därav fastslogs vara en allmän unionsrättslig princip. Därmed kunde begränsningen motiveras, förutsatt att åtgärden var lämplig för att skydda de intressen den avsåg säkerställa samt att dessa mål inte kunde uppnås genom mindre ingripande åtgärder. Domstolen ansåg, vilket jag får anledning att återkomma till, att åtgärden var proportionell.¹⁵²

Domstolen hänförde häri den grundläggande rättigheten – mänsklig värdighet – till skyddet för allmän ordning. Utöver grundläggande rättigheter som en fristående rättfärdigandegrund respektive en underkategori till allmän ordning, finns exempel där domstolen hänvisar till ovan nämnda *tvingande hänsyn*. Det sistnämnda utgör en öppen förteckning av legitima ändamål som alltsedan *Cassis de Dijon* kan berättiga en inskränkning av ekonomiska friheter.¹⁵³ För att illustrera på vilket sätt, vänder jag mig till *Laval*.

Det svenska bolaget Baltic hade vunnit ett kontrakt med Vaxholms stad som avsåg renovering av en skola. Laval – det lettiska moderbolaget till Baltic – utstationerade arbetstagare till Sverige i samband med entreprenaderna. De lettiska byggarbetarna tjänade avsevärt mindre än de lönenivåer som följde av svenska kollektivavtal. Mot bakgrund härav krävde svenska fackföreningar att Laval skulle ansluta sig till det då gällande kollektivavtalet. Bolaget vägrade, varpå kollektiva stridsåtgärder i form av blockad trädde i kraft.¹⁵⁴ Laval väckte då talan vid Arbetsdomstolen och yrkade att stridsåtgärderna skulle förklaras olovliga och hävas samt att fackförbunden skulle

¹⁴⁷ Se *Omega*, 7

¹⁴⁸ Unionsrätten aktualiserades enligt bolaget, eftersom Pulsar – ett brittiskt bolag – hade levererat den teknik och utrustning som användes i verksamheten, se *Omega*, 9.

¹⁴⁹ Se *Omega*, 25.

¹⁵⁰ Se *Omega*, 28.

¹⁵¹ Se *Omega*, 32

¹⁵² Se avsnitt 3.4.

¹⁵³ ”Tvingande hänsyn” är en olycklig benämning, eftersom den för tankarna till att medlemsstaterna är tvungna att vidta vissa åtgärder. Det är snarare fråga om ändamål som är legitima att eftersträva, enligt EUD:s rättsbildning.

¹⁵⁴ Se *Laval*, 27-38.

betala skadestånd. EU-domstolen hade – bland annat – att ta ställning till om fackföreningarnas agerande utgjorde en begränsning av den fria rörligheten för tjänster och, om så var fallet, huruvida åtgärderna kunde anses berättigade.

Svarandena – tillsammans med den danska och svenska regeringen – anförde att den fria rörligheten för tjänster inte var tillämplig, då unionen saknade kompetens att reglera fackliga kollektiva åtgärder.¹⁵⁵ Domstolen fastslog – i enlighet med tidigare rättsbildning – att medlemsstaterna alltså måste iaktta unionsrätten vid reglering, även om området är sådant att unionen saknar kompetens att lagstifta.¹⁵⁶ Den danska och svenska regeringen argumenterade vidare för att kollektiva åtgärder utgör en grundläggande rättighet som i sig inte omfattas av den fria rörligheten för tjänster.¹⁵⁷ Domstolen tillstod att kollektiva åtgärder utgjorde en grundläggande rättighet, men avvek från regeringarnas uppfattning om innebörden av detta. Enligt domstolens mening måste de grundläggande rättigheterna utövas i samklang med de ekonomiska friheterna och proportionalitetsprincipen.¹⁵⁸

Därefter fastslog domstolen att den fria rörligheten att tillhandahålla tjänster även var tillämplig avseende ”icke-offentliga regleringar, som syftar till att på ett kollektivt sätt reglera tillhandahållandet av tjänster”.¹⁵⁹ Med denna tolkning uppnår den fria rörligheten sin horisontella effekt i förhållande till fackföreningar. Vid en jämförelse mellan utstationeringsdirektivet och kollektivavtalet innehöll det senare förmånligare anställnings- och arbetsvillkor.¹⁶⁰ De fackliga stridsåtgärderna – som syftade till att förmå bolaget att ansluta sig till kollektivavtalet – gjorde det mindre lockande, eller möjligtvis svårare, för bolaget att tillhandahålla tjänster. Därtill påpekade domstolen att bolaget kunde se sig tvingat att, under obestämd tid, förhandla med fackförbund för att få vetskap om vilken lägsta lön som skall utbetalas. Följaktligen hade den fria rörligheten för tjänster inskränkts.

Domstolen fastslog att rätten att vidta kollektiva åtgärder för att förhindra social dumpning utgör *tvingande hänsyn*. Detta gäller även för åtgärder som vidtas i syfte att försäkra utstationerade arbetstagare vissa arbets- och anställningsvillkor.¹⁶¹ Detta innebar att åtgärden kunde motivera en begränsning av den ekonomiska friheten, förutsatt att den var lämplig och nödvändig för att uppnå det eftersträlvade syftet. Domstolen ansåg inte, vilket jag får anledning att återkomma till, att stridsåtgärderna var lämpliga för att skydda arbetstagarna.¹⁶²

¹⁵⁵ Se *Laval*, 86.

¹⁵⁶ Se *Laval*, 87.

¹⁵⁷ Se *Laval*, 89.

¹⁵⁸ Se *Laval*, 94.

¹⁵⁹ Se *Laval*, 98.

¹⁶⁰ Se *Laval*, 99.

¹⁶¹ Se *Laval*, 107.

¹⁶² Se *Laval* 107-110. Se avsnitt 3.4 för en ytterligare analys av rättsfallet.

Sammanfattningsvis finns tre olika sätt att kategorisera grundläggande rättigheter som ett undantag till ekonomiska friheter: (i) en självständig grund, (ii) en underkategori till allmän ordning och (iii) ett tvingande hänsyn. Kategoriseringen är inte enbart av rent teoretiskt intresse, utan har även tänkbar faktisk betydelse. Tvingande hänsyn har ansetts möjliggöra avsteg från den fria rörligheten, *förutsatt att åtgärden är icke-diskriminerande*. Motsatsvis innebär det sagda att tvingande hänsyn inte, som utgångspunkt, kan användas som rättfärdigandegrund, om den nationella åtgärden uttryckligen gynnar inhemsk produktion. Låt säga att en demonstration och bojkott anordnas mot miljöförstörande kolkraft från ett annat medlemsland, vilket sedan innebär att den inhemska solenergisektorn gynnas. Yttrandefriheten skulle därmed inte kunna användas för att rättfärdiga begränsningen av den ekonomiska friheten, då åtgärden är direkt diskriminerande.¹⁶³ Sybe de Vries, professor i unionsrätt med inriktning mot den interna marknaden, argumenterar därför för att grundläggande rättigheter i framtiden bör utformas som en självständig rättfärdigandegrund.¹⁶⁴ Han framhåller grundläggande rättigheters alltmer framskjutna roll inom unionsrätten. I ljuset härav anser han att tillämpningen av rättigheterna som rättfärdigandegrund inte bör vara avhängigt om den nationella åtgärden är direkt diskriminerande eller inte.¹⁶⁵

3.4 Undantagets materiella utrymme

Hittills kan vi konstatera att grundläggande rättigheter konsekvent har hanterats som ett undantag till ekonomiska friheter. Därtill har vi sett hur detta undantag formellt sett getts en varierande utformning. I den kommande delen vänder jag mig istället till det materiella utrymmet för undantaget. Syftet är att visa hur domstolens prövning av de olika nationella åtgärderna uppvisar betydelsefulla skillnader.

Låt mig exemplifiera med hur domstolen i *Omega* behandlade begreppet mänsklig värdighet. Polismyndigheten i Bonn hade, som framgått ovan, förbjudit laserspel där deltagarna simulerade strid. Som skäl angav myndigheten att spelet utgjorde ett hot mot den allmänna ordningen. Spelet ansågs strida mot allmänhetens grundläggande värderingar, närmare bestämt den mänskliga värdigheten. Domstolen framhöll att: ”allmän ordning [kan] med framgång åberopas enbart då det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse”.¹⁶⁶ I

¹⁶³ Distinktionen mellan direkt och indirekt diskriminering skall inte överdrivas, eftersom domstolen tidvis inte upprätthåller den, se mål C-524/07 *Kommissionen mot Österrike*, 54-55 och jfr Barnard 2013a, 171. Faktum kvarstår dock att domstolen inte uttryckligen har övergivit distinktionen som sådan.

¹⁶⁴ Se de Vries 2013, 89-90.

¹⁶⁵ Se de Vries 2013, 89-90.

¹⁶⁶ Se *Omega*, 30.

linje med tidigare rättsbildning skulle allmän ordning förbehållas reella och påtagliga hot.¹⁶⁷ Domstolen utvidgade dock utrymmet med följande resonemang.

De särskilda omständigheter som skulle kunna motivera en tillämpning av begreppet allmän ordning kan dock variera från ett land till ett annat och från en tid till en annan. I detta avseende är det därför nödvändigt att tillerkänna de behöriga nationella myndigheterna ett utrymme för skönsmässig bedömning inom de ramar som fastställts i fördraget.¹⁶⁸

Därefter noterade domstolen att både de nationella myndigheterna och domstolarna ansett att anordnandet av underhållningsspelet stred mot den mänskliga värdigheten. Deras bedömning fick, enligt domstolen, anses vara i enlighet med bestämmelserna i den tyska grundlagen.

Domstolens tolkning måste sägas vara generös. För det första: det är inte givet att laserspelet utgjorde ett konkret hot mot ett grundläggande samhällsintresse, även om medlemsstaternas myndigheter medgavs visst tolkningsutrymme. Laserspelet hade exempelvis, såvitt framgår, inte medfört en ökning av våldet. Istället bedömdes hotet vara riktat mot samhällets värderingar. Domstolen utvidgade härigenom begreppet ”allmän ordning” till att omfatta fler företeelser, i det fall en grundläggande rättighet är tillämplig. Begreppet får på så sätt en mer dynamisk karaktär som kan anpassas till de nationella moraliska och kulturella föreställningarna, snarare än konkreta hot.

För det andra: domstolen godtog – utan någon kommentar – uppfattningen att laserspelet utgjorde en kränkning av den mänskliga värdigheten. Gränserna för den mänskliga värdigheten är av naturliga skäl diffusa, såsom generaladvokat Stix-Hackl framhöll i sitt förslag till avgörande.¹⁶⁹ Hon menade att den mänskliga värdigheten måste till sin natur tillkomma alla människor i deras egenskap av människor. Enligt generaladvokaten innebär detta att nationell identitet eller etnisk bakgrund därmed blir irrelevant.¹⁷⁰ Vidare brukar den mänskliga värdigheten vanligen sammankopplas med bland annat tortyrförbudet, medicinsk etik och biomedicinska innovationer.¹⁷¹ I ljuset härav är det inte självklart att utövandet av laserspelet kränker den mänskliga värdigheten. Domstolens acceptans av den tyska innebörden av mänsklig värdighet får även i detta avseende sägas vara tillåtande.

I avsaknad av en tydligare definition kan åtskilliga ekonomiska aktiviteter anses utgöra en skymf mot mänsklig värdighet. Som generaladvokaten uppmärksammade har ”dvärgkastning” (!) prövats inom ramen för FN:s kommitté för de mänskliga rättigheterna.¹⁷² I fallet ansåg en fransk borgmästare att tävlingar som går ut på att

¹⁶⁷ Se bl.a. Case C-54/99 *Église de Scientologie*, 17.

¹⁶⁸ Se *Omega*, 31.

¹⁶⁹ Se *Omega*, förslag till avgörande av GA Stix-Hackl, 74.

¹⁷⁰ Se *Omega*, förslag till avgörande av GA Stix-Hackl, 74-81.

¹⁷¹ Se mål C-337/98 *Nederländerna mot Parlamentet och Rådet*, 76-79. Jfr Lebeck 2013, 88.

¹⁷² Se *Omega*, förslag till avgörande av GA Stix-Hackl, 94.

personer med dvärgväxt kastas – ibland mot väggar av kardborreband – utgjorde en kränkning av den mänskliga värdigheten.¹⁷³ Borgmästaren förbjöd därför dvärgkastning helt. En person som livnärde sig på att bli kastad klagade till såväl franska förvaltningsdomstolar som FN:s kommité. Klaganden hävdade att förbudet var diskriminerande. Kommittén upprätthöll förbudet med hänvisning att åtgärden syftade till att skydda den mänskliga värdigheten och därmed var objektivt berättigat.¹⁷⁴ Även videomaterial som simulerar våld eller mord skulle kunna falla inom ramen för den mänskliga värdigheten. Möjligen skulle även våld inom professionell fribrottning – *wrestling* – eller pornografiskt material kunna förbjudas på samma grund.¹⁷⁵

Domstolen fortsatte därefter med frågan om förbudets proportionalitet. Förbudet riktade sig enbart mot laserspelsvarianter, där deltagarna skulle skjuta på och döda varandra ”på lek”. Med andra ord förbjöd inte polismyndigheten helt laserspel som företeelse. På grund av denna begränsning av förbudet ansåg domstolen att åtgärden inte gick utöver vad som var nödvändigt.¹⁷⁶ Tidigare har domstolen ofta varit sträng vad gäller förbud av tjänster eller produkter.¹⁷⁷ Domstolen förordar vanligen tjänste- och produktinformation framför fullständiga förbud. Mot bakgrund härav är domstolen, även i detta avseende, påfallande generös. Domstolen har uppvisat denna typ av generositet i andra rättsfall. Ett generöst tolkningsutrymme, som i hög grad liknar det ovan nämnda, medges medlemsstaterna i ytterligare tre av de studerade fallen: *Schmidberger*¹⁷⁸, *Dynamic Medien*¹⁷⁹ och *Sayn-Wittgenstein*¹⁸⁰.

Detta tillvägagångssätt står i bjärt kontrast till domstolens resonemang i *Laval*. Skyddet för arbetstagare kunde motivera ett avsteg från de ekonomiska friheterna. Blockaden mot byggbolaget kunde därtill i princip ha som syfte att skydda de utstationerade arbetstagarna. Domstolen menade emellertid att blockaden i det konkreta fallet inte hade detta syfte.

¹⁷³ Se *Manuel Wackenheimer mot Frankrike*, No. 854/1999, CCPR/C/75/D854/1999 (2002) (hädanefter ”*Manuel Wackenheimer*”)

¹⁷⁴ Se *Manuel Wackenheimer*, 7.4.

¹⁷⁵ För samma resonemang, se Ackermann 2005, 1116-1117.

¹⁷⁶ Domstolen upprepade även det faktum att den nationella domstolen ansett att den tyska konstitutionen säkerställer en skyddsnivå som innebär att spelat bör förbjudas, se *Omega*, 39.

¹⁷⁷ Se t.ex. mål 178/84 *Kommissionen mot Tyskland*, 35; mål C-350/97 *Monsees mot Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten*. Barnard framhåller att ”[g]enerally the Court finds that a national rule banning the import of a product is disproportionate because less restrictive alternatives exist [förf. kurs.]”, se Barnard 2013a, 180.

¹⁷⁸ Se *Schmidberger*, 83, där domstolen anger att de nationella myndigheterna bör tillerkännas ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar.

¹⁷⁹ Se *Dynamic Medien*, 44, där domstolen anger att skyddet av barn tillåts variera med hänsyn till moraliska och kulturella värderingar.

¹⁸⁰ Se *Sayn-Wittgenstein*, 86-87, där domstolen – i likhet med *Omega* – tolkade begreppet allmän ordning extensivt och tillät medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning.

Det hinder som sådana stridsåtgärder som de som är föremål för prövning i målet vid Arbetsdomstolen innebär kan emellertid inte anses vara motiverat utifrån detta ändamål, vad gäller de specifika skyldigheter som följer av en anslutning till Byggnadsavtalet och som de fackliga organisationerna genom sådana stridsåtgärder försöker förmå företag som är etablerade i andra medlemsstater att åta sig. Detta följer [...] av att en arbetsgivare som utstationerar arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna är skyldig att gentemot dessa arbetstagare iaktta en kärna av tvingande regler för minimiskydd i värdmedlemsstaten till följd av den samordning som skett genom direktiv 96/71.¹⁸¹

Medan domstolen i *Omega* tolkade begreppet ”mänsklig värdighet” extensivt, tolkades i *Laval* begreppet ”skyddet för arbetstagare” restriktivt. Arbetstagarna tillförsäkrades redan ett minimiskydd i utstationeringsdirektivet och kollektivavtalet innehöll åtaganden som gick därutöver. Minimiskyddet som direktivet tillförsäkrade innebar, enligt domstolen, att blockaden inte syftade till att skydda arbetstagarna. Följaktligen blev minimiskyddet det maximalt godtagbara för att vidta stridsåtgärder. Som vissa författare har påpekat, omvandlar domstolen härmed skyddsreglerna på miniminivå till arbetstagarnas maximala skydd.¹⁸² Domstolens restriktiva inställning till skyddet för arbetstagare återfinns även i *Viking*, som jag nu vänder mig till.

