

# Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter

Av professor PÄR HALLSTRÖM

*Det kan tyckas paradoxalt att granska möjligheterna för medlemsstaterna att göra avsteg från en rättsakt, EU:s stadga om grundläggande rättigheter, som inte är formellt bindande. I denna artikel tecknas emellertid stadgan mot bakgrund av de rättsfilosofiska rättvise- och rättighetsidéer, författningsrättsliga teorier och konstitutionell EG-rätt som förklarar stadgans förhållande till den gemensamma västerländska värdegrunden och varför utrymmet för nationella särlösningar och avsteg är begränsat. Inledningsvis sätts stadgan i relation till pågående arbete att reformera EU:s konstitution.*

## 1. Rättighetsstadgan och reform av fördraget om Europeiska unionen

En del av det arbete som det konvent som nu arbetar fram ett förslag till förändringar av fördraget om den Europeiska unionen är redan färdigt.<sup>1</sup> Det gäller formuleringen av en rättighetskatalog som skulle kunna ingå i portalparagrafen för ett konstitutionsliknande fördrag.<sup>2</sup> Detta gjordes av det konvent som presenterade en stadga med bifogade förklaringar vid Europeiska Rådets möte i Biarritz i oktober 2000. Denna antogs av Europaparlamentet, Rådet och Kommissionen vid Europeiska rådets möte i Nice den 13 december 2000.<sup>3</sup>

Varje gång förslag ställts om ett fastare samarbete mellan de europeiska länderna har viljan funnits att i fördraget införa bestämmelser som återspeglar att samarbetets yttersta syfte är att befästa gemensamma värden dvs. principerna om rättsstatlighet, demokrati och grundläggande rättigheter. I förslaget om den Europeiska politiska gemenskapen 1953 förutsågs till och med att Gemenskapen kunde fatta beslut om att militärt ingripa på medlemsstaternas territorier för att säkerställa respekten för de demokratiska institutionerna. Detta syfte återspeglas också i de förslag om europeisk union som Europaparlamentets konstitutionella utskott presenterat 1984, 1990 och 1994.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Beslut om att upprätta konventet fattades vid det Europeiska Rådets möte i Laeken i december 2001. Det skall presentera sitt förslag år 2004.

<sup>2</sup> Punkt V Europaparlamentets resolution med anledning av författandet av en stadga 16.3 2000 (A5-0064/2000) lyder "[T]he Charter of Fundamental Rights should be regarded as a basic component of the necessary process of equipping the European Union with a constitution".

<sup>3</sup> [2000] O.J. C 364/8.

<sup>4</sup> Det konstitutionella utskottet bildades 1981, efter det att Europaparlamentet valts genom direkta val, och det har framlagt följande rapporter: Spinelli "Förslag till författning för den Europeiska unionen [1984] O.J. Nr C 77, 19 March 1984 p. 33; Colombarporten [1990] Doc.A3-165/90, O.J. Nr. C 231, 17 Sept. 1990 p. 91;

Initiativet till att utarbeta EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna kom från Tyskland,<sup>5</sup> som hade ordförandeskapet för EU under första halvåret 1999. 1998 firades 50 års jubileet för Europakonventionen om mänskliga rättigheter, 1999 trädde Amsterdamfördraget i kraft, och ytterligare förändringar i Fördraget om den Europeiska unionen var nödvändiga med tanke på att antalet medlemmar i unionen skulle öka drastiskt från år 2004. Tyskland ville att unionen skulle omstöpas i federal riktning,<sup>6</sup> och den tyska författningsdomstolen hade i de s.k. *Solange*-målen och i *Brunner*- eller *Maastricht* målet betonat behovet av att unionen hade ett med Tyskland jämförbart skydd för grundläggande rättigheter för att unionens rättssystem skulle erkännas självständighet. Beslutet om att upprätta en stadga om grundläggande rättigheter för unionen fattades vid Europeiska rådets möte i Köln i juni 1999.

Enligt slutsatserna från Köln skulle denna stadga inte tilldela unionen nya kompetenser utan konsolidera de rättigheter som redan framkommit ur EG-domstolens rättspraxis och som framgår av Europakonventionen, medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, den Europeiska sociala stadgan<sup>7</sup> och av 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter.<sup>8</sup> Ur slutsatserna framgår att det officiella syftet med stadgan inte vore konstitutionellt utan att i stället synliggöra unionens fördelar för den vanliga medborgaren. Stadgan skulle, med ett uttryck som användes under utarbetandet, ”ge Unionen en själ”.<sup>9</sup> Legitimeringen av unionsprojektet vore alltså det främsta skälet till stadgan. Vid denna tidpunkt, strax efter korrupsionsskandalerna i kommissionen och dess avgång, hade EU också nått ett lågvattenmärke hos folkopinionen i Europa. Stadgan skulle tydliggöra att unionen är mer än ekonomi och marknad.

Det Europeiska rådet beslöt också vid sitt möte i Köln att stadgan skulle förberedas på ett sätt som innebar en maximal demokratisk process.<sup>10</sup> De visemankommittéer som tidigare tillsatts motsvarade inte

Oreja/Herman rapporten, beslut 10 febr. 1994, O.J. Nr C 77, 19 February 1994 p. 155.

<sup>5</sup> 1998 och 1999 presenterade Kommissionen två rapporter: DG 1A föreslog att upprätta ett särskilt generaldirektorat för mänskliga rättigheter och ett självständigt övervakningsorgan; DG V föreslog att en rättighetskatalog skulle författas.

<sup>6</sup> Se utrikesminister Joschka Fischers tal den 12 maj 2000 vid Humboldt universitetet: ”Vom Staatenbund zur Federation — Gedanken über die Finalitet der europäischen Integration”.

<sup>7</sup> Undertecknad i Turin den 18 oktober 1961.

<sup>8</sup> I COM (2000) 559 framgår dock att Kommissionen anser att stadgan är ambitiös och fastställer vissa nya rättigheter som redan funnits men som inte dessförinnan tydligt och formellt skyddats som grundläggande rättigheter.

<sup>9</sup> Louise Gunvén, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna — arbetet med att ge EU en ”själ”, ERT 2001, s. 13–28.