Det finska bolaget Viking hade för avsikt att skeppet Rosella skulle ändra flagg.¹⁸³ Det bakomliggande skälet var att skeppet skulle återbemannas med estnisk personal. Besättningen skulle komma att tjäna betydligt mindre än sina finska föregångare. Internationella transportarbetarfederationen – vars uttalade politiska syfte var att motverka bekvämlighetsflagg – uppmanade därför anslutna fackföreningar att inte förhandla med Viking.¹⁸⁴ I samråd med den internationella organisationen varslade Finlands sjömansunion om stridsåtgärder.¹⁸⁵ Viking väckte talan i Storbritannien och yrkade bland annat att domstolen skulle fastställa att stridsåtgärderna skulle förklaras olagliga. Som skäl angavs att åtgärderna stred mot den fria rörligheten för tjänster och den fria etableringsrätten.

I likhet med *Laval*, avfärdade domstolen fackföreningarnas och medlemsstaternas argument om att stridsåtgärder inte omfattades av de ekonomiska friheterna. Trots att unionen saknar kompetens att reglera stridsåtgärder och trots att dessa utgör grundläggande rättigheter, omfattas dessa alltjämt av de ekonomiska friheterna.¹⁸⁶

Därefter fastslog domstolen att etableringsfriheten kan göras gällande gentemot fackföreningar. Som skäl för denna horisontella verkan angav domstolen att den fria rörligheten skulle äventyras, om sammanslutningar och förbund genom sin rättsliga

¹⁸¹ Se *Laval*, 108.

¹⁸² Jfr Nicol 2011, 311.

¹⁸³ Den tekniska benämningen vid byte från inhemsk till utländsk flagg är att ”flagga ut” enligt min maskiningenjör till vän.

¹⁸⁴ Se *Viking*, 12.

¹⁸⁵ Se *Viking*, 17.

¹⁸⁶ Se *Viking*, 32-55.

autonomi uppställde hinder.¹⁸⁷ Vidare framhöll domstolen att fördragen även skapar rättigheter för enskilda som har ett intresse av att friheterna iakttas.¹⁸⁸ Därutöver underströk domstolen att fördraget angav att de ekonomiska friheterna skall omfatta avtal som syftar till att kollektivt reglera förvärvsarbete.¹⁸⁹

Domstolen fastslog därpå att stridsåtgärderna utgjorde en inskränkning i den fria etableringsrätten. Stridsåtgärderna skulle få som följd att det framstod som ”mindre lockande och till och med meningslöst för Viking att utöva sin rätt till fri etablering”.¹⁹⁰

Frågan kvarstod huruvida stridsåtgärderna kunde anses motiverade. Domstolen framhöll att skydd av arbetstagare i princip kan motivera en begränsning av den fria etableringsrätten. Huruvida stridsåtgärderna hade som syfte att skydda arbetstagare lämnades till den nationella domstolen att avgöra. EU-domstolen lämnade emellertid viss vägledning för denna bedömning. Stridsåtgärderna skulle anses ha till syfte att skydda arbetstagarna, förutsatt att anställningarna eller arbetsvillkoren var i fara eller allvarligt hotade.¹⁹¹ Detta var *inte* fallet, om bolaget exempelvis åtog sig genom ett bindande avtal att inte säga upp personal och iakttog lag och kollektivavtal.¹⁹²

Slutligen gav domstolen även närmare vägledning i fråga om stridsåtgärdernas nödvändighet. Den nationella domstolen skulle bedöma huruvida fackföreningen förfogade över andra medel för att uppnå målen med den kollektiva förhandlingen. Därefter skulle prövas huruvida dessa alternativa medel hade uttömts. Domstolen underkände även fackföreningens politiska ambition som syftade till att motverka bekvämlighetsflagg. Stridsåtgärderna kunde inte rättfärdigas, om de vidtogs i syfte att uppnå detta mål. Däremot, i den mån denna politik skyddar arbetstagare, kunde den dock motiveras.¹⁹³ Stridsåtgärderna kunde därmed enbart rättfärdigas om det förelåg ett konkret hot mot sjöfartsanställdas anställningar eller arbetsvillkor. EU-domstolen lämnade därefter fallet till slutligt avgörande av den finska domstolen.

Det sagda visar sammantaget att domstolens prövning av nationella åtgärder är varierande strikt. Det är tydligt hur domstolen i fall som *Omega* vidgar både ”allmän ordning” och ”mänsklig värdighet”, samtidigt som ”arbetstagares skydd” inskränks i *Laval* och *Viking*. Gemensamt för de rättsfall där domstolen har varit generös i sin tillämpning är att det är fråga rättigheter som har sin grund i etiska överväganden, demokrati och konstitutionalism. Det är fråga om yttrandefrihet, mänsklig värdighet, likhet inför lagen och skyddet av barn. Med undantag för det sistnämnda, brukar dessa

¹⁸⁷ Se *Viking*, 57.

¹⁸⁸ Se *Viking*, 58.

¹⁸⁹ Se *Viking*, 58.

¹⁹⁰ Se *Viking*, 72.

¹⁹¹ Se *Viking*, 81.

¹⁹² Se *Viking*, 82.

¹⁹³ Se *Viking*, 88.

rättigheter hänförs till civila rättigheter. I de två fall där domstolen vidtagit en strikt prövning är det fråga om rätten till kollektiva åtgärder. Denna rättighet brukar hänförs till sociala rättigheter och i stadgan insorteras den under ”solidaritet”. Vissa författare har anmärkt att domstolen därmed har premierat de klassiska, så kallade negativa, rättigheterna och tillkänner sociala rättigheter en underordnad ställning.¹⁹⁴ Enligt min mening pekar inte minst min egen analys i denna riktning. Mot bakgrund härav har vissa forskare genomfört omfattande forskningsprojekt i syfte att stärka unionens sociala dimension.¹⁹⁵ Ambitionen är att den sociala integrationen skall påskyndas för att hinna ikapp med den ekonomiska integrationen. Jag skall återkomma till frågor som anknyter till detta i senare delar av uppsatsen.¹⁹⁶ Nu vänder jag mig emellertid till frågan om maktdelningen mellan medlemsstaterna och unionen – med andra ord, konflikten och dess vertikala dimension.

¹⁹⁴ Se de Vries 2013, 92 med hänvisning till Malmberg & Sigeman 2008, 1130 f.

¹⁹⁵ Se Letelier & Menéndez 2009.

¹⁹⁶ Se diskussionen om ekonomisk liberalism i avsnitt 5.4.

4 Vertikal konflikt

I tidigare avsnitt har jag analyserat rättsfallen utifrån en unionsrättslig utgångspunkt. Jag har visat hur domstolen konstruerat grundläggande rättigheter som ett undantag till ekonomiska friheter, att inordningen är av betydelse samt att olika rättigheter har getts en varierande formell utformning och olika stort materiellt utrymme.

I denna del av uppsatsen kommer jag istället diskutera hur domstolens prövningar förhåller sig till medlemsstaternas anspråk på suverän makt. Jag kommer att visa dels hur rättsfallen anknyter till rättsbildning från vissa konstitutionsdomstolar, dels hur den spänning som råder mellan dessa och EU-domstolen kan förklaras utifrån samtida konstitutionell teori. Slutligen kommer jag att analysera vissa rättsfall i ljuset av såväl teorin som den nationella rättsbildningen. Dessförinnan vänder jag mig till en kort redogörelse för vad jag egentligen talar om när jag talar om makt.

4.1 Makt/delning

Den vertikala konflikten rymmer frågan om maktdelning. Det är därför inledningsvis lämpligt att diskutera vad som avses med *makt* respektive *delning*. Max Webers definition utgör ofta en utgångspunkt för diskussioner om makt. Definitionen lyder: ”sannolikheten för att få igenom sin egen vilja i en social relation trots motstånd”.¹⁹⁷ Exempelvis har arbetsgivaren makt över de anställda, om arbetsgivaren kan förmå de anställda att motvilligt utföra glädjelösa arbetsuppgifter. Den överhängande risken för degradering eller uppsägning innebär att de anställda handlar på ett sätt som de inte hade gjort frivilligt. Makten kan även, enligt detta synsätt, antingen vara grundad i tvång eller auktoritet.¹⁹⁸ Enligt Weber strävar maktsystemet efter att upprätthålla sin egen legitimitet och *legitim* makt behöver grundas i någon typ av auktoritet.¹⁹⁹ Han skiljer mellan tre olika typer av auktoritet: *legal*, *traditionell* och *karismatisk*.²⁰⁰ Det förstnämnda avser auktoritet som härleds genom att ordningen är formellt legitim. Vanligen kopplas detta samman med juridiska normer: de har tillkommit på ett formellt korrekt sätt och bör åtlydas i kraft av detta. *Traditionell auktoritet* grundas i en vördnad inför traditionen: personen som utövar auktoriteten härleder denna från historiskt förankrade föreställningar och sedvanor. *Karismatisk auktoritet* innebär att

¹⁹⁷ Se Weber 1983, 37.

¹⁹⁸ Weber definierar auktoritet som ”sannolikheten för att en order med ett bestämt innehåll åtlyds av vissa bestämda personer”, se Weber 1983, 37.

¹⁹⁹ Se Weber 1983, 144-145.

²⁰⁰ Se Weber 1983, 146.

personen åtnjuter lydnad i kraft av aktning för sin egen person. Denna aktning kan exempelvis ha sin grund i heroism, uppenbarelser eller aktningvärda egenskaper.²⁰¹

Webers formella synsätt på makt har kritiserats för sin endimensionalitet. Michel Foucault framhävde i sina arbeten maktens produktiva, diskursiva verkan. Foucault erkände – i enlighet med Weber – den formella makten som förbjuder och påbjuder individen vissa beteenden. Detta synsätt är dock inte tillräckligt: därutöver formar maktens diskurs individen och dess viljor.²⁰² Individen ses härmed inte som en autonom och självklar enhet.²⁰³ Foucault visade att vad som betraktas som eftersträvansvärt, rimligt och gott även är en produkt av makten.²⁰⁴ I hans analyser av fängelset, medicinen och sexualiteten synliggjordes maktutövningens föränderliga tekniker i det moderna, liberala samhället.²⁰⁵ Straff och påbud trädde därvid tillbaka till förmån för den kapillära maktutövningen som formar viljorna, önskemålen och själva subjektet. I exemplet ovan formas därmed arbetstagarens intressen av makten: genom disciplinering kommer hon att vilja utföra sysslorna, eftersom hon finner tillfredställelse i att vara en god arbetare.

I detta avsnitt kommer fokus att riktas mot den *formella offentliga makten*, såsom den förstås av Weber, med sin grund i *legal auktoritet*. I den vertikala konflikten aktualiseras frågan om vilken instans som fastslår den slutgiltiga innebörden av en viss legal norm; till sin natur är frågan inom den legala och formella sfären. Detta innebär i sig varken ett förkastande av den produktiva maktens realitet eller dess relevans för den frågan som jag har att utreda. Ett foucaultdianskt angreppssätt skulle enbart ge andra – betydelsefulla – svar, än de som eftersöks i detta arbete.

Med *delning* avses i detta avsnitt *vertikal maktindelning mellan medlemsstaternas och unionens institutioner*. Enligt den klassiska maktindelningläran, som utvecklades av Montesquieu, skall den offentliga makten fördelas mellan olika maktpoler: den lagstiftande, verkställande och dömande makten.²⁰⁶ Dessa utövar ömsesidig kontroll över varandra i syfte att förhindra maktmissbruk. Denna typ av maktindelning brukar benämnas *horisontell maktindelning*. En analys av den horisontella maktindelningen inom unionen skulle exempelvis studera fördelningen av makt mellan parlamentet, kommissionen, domstolen, ministerrådet och rådet. Detta perspektiv behandlas inte i detta avsnitt. Istället riktas fokus mot den *vertikala maktindelningen*, varmed avses fördelningen av makt mellan unionen och medlemsstaternas institutioner. Makten är i detta perspektiv varierande centraliserad: antingen fastslår domstolen en enhetlig

²⁰¹ Se Weber 1983, 146.

²⁰² Jfr Brännström 2010, 23.

²⁰³ Detta liknar på många sätt vad vissa statsvetare kallar ”maktens tredje dimension”, se Badersten & Gustavsson 2015, 70 f.

²⁰⁴ Se allmänt Foucault 2008.

²⁰⁵ Se allmänt Foucault 2002, Foucault 1987.

²⁰⁶ Se Montesquieu, 1793.

och precis innebörd som skall gälla för varje medlemsstat eller så tillåts medlemsstaternas institutioner ett visst tolkningsutrymme. *Institutioner* är ett vitt begrepp som i detta avsnitt omfattar lagstiftande, dömande och verkställande maktpoler i respektive medlemsland.

Sammantaget: följande analys inriktas mot fördelningen av formell, offentlig makt mellan domstolen och medlemsstaternas institutioner. Makten är i sin tur grundad i legal auktoritet.

4.2 Unionsrättslig, österrikisk likhet inför lagen

I denna del analyseras ett rättsfall och domstolens inställning till den vertikala maktindelningen. Syftet med min analys är dels att illustrera hur domstolen förhåller sig till medlemsstaternas konstitutionella traditioner, dels att öppna upp för en följande, mer ingående diskussion om förhållandet mellan nationell suveränitet och unionens makt.

Bakgrunden till det något egendomliga fallet *Sayn-Wittgenstein* var en adoption. Regeringschefen i den österrikiska delstaten Wien beslutade att rätta inskrivningen i folkbokföringsregistret för Ilona Sayn-Wittgenstein. Hon hade tidigare fått ett nytt efternamn med tillhörande adelstitel, *Fürstin*, efter adoption av en tysk medborgare. Hennes nya namn registrerades – i sin helhet – i folkbokföringsregistret. Genom det tidigare nämnda rättningsbeslutet togs adelstiteln bort, eftersom adelstitlar avskaffats och därmed var otillåtna enligt österrikisk lag.²⁰⁷ Lagen som avskaffade adelstitlarna hade grundlagsställning. Sayn-Wittgenstein överklagade beslutet och anförde bland annat att den fria rörligheten för personer hade åsidosatts. Den fria rörligheten hade enligt klaganden nyttjats i flera avseenden. Såväl vid adoptionen som senare var hon bosatt i Tyskland och hon arbetade med att sälja slott och herrgårdar under sitt fullständiga namn – inklusive adelstitel.²⁰⁸

Efter att ha behandlat motargument från intervenerande stater fastslog domstolen att beslutet att inte erkänna efternamnet i sin helhet innebar en begränsning i den fria rörligheten för personer.²⁰⁹ Som skäl angavs bland annat att det fanns en konkret risk för att klaganden skulle tvingas undanröja tvivel beträffande sin identitet. Domstolen fortsatte att erinra om att begränsningar av den fria rörligheten kan motiveras, under förutsättning att det grundar sig på objektiva skäl som står i proportion till det syfte som eftersträvas.²¹⁰ De österrikiska myndigheterna hade rättfärdigat sitt beslut genom en hänvisning till allmän ordning, vilket domstolen kommenterade enligt följande.

²⁰⁷ Se *Sayn-Wittgenstein*, 3.

²⁰⁸ Se *Sayn-Wittgenstein*, 41-42.

²⁰⁹ Se *Sayn-Wittgenstein*, 71.

²¹⁰ Se *Sayn-Wittgenstein*, 81.

Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att begreppet grunderna för rättsordningen (*ordre public*) ska tolkas restriktivt, när det används för att motivera ett undantag från en grundläggande frihet, varför dess räckvidd inte kan bestämmas ensidigt av varje medlemsstat utan kontroll från Europeiska unionens institutioners sida [...] De särskilda omständigheter som skulle kunna motivera en tillämpning av begreppet allmän ordning kan dock variera från ett land till ett annat och från en tid till en annan. I detta avseende är det därför nödvändigt att tillerkänna de behöriga nationella myndigheterna ett utrymme för skönsmässig bedömning inom de ramar som fastställts i fördraget.²¹¹

Liksom i det föregående fallet *Omega* tillät domstolen medlemsstaterna en tämligen vid tolkningsmarginal avseende allmän ordning.²¹² Därefter diskuterade domstolen avskaffandet av adelskapet som ett uttryck för allas likhet inför lagen, som ansågs utgöra en allmän unionsrättslig princip som dessutom omfattades av EU-stadgan.²¹³ Domstolen bedömde därefter huruvida begränsningen av den fria rörligheten var proportionell.²¹⁴ Vid denna bedömning framhöll domstolen – med hänvisning till *Omega* – att medlemsstaternas uppfattning om och skydd av rättigheterna tillåts vara varierande.²¹⁵ Domstolen skriver följande.

Domstolen har i detta avseende redan slagit fast att det inte är absolut nödvändigt att den begränsande åtgärd som vidtagits av myndigheterna i en medlemsstat motsvaras av en uppfattning som delas av samtliga medlemsstater beträffande sättet att skydda den grundläggande rättigheten eller det aktuella legitima intresset, och att det förhållandet att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än det som har antagits i en annan medlemsstat inte utesluter att bestämmelserna på området är nödvändiga och står i proportion till sitt syfte.²¹⁶

Domstolen konstaterade därefter – knapphändigt – att åtgärden ansågs proportionell i förhållande till sitt syfte.²¹⁷ Domstolens uttalande om varierande tolkningsutrymme bör ses mot bakgrund av att adelstitlar var tillåtna i Tyskland. Om likhet inför lagen skulle getts en uniform och enhetlig betydelse som legitimerar begränsningar av den fria rörligheten, hade domstolen i själva verket uppmanat samtliga medlemsstater att avskaffa adelstitlar. Domstolen förordade dock inte att medlemsstaterna förenade sig i kampen mot de gamla adelsprivilegierna. Istället valde domstolen att tillåta olika tolkningar av rättigheten: Österrike tillåts ha sin egen förståelse av likhet inför lagen, som är avhängig landets nationella och kulturella identitet. Likheten inför lagen gavs härmed en särskild – österrisk – innebörd. Fastän det är fråga om grundläggande

²¹¹ Se *Sayn-Wittgenstein*, 86-87.

²¹² För en diskussion om den varierade tolkningen av *ordre public*, se Vries 2013, 67 med hänvisningar.

²¹³ Se *Sayn-Wittgenstein*, 88-89.

²¹⁴ Se *Sayn-Wittgenstein*, 91

²¹⁵ Se *Sayn-Wittgenstein*, 91.

²¹⁶ Se *Sayn-Wittgenstein*, 91.

²¹⁷ Se *Sayn-Wittgenstein*, 93.

rättigheter, vars naturrättsliga ursprung pekar i riktning mot att de tillkommer oss alla i vår egenskap av människor tillåts nationella variationer.²¹⁸ Resonemanget liknar i mångt och mycket doktrinen om tolkningsmarginal – *margin of appreciation* – som ofta används av Europadomstolen i politiskt känsliga fall.²¹⁹

Denna till synes motsägelsefulla rättsfigur bör enligt min mening ses i ljuset av det spänningsförhållandet som råder mellan medlemsstaternas konstitutionsdomstolar och EU-domstolen. För att ytterligare fördjupa förståelsen för denna konflikt vänder jag mig i det följande – som så ofta i unionsrättsliga sammanhang – till Tyskland.

4.3 Konstitutionell kollision

Den tyska konstitutionsdomstolen, *Bundesverfassungsgericht*, utgör sista instans för konstitutionella frågor i Tyskland.²²⁰ Dess jurisdiktion omfattar alla tyska domstolar. Huvuduppgiften för domstolen är att kontrollera att statens handlingar och samlade författning är förenlig med den tyska grundlagen, *Grundgesetz*.²²¹ Domstolen har haft anledning att bedöma unionsrättens förenlighet med den tyska konstitutionen vid ett flertal tillfällen.

Inledningsvis, omedelbart efter anslutningen till gemenskapen, fastslog domstolen att delegationen av makt till gemenskapen skett i enlighet med den tyska grundlagen. I ett beslut 1967 konstaterade domstolen att regeringen hade behörighet att överföra suverän makt till mellanstatliga organisationer.²²² Vidare fastslog domstolen att förordningar var direkt tillämpliga, att gemenskapsrätten skapade direkta rättigheter för enskilda och att tyska domstolar saknade behörighet att bedöma deras giltighet.²²³ Domstolen tycktes härmed vara ense med EU-domstolens uppfattning i fråga om såväl direkt effekt som företrädesprincipen.

Efter denna initiala medgörlighet intog den tyska konstitutionsdomstolen en mer kritisk hållning till gemenskapsrättens förenlighet med grundlagen. Denna hållning föregicks av ett omskrivet och betydelsefullt gemenskapsrättsligt mål: *Internationale Handelsgesellschaft*.²²⁴ EU-domstolen konstaterade däri att gemenskapsrätten skulle

²¹⁸ Se avsnitt 5.2 om rättigheternas naturrättsliga ursprung.

²¹⁹ Se Danelius 2015, 56 f.

²²⁰ Se Bull 2015, 127-129.

²²¹ Se Bull 2015, 127.

²²² I engelsk översättning: ”[t]he Community itself is neither a state nor a federal state. It is a gradually integrating Community of a special nature, an 'interstate institution' in the sense of Article 24(1) of the Basic Law to which the Federal Republic of Germany – like many other member states – has 'transferred' certain sovereign rights”. Se *ECC Regulations Constitutional Case*, BVerfG beslut, 1 BvR 248/63 och 1 BvR 216/67 den 18 oktober 1967, översatt i Alter 2001.

²²³ Se *ECC Regulations Constitutional Case*, BVerfG beslut, 1 BvR 248/63 och 1 BvR 216/67 den 18 oktober 1967.

²²⁴ Se mål C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*.

ges företråde framför nationella konstitutioner – inklusive grundläggande rättigheter. Gensvaret från Karlsruhe kom 1974, då den tyska konstitutionsdomstolen meddelade sitt beslut i *Solange I*.²²⁵ Domarna gjorde gällande att gemenskapens auktoritet – likt alla övriga internationella fördrag – ytterst vilade på de befogenheter som regleras i den tyska konstitutionen. Delegeringen av makt från Tyskland till gemenskapen var följaktligen tvunget att ske i enlighet med konstitutionella krav. Gemenskapsrätten hade därmed inte allmänt företråde framför den tyska konstitutionen, i synnerhet inte vad gäller grundläggande rättigheter. Sedermera återupprepade domstolen sitt huvudsakliga resonemang i *Solange II* som meddelades 1985.²²⁶ Domarna underströk emellertid en betydelsefull poäng. Så länge – *solange* – gemenskapens institutioner tillgodosåg ett likvärdigt skydd för grundläggande rättigheter som den tyska konstitutionen, skulle domstolen avhålla sig från att överpröva sekundärrätt.²²⁷ Domen förändrade emellertid inte grundhållningen: den tyska konstitutionsdomstolen ansåg sig alltjämt ha jurisdiktion och kunde därmed återta prövningarna i det fall skyddet för grundläggande rättigheter skulle försvagas.

Den tyska konstitutionsdomstolen gick än en gång i konstitutionell konfrontation 1993, efter en period som kännetecknats av tillnärmande mellan domstolarna. I det omdiskuterade beslutet *Maastricht* fastslog domstolen vissa begränsningar avseende regeringens möjlighet att överföra makt till gemenskapen.²²⁸ Domstolen underströk återigen vikten av att skydda grundläggande rättigheter och gjorde gällande att den var sista uttolkare av begränsningarna för unionens auktoritet i Tyskland. Domstolen har sedan dess vid upprepade tillfällen haft att ta ställning till andra frågor gällande förhållandet mellan tysk konstitutionell rätt och unionens suveränitet. Huvuddragen som skisserats ovan kvarstår dock alltjämt.²²⁹ Bland övriga medlemsstaters konstitutionsdomstolar finns olika sätt att hantera unionsrättens företråde, varav vissa uppvisar likheter med det tyska sättet.²³⁰

²²⁵ BVerfGE 37, 271, den 29 maj 1974. Domen finns även i engelsk översättning, se 2 CMLR 540 [1974] – *Solange I*.

²²⁶ BVerfGE 73, 339, den 22 oktober 1986. Domen finns även i engelsk översättning, se 3 CMLR 225 [1987] – *Solange II*.

²²⁷ BVerfGE 73, 339, den 22 oktober 1986. Domen finns även i engelsk översättning, se 3 CMLR 225 [1987] – *Solange II*.

²²⁸ *Maastricht*, BVerfGE 89, 1552, BvR L 134/92 och 2159/92, den 12 oktober 1993. För en engelsk översättning, se 33 *International Legal Materials*, [1994], 395.

²²⁹ I den tyska konstitutionsdomstolens beslut *Bananas* bekräftades synsättet. Ett påstående om att unionen åsidosätter grundläggande rättigheter var tvunget att vara uttryckligen klarlagt. Domstolen uttryckte tvivel kring om så skulle komma att vara fallet, se BVerfG 102, 147, beslut den 7 juni 2000. Återigen bekräftade domstolen unionsrättens suveränitet i beslutet *Honeywell*, samtidigt som begränsningarna som redogjorts för ovan kvarstod, se BVerfG, 2 BvR 2661/06, beslut den 6 juli 2010, para 54.

²³⁰ Se exempelvis den tjeckiska konstitutionsdomstolens dom den 3 november 2009, Pl. ÚS 29/09 (No. 387/2009 Coll.).

Som jag tidigare har poängterat, har utvecklingen av grundläggande rättigheter inom unionen tillkommit senare än ekonomiska friheter. Numera utgör emellertid grundläggande rättigheter en integrerad del i unionsrätten, vilket i sig medför en invecklad situation. Ta *Schmidberger* som exempel: miljöaktivisterna utövade sin grundläggande rättighet till yttrande- och mötesfrihet. Dessa rättigheter återfinns i den österrikiska konstitutionen, unionens stadga och Europakonventionen. Tre olika domstolar har – visserligen med begränsningar i deras respektive jurisdiktion – att avgöra det materiella innehållet avseende samma rättighet.²³¹ Vidare innebär den tyska konstitutionsdomstolens hållning i fråga om grundläggande rättigheter att den skulle kunna underkänna unionsrätt om unionens rättighetsskydd anses otillräckligt.

Det sagda ger en förklaring till domstolens försiktiga hållning i *Sayn-Wittgenstein*. Domstolen konstaterade, relativt kvickt, att åtgärden var förenlig med likhet inför lagen. Genom att tillåta medlemsstaterna ett varierande tolkningsutrymme i fråga om den grundläggande rättigheten, undviker EU-domstolen en frontalkollision med vissa konstitutionsdomstolar. Sammantaget illustrerar detta hur domstolens tolkning av grundläggande rättigheter även rymmer frågor om suveränitetens karaktär: om unionens makt är begränsad till delegerad makt, vilken instans skall då avgöra om unionen har gått utöver sin behörighet? Finns ens en sådan slutlig instans? För att utforska denna invecklade rättsliga situation vänder jag mig i följande avsnitt till teorin om *konstitutionell pluralism*.

4.4 Konstitutionell pluralism

Idén om konstitutionell pluralism växer fram i en kontext av europeisk integration.²³² Den förklaras bäst genom att redogöra för vad idén vänder emot, nämligen två olika former av monism. Enligt *nationalstatens konstitutionella monism* härleds all formell offentlig makt ytterst från nationalstaterna och deras respektive konstitutioner. Den gemensamma hållpunkten är att konstitutionalism inte har, kan eller bör sträcka sig över nationalstatens gränser.²³³ De bakomliggande anledningarna till detta varierar. Vissa framhåller att unionen saknar ett tillräckligt homogent folk – *demos* – vilket härmed ses som en grundförutsättning för konstitutionalism. Andra framhåller hur unionen saknar grundläggande demokratiska beståndsdelar, såsom ett partisystem,

²³¹ Gunther Teubner menar att förhållandet mellan rätt och politik präglas av ömsesidig externalisering av deras respektive grundläggande paradoxer. Å ena sidan kan rätten inte förklara varför lagarna skall följas, utan hänvisar – genom konstitutionen – till folket. Å andra sidan ges suveräniteten inte ett rent genomslag; folket kan inte bestämma vad som helst. Även denna begränsning återfinns i konstitutionen. Teubner understryker att paradoxerna framträder allt tydligare när transnationella regimer – såsom unionen – producerar egen juridik, se Teubner 2015.

²³² Se Avbelj & Komarék 2012, 3.

²³³ Se Jaklic 2014, 1.

gemensam media eller ett sammanhållet civilsamhälle.²³⁴

Den statscentrerade monismen finner sin spegelbild i *européisk konstitutionell monism*. Unionen har, enligt detta synsätt, kommit att utvecklas till ett hierarkiskt konstitutionellt system.²³⁵ Maktbefogenheterna hos unionens institutioner härleds därmed inte från nationalstaterna, utan uppstår autonomt. Idén hämtar sprängkraft från principerna om företräde, förutsatta befogenheter och direkt effekt. I enlighet med domstolens uttalande i *Vand Gend en Loos* ses fördragen som någonting mer än ett sedvanligt internationellt avtal. Fördragen etablerar en direkt förbindelse mellan unionen och de europeiska folken, som i sin tur legitimerar unionens självständiga suveränitet, om än inom begränsade sfärer. De nationella domstolarnas insisterande på slutgiltigt auktoritet ses följaktligen som en ogrundad och övergående företeelse.²³⁶

Den konstitutionella pluralismen hävdar, i motsats till båda föregående synsätt, att suveränitet inte är den normativt överlägsna grunden för konstitutionell auktoritet.²³⁷ Neil MacCormick – en av den konstitutionella pluralismens tidigaste författare – uttryckte kritik mot synsättet att all legal auktoritet härleds från en singular enhetlig auktoritativ källa.²³⁸ Ända sedan Thomas Hobbes har tanken om en odelad kärna av auktoritet präglat det juridiska och politiska tänkandet, enligt MacCormick.²³⁹ Den europeiska integrationens pluralistiska karaktär utmanar detta grundantagande.²⁴⁰ I anledning av detta bör vi varken hålla kvar vid den statliga suveräniteten eller ersätta denna med en ny unionsrättslig suveränitet. Istället utgör båda dessa självständiga och likvärdiga källor till auktoritet som samverkar inom ett och samma territorium. Förhållandet dem emellan är *heterarkiskt* istället för *hierarkiskt*, vilket innebär att varken medlemsstaterna eller unionen utgör den slutgiltigt auktoritativa instansen. MacCormick skriver:

the most appropriate analysis of the relations of legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical. The legal system of Member States and their common legal system of EC law are distinct but interacting systems of law, and hierarchical relationships of validity within criteria of validity proper to distinct systems do not add up to any sort of all-purpose superiority of one system over another.²⁴¹

²³⁴ Se Jaklic 2014, 2.

²³⁵ Se Jaklic 2014, 1.

²³⁶ Se Avbelj & Komarék 2012, 3.

²³⁷ Walker skriver: "[c]onstitutional pluralism, by contrast, recognises that the European order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confines of inter-national law and now makes its own independent constitutional claims, and that these claims exist alongside the continuing claims of states. The relationship between the orders, that is to say, is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical.", Walker 2002, 337.

²³⁸ Se MacCormick 1995, 264.

²³⁹ Se MacCormick 1999, 123-127.

²⁴⁰ Se MacCormick 1995, 264 f.

²⁴¹ Se MacCormick 1995, 264.

Förutom MacCormick bidrog ett antal författare med varierande pluralistiska förhållningssätt till konstitutionella frågor. Gradvis började därmed ett forskningsfält uppstå. Fältets gemensamma påstående var att det nydanande, pluralistiska synsättet utgjorde den bästa förklaringen – och legitimeringen – av samtida konstitutionell utveckling. Succesivt kom fältet att växa i popularitet till den grad att den idag utgör en av huvudfåror inom konstitutionell teori.²⁴² Fastän författarna i huvudsak är eniga om flera grundantaganden, uppvisar deras teorier även avsevärda skillnader.

En framstående författare inom fältet är Neil Walker, som benämner sin teori *epistemisk konstitutionell pluralism*. Hans projekt är att rädda konstitutionalismen från de djupa oenigheter som präglar kursen. Som vi tidigare har sett, anser både EU-domstolen och många nationella konstitutionsdomstolar sig vara den slutgiltiga auktoriteten i konstitutionella frågor. Walker åtar sig därför uppdraget att förena dessa till synes oförenliga ståndpunkter. För detta ändamål utarbetar han en teoretisk modell för konstitutionell diskurs. Modellen rör sig på en metanivå, vilket innebär att den snarare omfattar frågan om *hur* institutioner skall mötas i konstitutionell dialog, än vad denna dialog bör utmynna i.²⁴³ Walker kallar denna nivå för den andra nivån.