<sup>10</sup> Gráinne de Búrca, The drafting of the European Charter of fundamental rights, E.L.Rev, 2001 p. 126–139.

kravet,<sup>11</sup> och det var inte fråga om att en konstituerande församling skulle utarbeta en konstitution. I en demokratisk union borde unionsmedborgarna få maximalt inflytande över utvecklingen av de rättigheter de berörs av. För första gången anförtroddes utarbetandet av en unionsakt åt ett konvent med en majoritet av parlamentariker: 16 medlemmar från Europaparlamentet och 30 från nationella parlament. Medlemsstaternas regeringar representerades av 15 personer och kommissionen av en representant. EG-domstolen fick 2 observatörsposter och Europarådet 2 varav en från den Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter. EU:s Ekonomiska och Sociala kommitté, regionalkommittén och den Europeiska ombudsmannen inbjöds att delge sina åsikter. Dessutom bestämdes vid Europeiska rådets möte i Tammerfors i oktober 1999 att arbetet skulle ske i full offentlighet. Möten och arbetsdokument skulle vara offentliga och en website tillåta dialog med allmänheten.<sup>12</sup>

Konventet skulle alltså enligt slutsatserna från Köln konsolidera de rättigheter som redan ingår i unionens rättssystem. EU:s rättighetskydd har successivt preciserats och gjorts mer effektivt. I fördragen om de Europeiska Gemenskaperna, vars föremål är ekonomiska förhållanden, kom inte att ingå någon särskild bestämmelse om skydd för grundläggande rättigheter, förutom förbudet mot könsdiskriminering.<sup>13</sup> EG-domstolen skulle dock pröva och upphäva rättsakter av institutionerna som strider mot "någon rättsregel".<sup>14</sup> Dessa rättsregler syftar särskilt på allmänna rättsprinciper, och EG-domstolen påbörjade 1969<sup>15</sup> en rättspraxis som successivt infogade bland dessa principer de grundläggande rättigheter som skyddas av såväl Europakonventionen om skydd för mänskliga rättigheter och de grundläggande friheterna, som i andra internationella konventioner i vilka medlemsstaterna är part och av grundläggande rättigheter som skyddas i medlemsstaternas konstitutioner.<sup>16</sup>

Först med Maastrichtfördraget om den Europeiska unionen 1992 infördes bestämmelser om skydd för grundläggande rättigheter, men de hade begränsad räckvidd. Bland Unionens mål nämns införande

<sup>11</sup> Fördragsändringar har inte i gemenskapen utarbetats i stora diplomatiska förhandlingar med de risker för urvattnade kompromissförslag som de oftast resulterar i, utan av en mindre grupp av vise män som oftast givit sitt namn åt förslaget: Spaak (EEG 1957), Werner (Ekonomisk och monetär union 1972), Vedel (Demokrati 1972), Tindemans (Europeisk union 1975) och Dooge (Politiskt samarbete 1984).

<sup>12</sup> Arbetet dominerades dock av ordföranden, professorn i statsrätt och tidigare domaren vid tyska författningsdomstolen och presidenten för Förbundsrepubliken Tyskland, Roman Herzog, som hade en rik skatt erfarenhet av tysk författningsteori och praktik att bygga på. Jfr Olle Abrahamsson, EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, SvJT 4/02 s. 372.

<sup>13</sup> Artikel 141 EG.

<sup>14</sup> Art.230 EG (173 tidigare numrering), 146 Euratom, 33 EGKS; *toute règle de droit* i den franska versionen.

<sup>15</sup> Case 29/69 *Stauder* [1969] ECR 419.

<sup>16</sup> Se t.ex. den klassiska Henry G. Schermers/Denis Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer 1992.

av unionsmedborgarskapet och att detta skall stärka deras rättigheter. Artikel F.1 inleddes med förpliktelse för Unionen att respektera medlemsstaternas nationella identitet och därefter för medlemsstaterna att grunda sina styrelseformer på demokratiska principer. F.2 förpliktade Unionen att som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheter som återfinns i Europakonventionen och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Bland Maastrichtfördragets bestämmelser om gemensam utrikes- och säkerhetspolitik förklarade Artikel J.1 att denna politiks mål är att skydda unionens gemensamma värden och befästa demokratin och rättstatsprincipen samt respekten för mänskliga rättigheter och de grundläggande friheterna. I den tredje pelaren, om samarbete i fråga om rättsliga och inrikes frågor, fastställdes att frågorna skulle behandlas med beaktande av Europakonventionen, Konventionen om flyktingars rättsliga ställning och medlemsstaternas praxis (Artikel K.2).

I Amsterdamfördraget 1997 betonas de grundläggande rättigheterna mer. Bland målsättningarna nämns fortfarande bara rättighetsfrågan i samband med unionsmedborgarskapet, men i artikel 6, som ersätter artikel F, har förpliktelsen för Unionen att respektera medlemsstaternas identitet hamnat i 6.3 medan 6.1 stadgar att "Unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna". Förpliktelsen för medlemsstaterna att respektera dessa Unionens grundläggande principer effektiviseras genom den nya Artikel 7, som innehåller en mekanism för att införa sanktioner mot en medlemsstat som bryter mot dem. Artikel 6.2 överensstämmer med F.2. Referensen till rättighetsskydd har dock utgått ur den tredje pelaren. Däremot innehåller denna en fakultativ klausul om EG-domstolens tolkningsbehörighet, som ger domstolen möjlighet att pröva giltigheten av Unionens beslut i förhållande till allmänna rättsprinciper (Artikel 35). Enligt artikel 46 d) EU utsträcks EG-domstolens behörighet till att i förekommande fall också gälla unionens rättsakter utanför EG-fördraget.

Nicefördraget 2000 genomför en förändring beträffande skyddet för Unionens grundläggande principer såtillvida att det ytterligare effektiviserar mekanismen för att införa sanktioner vid de fall en medlemsstat skulle bryta mot dem. Artikel 7 förutser en trestegsprocedure med rapport från oberoende personer och rekommendationer till vederbörande stat av rådet redan om uppenbar risk föreligger för brott, något som kan följas av beslut om sanktioner.<sup>17</sup> Artikel 7 belyser

<sup>17</sup> Förfarandet är politiskt och förutser inte, till skillnad från Spinellis rapport 1984 (se not 2), att EG-domstolen först konstaterar att allvarligt och fortsatt brott föreligger. Domstolen kan heller inte pröva lagligheten av de sanktionsåtgärder som vidtas, eftersom Artikel 7 EU ligger utanför domstolens jurisdiktion enligt Art. 46.

också att inte bara EG-rätten utan hela EU-rätten icke kännetecknas av folkrättens ömsesidighetsnatur. En medlemsstat som utsätts för sanktioner förblir bunden av fördragets förpliktelser. Detta kan ses som en konsekvens av att förhållandet mellan Union och medlemsstater snarast uppfattas som konstitutionellt och att sanktionsbeslut inte skall påverka unionsmedborgarnas rättigheter enligt fördraget oavsett deras nationalitet och hemvist.