För att möjliggöra denna dialog postulerar Walker följande grundläggande axiom: *mellan konkurrerande anspråk på slutgiltig konstitutionell auktoritet föreligger en fundamental ojämförbarhet*.²⁴⁴ Medlemsstaternas anspråk på suveränitet är varken mer eller mindre legitima, än motsvarande anspråk från unionen. Deras respektive suveränitetsanspråk verkar inom ramen för sitt eget självrefererande system.²⁴⁵ Detta innebär att anspråken på auktoritet är konsekventa inom ramen för deras respektive interna *episteme*. Sett utifrån däremot, från ett externt *episteme*, kan dock vare sig medlemsstaterna eller unionen hävda företräde.²⁴⁶ Det finns ingen Arkimedes punkt; ingen historisk eller politisk allmängiltig skala, varifrån giltigheten hos respektive konstitutionellt krav kan bedömas.²⁴⁷

Fokus bör därmed skifta: från frågan om vilken institution som skall ha sista ordet, till frågan om vilka anspråk som rättmätigt skall ses som konstitutionella. I syfte att avgöra vilka anspråk som skall erkännas som konstitutionella uppställer Walker vissa minimivillkor. För syftet med förevarande arbete behöver villkoren inte preciseras i detalj. Det är tillräckligt att understryka att tröskeln är låg, vilket innebär att samtliga anspråk på suveränitet från medlemsstaterna och deras konstitutionsdomstolar omfattas.²⁴⁸ Samtidigt är det viktigt att understryka Walkers ambition med

²⁴² Se Jaklic 2014, 6.

²⁴³ Se Walker 2002, 358.

²⁴⁴ Se Walker 2003, 28.

²⁴⁵ Tankarna om rätten som ett självrefererande system går att härleda till Niklas Luhmann och Günther Teubner, se Luhmann 2004 och Teubner 1993.

²⁴⁶ Se Jaklic 2014, 34.

²⁴⁷ Se Walker 2002, 338.

²⁴⁸ För denna slutsats, se Jaklic 2014, 34-35.

sitt projekt: syftet är inte enbart att förklara samtida konstitutionella tendenser inom Europa, utan snarare att bygga ett teoretiskt ramverk för att förstå konstitutionalism även i en större global kontext. Som exempel på organisationer med konstitutionella ansatser nämns WTO och NAFTA.²⁴⁹

Rationaliteten bakom hans teoretiska ramverk är att bibehålla en viktig debatt om konstitutionell auktoritet, genom att de olösta frågorna tillåts ligga obesvarade. Härigenom kan diskursen vändas till en mer öppen och flytande process. Klemen Jaklic skriver om teorin:

One of the main points of epistemic pluralism thus seems to become that, due to its axiom, the whole discourse can turn into a more fluid, plastic, and open-ended agonistic process. [...] This way, it is believed, those who hold a view will feel more prone and amenable to ongoing, open-ended negotiation that also includes negotiation about what part of the previously foreclosed, internal, non-negotiable core should nevertheless be negotiated.²⁵⁰

Fastän teorin primärt är tänkt att verka på en metanivå, måste europeiska domstolar på en daglig basis hantera konflikter gällande tolkningen av normer; konflikter måste även hanteras på en konkret nivå. Ta *Schmidberger* som exempel: miljöaktivisterna utnyttjade sin yttrande- och mötesfrihet. Som vi sett skulle konflikten potentiellt sett kunna hamna i Österrikes domstolar, EU-domstolen eller Europadomstolen. Teorin må förklara hur dessa domstolar bör förhålla sig till varandra i maktdelningsfrågor på en metanivå, men är tyst avseende hur konkreta konflikter om normers innehåll skall hanteras. Med utgångspunkt i Walkers grundläggande antaganden utvecklar Jaklic det teoretiska ramverket i syfte att det skall fungera även på en konkret nivå. Det axiom som gäller för metanivån bör, enligt Jaklic, inte gälla för den konkreta nivån. Istället för fundamental oförenlighet bör riktmärket vara konsensus gällande normativt innehåll. Det motsatta skulle innebära konstitutionella konflikter som i förlängningen skulle underminera det pluralistiska projektet. Jaklic skriver:

Therefore, while epistemic incommensurability requires at the second-order level the adoption of certain procedural concessions, the same axiom requires further mutual substantive concessions at the first-order level.²⁵¹

Konflikter bör därmed i största möjliga mån undvikas. Enligt min mening tycks tolkningarna av konstitutionella rättigheter möjliga att förena i majoriteten av fallen. Europadomstolen tar regelmässigt hänsyn till nationell identitet och kultur genom doktrinen om *margin of appreciation*. Samtidigt har medlemsstaterna förbundit sig att följa avgöranden från både Europadomstolen och EU-domstolen. Den sistnäm-

²⁴⁹ Se Walker 2002, 355.

²⁵⁰ Se Jaklic 2014, 37.

²⁵¹ Se Jaklic 2014, 45.

da hänvisar emellanåt, i sin tur, till såväl Europadomstolens avgöranden som medlemsstaternas konstitutionella traditioner.

Utöver den grundläggande epistemiska konstitutionella pluralismen omfattar den teori som Walker lägger fram ytterligare två dimensioner: *deskriptiv* och *normativ pluralism*. Enligt deskriptiva pluralismen kan vi inte förklara samtida konstitutionell utveckling i Europa utan pluralismen – den är helt enkelt den modell med högst förklaringsvärde för det samtida konstitutionella tillståndet.²⁵² Det innebär inte nödvändigtvis att vi måste acceptera Walkers påstående om hur konstitutionella krav är epistemiskt ojämförbara. Inte heller behöver vi anse att pluralismen är bra. Det är därmed fullt möjligt att anse att rätten har ingått i ett post-Westfaliskt skede, som präglas av olika konstitutionella nivåer och samtidigt anse att det är en olycklig utveckling.

Den normativa pluralismen, däremot, betyder att den konstitutionella pluralismen är önskvärd. Enligt detta synsätt är det enda etiskt godtagbara sättet att förhålla sig till den samtida politiska utvecklingen och ansvaret är ömsesidigt erkännande och tillnärmande på ett flertal olika konstitutionella nivåer.²⁵³ Varken ett förstärkt av unionen eller en återgång till nationalstaternas suveränitet ses som önskvärt. Andra författare har kritiserat denna uppfattning som ett otillräckligt försvar för unionens demokratiska och sociala underskott.²⁵⁴

Sammantaget förefaller den konstitutionella pluralismen kunna ge en trovärdig förklaring till den komplexa situation (eller terrorbalans) som råder i den samtida konstitutionella diskursen. Jag vänder mig därför åter till konflikten mellan friheter och rättigheter för att betrakta rättsfallen i ljuset av den epistemiska konstitutionella pluralismen.

4.5 Konstitutionell eftergift och auktoritet

Tillåt mig återvända till domstolens resonemang i *Omega*. Efter att domstolen hade fastslagit att förbudet av laserspelet utgjorde ett hinder i den fria rörligheten, uppkom frågan om hindret kunde berättigas. De tyska domstolarna ansåg – i ett tidigare skede

²⁵² Walker skriver: ”On this view, we can only begin to account adequately for what is going on within the European constitutional configuration if we posit a framework which identifies multiple sites of constitutional discourse and authority. As noted earlier in our critique of state-centredness, to try to explain the new emerging post-Westphalian order in one-dimensional terms, by reference to national delegation, inter-governmentalism and the traditional law of international organisations, is to try to force square pegs into round holes, and to understate the extent and distort the character of the transformation which is underway.”, se Walker 2002, 337.

²⁵³ Se Walker 2002, 337.

²⁵⁴ Emiliós Christodoulidis, professor i rättsvetenskap, skriver: ”[m]y argument is that it is constitutively coupled with a compensatory strategy that recruits the language of *constitutional pluralism*; and what it compensates for is the enfeeblement of democracy at the European level”, Christodoulidis 2012, 120.

av processen – att förbudet av laserspelet var förenligt med den tyska konstitutionens skydd av den mänskliga värdigheten. Domstolarna hade emellertid inte tillämpat mänsklig värdighet som en gemenskapsrättslig princip.

Enligt Walkers teoretiska ramverk skulle konflikten karaktäriseras som en konflikt på första nivån: rättsfallet behandlar inte en direkt fråga om slutgiltig konstitutionell auktoritet. Det liknar inte den tyska konstitutionsdomstolens *Maastricht* eller EU-domstolens *Internationale Handelsgesellschaft*. Istället utgör fallet ett exempel på en konventionell tolkning av överlappande konstitutionella normer. Att frågan ändå är av betydelse framträder tydligt i ljuset av den tyska *solange*-doktrinen; om unionen inte skyddar grundläggande rättigheter på ett godtagbart sätt, riskerar dess rättsakter att underkännas av den tyska konstitutionsdomstolen. EU-domstolen hanterade då frågan på följande sätt.

Det råder således inte något tvivel om att syftet att skydda den mänskliga värdigheten är förenligt med gemenskapsrätten, utan att det i detta hänseende anses ha någon betydelse att principen om mänsklig värdighet i Tyskland har en särskild ställning såsom självständig grundläggande rättighet.²⁵⁵

Skyddet för mänsklig värdighet är därmed en fristående gemenskapsrättslig rättighet, vars innebörd slutgiltigt bestäms av EU-domstolen. Domstolen understryker därvid hur den framskjutna ställning som rättigheten har i tysk konstitutionell rätt inte har varit av betydelse för slutsatsen. Med Walkers ord vidmakthåller domstolen härmed sin auktoritet i det själv-refererande systemet. Alltefter sin egen interna *episteme* är domstolen tvungen att hävda sin egen hierarkiska överordning. En annan hållning vore oförenlig med principen om unionsrättens företräde. Så långt intet nytt under solen: domstolens inställning är helt i linje med sitt egna resonemang i *Costa v ENEL* och *Internationale Handelsgesellschaft*. Inställningen är dock även förenlig med idén om epistemisk konstitutionell pluralism: Walker förväntar sig inte att respektive domstol internt skall erkänna varandras slutgiltiga auktoritet.²⁵⁶ Därefter tillägger emellertid domstolen:

Det är i detta avseende inte absolut nödvändigt att den begränsande åtgärd som vidtagits av myndigheterna i en medlemsstat motsvaras av en uppfattning som delas av samtliga medlemsstater beträffande sättet att skydda den grundläggande rättigheten eller det aktuella legitima intresset.²⁵⁷

Inom ramarna för den unionsrättsliga rättigheten tillåts härmed medlemsstaterna göra varierade tolkningar. Den tolkning som förordas av de tyska domstolarna anses

²⁵⁵ Se *Omega*, 37.

²⁵⁶ Se Walker 2002, 349.

²⁵⁷ Se *Omega*, 37.

rymmas inom denna tolkningsmarginal och förbudet av laserspelet kan följaktligen godtas. Denna tillåtande hållning gentemot medlemsstaterna kan ses som ett externt erkännande av medlemsstaternas legitima konstitutionella krav. Med Walkers ord uppkommer en dialog på metanivå; i sitt externa *episteme* erkänner EU-domstolen implicit det berättigade tyska auktoritetsanspråket. Genom att tillåta en varierande tolkning av rättigheten undviks en kollision. Samtidigt vidmakthåller domstolen sitt interna hierarkiska anspråk genom att understryka hur den mänskliga värdigheten utgör en unionsrättslig norm. Underförstått innebär detta att de yttre gränserna alltså slutligen avgörs av EU-domstolen. Härigenom erkänns respektive domstols konstituerande konstitutionella normer, utan att unionen viker i fråga om slutgiltig konstitutionell auktoritet.

Likaledes återkommer lösningen i det senare rättsfallet *Dynamic Medien*. Tvisten uppkom som en följd av import av japanska tecknade serier – med ett annat ord *anime* – från Tyskland till Storbritannien. Före importen granskades filmerna av en brittisk myndighet och försågs med en etikett som angav att visning var tillåten från 15 år och uppåt.²⁵⁸ Detta var emellertid inte tillräckligt. Enligt den tyska regleringen var försäljningen per postorder otillåten, såvida filmerna inte granskats av behöriga tyska myndigheter.²⁵⁹ *Dynamic Medien* – ett tyskt bolag – inledde ett interimistiskt förfarande och yrkade att en konkurrent skulle förbjudas att saluföra serier som inte granskats av tyska myndigheter.

Domstolen inledde med att avfärda den tyska hållningen om att granskningen föll utanför tillämpningsområdet för den fria rörligheten för varor.²⁶⁰ Tvärtom, ansågs det tyska granskningsförfarandet utgöra en begränsning av den fria rörligheten.

Åtgärden ansågs dock motiverad. Domstolen inledde med att hänvisa till ett flertal internationella instrument för skydd av mänskliga rättigheter, där barnens rättigheter särskilt regleras. Därutöver framhölls artikel 24.1 i EU-stadgan som anger att "[b]arn har rätt till det skydd och den omvårdnad som behövs för deras välfärd". I likhet med tidigare rättsfall framhöll domstolen att begränsningen av den fria rörligheten kan motiveras, under förutsättning att åtgärden är ägnad att säkerställa ett legitimt syfte och inte går utöver vad som är nödvändigt.²⁶¹ Därefter angav domstolen:

²⁵⁸ Se *Dynamic Medien*, 12.

²⁵⁹ Se *Dynamic Medien*, 13.

²⁶⁰ I enlighet med *Keck* ska vissa åtgärder – exempelvis försäljningstider – falla utanför tillämpningsområdet för den fria rörligheten för varor, se förenade målen C-267/91 och C-268/91 *Brottmål mot Bernard Keck och Daniel Mithouard*. Detta gäller under förutsättning att åtgärden tillämpas lika i förhållande till alla berörda näringsidkare och att det såväl rättsligt som faktiskt påverkar inhemska och andra varor på samma sätt. Med hänsyn till att regleringen även omfattade märkning av tyska myndigheter, fastslog domstolen att åtgärden skulle anses utgöra ett produktkrav.

²⁶¹ Se *Dynamic Medien*, 42.

Domstolen anger härvid att det inte är absolut nödvändigt att de begränsande åtgärder som myndigheterna i en medlemsstat vidtar för att skydda barns rättigheter [...] motsvaras av en uppfattning som delas av samtliga medlemsstater med avseende på nivån för och utformningen av skyddet [...]. Eftersom denna uppfattning kan variera mellan medlemsstaterna med avseende på hänsyn till bland annat moraliska och kulturella värderingar, skall medlemsstaterna medges ett bestämt utrymme för skönsmässig bedömning.²⁶²

Det är visserligen riktigt att det ankommer på medlemsstaterna att i brist på harmonisering på gemenskapsnivå bedöma vid vilken nivå de har för avsikt att säkerställa skyddet för det ifrågakommande intresset. Detta utrymme för skönsmässig bedömning skall emellertid utnyttjas med iakttagande av de förpliktelser som följer av gemenskapsrätten.²⁶³

Med uttrycklig hänvisning till *Omega* tillät domstolen medlemsstaterna ett liknande tolkningsutrymme. Härigenom undviks en direkt kollision. Samtidigt vidmakthåller domstolen sin slutgiltiga konstitutionella auktoritet genom att understryka att detta skönsmässiga utrymme skall utövas i samklang med gemenskapsrätten. Återigen: domstolen hävdar slutgiltig auktoritet, samtidigt som medlemsstaterna tillåts tolka rättigheten på ett varierande sätt.

Det tyska granskningsförfarandet ansågs ägnat att skydda barnens välfärd. I frågan om proportionalitet gjorde domstolen en distinktion mellan åtgärdens materiella omfattning och formella mekanismer. I det första avseendet påpekade domstolen att serierna kunde säljas till vuxna utan föregående granskning. Därmed ansågs åtgärden inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. I fråga om formella mekanismer underströk domstolen att granskningsförfarandet måste vara lättillgängligt och effektivt. Ett avslagsbeslut måste dessutom kunna underkastas domstolsprövning.²⁶⁴ Yttranden från den tyska regeringen talade enligt domstolen för att granskningsförfarandet uppfyllde dessa kriterier. Huruvida denna bedömning var riktigt ankom på den nationella domstolen att slutligt avgöra.²⁶⁵

Sammantaget: domstolen uppvisar en acceptans för medlemsstaternas skiftande konstitutionella traditioner, samtidigt som den etablerar sin egen auktoritet. Detta mönster är återkommande i fyra av rättsfallen, men står alltså i tydlig kontrast mot *Laval* och *Viking*. I det förstnämnda fallet vidtog, som tidigare nämnts, ett svenskt fackförbund stridsåtgärder mot det lettiska bolaget Laval, som vunnit ett kontrakt avseende en renovering av en skola i Vaxholm. Syftet var att tillförsäkra de lettiska arbetarna kollektivavtalsenliga löne- och arbetsvillkor. Domstolen konstaterade att skydd av arbetstagares villkor i och för sig kan berättiga en begränsning av den fria rörligheten. Däremot ansågs inte stridsåtgärderna i det aktuella fallet vara motiverat utifrån detta ändamål. Domstolen skriver:

²⁶² Se *Dynamic Medien*, 44.

²⁶³ Se *Dynamic Medien*, 45.

²⁶⁴ Se *Dynamic Medien*, 50.

²⁶⁵ Se *Dynamic Medien*, 51.