Förutom dessa grundläggande principer om frihet, demokrati och mänskliga rättigheter för den Europeiska unionen har andra principer av grundläggande natur fastlagts i EG-fördragen, sekundärrätten och EG-domstolens rättspraxis. Några riktar sig till Unionen och dess institutioner men är indirekt eller direkt förpliktande också för medlemsstaterna, såsom principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens (Artiklarna 4 och 105 EG), proportionalitetsprincipen (Artikel 5 EG), subsidiaritetsprincipen (Artikel 5 EG), lojalitetsprincipen (Artikel 10 EG), solidaritetsprincipen (Artikel 1 EU och 2 EG) och offentlighetsprincipen (Artikel 255 EG). Inom miljöområdet infördes t.ex. principen om försiktighet och hållbar utveckling (Art. 2,6 och 174 EG). EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för personer, tjänster och kapital samt etableringsfrihet utvecklades till rättsligt skyddade principer som också berör enskildas friheter. Andra friheter och rättigheter som särskilt berör enskilda är t.ex. icke-diskriminering (Artikel 13), jämställdhet mellan kvinnor och män (Artikel 141 EG) och flera rättigheter utvecklades på det arbetsrättsliga och sociala området genom EG-direktiv och förordningar baserade på Artikel 137 och den Europeiska sociala stadgan, t.ex. skydd mot osaklig uppsägning och rätt till sociala förmåner.

Konventet tolkade sin uppgift att konsolidera befintliga rättigheter så att det både utsträckte antalet grundläggande rättigheter utöver dem som slutsatserna räknade upp<sup>18</sup> och begränsade antalet rättigheter<sup>19</sup>. Följden är att stadgan bara innehåller ett urval, om än brett, av de rättigheter som skyddas av EG-domstolen såsom allmänna rättsprinciper. I ingressen till rättighetsstadgan sägs att "[d]et är ... nödvändigt att stärka skyddet av de grundläggande rättigheterna mot bakgrund av samhällsutvecklingen, de sociala framstegen och den vetenskapliga och tekniska utvecklingen, genom att göra dem mer synliga i en stadga". Det urval, systematisering och betoning av vissa rättigheter som stadgan genomför, och som konventet anser reflektera tidsandan, är därför väl så viktig som uppräknningen av rättigheter som

<sup>18</sup> Ex. rätt till integritet i medicinsk och biologisk bemärkelse såsom förbud mot kloning eller att låta människokroppen och dess delar utgöra en källa till ekonomisk vinning.

<sup>19</sup> Exempelvis är EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet i unionen och utvecklingsrätt för tredje världen inte fullt inkluderade och inte heller alla rättigheter som återfinns i medlemsstaternas konstitutioner.

sådan. Konventets presidium<sup>20</sup> hade i den slutliga versionen den 28.9 2000 indelat rättigheterna under följande titlar och samtidigt överliggande principer: Värdighet,<sup>21</sup> Friheter,<sup>22</sup> Jämlikhet,<sup>23</sup> Solidaritet,<sup>24</sup> Medborgarnas rättigheter,<sup>25</sup> och Rättskipning.<sup>26</sup>

Stadgan är avfattad på så sätt att den utan revision kan ingå som en rättighetskatalog i en inledande avdelning till en konstitution för Unionen, och hade medlemsstaterna önskat det vid regeringskonferensen i Nice kunde den ha införts i Artikel 6 EU. De kunde också ha beslutat att Artikel 6 skulle innehålla en hänvisning till den, men stadgan antogs som en högtidlig gemensam proklamation av Europaparlamentet, rådet och kommissionen utan att den formellt anknöts till fördraget. Den har publicerats i Gemenskapens tidning som en mellanstatlig överenskommelse,<sup>27</sup> men dess verkliga juridiska status kan bara framtiden avgöra.<sup>28</sup> I praktiken kommer det sannolikt att uppfattas så som om Artikel 6 hänvisade till den, och i den mån den uttrycker för medlemsstaterna gemensamma konstitutionella traditioner är EG-domstolen till och med skyldig att tillämpa den.<sup>29</sup> Redan den 8 februari 2001 hänvisades till den av en av EG-domstolens generaladvokater,<sup>30</sup> och detta har därefter skett flera gånger och domsto-

<sup>20</sup> Konventet leddes av den tidigare presidenten för Tyska förbundsrepubliken och domaren vid tyska författningsdomstolen, Roman Herzog. Se dock not 12!

<sup>21</sup> Innehållande artiklar om rättigheterna: människans värdighet, rätt till liv, människans rätt till integritet, förbud mot tortyr och omänsklig eller förnedrande bestraffning och behandling, förbud mot slaveri och tvångsarbete.

<sup>22</sup> Innehållande artiklar om rättigheterna: frihet och säkerhet, respekt för privatlivet och familjelivet, skydd av personuppgifter, rätt att ingå äktenskap och bilda familj, tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet, yttrandefrihet och informationsfrihet, mötes- och föreningsfrihet, frihet för konsten och vetenskapen, rätt till utbildning, fritt yrkesval och rätt att arbeta, näringsfrihet, rätt till egendom, rätt till asyl, skydd vid avlägsnande, utvisning och utlämning.

<sup>23</sup> Innehållande artiklar om rättigheterna: likhet inför lagen, icke-diskriminering, kulturell, religiös och språklig mångfald, jämställdhet mellan kvinnor och män, barnets rättigheter, äldres rättigheter, integrering av personer med funktionshinder.

<sup>24</sup> Innehållande artiklar om rättigheterna: arbetstagares rätt till information och samråd inom företaget, förhandlingsrätt och rätt till kollektiva åtgärder, rätt till tillgång till arbetsförmedlingar, skydd mot uppsägning utan saklig grund, rättvisa arbetsförhållanden, förbud mot barnarbete och skydd av ungdomar i arbetslivet, familjeliv och yrkesliv, social trygghet och socialbidrag, hälsoskydd, tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, miljöskydd, konsumentskydd.

<sup>25</sup> Innehållande artiklar om rättigheterna: rösträtt och valbarhet till Europaparlamentet, rösträtt och valbarhet i kommunala val, rätt till god förvaltning, rätt till tillgång till handlingar, ombudsmannen, rätt att göra framställningar, rörelse- och uppehållsfrihet, diplomatiskt och konsulärt skydd.

<sup>26</sup> Innehållande artiklar om rättigheterna: rätt till ett effektivt rättsmedel och till opartisk domstol, presumtion för oskuld och rätten till försvar, principerna om laglighet och proportionalitet i fråga om brott och straff, rätt att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott.

<sup>27</sup> O.J.2000, C 364, of 18 Dec. 2000.

<sup>28</sup> Francis G. Jacobs, Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice, E.L.Rev, 2001, p. 331.

<sup>29</sup> Koen Lenaerts and Eddy de Smijter, A "Bill of Rights" for the European Union, CML Rev. 2001, p. 299.

<sup>30</sup> Generaladvokaten Tizzano i målet C-173/99 *BECTU*, motiven 26–28.

lens förstainstansdomstol har till och med hänvisat till stadgan.<sup>31</sup> Konventets presidium upprättade också förklaringar till varje artikel i stadgan varav framgår vilken befintlig bindande EG-rätt som den bygger på: bestämmelse i fördraget, i sekundärrätten, på domstolens rättspraxis eller på bestämmelse i internationell konvention som är EG-rätt i egenskap av allmän rättsprincip.

Även om rättigheterna skall respekteras av unionen kan förpliktelserna för medlemsstaterna variera beroende på om det gäller en av de grundläggande principer som omnämns i Artikel 6.1 EU, varav flera är absoluta, eller en rättighet som har grund i EG-rätten och som är beroende av den EG-rättsliga bestämmelsens natur och utformning. Såsom fastslås i grundrättsstadgans ingress skall unionen respektera ”mångfalden i Europas folks kultur och traditioner samt för medlemsstaternas nationella identitet och organisering av sina offentliga myndigheter på nationell, regional och lokal nivå” och ”med beaktande av ... subsidiaritetsprincipen”. Denna fråga om nationella särregleringar och avsteg från grundrättsstadgan är ett genomgående tema i denna artikel.

## 2. Rättvisa och konstitution

En första åsikt vore att en rättighetskatalog i en konstitution utgör ett överrättsligt, metarättsligt, element som breddar det konstitutionella begreppet. I motsats till övriga delar i en författning, som kan ses som positivrättsliga, ger rättighetskatalogen särskilt uttryck åt etiskt filosofiska värderingar om det rättvisa samhället. Den för in ”ius” i konstitutionen och underordnar ”lex” under ”ius”. Med rättighetskatalogen förklaras grunden till statens maktutövning men också maktens målsättningar och begränsningar i förhållande till den enskilde.

I EU:s grundrättsstadgas ingress, andra stycket, hänvisas till grunden i satsen ”[i] medvetande om sitt andliga och etiska arv”. Denna sekulära hänvisning, som går tillbaka till den franska revolutionens idéer, kunde inte accepteras av de tyska kristdemokraterna, och den tyska versionen hänvisar i stället till ”andligt-religiösa arv”.<sup>32</sup> Både den första versionen och den tyska är autentiska och likvärdiga texter.

Denna betoning av ”ius” i paret ”ius och lex”, rätt och lagstiftning, görs även i fortsättningen av det andra stycket: ”bygger unionen på de odelbara och universella värdena människans värdighet, frihet, jämlikhet och solidaritet samt den demokratiska principen och rättsstatsprincipen. Den sätter människan i centrum för sin verksamhet genom att inrätta ett unionsmedborgarskap och skapa ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.” Detta bygger på naturrettens tankegodsd om människans rättigheter som staten inte kan inskränka genom lagstiftning och som inte begränsades av nationsgränserna utan vore univer-

<sup>31</sup> Olle Abrahamsson, EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, SvJT 4/02, s. 375.

<sup>32</sup> Preambeln till Förbundsrepubliken Tysklands författning inleds med orden: ”Medvetet om sitt ansvar inför Gud och människorna ...”.

sella och eviga. Även internationella konventioner, som Europakonventionen om mänskliga och grundläggande rättigheter, och medlemsstaternas konstitutionella skydd för mänskliga rättigheter bygger på detta gods. Beträffande frågan om nationella avvikelser från dessa rättigheter i grundrättsstadgan är presumtionen följaktligen att sådana vore omöjliga.

Samtidigt hänvisar stadgans ingress, tredje stycket, till unionens målsättningar på området: bevara och utveckla dessa gemensamma värden med respekt för Europas kulturella mångfald och medlemsstaternas nationella identitet och organisering av sina offentliga myndigheter; främja en balanserad och hållbar utveckling; trygga fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital samt etableringsfrihet. Vidare skall, enligt fjärde stycket, skyddet för grundläggande rättigheter stärkas mot bakgrund av samhällsutvecklingen, de sociala framstegen och den vetenskapliga och tekniska utvecklingen. Dessa stycken belyser att innehållet i grundläggande rättigheter som ligger utanför kärnområdet för mänskliga rättigheter kan förändras i tid och rum, men att stadgan försäkrar om att medlemsstaterna delar en gemensam uppfattning om grunderna för det rättvisa samhället.

Grundrättsstadgan fastställer en balans mellan unionens och medlemsstaternas handlingar och krav och den enskildes frihet. Enligt naturrättslig terminologi skulle man kunna jämföra den med ett samhällskontrakt som medför att enskilda avstått från makt till förmån för suveränen för att den skall upprätthålla lag och ordning.<sup>33</sup> Förhållandet kan t.o.m. relateras till Aristoteles som betecknade människan som en social varelse,<sup>34</sup> som enligt sin natur samtidigt måste leva och underordna sig ett samhälle och nå sin maximala individuella utveckling i samhället. Frågor om vilket innehåll i samhällskontraktet som kan anses återge en rättvis relation mellan suveränen och den enskilde, om balansen mellan samhällets krav och enskildas frihet, och om rättvisepprinciper i allmänhet är centrala för både naturrättsläran och för rättsfilosofin som sådan. Aristoteles menade att den rättvisesats som borde bestämma fördelningen mellan rättigheter och plikter mellan samhället och den enskilde och mellan enskilda inbördes skulle lyda *suum cuique tribuere*, dvs. ge var och en sitt.<sup>35</sup> Denna sats kan inte konkretiseras utan en metasats som uppställer kriterier för vad som bör tillkomma var och en, och frågan om dessa kriterier, alltså om "rättfärdig rätt", är ett av rättsfilosofins huvudproblem. Analysen av EU:s grundrättsstadga och förhållandet mellan denna och nationell

<sup>33</sup> Hugo Grotius, *De Jure belli ac pacis*, 1625; Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, och Penguin, Harmondsworth, ed. C.B. Macpherson, 1968.