Det hinder som sådana stridsåtgärder som de som är föremål för prövning i målet vid Arbetsdomstolen innebär kan emellertid inte anses vara motiverat utifrån detta ändamål, vad gäller de specifika skyldigheter som följer av en anslutning till Byggnadsavtalet och som de fackliga organisationerna genom sådana stridsåtgärder försöker förmå företag som är etablerade i andra medlemsstater att åta sig. Detta följer, förutom av punkterna 81 och 83 ovan, av att en arbetsgivare som utstationerar arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna är skyldig att gentemot dessa arbetstagare iaktta en kärna av tvingande regler för minimiskydd i värdmedlemsstaten till följd av den samordning som skett genom direktiv 96/71.²⁶⁶

Minimiskyddet som tillförsäkrades arbetstagarna genom utstationeringsdirektivet var anledningen till att stridsåtgärderna var otillåtna. Härigenom tolkades, vilket jag tidigare har visat, rätten till stridsåtgärder på ett snävt sätt. Till skillnad från tidigare fall, tillerkändes inte de nationella institutionerna ett skönsmässigt utrymme för att avgöra innebörden av rättigheten.

Domstolen avstod därmed från att ge stridsåtgärder en särskild tolkning i ljuset av svenska konstitutionella och politiska traditioner. Det hade varit fullt möjligt med hänsyn till fackförbundens betydelsefulla funktion. Dessa har en framskjuten ställning i den politiska och konstitutionella grundstrukturen som brukar benämnas den svenska modellen.²⁶⁷ Arbetsmarknadsmodellen bygger på hög organisationsgrad, samförståndsanda och kollektivavtal.²⁶⁸ Modellens funktion säkerställs bland annat genom lagar om anställningsskydd och medbestämmande, men även genom rätten till stridsåtgärder som regleras i grundlagen. Traditionellt sett har stridsåtgärder getts ett stort utrymme och inte ansetts begränsade av allmänna rättsprinciper om proportionalitet.²⁶⁹ Mot bakgrund av detta fanns ett utrymme för domstolen att erkänna även denna konstitutionella egenhet. Domstolen valde tvärtom att etablera en snäv tolkning, vilket i sin tur innebär en tydlig maktförskjutning från medlemsstaterna till unionen.

Sammantaget: den konstitutionella pluralismen kan ge en förklaring dels till domstolens hållning i majoriteten av rättsfallen, dels till rättsutvecklingen inom samtida konstitutionell rätt. Såväl EU-domstolen som nationella konstitutionsdomstolar gör anspråk på slutgiltig konstitutionell auktoritet. Samtidigt råder relativ konsensus genom att domstolarna tillerkänner varandra ett tolkningsutrymme. I vissa fall, som i *Laval* och *Viking*, tycks emellertid unionsrättens företrädare påverka och begränsa det nationella konstitutionella skyddet av rätten till kollektiva åtgärder.

²⁶⁶ Se *Laval*, 108.

²⁶⁷ Jfr artikel 4.2 FEU

²⁶⁸ Se Glavå & Hansson 2016, 71-81.

²⁶⁹ Se Glavå & Hansson 2016, 71-81.

5 Konstitutionell politik

Som jag framhöll inledningsvis är syftet med detta arbete dels att studera konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter, dels att synliggöra hur domstolens avvägning däremellan återspeglar ett särskilt förhållande mellan juridik och politik. I ovanstående del av arbetet har jag analyserat hur domstolen *rättsligt* hanterat konflikten. I följande del kommer jag att undersöka dess *politiska* hantering av samma konflikt. Syftet är tvåfaldigt: dels att utveckla en förståelse för konfliktens betydelse för förhållandet mellan juridik och politik, dels att kritiskt analysera detta förhållningssätt. Mitt fokus i följande del riktas företrädesvis mot vad som tidigare benämnts den horisontella dimensionen. Häri kommer jag att analysera domstolens behandling av värdekonflikten genom rättslig och politisk teori. Därutöver kommer vissa delar av den vertikala konflikten att behandlas på samma sätt.

5.1 Intet nytt sker under solen?

I mångt och mycket liknar konflikten som jag har undersökt en vanlig konstitutionell prövning. Som jag påpekade inledningsvis, är det karaktäristiskt för konstitutionella normer att de har överordnad dignitet och att de begränsar politikens handlingsutrymme. Suveräniteten ges inte ett rent genomslag; suveränen måste förhålla sig till vissa särskilt angivna begränsningar. Exempelvis innebar domstolens resonemang i *Laval* att den svenska regleringen av kollektiva åtgärder begränsades. De ekonomiska friheterna är överordnade de svenska reglerna och därmed begränsades politikernas handlingsutrymme i frågan. Mot bakgrund av detta ändrades viss reglering.²⁷⁰

Det faktum att juridiken begränsar politiken är inte unikt för den konflikt jag har undersökt. En konstitution kan ha varierande funktioner, såsom att upprätta regler för det formella politiska beslutsfattandet eller tillförsäkra transparensen i offentlig förvaltning. Konstitutionella rättigheter, å sin sida, presenteras ofta som minoritetens skydd mot majoriteten. Genom att tillförsäkra var och en vissa rättigheter stadgad i överordnad författning, förhindras majoriteten från att fatta beslut som orättmätigt gynnar dem på minoritetens bekostnad. Exempelvis måste den politiska minoriteten i ett visst land ha möjlighet att göra sina åsikter hörda. Yttrandefriheten begränsar därför i vilken mån den politiska majoriteten tillåts lagstifta i frågor avseende förhandsgranskning och offentlig censur. Ett annat exempel är religionsfriheten, som skyddar såväl religiösa majoriteter som minoriteter från förföljelse. Dessa rättigheter är reglerade i såväl Europakonventionen²⁷¹ som grundlagen.²⁷² Det sagda innebär att

²⁷⁰ Se dir 2008:123 Förslag till åtgärder med anledning av *Laval* domen och Glavå & Hansson 2016, 201-202.

²⁷¹ Se EKMR, artikel 9.

riksdagen inte tillåts stifta lag i strid med den tolkning av normerna som ges av Europadomstolen respektive våra högsta nationella juridiska instanser. Sålunda begränsar juridiken nationella politiska instanser genom svenska grundlagar, unionens stadga och Europakonventionen.

Vidare förekommer fall där rättigheter kommer i konflikt med varandra. Som exempel kan nämnas fallet *Murphy mot Irland* från Europadomstolen där yttrandefriheten ställdes mot religionsfriheten.²⁷³ Pastor Roy Murphy förbjöds av irländsk lag att sända reklam för sina religiösa möten, vid vilka han skulle presentera bevis för Kristus återuppståndelse. Den irländska författningen förbjöd – mot bakgrund av landets tidigare våldsamma konflikter – all form av reklam med religiöst syfte. Den irländska regeringen argumenterade för regleringen, eftersom den ansågs skydda andra religiösa gruppers religionsfrihet. Dessa grupper skulle inte tvingas lyssna till yttranden genom reklam, som förnekade deras egna religiösa övertygelser. Regleringen innebar samtidigt en begränsning av yttrandefriheten. Europadomstolen ansåg – trots att yttrandefriheten skall skydda rätten att väcka anstöt – att begränsningen var berättigad. Domstolen tog särskild hänsyn till Irlands historia, som präglats av religiös och politisk konflikt mellan protestanter och katoliker. Fallet illustrerar att inte heller konflikter mellan olika typer av rättigheter är ovanliga.

Frågan blir därvid: på vilket sätt skiljer sig konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter från en sedvanlig konstitutionell prövning? Vad är *egentligen* det nya som sker under solen?

5.2 Friheterna och rättigheternas rationalitet

Innan jag vänder mig till frågan om vad som är nytt med konflikten, kommer jag att kortfattat diskutera de ekonomiska friheterna och de grundläggande rättigheternas filosofiska och politiska grund.

Konflikten omfattar två begrepp med betydelsefulla ideologiska värdeladdningar. Rättigheter, å ena sidan, har genom tiderna karaktäriserats på olika sätt. Vanligen görs en distinktion mellan *positiva* rättigheter och *moraliska* rättigheter.²⁷⁴ Den första kategorin omfattar lagreglerade rättigheter, medan den sista är ett moraliskt anspråk som inte nödvändigtvis behöver ha legal form. Idén om moraliska rättigheter har en lång historisk, politisk och filosofisk tradition. Tänkare såsom Thomas av Aquino, Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant och Thomas Paine har utövat ett betydande inflytande. De framhöll – utifrån sina skilda filosofiska utgångspunkter – hur varje individ har naturliga rättigheter som tillkommer henne just i egenskap av

²⁷² Se RF 2:1, YGL och TF.

²⁷³ Se Europadomstolens dom den 10 juli 2003 i målet *Murphy mot Irland* (44179/98).

²⁷⁴ Se Heywood 2015, 206.

människa.²⁷⁵ Rättigheterna karaktäriserades ofta som naturliga, eftersom de ansågs vara gudagivna och utgjorde en kärna i den mänskliga naturen. Exempelvis betonade John Locke särskilt rätten till liv, frihet och egendom som fundamentala och gudagivna rättigheter.²⁷⁶ Idéerna från Locke har därefter utvecklats i olika riktningar, bland annat till intrikata försvar av starka ekonomiska rättigheter.²⁷⁷

Även Immanuel Kants filosofi har varit betydelsefull för rättighetsidéerna. Till skillnad från tidigare filosofi, har rättigheterna häri sitt ursprung i själva människan, snarare än Gud. Kant formulerade människovärdesprincipen, som innebär att envar skall behandlas som ett mål i sig själv och därmed inte ett medel.²⁷⁸ Denna princip sammankopplas ofta till idén om människans värdighet, vilken fått genklang i ett flertal dokument om mänskliga rättigheter.²⁷⁹ Sambandet mellan hans filosofi och mänsklig värdighet underströks exempelvis av generaladvokat Stix-Hagl i hennes förslag till avgörande av *Omega*. Med hänvisning till Kant skriver hon:

Till grund för denna bedömning ligger olika religiösa, filosofiska och ideologiska motiv. Idén om den mänskliga värdigheten går tillbaka på framväxten i den europeiska kulturkretsen av en bild av människan som en självbestämmande och fritt handlande varelse. Eftersom människan har en egen fri vilja skall människan betraktas som ett subjekt och får inte reduceras till ett objekt.²⁸⁰

Många rättighetskataloger omfattar inte ett specifikt skydd för mänsklig värdighet. Den mänskliga värdigheten sägs då istället utgöra den grund, varpå övriga rättigheter vilar. Den politiska och filosofiska utgångspunkten vid redogörelser för mänskliga rättigheter är ofta alla människors lika värde, som i sin tur sammankopplas med idén om människans inneboende värdighet. Därigenom förklaras hur rättigheterna anses ha en inneboende universalitet; dess allmängiltighet för alla människor.

Såväl historiskt som i samtiden finns emellertid skarpa kritiker till idén om givna mänskliga rättigheter. Exempelvis liknade den brittiska filosofen Jeremy Bentham (1748-1832) rättigheter vid ”nonsens på styltor”.²⁸¹ Föreställningarna om rättigheter präglades enligt honom av metafysiskt språkbruk, som inte kunde läggas till grund

²⁷⁵ Se Wacks 2015, 14-26 och Heywood 2015, 209-211.

²⁷⁶ Se allmänt Locke 1996, 23.

²⁷⁷ Se allmänt Nozick 2001.

²⁷⁸ Kant skriver: ”[h]andla så, att du behandlar mänskligheten såväl i din egen som i varje annan person aldrig blott såsom medel utan tillika såsom ändamål”, se Kant 1987, 74.

²⁷⁹ Jfr ingressen till FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna: ”[...] den enskilda människans värdighet och värde”.

²⁸⁰ Se *Omega*, förslag till avgörande av GA Stix-Hackl, 78.

²⁸¹ Bentham skriver: ”[t]hat which has no existence cannot be destroyed – that which cannot be destroyed cannot require anything to preserve it from destruction. Natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, – nonsense upon stilts”, se Bentham 1987, 50; jfr Heywood 2015, 209.

för etiska ställningstaganden. Deras abstrakta och otydliga karaktär innebar, enligt Bentham, att rättigheter enbart gav uttryck för ett visst moraliskt gillande. Bentham, som företrädde utilitarismen, förespråkade istället att handlingar bör bedömas enligt den grad av nytta eller välfärd som handlingarna gav upphov till.²⁸² En annan typ av kritik har riktats från ett politiskt håll. Socialister har kritiserat rättighetskataloger för att de upprätthåller ojämlika och orättfärdiga förmögenhetsförhållanden. Genom att tillskriva exempelvis äganderätten ett starkt skydd försvåras progressiva samhällsförändringar.²⁸³ Kritiken av rättigheter har även getts genklang i den svenska rättsrealismen, som framförallt förknippas med Axel Hägerström (1868-1939) och Vilhelm Lundstedt (1882-1955). Kritiken från rättsrealisterna kan karaktäriseras på olika sätt, men gemensamt är förnekandet av rättigheternas objektiva existens. Som Lundstedt skriver: ”det icke finns något objektivt böra, följaktligen icke heller några rättigheter”.²⁸⁴ Denna kritiska hållning mot rättigheter har i hög grad präglat den svenska rättskulturen, exempelvis genom en kritisk hållning till begreppsjurisprudens. Trots detta, har idén om rättigheter på senare tid stigit ur askan och gett följdverkningar på både juridisk doktrin och rättstillämpning.²⁸⁵ Idag har idén om rättigheter en stark ideologisk och politisk bärkraft och dess språkbruk används av varierande grupper med betydande ideologiska skillnader.²⁸⁶

Låt mig nu vända mig till de konkreta rättigheter som jag tidigare har undersökt. I kronologisk ordning har följande rättigheter aktualiserats: yttrandefrihet, mänsklig värdighet, kollektiva åtgärder, barnets rättigheter och likhet inför lagen. Utav dessa kan yttrandefrihet, mänsklig värdighet och likhet inför lagen sägas utgöra klassiska civila rättigheter. De följer en liberal tradition där frihet definieras på ett negativt sätt. Isaiah Berlin (1909-1997) hävdade att negativ frihet är värnandet av det utrymme i vilket individen kan agera utan inblandning från andra människor.²⁸⁷ Individen är fri, såvida inte en annan person hindrar henne att göra det hon annars skulle göra. Staten behöver inte aktivt agera för att upprätthålla likhet inför lagen, yttrandefrihet eller den mänskliga värdigheten. Det är tillräckligt med att staten avhåller sig från att begränsa yttranden, diskriminera eller kränka värdigheten. Detta är åtminstone sant i teorin – i praktiken kan aktiva åtgärder från staten behövas för att rättigheterna skall upprätthållas.

Barnets rättigheter kan sägas tillhöra en annan typ av kategori: positiva rättigheter. Istället för att garantera statens avhållsamhet, stadgar dessa en rätt *till* någonting. I

²⁸² Se allmänt Bentham 1987.

²⁸³ Se Heywood 2015, 208-209.

²⁸⁴ Se Lundstedt 1935, 533 n. 5.

²⁸⁵ Utvecklingen tog fart bl.a. genom Lundgren-domen, se NJA 2005 s. 462. För en diskussion kring rättigheternas förnyade rättsliga bärkraft, se bland annat Schultz 2011 och Bernitz 2010-2011.

²⁸⁶ För en diskussion om rättigheternas nuvarande ideologiska inflytande, se Douzinas 2000, 122 ff.

²⁸⁷ Se Berlin 1984, 133.

detta fall, till skydd och omvårdnad. Dessa rättigheter kopplas vanligen till politiska välfärdsprogram, där medborgarna garanteras att vissa basala behov tillgodoses. Barn anses vara i en särskilt skyddsbehövande ställning och garanteras därför denna rätt.

Kollektiva åtgärder från fackliga organisationer utgör en ovanlig rättighet. Denna rättighet återfinns inte i FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna. Den naturrättsliga filosofin förknippas vanligen inte med kollektiva åtgärder, som snarare växt fram som en följd av politiska strävanden från arbetarrörelsen. Däremot har de därefter kodifierats som just rättigheter. Internationella arbetsorganisationen (ILO) arbetar med sysselsättnings- och arbetsfrågor, vilket har utmynnat i ett stort antal konventioner om bland annat rättigheter i arbetslivet och kollektiva åtgärder.²⁸⁸

De ekonomiska friheterna, å andra sidan, vilar på en annan typ av rationalitet. Varor, arbetare, etablering och tjänster samt kapital skall kunna röra sig obehindrat inom den inre marknaden. Som jag påpekat tidigare, är det uttryckliga syftet effektiv resursallokering.²⁸⁹ Den ekonomiska tillväxten – i förlängningen välfärden – antas i enlighet med klassisk ekonomisk teori öka maximalt under förutsättningar av fri rörlighet.²⁹⁰ Detta stödjer sig bland annat på den ekonomiska teorin om komparativa fördelar. David Ricardo (1772-1823) visade hur länder som producerar olika varor gagnas av frihandel, oavsett om ett av länderna har en absolut fördel i produktionen av båda varorna. Alternativkostnaden för ett land att producera båda varorna innebär att landet tjänar på att uteslutande producera en av varorna och importera den andra.²⁹¹ För att underlätta denna import och export, har unionen skapat de ekonomiska friheterna och upprättat den inre marknaden. Därigenom kan varor, tjänster och produktionsfaktorer förläggas där de antas uppnå maximal ekonomisk effektivitet.