<sup>34</sup> Aristoteles, *Politics*, London, 1932, uttrycket är mer känt på engelska språket *political animal*.

<sup>35</sup> I Benoît Frydman och Guy Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, 1998 s. 11.

rätt skulle alltså ur rättsfilosofisk utgångspunkt lämpligen kunna göras utifrån uppfattningar om rättvisekriterier.<sup>36</sup>

Chaïm Perelman fann ett grundläggande rättvisekriterium för en rättsstat som kan anses fritt från värderingar.<sup>37</sup> Ett minimalt formellt krav på rättvisa vore att suveränen själv skall vara bunden vid de normer den utfärdar. Normer skall tillämpas enhetligt och vissa kategorier individer får inte undantas utan att detta bestämts i förväg och offentligt tillkännagivits. Detta kriterium kan man komma fram till logiskt och rationellt, men för att bestämma vad som vore en rättvis fördelning av samhällets tillgångar erkänner Perelman att logiken har sina begränsningar och att det är svårt att undvara etiska värderingar. Han uppställde sex kriterier: 1) till var och en i samma mån, 2) till var och en enligt sina meriter, 3) till var och en enligt vad den utträttat, 4) till var och en enligt dennes behov, 5) till var och en enligt dennes sociala ställning, 6) till var och en enligt vad lagen bestämmer. De flesta mänskliga rättigheter skulle falla in under det första kriteriet, men Perelman finner att det inte går att rangordna dessa kriterier på helt rationella och logiska grunder, och rättsfilosoferna har särskilt funnit att värdering av meriter svårligen kan ske utan metafysisk etisk grund om inte analysen utgår från ett relativistiskt positivrättsligt synsätt. I perspektivet enhetligt innehåll och tolkning av grundrättsstadgan belyser detta betydelsen av processer som leder till gemensam värdegrund.

Problemet med att utgå från vad som kan anses vara etiskt rättvist är att moraliska värderingar skiftar i tid och rum. För att komma fram till ett allmängiltigt rättvisebegrepp utgick därför Rawls<sup>38</sup> från ett hypotetiskt antagande om hur personer med olika värderingar skulle resonera bakom en "slöja av okunnighet" dvs. om de inte visste a) vilken ställning de skulle inta i samhället, b) vilken social ställning, c) vilken intelligens och styrka, d) vilken personlig uppfattning om det rätta, e) om sina framtidsplaner, f) om sin psykologi, g) om sina ekonomiska och politiska förhållanden, h) om vilken generation de tillhör eller vilken kultur eller civilisation. Resultatet skulle bli att personerna på grund av sin självbevarelsedrift valde rättvisepprinciper som skulle skydda dem i ett samhälle där deras öde skulle bestämmas av deras fiender. Rawls stannade vid två rättvisepprinciper. Enligt den första skall var och en ha rätt till sådana maximala grundläggande friheter som kan förenas med ett system med lika friheter för alla. Enligt den andra skall sociala och ekonomiska olikheter inte medföra försämringar för de minst lyckligt lottade, inbegripet kommande generationer, och fördelaktiga tjänster och ställningar skall kunna nås av alla

<sup>36</sup> Märk att redan EG-fördraget innehåller rättvisaspekter, t.ex. om regional utjämning, icke-diskriminering, fri företagsamhet och rätt att överklaga beslut till domstol.

<sup>37</sup> Chaïm Perelman, *De la Justice*, artikel 1945, i engelsk version i C. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge, London, 1963.

<sup>38</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, London, 1973.

under rimligt lika betingelser. Rawls sätter den enskildes frihet i främsta rummet. Detta skulle skydda en minoritet från att undertryckas i ett samhälle där den offentliga makten domineras av en annan uppfattning av rättvisa. I perspektivet EU:s grundrättsstadga kanske den slutsatsen kan dras av Rawls resonemang att medlemsstaterna skall kunna behålla sina regler om tillämpning av stadgans regler skulle medföra försämringar för de minst lyckligt lottade, men att enskildas frihet måste vara stor i en union med kulturella skillnader och många minoriteter.

I frågan om att upprätta en rättvis balans mellan individens frihet och samhällets krav utgår Rawls, liksom de naturrättslärdade, från att den enskildes frihet är ursprunglig och avgörande för samhällets krav. Habermas däremot, som också vill undvika att bestämma rättvisebegreppet utifrån ett metafysiskt etikbegrepp, anser att samhällets krav är lika ursprungligt som individens frihet. Han ser individen som en del av samhället. Men han ställer demokratibegreppet i centrum och anser att vissa nödvändiga satsar följer av detta.<sup>39</sup> Habermas utgår från att rättvisa är ett resultat av en demokratisk diskussion om etiska frågor. Under det att Rawls fruktar risken för totalitarism som kan uppstå i ett majoritetsvälde<sup>40</sup> anser Habermas att det uppkommer konsensus om rättvisa ur det demokratiska samtalet om etiska frågor. Själva samtalet utvecklar jämställdhet mellan parterna, kunskap om faktiska förhållanden och ett moraliskt förhållningssätt.

### 3. Rättigheter och konstitution

Under det att Rawls och Habermas försöker påvisa förutsättningarna för ett allmängiltigt rättviseförhållande och naturrättens förespråkare menar att lagstiftning skall vara underordnad en högre rättvisa, återstår frågan om de värderingar som ligger bakom konstitutionella balanser mellan enskildas fri- och rättigheter och det offentliga krav och skyldigheter.

Ett hypotetiskt svar av grundaren av Uppsalaskolans skandinaviska realister, Hägerström, skulle sannolikt bli att en balans kan empiriskt påvisas på grund av effektiv tillämpning, men eftersom det inte finns några naturliga eller förutbestämda rättigheter finns heller ingen naturlig balans. Rättigheter omgärdas av en viss rituell eller historisk tradition och språkdräkt som medfört att de nått en auktoritet som kan förklaras rent psykologiskt.<sup>41</sup> Lundstedt skulle förklara att rättigheter inte är objektiva, men sådana rättigheter kan påvisas som effektivt tillämpas, men de tillämpas på grund av att folk, psykologiskt, an-

<sup>39</sup> Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen, über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, Frankfurt/M, 1995; Habermas *diskurs, rätt och demokrati, politiskt filosofiska texter*, Göteborg, 1997.