I likhet med rättigheterna, är knappast heller de ekonomiska friheterna ideologiskt neutrala. Som Joseph Weiler, professor i unionsrätt, skriver angående integrationens inriktning mot den inre marknaden:

It is not simply a technocratic program to remove the remaining obstacles to the free movement of all factors of production. It is at the same time a highly politicized choice of ethos, ideology and political culture: the culture of the 'market'. It is also a philosophy, at least one version of which – the predominant version – seeks to remove barriers to the free movement of factors of production, and to remove distortion to competition as a means to maximize utility. The above is premised on the assumption of formal equality of individuals. [...] This need for a successful market not only accentuates the pressure for uniformity, but also mani-

²⁸⁸ Se exempelvis C087 – Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87) och C098 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98).

²⁸⁹ Det är emellertid möjligt att argumentera för de ekonomiska friheterna på ett moraliskt plan. Dessa skulle därmed vara inneboende i äganderätten, som i sin tur motiveras genom ett rättighetsperspektiv eller självägandeskap, se exempelvis Nozick 2001.

²⁹⁰ Se Barnard 2013a, 3 och Craig & de Búrca 2015, 608. Jfr Sandelin, Trautwein, & Wundrak 2008, 27-33.

²⁹¹ Se Barnard 2013a, 3-6.

feats a social (and hence ideological) choice which prizes market efficiency and European-wide neutrality of competition above other competing values.²⁹²

Vissa ideologiska riktningar har hög tilltro till marknadens förmåga att befrämja det mänskliga samlivet. Det europeiska samarbetet har, åtminstone till viss del, präglats av *ordoliberalismen*.²⁹³ En central idé i detta tankegods är att konstitutionell rätt skall skydda individuell frihet från såväl privat som offentlig makt.²⁹⁴ En viktig uppgift för konstitutionen är följaktligen att ge individer ekonomiska friheter och därigenom upprätta en klar skiljelinje mellan ekonomi och politik.²⁹⁵ I syfte att begränsa privata aktörers makt skall staten dessutom upprätthålla konkurrensen. Genom ett effektivt system av konkurrensrätt skall ingen aktör kunna utnyttja sin dominerande position. När dessa åtgärder är på plats skall marknaden fungera effektivt. Det gemensamma intresset av välfärd tillgodoses genom att individerna tillförsäkras ett skydd av sina individuella ekonomiska rättigheter. Även om idéströmningarna skiljer sig åt något, återfinns liknande antaganden inom *nyliberalismen*. Förespråkare för denna riktning hävdar att mänskligt välbefinnande bäst främjas genom att möjliggöra entreprenörskap och innovation inom ett ramverk av avtalsfrihet, stark äganderätt och frihandel.²⁹⁶ I linje härmed bör därför statens inblandning i marknaden begränsas i största möjliga mån. Politiska program från denna idéströmning förespråkar därför ofta avreglering, privatisering och lägre skatter.

Marknaden anses emellertid enligt kritiska röster inte lämpad att hantera många sociala och politiska frågor. Exempelvis kritiserar marknadslösningar för att inte ta hänsyn till *negativa externaliteter*, där en ekonomisk transaktion medför nackdelar för tredje part.²⁹⁷ Ett exempel är miljöförstöring, vars kostnader ofta tenderar att bäras av fler än de ekonomiska aktörer som deltar i aktiviteten. Vidare framhåller vissa hur marknaden är illa anpassad för att svara mot direkta mänskliga behov. Marknaden svarar snarare mot effektiv efterfrågan, vilket är efterfrågan – men även *möjlighet att betala*. Effekten av detta är att stora resurser läggs på att producera produkter utan särskilt stor marginalnytta, såsom sportbilar eller andra lyxprodukter.²⁹⁸ Vidare förekommer även kritik mot marknadens tendens att fördela resurser på ett ojämnt sätt. Eftersom marknaden i många fall inte fullt ut anses svara mot dessa

²⁹² Se Weiler 1999, 90.

²⁹³ Maduro skriver: "[t]he ordo-liberals and other neo-liberals have been active participants in the project of European integration; they trusted to Community law the process of constitutionalising a free market economy with undistorted competition", se Maduro 1998, 126 f. Jfr Baquero Cruz 2002; Gerber 1994.

²⁹⁴ Se Maduro 1998, 126-129; Sauter 1998, 47-78.

²⁹⁵ Se Sauter 1998, 47-78.

²⁹⁶ Se Harvey 2005, 2.

²⁹⁷ Se Heywood 2015, 314.

²⁹⁸ Se Heywood 2015, 315.

mänskliga behov har samtliga europeiska stater – i varierande grad – utvecklat system som tillhandahåller välfärd och omfördelning av resurser genom väletablerade skattesystem.²⁹⁹

5.3 Ekonomiska rättigheter som överordnad konstitutionell norm

Låt mig nu, efter utläggningen ovan om friheternas och rättigheternas rationalitet, slutligen förklara vad som egentligen är nytt under solen. Jag kommer i det följande avsnittet använda mig av tankar från den amerikanska juristen och filosofen Ronald Dworkin (1931-2013). Det finns två anledningar till att jag valt just Dworkin för att analysera mitt valda problem. För det första representerar Dworkin en traditionell konstitutionalism, där civila rättigheter försvaras mot renodlad utilitarism. Tankarna hör hemma i en typ av klassisk liberalism, som utövat ett betydande inflytande inom konstitutionell teori. Dworkin kan därmed sägas representera en tradition. För det andra har Dworkins synsätt på rättigheter av allt att döma även getts genomslag i praktisk rättstillämpning. Inte minst illustreras detta av den betydelse som tillmäts rättigheter av Europas konstitutionsdomstolar.³⁰⁰ Dworkins teorier används i syfte att illustrera på vilket sätt konflikten skiljer sig från det sedvanliga förhållningssättet till konstitutionella prövningar. Meningen är att denna kontrast skall framträda tydligt vid en jämförelse mellan olika liberala perspektiv.

Ronald Dworkin är berömd för sitt arbete med frågor om rättigheter, domare och demokrati. Han var en välkänd förespråkare för *interpretivism*, som söker förklara hur samlad institutionell praktik modifierar rättsliga rättigheter och skyldigheter.³⁰¹ Denna institutionella praktik styrs av vissa givna principer, vilka teorin både försöker beskriva och rättfärdiga. Rätten betraktas därvid inte som ett objektivet bestämbar fenomen. Dworkin framhåller att det finns skillnader mellan moral och juridik, men däremot går det enligt honom inte att skilja dem åt i den juridiska tillämpningen.³⁰² En domares bedömning av ett rättsfall omfattar politisk teori, moraliska ställningstaganden och tolkning. Detta innebär emellertid inte att domaren gör en ogrundad och alldeles skönsmässig bedömning. Domaren tar oftast – och bör enligt Dworkin ta – hänsyn till den teori som bäst rättfärdigar och förklarar rättsystemet som helhet; *den mest välgrundade rättsteorin*.³⁰³

²⁹⁹ För en intressant undersökning av olika välfärdsmodeller inom ramen för den utvecklade kapitalismen, se Esping-Andersen 1990.

³⁰⁰ Se avsnitt 4.3.

³⁰¹ Jfr Dworkin 1978, 81-130.

³⁰² För en utförlig förklaring av hur ”domare Herkules” går tillväga vid svåra fall, se Dworkin 1978, 105-130.

³⁰³ Dworkin jämför med en domare i ett schackspel som måste tolka en oklar regel. Domaren måste då utveckla en förståelse av schackspelet som helhet. Dworkin skriver: ”He must develop a theory of the

Dworkin var även en försvarare av rättigheter. En av hans mest uppmärksammade idéer är rättigheter som trumf. Grundläggande för Dworkins teoretiska ramverk är distinktionen mellan *regler* och *principer*.³⁰⁴ Samma regel kan inte vara tillämplig på en viss situation; regler är antingen av eller på. Om två regler till synes är tillämpliga i samma situation, skall en av reglerna ges företräde. Principer kan däremot tillämpas på samma problem; då behöver beslutsfattaren vikta principerna mot varandra för att komma till ett avgörande. Därutöver skiljer Dworkin mellan *rättsliga principer* och *samhälleliga handlingsprogram*.³⁰⁵ Det förstnämnda ligger till grund för och skyddar en individuell rättighet, medan det sistnämnda uppställer kollektiva mål, såsom en ren livsmiljö och ekonomisk tillväxt. För Dworkin är rättigheter individuella anspråk som kan åberopas som ”trumf” mot dessa kollektiva hänsyn.³⁰⁶ Rättigheterna får inte åsidosättas enbart för att åstadkomma en marginell ökning i välfärd. Exempelvis skall jag få yttra mina åsikter, även om det skulle visa sig att fler människor blir olyckliga om jag gör det. Jag får emellertid inte alltid yttra mig: rättigheten kan begränsas och är därmed inte absolut. Han menar att det är – och borde vara – möjligt att begränsa yttrandefriheten för vissa betydelsefulla syften som personlig integritet eller nationell säkerhet. Rättighetens vikt avgörs av den kraft med vilken rättigheten trumfar andra kollektiva hänsyn. Vissa har riktat kritik mot Dworkin för att hans distinktioner – dels mellan regler och principer, dels mellan principer och samhälleliga handlingsprogram – inte håller.³⁰⁷ Även om jag till viss del delar denna kritik, kan den lämnas därhän för mina nuvarande syften. Dworkins teori används främst, som sagt, för att illustrera hur konflikten som jag har studerat skiljer sig från vanliga konstitutionella konflikter.

Låt mig nu återvända till denna och särskilt fallet *Schmidberger*. Som redogjorts för ovan, hade miljöaktivisternas närvaro hindrat den fria rörligheten för varor. Såväl denna frihet som yttrande- och mötesfriheten ansågs vara skyddsvärda intressen inom unionsrätten. Därför behövde, enligt domstolen, en balans uppnås mellan dessa intressen. Den grundläggande rättigheten till yttrande- och demonstrationsfrihet betraktades som ett undantag till den fria rörligheten för varor. Inskränkningen ansågs dock berättigad.

Vad är det som gör konflikten i *Schmidberger* säregen? Dworkin hävdar emfatiskt att rättigheter måste vara trumf mot olika kollektiva samhälleliga mål. En rättighet är inte som vilket intresse som helst; dess vikt innebär att en marginell ökning i välfärd inte kan motivera inskränkningar i rättigheten. De ekonomiska friheterna, å sin sida,

constitution, in the shape of a complex set of principles that justify that scheme of government just as the chess referee is driven to develop a theory about the character of his game”, se Dworkin 1978, 107.

³⁰⁴ Se Dworkin 1978, 22-28.

³⁰⁵ Se Dworkin 1978, 22-23.

³⁰⁶ Se Dworkin 1978, 90-96.

³⁰⁷ Jfr exempelvis Simmonds 1996, 112.

vilar, som ovan nämnts, på en annan typ av rationalitet. Varor, arbetskraft, etablering och tjänster samt kapital skall kunna röra sig obehindrat inom den inre marknaden. Det uttryckliga syftet är effektiv resursallokering. Med Dworkins terminologi skulle ekonomiska friheter – i förlängningen den inre marknaden – utgöra ett samhälleligt handlingsprogram.³⁰⁸ Friheternas uttalade syfte är effektiv resursallokering, som i sin tur antas garantera välfärd. Denna välfärd är, som Dworkin påtalar, utilitarismens slutgiltiga mått på etisk giltighet. Hans teori framhåller, i kontrast till utilitarismen, rättigheter som trumf mot en sådan nyttokalkyl.

I de fall jag har undersökt omkastar domstolen förhållandet: *ekonomiska friheter, ett samhälleligt handlingsprogram, utgör ett trumf mot grundläggande rättigheter*. Den rätt aktivisterna hade att demonstrera, tilläts under förutsättning att åtgärden var förenlig med de ekonomiska friheterna. Därmed krävs att utövande av de grundläggande rättigheterna, vilket jag visat ovan, eftersträvar ett berättigat syfte och inte går utöver vad som är nödvändigt för att tillgodose syftet. Demonstrationen som anordnades i *Schmidberger* var tillåtlig, eftersom den var begränsad såväl tidsmässigt som geografiskt, det fanns alternativa transportvägar, den hade utannonserats och den skapade inte en allmän känsla av osäkerhet som kunde inverka negativt på den mellanstatliga handeln. I fallet tvingades demonstrationen – ett karaktäristiskt drag för ett demokratiskt samhälle – visa att den inte utgjorde ett obefogat ingrepp i marknadssamhället.

Om den klagande istället vänder sig till Europadomstolen, kan medlemsstaterna berättiga ett ingrepp i den enskildes rättigheter, såvida inte det är fråga om en absolut rättighet. En begränsning kan då berättigas, förutsatt att det sker genom lag, har ett berättigat syfte samt anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.³⁰⁹ Det kollektiva intresset kan sättas framför individens rättigheter, men enbart under vissa särskilt angivna villkor.³¹⁰ Den konstitutionella frågan är ny: istället för att fråga huruvida det kollektiva ändamålet berättigar ett ingrepp i rättigheten, frågar domstolen om rättigheten berättigar ett ingrepp i det kollektiva (ekonomiska) ändamålet.

Av det sagda är det möjligt att dra två olika slutsatser: antingen besitter rättigheter, så som Dworkin uppfattar dem, inte den normativa kraft som han tillerkänner dem eller så har ekonomiska friheter uppnått ställning som grundläggande konstitutionell

³⁰⁸ Dworkin skulle av allt att döma inte anse att de ekonomiska friheterna utgjorde rättigheter enligt hans teori. Han skriver angående den så kallade *Lochner*-domen, som vi skall återkomma till i avsnitt 5.3: "[w]hat can be said on the general theory of rights I offer, for any particular right of property? [...] I cannot think of any argument that a political decision to limit such a right, in the way in which minimum wage laws limited it, is antecedently likely to give effect to external preferences, and in that way offend the right of those whose liberty is curtailed to equal concern and respect.", se Dworkin 1978, 278.

³⁰⁹ Se exempelvis EKMR art. 9.2 och jfr Danelius 2015, 56-58.

³¹⁰ För ett liknande resonemang om jämförelsen mellan Europadomstolen och EU-domstolen, se Brown 2003, 1508 och de Vries 2013, 88.

norm. Jag gör gällande att den senare slutsatsen är korrekt. Ekonomiska friheter har konstitutionaliserats och – som ovanstående analys visar – har därutöver tillmätts en överordnad dignitet. De ekonomiska friheterna har inom unionsrätten tillskrivits en ställning som överordnad – eller i vart fall likvärdig – de grundläggande mänskliga rättigheterna.

Mot min slutsats kan flera invändningar riktas. För det första har de ekonomiska friheterna inte uppnått samma legitimitet som övriga grundläggande rättigheter. Det skulle därmed vara felaktigt att göra gällande att de blivit likställda. Detta må förvisso vara sant, men i den rättsliga praktiken behandlas – som min analys visar – ekonomiska friheter som konstitutionella rättigheter. För det andra har rättigheterna ansetts berättigade i flertalet av fallen. I praktiken har därmed rättigheterna getts ett visst företräde. Likaledes stämmer detta påstående, men rättigheterna tvingas alltjämt att rättfärdiga sig mot de ekonomiska friheterna. Medlemsstaterna – i vissa fall även fackföreningarna – måste förklara hur den grundläggande rättigheten inte gått utöver vad som är nödvändigt. Det borde därför enligt min mening inte råda någon tvekan om att ekonomiska friheter uppnått en ställning som kan liknas vid en grundläggande mänsklig rättighet.

5.4 Konstitutionell politik och dess problem

Vad innebär denna ställning för det politiska? Ekonomin är tätt sammanflätad med politiken; vallöften formuleras ofta som ekonomiska åtaganden, såsom högre tillväxt eller fler jobb. Hur dessa åtaganden skall realiseras är emellertid ofta föremål för politisk strid. De ekonomiska friheternas uttalade syfte – välfärd och fred – är relativt okontroversiella politiska mål. Vad som emellertid är politiskt omtvistat är hur dessa målsättningar bäst förverkligas. Politiska partier kan delas upp i olika dimensioner, såsom konservativa och progressiva. En annan central dimension av det politiska spektrumet är höger-vänster-skalan. Denna klassifikation är svårhanterlig, eftersom skalan rymmer frågor om vilja till förändring, i vilken riktning och hur förändringen skall ske.³¹¹ I en samtida tappning finns emellertid en dimension av skalan som relaterar till ekonomisk politik. Partierna har olika uppfattning om i vilken utsträckning marknaden anses vara en garant för mänsklig välfärd.³¹² Lite förenklat: ju längre till höger, desto större tilltro till marknaden – och tvärtom. Det faktum att ekonomiska friheter ingår som en del av unionsrättens grundläggande struktur innebär ett vägval i fråga om marknadens roll i samhället. Som Weiler underströk ovan, medför negativ

³¹¹ Se Tandsey 2000, 72-73.

³¹² Se Heywood 2015, 297. Detta är förenklat eftersom skalan dels skiftar beroende på geografisk plats och tid, dels även historiskt har rymt motsättningar mellan nationalism och internationalism, religion och sekularism etcetera.

integration genom ekonomiska friheter att marknadsintressen ges företräde framför andra konkurrerande intressen. Den politik Weiler syftar på kan ses som det stadium som föregår rätten; innan det rättsliga beslutsfattandet finns fördrag, förordningar, lagar etcetera. Den politiska dimensionen förekommer emellertid även i det rättsliga beslutsfattandet – den konstitutionella politiken.

Det råder förhållandevis stor samstämmighet om att rättsbildningen från domstolen beträffande de ekonomiska friheterna förverkligar någon typ av ekonomisk liberalism. I vilken mån finns emellertid olika uppfattningar om. Miguel Poires Maduro motsätter sig att domstolens rättsbildning förespråkar en enda ekonomisk modell – istället identifierar han tre olika modeller.³¹³ I den *centraliserade modellen* främjas reglering på överstlig nivå. Genom förordningar och direktiv återregleras marknaden på ett unionsrättsligt plan. Exempelvis innebar *Dassonville* och *Cassis de Dijon* att kommissionens arbete med ett gemensamt regelverk för varor tilltog i intensitet.³¹⁴ I *konkurrensmodellen* uppnås den optimala regleringen genom ömsesidigt erkännande och regleringstävlan mellan medlemsstaterna. Denna modell förknippas med ordo- och neoliberala idéströmningar, då även själva regleringen som sådan är konkurrensutsatt. Slutligen, i den *decentraliserade modellen* tillåts medlemsstaterna reglera i viss mån, men måste samtidigt förhålla sig neutralt och undvika diskriminering. Dessa tre olika modeller verkar enligt Maduro parallellt, beroende på vilket område rättsfallen rör sig inom.³¹⁵

Andra författare anser att domstolens rättsbildning är mer tydligt liberalt vinklad. Enligt dessa ges marknadsintressen en vid tolkning, medan konkurrerande intressen tolkas snävt. Julio Baquero Cruz, professor i konstitutionell rätt, menar att unionens reglering av det ekonomiska livet är mer detaljerad än vad som traditionellt är fallet i medlemsstaternas konstitutioner.³¹⁶ Han menar att unionen och de ekonomiska friheterna främjar en modell som är ekonomiskt liberal snarare än blandad.³¹⁷ Enligt Baquero Cruz är hjärtat i unionens konstitutionella system fri rörlighet och konkurrens.³¹⁸ Även statsvetaren Fritz Scharpf menar att unionen som helhet främjar utfall som är i linje med neoliberal ekonomisk politik.³¹⁹ Han menar att konflikten mellan

³¹³ Se Maduro 1998, 103-150.

³¹⁴ Se Barnard 2013a, 95-96; Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in case 120/78 ('Cassis de Dijon'), Official Journal C 256, 03/10/1980, P. 0002 – 0003.

³¹⁵ Se Maduro 1998, 149-150. Det bör emellertid framhållas att boken skrevs 1998 och att rättsbildningen i fråga om de ekonomiska friheterna har genomgått vissa förändringar sedan dess. Se avsnitt 2.1.

³¹⁶ Se Baquero Cruz 2002, 79.

³¹⁷ Se Baquero Cruz 2002, 68.

³¹⁸ Se Baquero Cruz 2002, 69. I likhet med Maduros bok, bör även här framhållas att Baquero Cruz skriver innan förändringarna som tillkom i och med Lissabon-fördraget.

³¹⁹ Se Scharpf 2010.

fri rörlighet och andra intressen även rör sig på en maktodelningsnivå: mellanstatliga och överstatliga ekonomiska intressen står emot andra nationella intressen som inte är av marknadskaraktär. Regler som syftar till omfördelning av resurser blir kvar på nationell nivå, eftersom variationer i medlemsstaternas syn på välfärdspolitik gör det svårt att reglera på unionsnivå. Samtidigt vidgas utrymmet för den negativa integrationen, vilket enligt Scharpf assymetriskt påverkar olika välfärdsmodeller. De medlemsstater som i högre utsträckning reglerar marknaden och omfamnar välfärdspolitik påverkas mer av den negativa integrationen, medan ekonomiskt liberala stater påverkas mindre.

Vid den konflikt som jag har analyserat visas dess liberaliserande dimension inte minst i de frågor som domstolen uppställer i rättsfallen: hur mycket skall likhet inför lagen, skydd av barn, yttrande- och mötesfrihet, kollektiva åtgärder och mänsklig värdighet tillåtas störa den fria rörligheten? Domstolens svar är: så lite som möjligt. Utövandet av dessa grundläggande rättigheter är beroende av att agerandet uppfyller ändamålsenlighet och proportionalitet, varvid det i minsta möjliga mån skall påverka den fria rörligheten. Proportionalitetsprincipen som ett verktyg för att lösa rättsliga konflikter har en lång historia. Försvare menar att den är det bästa sättet att öppet resonera kring likvärdiga intressen, trots att den tidvis kan vara svår att förklara eller berättiga.³²⁰ Likaväl är den kontroversiell, eftersom andra anser att den klär ett klart politiskt beslutsfattande i juridiska termer.³²¹ I detta fall är det dock själva frågans utgångspunkt som är tveksam: dess utformning vittnar om de ekonomiska friheterna som en naturlig nollpunkt.

Det finns åtskilliga problem med domstolens förhållningssätt. För det första har domstolen genom frågans utformning gett företräde till ekonomiska friheter. Grundläggande rättigheter skall i minsta möjliga mån inskränka de ekonomiska friheterna. Själva tillämpningen av proportionalitetsprincipen innebär i sig ett tydligt ställningstagande i konflikten. Förhållningssättet rimmar illa med tanken om att grundläggande rättigheter skall utgöra en miniminivå – ett golv – av rättigheter som unionens invånare åtnjuter; deras karaktär som just grundläggande – *fundamental* – utmanas.

För det andra har domstolen ålagt meningsmotståndare att i vissa fall ta hänsyn till sin egen motparts intresse. Detta bland annat genom att domstolen i viss mån har utsträckt ekonomiska friheter till ett horisontellt plan. I *Viking* skulle fackförbunden välja det alternativ som i minsta möjliga mån inskränkte sin motparts fria rörlighet. Själva den kollektiva åtgärden som politiskt verktyg riskerar därmed att förlora sin udd. Kollektiva åtgärder är ämnade att orsaka förluster för det bolag mot vilket dessa riktas; ju större förluster, desto bättre möjligheter att uppnå eftergifter från sin

³²⁰ För ett nyanserat försvar av principen, se Stone Sweet & Mathews 2008.

³²¹ För ett amerikanskt kritiskt perspektiv kring principens tillämpning, se Aleinikoff 1987. Referensen hittades genom Stone Sweet & Mathews 2008.

arbetsgivare.³²² Därigenom förlorar verktyget i betydelse som ett medel för att lösa konflikter på arbetsmarknaden i situationer där ekonomiska friheter är tillämpliga. Detta problem skulle även kunna drabba enskilda som anordnar demonstrationer. Som *Schmidberger* illustrerar var det av betydelse att demonstrationen inte riktades mot ett specifikt medlemsland, dess produkter eller tjänster. Låt säga att en demonstration anordnades för att bojkotta varor från en särskild medlemsstat. I likhet med fackförbundens agerande, vore här den politiska aktivismens syfte både att uppmärksamma problemet och att orsaka ekonomisk skada för bolaget. Vid en ansökan om demonstrationen skall medlemsstaten ta hänsyn till i vilken mån de ekonomiska friheterna inskränks. Demonstrationen bör i minsta möjliga mån påverka den fria rörligheten. I likhet med kollektiva åtgärder, riskerar därför bojkotten i dessa fall att förlora sin udd som politiskt verktyg.

För det tredje centraliseras tolkningen av grundläggande rättigheter. Detta sker i varierande grad: i *Omega*, *Sayn-Wittgenstein* och i viss mån *Dynamic Medien* tillåts en vidare marginal, medan *Schmidberger*, *Viking* och *Laval* specificerar domstolen vissa kriterier. En annan möjlig hållning vore att enbart ta hänsyn till huruvida otillbörlig diskriminering föreligger och därigenom lämna en ännu större marginal till medlemsstaternas konstitutionella traditioner. I viss mån pekar förändringar som tillkommit i Lissabon-fördraget i denna riktning. Enligt artikel 4.2 skall unionen ”respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer”. Artikeln skulle potentiellt kunna användas för att tillåta ännu mer pluralism. Vidare anger artikel 3.3 FEU att unionen skall verka för ”en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft där full sysselsättning och sociala framsteg eftersträvas”. Slutligen har skrivelsen om att unionen ”innefattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids” förflyttats från fördragen till ett – likaledes bindande – protokoll.³²³ Även om dessa förändringar möjliggör för ett större hänsynstagande till såväl medlemsstaternas konstitutionella traditioner som sociala värden, finns tvivel kring vilken effekt de hittills har haft på domstolens rättsbildning.³²⁴

I en amerikansk kontext finns en tydligare tradition av att ventilera frågan om det juridiska beslutsfattandets inneboende politik.³²⁵ Exempelvis diskuteras och kritiserar ofta Högsta domstolens domar under den omtalade *Lochner*-eran. Under denna tid tenderade domstolen att underkänna lagar som syftade till socialt skydd till förmån för äganderätt och avtalsfrihet. I *Lochner* fastslog domstolen att lagar som reglerade arbetstiden för bagare var ett ”orimligt, onödigt och godtyckligt ingrepp i individens

³²² För samma resonemang, se Davies 2008.

³²³ Se FEU, FEUF och protokoll (nr 27) Om den inre marknaden och konkurrens. För en diskussion kring dess betydelse, se Weatherill 2013, 32-35.

³²⁴ Se allmänt Barnard 2013b.

³²⁵ För en diskussion kring domarnas rättsskapande roll i USA, se Valguarnera 2015, 191-198.

avtalsfrihet”.³²⁶ Justitierådet Oliver Wendell Holmes författade en berömd skiljaktig mening. Han skriver:

Some of these laws embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States.³²⁷

Konstitutionen skulle, enligt Wendell Holmes, inte anamma ett särskilt synsätt i fråga om ekonomisk politik. I motsats till majoriteten ansåg därmed Wendell Holmes att det var politikens uppgift att dra upp riktlinjerna för det ekonomiska. Konstitutionen skulle då snarare möjliggöra en fredlig konflikt mellan konkurrerande föreställningar om det goda livet. Cass Sunstein, amerikansk professor i konstitutionell rätt, har i sin berömda artikel *Lochner's legacy* undersökt majoritetens domslut. Hans slutsats är att marknaden sågs som ett slags naturtillstånd, snarare än en produkt av rättsliga normer. Sunstein skriver:

The *Lochner* Court required government neutrality and was skeptical of government “intervention”; it defined both notions in terms of whether the state had threatened to alter the common law distribution of entitlements and wealth, which was taken to be a part of nature rather than a legal construct.³²⁸

Uppenbart är att unionens grundläggande konstitutionella struktur, i motsats till vad Wendell Holmes ansåg om den amerikanska konstitutionen, i viss mån är ämnad att förverkliga en typ av ekonomisk politik. Om juridifieringen av politiken fortgår, bör vi därför – som ofta är fallet inom den amerikanska rättskulturen – uppmärksamma och diskutera vilken typ av politik som ges företräde i det rättsliga beslutsfattandet. Med andra ord: att föra ett politiskt samtal om det juridifierade, om konstitutionella normer och dess konsekvenser – såsom att diskutera *Schmidbergers* arv.

³²⁶ Författarens översättning. Domen lyder: ”an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to labor, and, as such, it is in conflict with, and void under, the Federal Constitution.”, se *Lochner v New York* (1905) 198 U.S. 45.

³²⁷ Se Oliver Wendell Holmes skiljaktiga mening, *Lochner v New York* (1905) 198 U.S. 45.

³²⁸ Se Sunstein 1987.

6 Slutsatser

Denna avslutande del syftar dels till att sammanställa de viktigaste slutsatser som jag har dragit i mitt arbete, dels till att peka vidare mot frågor som återstår att besvara. Därmed kommer jag inledningsvis att använda min ovanstående utredning för att tentativt besvara de frågor som uppsatsen har behandlat.

Mitt första syfte med uppsatsen var att undersöka hur EU-domstolen motiverat prövningen av konflikten mellan ekonomiska friheter och grundläggande rättigheter. Av min horisontella undersökning anser jag mig kunna dra fyra slutsatser. För det första har grundläggande rättigheter konstruerats som ett undantag till ekonomiska friheter. Detta mönster är genomgående och innebär att utövandet av grundläggande rättigheter skall uppfylla kraven på ändamålsenlighet och proportionalitet. För det andra är detta förhållande betydelsefullt, eftersom domstolen tenderar att genomföra strikta granskningar vid prövningen av proportionalitet. För det tredje har utrymmet för grundläggande rättigheter getts ett varierande stort utrymme: klassiska civila rättigheter, såsom yttrandefriheten, likhet inför lagen och den mänskliga värdigheten har upprätthållits tillsammans med skyddet för barn.³²⁹ Sociala rättigheter eller arbetarrättigheter i form av kollektiva åtgärder har emellertid getts en snäv tolkning.

Av min vertikala undersökning har jag dragit två olika slutsatser. För det första ger domstolens motivering till största delen uttryck för en form av konstitutionell pluralism. I enlighet härmed tillåts medlemsstaterna varierande tolkningar av grundläggande rättigheter, såsom en särskild tysk förståelse av mänsklig värdighet. Samtidigt vidmakthåller domstolen sin slutgiltiga konstitutionella auktoritet genom att göra sig själv till uttolkare av rättigheternas yttre gränser. För det andra ges medlemsstaterna inte samma tolkningsutrymme i frågor som rör kollektiva åtgärder. Denna rättighet har definierats på ett precist sätt och domstolen ger därmed inte samma möjlighet till olika tolkningar i ljuset av exempelvis de nordiska medlemsstaternas konstitutionella traditioner.

Mitt andra syfte med uppsatsen var att synliggöra och kritiskt analysera hur domstolens motivering vid konflikten ger uttryck för föreställningar om rätten och dess förhållande till det politiska. Jag visade hur klassiska konstitutionella rättigheter skiljer sig i fråga om rationalitet från ekonomiska friheter. Med Dworkins teori illustrerade jag därvid hur ett visst samhälleligt handlingsprogram fungerar som trumf mot grundläggande rättigheter. Min slutsats var att ekonomiska friheter har uppnått en överordnad – eller möjligen likvärdig – ställning som klassiska mänskliga rättigheter. Därefter visade jag hur valet av ekonomiska friheter som huvudregel ingalunda kan betraktas som ideologiskt neutralt. I vilken mån marknaden anses vara en garant för

³²⁹ Som jag påpekade ovan, lämnades skyddet för barn till den nationella domstolen att slutligt avgöras. Domstolen påpekade dock att mycket tydde på att regleringen var proportionell.

mänskligt välbefinnande utgör betydelsefull vattendelare inom den politiska skalan. Det fanns inget *a priori* sätt för domstolen att lösa konflikten. Domstolens tolkning – att grundläggande rättigheter skall rättfärdiga sig – utgör därmed ett ideologiskt och politiskt val, där marknadsvänliga värden är det förutsatta, *prima facie*, legitima valet. Det finns problem med domstolens hållning: det försvagar grundläggande rättigheter som politiskt verktyg, utmanar dess karaktär av minimirättigheter, ger företräde till ett visst samhälleligt handlingsprogram och centraliserar tolkningen av rättigheterna. Mot bakgrund av de politiska skiljaktigheter som finns kring marknadens funktion i samhället menar jag att detta bör uppmärksammas och öppet diskuteras inom ramen för ett politiskt samtal.

Andra frågor kvarstår även att ställas. I ljuset av den traditionellt svenska synen på demokrati som folksuveränitet framstår unionens konstitutionella karaktär som en udda fågel.³³⁰ I samtiden finns en förskjutning mot maktindelning och konstitutionalism, som i viss mån står i motsättning till den nationella representativa parlamentarismen. Denna typ frågor förtjänar att studeras, synliggöras och diskuteras.³³¹

³³⁰ För en diskussion om den svenska synen på folksuveränitet, se Valguarnera 2015, 188-189.

³³¹ Som ett exempel på denna nödvändiga diskussion kring den svenska parlamentarismen och Europasamarbetet, se Bull 2013.