<sup>40</sup> Jfr. Jeremy Benthams utilitaristiska sats om största möjliga lycka åt största möjliga antal människor och John Stuart Mills fruktan för majoritetens tyranni (1859), *On Liberty*, Harmondsworth, Penguin, 1974.

<sup>41</sup> Axel Hägerström, *Stat och rätt*, Uppsala, 1904, *Rätten och Viljan*, red. Karl Olivecrona, Lund 1961.

ser de behövs i ett samhälle kännetecknat av social välfärd, och folk vill ha ett sådant samhälle.<sup>42</sup> Olivecrona skulle betona att statens institutioner åtnjuter sådan auktoritet att beslut om rättigheter som fattas i laga ordning når sådan formell legitimitet att de psykologiskt uppfattas som bindande.<sup>43</sup>

Naturrättens företrädare anser däremot att människan har givna naturliga och oförytterliga rättigheter. Såsom Locke förklarade redan 1698<sup>44</sup> omfattar dessa rätten till liv, frihet, arbete och arbetets frukter. De enskilda har med ett fiktivt samhällskontrakt överlämnat makt till suveränen, inklusive legislativet, under det villkoret att dessa grundläggande rättigheter beskyddas.<sup>45</sup> Om regering eller legislativet däremot försöker upphäva dem har folket rätt att störta makten och välja nya företrädare. Också för Rousseau vore människan utrustad med naturliga rättigheter, men hans idé om samhällskontraktet ansluter sig snarare till en schweizisk kanton med folkomröstningar än till Lockes maktfördelade stat. Individerna har slutit kontraktet med samhället som sådant och deltar i maktutövningen på likställd bas genom att överenskomma om den allmänna meningen "la volonté générale".<sup>46</sup> Under det att Locke sätter enskildas friheter främst betonar Rousseau mer den enskildes underordning under beslut som utformats i direkt demokrati.

Naturrättens idé om samhällskontraktet fick sin första praktiska tillämpning med de nordamerikanska koloniernas förklaring om mänskliga rättigheter 1776<sup>47</sup> och med deras oavhängighetsförklaring, som grundades på Lockes lära om rätt till revolution om grundläggande rättigheter inte respekterades. Till USA:s författning fogades 1791 tio amendments som utgör en katalog om mänskliga och grundläggande rättigheter. Den franska deklARATIONEN om mänskliga rättigheter förkunnades revolutionsåret 1789,<sup>48</sup> och nationella författningsbestämmelser om grundläggande rättigheter och internationella konventioner som Europakonventionen, FN:s förklaring om grundläggande rättigheter eller EU:s grundrättsstadga kan ledas tillbaka till dessa första rättighetsstadganden.

I naturrättens tankegods ingår också idén om att en nödvändig följd av samhällskontraktet är att den offentliga makten organiseras och utövas så att kontraktet kan uppfyllas och rättigheterna effektivt kan tillförsäkras medborgarna. Locke menade att legislativet måste

<sup>42</sup> Anders Vilhelm Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, Stockholm, 1965.

<sup>43</sup> Karl Olivecrona, *Rättsordningen*, Lund, 1976, s. 98, 142, 144, 147.

<sup>44</sup> John Locke, *Two Treatises of Government*, New York, 1960, Book II, chapter V, XI and XIX.

<sup>45</sup> Individerna har och kan ingå samhällsfördraget endast om de har och behåller ett mått av självständighet och integritet som inte kan inskränkas genom beslut av staten. För Locke innefattade detta även religionsfrihet.

<sup>46</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, Paris, 1762 och 1966.

<sup>47</sup> "Life, liberty and the pursuit of happiness".

<sup>48</sup> Med huvudpunkterna "liberté" personlig frihet, "égalité" likhet inför lagen och "fraternité" världsmedborgarskap.

vara åtskild från exekutivet och att exekutivet måste vara underordnad legislativet.<sup>49</sup> Montesquieu lade därtill att den dömande makten måste vara skild och likställd med de två politiska makterna.<sup>50</sup> Vidare skulle den högsta statsmyndigheten inte fatta beslut riktade till bestämda personer utan stifta generella lagar.<sup>51</sup> Dessa idéer omsattes för första gången genom USA:s konstitution, men de återfinns nu också bland EU:s medlemsstaters gemensamma konstitutionella traditioner och ingår bland EU:s rättsprinciper, såsom t.ex. legalitetsprincipen och rättsstatsprincipen.

EU:s stadga reflekterar åsikten att också sociala rättigheter skall återfinnas i en rättighetskatalog. Under 1900-talet medförde idén om det moderna projektet, som till olika grad omvandlade de europeiska samhällena, att de på naturrätten grundade individuella rättigheterna och det effektiva rättsskyddet av domstolarna skulle betonas i mindre grad till fördel för politiska syften om kollektiva lösningar. Det rättspositivistiska tänkandet dominerade, och "lex överordnades "ius" i så måtto att rätt ansågs vara den lagstiftande majoritetens vilja uttryckt i lagstiftningen. Den politiska idén tilläts vara universell, men rätten var nationell.<sup>52</sup> I idén om rättvisa låg att det goda skulle fördelas genom politiska beslut och i fråga om den konstitutionella balansen skulle individens friheter ha mindre vikt. De excesser som detta ledde till i särskilt central- och östeuropa fick naturrättsliga tankar om rättigheter och effektivt skydd av dessa genom självständiga domstolar att få genomslag på nytt.<sup>53</sup>

Det är väl känt att idén om statens starka roll att fördela landets tillgångar väcktes på grund av att 1800-talets armod sattes i samband med att det offentliga då hade minimala uppgifter, och att den allmänna rösträtten och parlamentarismen skulle tillåta lagstiftning till fördel för folkets flertal. Redan på 1800-talet grundlades också tanken på vad som skulle kallas den andra generationen av mänskliga rättigheter. Vid den franska februarirevolutionen 1848 krävdes "rätt till arbete" och strax därefter bildades de första frivilliga försäkringskassorna, vad som senare skulle bli allmänna socialförsäkringar. Den andra generationen av mänskliga rättigheter är kopplad till politiska mål och ger enskilda rätt till tjänster som välfärdsstaten enligt politiska beslut har fått till uppgift att ombesörja. Det gäller sådant som rätt till undervisning, till arbetslöshetsunderstöd, arbete eller arbetsförmedling, till vård i händelse av sjukdom eller handikapp, till socialhjälp el-

<sup>49</sup> John Locke, op.cit.