Källor

Tryckta verk

- Ackermann, T. (2005). Case C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn'. *Common Market Law Review*, 42 (4), 1107-1120.
- Aleinikoff, T. A. (1987). Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, 943-1005.
- Almond, G. A. (1991). Rational choice theory and the social sciences. i K. Renwick Monroe, *The Economic Approach to Politics: A Critical Reassessment of the Theory of Rational Action*. New York: HarperCollins Publishers.
- Alter, K. (2001). *Establishing the Supremacy of European Law – The Making of an International Rule of Law in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Andersson, H. (2013). Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten. i M. Zamboni, & F. Korling, *Juridisk metodlära* (ss. 343-369). Lund: Studentlitteratur.
- Avbelj, M., & Komarék, J. (2012). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Oxford: Hard Publishing.
- Badersten, B., & Gustavsson, J. (2015). *Vad är statsvetenskap - om undran inför politiken*. Lund: Studentlitteratur.
- Baquero Cruz, J. (2002). *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*. Oxford: Hart Publishing.
- Barad, K. (2007). *Meeting the Universe Halfway: Quantum Physics and the Entanglement of Matter and Meaning*. Durham & London: Duke University Press.
- Barnard, C. (2013b). The Protection of Fundamental Social Rights in Europe after Lisbon: a Question of Conflicts of Interests. i S. de Vries, U. Bernitz, & S. Weatherill, *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon* (ss. 37-58). Oxford: Hart Publishing.
- Barnard, C. (2013a). *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. Hampshire: Oxford University Press.
- Bentham, J. (1987). Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. i J. Waldron, *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man* (ss. 46-69). London: Methuen.
- Berlin, I. (1984). *Fyra essäer om frihet*. Stockholm: Ratio.
- Bernitz, U. (2010-2011). Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt — konventionsrättsligt och unionsrättsligt. *Juridisk Tidskrift*, 821.
- Bernitz, U., & Kjellgren, A. (2014). *Europarättens grunder*. Stockholm: Norstedts Juridik.

- Bladini, M. (2013). *I objektivitetens sken - en kritisk granskning av objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*. Göteborg: Makadam.
- Brännström, L. (2011). Förrättsligande genom konstitutionalisering och parlamentarismens slut. i G. Granström, *Rapporter och texter från juridiska institutionen vid Umeå universitet* (ss. 13-25). Umeå: Umeå universitet.
- Brännström, L. (2009). *Förrättsligande: en studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*. Malmö: Bokbox.
- Brännström, L. (2010). Rättens återgång och återkomst? *Retfaerd*, 33 (4/131).
- Brown, C. (2003). Case C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Austria. *Common Market Law Review*, 40 (6), 1499–1510.
- Bruncevic, M. (2014). *Fixing the Shadows: Access to Art and the Legal Concept of Cultural Commons*. Göteborg: Juridiska institutionens skriftserie.
- Bull, T. (2013). Europasamarbetet och den svenska författningens principer. i T. Bull, *Fundamentala fragment: ett konstitutionellt lapptäcke* (ss. 337-348). Uppsala: Iustus.
- Bull, T. (2015). Tyskland. i A. Jonsson Cornell, *Komparativ konstitutionell rätt*. Uppsala: Iustus förlag.
- Christensen, A. (1996). Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster. *Tidsskrift for rettsvitenskap* (4), 522-574.
- Christodoulidis, E. (2012). A 'Minefield of Misreckonings'. i C. Barnard, M. Gehring, & I. Solanke, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012* (Vol. 14, ss. 119-144). Oxford: Hart Publishing.
- Craig, P., & de Búrca, G. (2015). *EU Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- Danelius, H. (2015). *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Davies, A. (2008). One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ. *Industrial Law Journal*, 37 (2), 126-148.
- de Vries, S. A. (2013). The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market. i S. A. de Vries, S. Weatherill, & U. Bernitz, *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon* (ss. 59-94). Oxford: Hart Publishing Ltd.
- Douzinas, C. (2000). *The End of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Žižek, S. (2010). Carl Schmitt i den postpolitiska tidsåldern. *Fronesis*, 19-20, 46-68.
- Eliasson, M. (2004). Rättsuppfattning, rättskällor och rättsbildning. *Svenskt Juristtidning*, 291-295.
- Esping-Andersen, G. (1990). *The Three World of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- Foucault, M. (1987). *Övervakning och straff - fängelsets födelse*. Lund: Arkiv förlag.
- Foucault, M. (2008). *Samhället måste försvaras*. Bookwell: Tankekraft förlag.

- Foucault, M. (2002). *Sexualitetens historia. Band 1. Viljan att veta*. Uddevalla: Bokförlaget Daidalos.
- Frändberg, Å. (1984). *Rättsregel och rättsval*. Stockholm: P A Nordstedts & Söners Förlag.
- Fura-Sandström, E. (2004). Rättsbildning i en ny miljö – hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats? *Svensk Juristtidning*, 263.
- Gerber, D. (1994). Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe. *American Journal of Competition Law*, 25-84.
- Glavå, M. (2011). *Arbetsrätt*. Lund: Studentlitteratur AB.
- Glavå, M., & Hansson, M. (2016). *Arbetsrätt*. Lund: Studentlitteratur.
- Glavå, M., & Petrusson, U. (2002). Illusionen om rätten! – Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna. i B. Askeland, & J. Bernt, *Erkjennelse og engasjement: minnesseminar for David Roland Doublet [1954-2000]* (ss. 1-34). Bergen: Fagbokforlaget.
- Grimen, H., & Gilje, N. (2007). *Samhällsvetenskapernas förutsättningar*. Göteborg: Daidalos.
- Gustafsson, H. (2002). *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*. Lund: Media-Tryck.
- Habermas, J. (1978). *Knowledge and Human Interests*. London: Heinemann Educational Books.
- Harvey, D. (2005). *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Henriksson, L. (2015). *Utlåtande angående rättsliga frågeställningar av förslag om vinstbegränsningar inom sektorerna skola, sjukvård och äldreomsorg*. Stockholm: Svenskt Näringsliv.
- Heywood, A. (2015). *Political Theory: an introduction* (Vol. 4). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Kant, I. (1987). *Grundläggning av sedernas metafysik*. Göteborg: Daidalos.
- Krisch, N. (2010). *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Lebeck, C. (2013). *EU-stadgan om grundläggande rättigheter - en introduktion*. Lund: Studentlitteratur.
- Letelier, R., & Menéndez, A. J. (2009). *The Sinews of European Peace Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union*. Oslo: University of Oslo.
- Locke, J. (1996). *Andra avhandlingen om styrelseskicket*. Göteborg: Daidalos.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a social system*. (F. Kastner, R. Nobles, Red., & K. A. Ziegert, Övers.) Oxford: Oxford University Press.
- Lundstedt, V. (1935). *Grundlinjer i skadeståndsrätten II:I*. Uppsala: Almqvist & Wiksell.

- MacCormick, N. (1999). *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. (1995). The Maastricht Urteil: Sovereignty Now. *European Law Journal* , 1 (3), 259-266.
- Maduro, M. P. (1998). *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing.
- Malmberg, J., & Sigeman, T. (2008). Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice. *Common Market Law Review* , 45 (4), 1115–1146.
- Menéndez, A. J. (2009). The unencumbered European taxpayer as the product of the transformation of personal taxes by the judicial empowerment of ‘market forces’ . i R. L. Menéndez, *The Sinews of European Peace Reconstituting the Democratic Legitimacy of the Socio-Economic Constitution of the European Union* (ss. 157-268). Oslo: Arena Report Series.
- Montesquieu, C.-L. (1793). *The spirit of laws*. Edinburgh: T. Ruddiman.
- Morijn, J. (2006). Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution. *European Law Journal* , 1 (12), 15-40.
- Nergelius, J. (2000). Domstolar och demokrati – Är det dags för maktdelning? *Svensk Juristtidning* , 545.
- Nicol, D. (2011). Europe's Lockner Moment. *Public Law* , 308-329.
- Nicol, D. (2010). *The Constitutional Protection of Capitalism*. Oxford: Hart Publishing.
- Nozick, R. (2001). *Anarki, stat och utopi*. Stockholm: Timbro.
- Oliver, P. (2011). Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction? *Fordham International Law Journal* , 33 (5), 1423-1471.
- Peczenik, A. (1974). *Juridikens metodproblem*. Stockholm: Almqvist Wiksell Förlag AB.
- Peczenik, A. (1995). *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritze.
- Petrén, G. (1990). Högsta domstolens ställning. *Svensk Juristtidning* , 633.
- Pinder, J. (1998). *The Building of the European Union* (3rd Edition uppl.). Oxford: Oxford University Press.
- Rancière, J. (2010). Tio tester om politik. *Fronesis* , 19-20, 96-114.
- Samuelsson, J., & Melander, J. (2003). *Tolkning och tillämpning*. Uppsala: Iustus förlag.
- Sandelin, B., Trautwein, H.-M., & Wundrak, R. (2008). *A Short History of Economic Thought* (Vol. 2). New York: Routledge.
- Sandgren, C. (2005). Är rättsdogmatiken dogmatisk? *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (118), 648-656.

- Sauter, W. (1998). The Economic Constitution of the European Union. *Columbia Journal of European Law* , 27-68.
- Scharpf, F. W. (2010). The Asymmetry of European Integration or why the EU cannot be a "Social Market Economy". *Socio-economic review* , 8 (211).
- Schepel, H. (2012). Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law. *European Law Journal* , 18 (2), 177-200.
- Schultz, M. (2011). Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten. *Svensk juristtidning* , 989-1018.
- Simmonds, N. E. (1996). *Juridiska principfrågor - Rättvisa, gällande rätt och rättigheter*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Stone Sweet, A. (2000). *Governing by Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone Sweet, A., & Mathews, J. (2008). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* , 72-164.
- Sunstein, C. (1987). Lochner's legacy. *Columbia Law Review* , 87 (5), 873-919.
- Svensson, E.-M. (2007). Boundry-Work in Legal Scholarship. i G. m.fl., *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*. Hampshire: Ashgate Ltd.
- Svensson, E.-M. (2014). De lege interpretata - om behovet av metodologisk reflektion. *Juridisk Publikation* (Jubileumsnummer), 211-226.
- Svensson, E.-M., & Gunnarsson, Å. (2009). *Genusrättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur.
- Töllborg, D. (1998). Turen favoriserar det öppna sinnet. *Retfaerd* (43), 86-98.
- Tandsey, S. D. (2000). *Politics: The Basics*. New York och London: Routledge.
- Teubner, G. (2012). *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press.
- Teubner, G. (2015). Exogenous self-binding: How social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalization. i G. Corsi, E. Esposito , & A. Febbra, *Transconstitutionalism*. Farnam: Ashgate.
- Teubner, G. (1993). *Law as an autopoietic system*. Oxford: Blackwell.
- Tridimas, T. (1999). Proportionality in Community law: Searching for the appropriate standard of scrutiny. i E. Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing.
- Wacks, R. (2015). *Understanding Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Valguarnera, F. (2015). Judicial Policymaking in Sweden. i *Scandinavian Studies in Law* (Vol. 61, ss. 185-218). Stockholm: Juridiska institutionen.
- Walker, N. (2003). Late Sovereignty in the European Union. i N. Walker, *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart Publishing.

- Walker, N. (2002). The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review* , 65 (3), 317-359.
- Weatherill, S. (2013). From Economic Rights to Fundamental Rights. i S. de Vries, U. Bernitz, & S. Weatherill, *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon* (ss. 11-36). Oxford: Hart Publishing.
- Weber, M. (1983). *Ekonomi och samhälle - förståelsesociologins grunder*. Lund: Argos.
- Weiler, J. (1999). *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wersäll, F. (2014). En offensiv högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning. *Svensk Juristtidning* , 1-8.
- Wiklund, O. (2014). Om högsta domstolens rättsskapande verksamhet - löper domstolen amok? *Svensk Juristtidning* , 335-347.
- Wilhelmsson, T. (1990). Om kritisk civilrättsdogmatik. i E. Basse, & V. Jensen, *Regulering og styring. 2: Til fornyelse af den juridiske teori og metode* (ss. 47-63). Köpenhamn: G.E.C. Gads Forlag.

Offentligt tryck och rättsfall

Internationella konventioner

- C087 – Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87)
- C098 – Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98).

Unionens offentliga tryck

- Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in case 120/78 ('Cassis de Dijon'), Official Journal C 256, 03/10/1980, P. 0002 – 0003
- COM85(310), *Completing the Internal Market*, White paper from the Commission to the European Council, Milano 1985
- European Union, *Treaty Establishing a Constitution for Europe*, 16 december 2004, Official Journal of the European Union, C310, tillgänglig genom: eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:C:2004:310:TOC, kontrollerad 25 april 2016

Sveriges offentliga tryck

- Dir 2008:123 *Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen*
- SOU 2008:125, *En reformerad grundlag*
- Prop. 2009/10:80, *En reformerad grundlag*

Europadomstolen

Murphy mot Irland (44179/98), den 10 juli 2003

EU-domstolen

Mål C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos mot Nederlandse Adaministratie der Belastingen*, REG 1963, s. 1

Mål C-29/69 *Stauder mot Staden Ulm*, REG 1969, s. 419

Mål C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, REG 1970, s. 1125

Mål C-8/74 *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*, REG 1974, s. 837

Mål C-120/78 *Rewe Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, REG 1979, s. 649

Mål C-281 C-283-285 och 287/85 *Tyskland mot Kommissionen*, REG 1987, s. 3203

Mål 178/84 *Kommissionen mot Tyskland*, REG, s. 1227

Mål C-76/90 *Sager*, REG 1991, s. 1-4221

Mål C-55/94 *Gebhard*, REG 1995, s. 1-4165

Mål C-415/93 *Bosman*, REG 1995, s. 1-4921

Mål C-163/94 *Sanz de Lera*, REG, s. 1-4821

Mål C-350/97 *Monsees mot Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten*, REG 1999, s. I-2921

Mål C-54/99 *Église de Scientologie*, REG 2000, s. I-1335

Mål C-337/98 *Nederländerna mot Parlamentet och Rådet*, REG 2001, s. I-7079

Mål C-112/00 *Eugen Schmidberger v Internationale Transporte och Planzüge mot Österrike*, REG 2003, s. I-5659

Mål C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GMBH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, REG 2004, s. I-9609

Mål C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet och andra*, REG 2007, s. I-1767

Mål C-438/05 *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Line ABP och OÜ Viking Line Eesti*, REG 2007, s. I-10779

Mål C-170/04 *Rosengren och andra mot Riksåklagaren*, REG 2007, s. I-4071

Mål C-54/05 *Kommissionen mot Finland*, REG 2007, s. I-2473

Mål C-297-05 *Kommissionen mot Nederländerna*, REG 2007, s. I-07467

Mål C-265/06 *Kommissionen mot Portugal*, REG 2008, s. I-2245

Mål C-500/06 *Corporación Dermostética*, REG 2008, s. I-05785

Mål C-524/07 *Kommissionen mot Österrike*, REG 2008, s. I-187

Mål C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH mot Avides Media AG*, REG 2008, s. I-00505

Mål C-265/06 *Kommissionen mot Portugal*, REG 2008, s. I-2245

Mål C-110/05 *Kommissionen mot Italien*, REG 2009, s. I-519

Mål C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein mot Landeshauptmann von Wein*, REG 2010, s. I-13693

Förslag till avgöranden

Mål C-36/02 *Omega Spielhallen*, REG 2004, s. I-9609, förslag till avgörande av GA Stix-Hackl

Tyska författningsdomstolen

ECC Regulations Constitutional Case, BVerfG beslut, 1 BvR 248/63 och 1 BvR 216/67, den 18 oktober 1967

Solange I, BverfGE 37, 271, den 29 maj 1974. I engelsk översättning, se 2 CMLR 540 [1974]

Solange II, BverfGE 73, 339, den 22 oktober 1986. Domen finns även i engelsk översättning, se 3 CMLR 225 [1987] – *Solange II*

Maastricht, BVerfGE 89, 1552, BverfG 2 BvR L 134/92 och 2159/92, den 12 oktober 1993. För en engelsk översättning, se 33 *International Legal Materials*, [1994], 395

Bananas, BverfG 102, 147, beslut den 7 juni 2000

Honeywell, BverfG, 2 BvR 2661/06, beslut den 6 juli 2010

Tjeckiska konstitutionsdomstolen

Pl. ÚS 29/09 (No. 387/2009 Coll.), den 3 november 2009

Amerikanska högsta domstolen

Lochner v New York (1905) 198 U.S. 45

HD och HDF

RÅ 1999 ref. 76

NJA 2005 s. 462

Beslut om prövningstillstånd den 28 januari 2015 i mål med nummer 312-15.

Registreringsinformation

Jag, Niclas Holmgren Persson, registrerades på kursen HRO800 Examensarbetet första gången VT16. Dessförinnan har jag aldrig varit registrerad och jag har inte heller deltagit vid något examinationstillfälle.