<sup>50</sup> Charles-Louis de Montesquieu, *De l'ésprit des lois*, Paris, 1748 och 1961.

<sup>51</sup> En konsekvens av detta är att rättigheter inte skall kunna inskränkas på annat sätt än genom lag.

<sup>52</sup> Jfr Leo Trotzki, *Die permanente Revolution*, Frankfurt/M, 1930 och 1969 för kritik av nationella lösningar.

<sup>53</sup> Ronald Dworking *Taking Rights Seriously*, London, 1977, John Rawls op.cit. Karl Popper, *The Open Society and Its Enemies*, London, 1945.

ler ålderspension. Allt med avsikt att underlätta medborgarnas risker i olika skeden av livet och att minska skillnaderna i deras livsvillkor.

Under det att första generationens rättigheter och friheter "från" statens krav är mindre komplicerade att tillförsäkra, är den andra generationens rättigheter "till" tjänster förenad med vissa komplikationer. De stater som bäst lyckats uppnå både social och ekonomisk välfärd har gjort en lämplig avvägning mellan de två generationerna rättigheter. Oftast kan den andra generationens rättigheter först uppnås i kombination med den första. Den första generationens rättigheter kan tillförsäkras enskilda av domstolar redan som konstitutionella principer, men en komplikation med den andra generationens är att de i regel först måste konkretiseras med lagstiftning. De skall därefter tillämpas med förvaltningsbeslut till den enskilde. Får den enskilde ett negativt beslut, måste han grunda sig på lagstiftningen för att få domstol att överpröva beslutet. Den enskilde kan dock samtidigt grunda sin talan på en första generationens rättighet, som rätten till domstolsprövning eller icke-diskriminering, för att få ett felaktigt beslut prövat. Vidare är den andra generationens rättigheter, i motsats till den första, beroende av statens ekonomi, eftersom välfärdstjänster kostar. Den förutsätter också en viss grad av kontroll över att bidragstagarna uppfyller givna kriterier och att skattebetalarna betalar. Detta kan leda till överdrift, som kan begränsas genom den första generationens rättigheter. Slutligen, eftersom den andra generationens rättigheter utformas genom lagstiftning, förutsätter de en öppen och demokratisk politisk debatt för att resultatet skall få legitimitet hos medborgarna.<sup>54</sup> Och denna debatt garanteras av den första generationens rättigheter.

För ett tjugofemtal år sedan började man tala också om en tredje generations mänskliga rättigheter. Bakgrunden var dels ett ökat miljömedvetande och dels önskan att öka solidariteten med den tredje världen. Det handlar alltså om rätt till god miljö, till utveckling, till att utnyttja världens gemensamma arv, till fred och till information. Jämfört med den första och andra generationens rättigheter är dessa dock så väsensskilda att frågan kan ställas om de kan betecknas som rättigheter. Det är svårt att bestämma vem som innehar rättigheterna. Rättigheternas innehåll är för obestämt för att kunna läggas till grund för talan. Rättighetsinnehavarens motpart är obestämd och fullgöran är hypotetisk. De kan snarast betecknas som riktlinjer för regeringars politik. EU:s grundrättsstadga innehåller en artikel om miljöskydd och principen om hållbar utveckling.

Framför allt belyser dock den tredje generationens rättigheter att goda livsbetingelser bara kan uppnås i internationell samverkan. Detta gäller inte endast för den tredje generationens rättigheter utan även för den andra generationens. Nationella mål om rätt till arbete eller välfungerande socialsystem är beroende av den internationella

<sup>54</sup> Jfr Jürgen Habermas, op.cit.

ekonomin såväl som av den nationella. EU:s medlemsstaters val att inom den europeiska ramen genomföra den inre marknaden med rättigheter till fri rörlighet, kompletterad med politik på t.ex. miljöområdet och arbetsmarknad, för att uppnå ekonomiskt välstånd som inte medlemsstaterna kan uppnå utan samverkan, står alltså i samband med den andra och tredje generationens mänskliga rättigheter.

Den konsensus om sociala mål och sociala rättigheter som stadgan reflekterar kan därmed få betydelse för fördelning av makt mellan medlemsstaterna och EU. Den kritiska frågan är om dessa rättigheter bäst uppnås genom politiska beslut och lagstiftning på nationell nivå eller på EU-nivå. EU:s grundrättsstadga innehåller några tvingande regler på området som lämnar staterna utan kompetens, men oftast skall rättigheterna uppnås genom samverkan mellan medlemsstaterna och EU, eftersom de båda har kompetens. På sådana områden finns alltså ett utrymme för nationella lösningar så länge som rättigheterna inte bäst uppnås genom beslut på EU-nivå. Frågan om på vilken nivå besluten skall tas är "til syvende og sidst" en fråga om EU:s legitimitet. Upplever medborgarna delaktighet i besluten på EU-nivå och att de medför ökat välstånd kan de fattas där. I ett EU med ökande regionala och ekonomiska klyftor och skillnader i syn på välfärdsstatens uppgifter kommer besluten att nedflyttas till nationell nivå.

I stycket 6 till EU:s grundrättsstadga bestäms slutligen att "[å]njutandet av dessa rättigheter medför ansvar och skyldigheter mot andra människor, mot mänskligheten och mot kommande generationer". Förutom detta programmatiska uttalande innehåller stadgan ingen hänvisning till förpliktelser för medborgarna. Enligt naturrättslig syn skall rättigheter just verka som en sköld för medborgarna mot orättfärdiga beslut av staten. Staten har redan svärdet i form av beslutande- och sanktionsmakt. Innehåller en konstitution både rättigheter och förpliktelser har de samma normhierarkiska rang och skyldigheten kan neutralisera rättigheten. En lag som strider mot en rättighet men inte mot en skyldighet skulle kunna anses förenlig med konstitutionen.<sup>55</sup> Detta betyder dock inte att medborgarna skulle sakna förpliktelser på områden för grundläggande rättigheter. Redan Europakonventionen stadgar att ingen får ägna sig åt verksamhet som syftar till att tillintetgöra rättigheter i konventionen eller att inskränka dem.<sup>56</sup> Strasbourgdomstolen har också utvecklat en dock osäker rättspraxis om "Drittwirkung", som betyder att enskilda skulle vara förpliktade iakttä vissa av Europakonventionens rättigheter i sina förehavan-

<sup>55</sup> I synnerhet de kommunistiska konstitutionerna innehöll stadganden om förpliktelser. Numera är det vanligast att förpliktelser i konstitutioner avser skydd av miljön, och stadgans ord om ansvar för kommande generationer syftar på det, men Portugals konstitution innehåller både rätt till arbete och arbetsplikt. Jfr Henry J. Steiner, Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, 2000 2nd ed. s. 348 f.

<sup>56</sup> Artikel 17 Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.

den med andra enskilda. Staterna kan även, inom ramen för vad rättigheterna medger, förplikta enskilda genom lagstiftning. Slutligen innehåller EU:s stadga flera rättigheter, t.ex. förbud mot diskriminering som också finns i EG-fördraget och som därmed har horisontell eller "Drittwirkung". Eftersom EG-domstolen har tillerkänt rättsprinciper horisontell verkan, kan dessutom vissa rättigheter i Europakonventionen förplikta enskilda såsom EG-rätt.

#### 4. Rättigheter och utveckling av EU:s konstitution

EU:s stadga om grundläggande rättigheter är som konstaterat avfattad så att den skall kunna användas som en rättighetskatalog i ett nytt konstitutionsliknande EU-fördrag. Stadgans egenskap av konstitutionell rätt är dock inte bara en eventuell och framtida fråga. De rättigheter stadgan innehåller finns redan på olika ställen bland EU:s rättskällor, och stadgan synliggör och grupperar dessa rättigheter i ett systematiskt sammanhang så att de på verksamt sätt blir riktlinjer för institutionerna inom hela unionens verksamhetsfält. Särskilt betydelsefullt är detta när institutionerna handlar inom EG-fördragets ram. Detta har redan betecknats som en konstitution av EG-domstolen,<sup>57</sup> och denna konstitution gäller för en organisation som i många stycken kan betecknas som en federation. Institutionerna har makt att lagstifta i medlemsländerna; medborgarna har alltså rättigheter och förpliktelser grundade såväl på medlemsstaternas rätt som på EG-rätten; EG-konstitutionen reglerar kompetensfördelningen mellan EG och medlemsstaterna; maktfördelningen mellan medlemsstater och centrum (EG) bestäms i sista hand av den konstitutionella domstolen, EG-domstolen, som även i sista hand avgör maktfördelningen mellan EG:s institutioner och tillförsäkrar att enskilda får de rättigheter de kan grunda på EG-konstitutionen. Stadgan får betydelse som underlag för EG-domstolen då den tolkar dessa befintliga rättigheter och deras förhållande till varandra.

En analys av EU:s grundrättsstadga i detta konstitutionella sammanhang kan göras från två utgångspunkter. En är att utgå från normerna. Konstitutioner är systematiskt uppställda rättsnormer som är ägnade att reglera de högsta statsorganens sammansättning, fördelning mellan dem av makt, uppgifter och förpliktelser och deras förhållande till medborgarna.<sup>58</sup> Dessa normer är vidare uttryck för och grundar statsuveräniteten genom att de från positivrättsligt synsätt är högst i den nationella normhierarkin och får rättssystemet att bli slutet och autonomt. I federala stater reglerar konstitutionen också maktfördelningen mellan federationen och delstaterna som båda är

<sup>57</sup> Case 294/83 *Les Verts v. Parliament* [1986] E.C.R. 1339 para. 23, och Opinion 1/91 *Draft agreement between the Community on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association on the other, relating to the creation of the European Economic Area*, [1991] E.C.R. I-6079, para. 21.

<sup>58</sup> S.E. Finer, Vernon Bogdanor, Benard Rudden, *Comparing Constitutions*, Oxford, 1995, s. 1.

suveräna inom sina kompetensområden. Den federala konstitutionen har dock företräde.

I fråga om EU är den normativa konstitutionella situationen mer komplex än fallet är för enhetsstater och till och med för federationer. EU omfattar såväl det rent konfederala samarbetet om försvars-, säkerhets-, polis- och straffrättsliga frågor som samarbetet inom ramen för EG-fördraget. EG-fördraget, som alltså kan betecknas som en konstitution, reglerar dock inte bara det samarbete som kan betecknas som federalt utan visst samarbete inom ramen för EG-fördraget är konfederalt, dvs. på vissa områden skall beslut om rättsakter som inte är direkt tillämpliga fattas med enhällighet i rådet, och på andra områden, t.ex. sysselsättningspolitik, kan tvingande beslut inte fattas av rådet, utan rådet tjänar som forum för medlemsstaterna för att de skall kunna koordinera sin politik. Samarbetet i EU vilar inte heller på en federal konstitution som är överordnad medlemsstaternas utan på ett folkrättsligt fördrag över vilket medlemsstaterna är herrar. I och med att medlemsstaterna går med på att för samtliga medlemsstater bindande fördragsändringar kan göras med majoritet suddas dock skillnaden ut mellan fördrag och federal konstitution.<sup>59</sup>

I denna balans mellan EG/EU:s uppgifter och nationella kompetenser, mellan federalt och konfederalt samarbete, kan EU:s grundrättsstadga få en påverkande roll. Som vi ovan konstaterade innehåller stadgan värderingar om det rättvisa samhället som uttrycks genom rättigheterna. Denna uppfattning av rättvisa är den rådande i Europa. Stadgan kan alltså verka som en legitimitetsgrund om institutionerna står inför valet att välja nivå, EG-nivå eller medlemsstatsnivå, för att genomföra en viss åtgärd som har grundrättsliga implikationer. Detta kan också vara fallet för EG-domstolen när den bedömer om en åtgärd av medlemsstaterna eller EG skall anses vara förenlig med fördragets andemening.

Denna sista anmärkning visar att en annan än en rent inomrättslig normativ konstitutionell analys av stadgan kan behövas som komplement. En sådan är att vidga begreppet konstitution till att avse de grundläggande regler som har till ändamål att tillförsäkra att samhällets uppgifter uppfylls på rätt sätt. Detta ställer frågan om legitimitet i främsta rummet. Vilka är samhällets uppgifter, dvs. vilken uppfattning råder om det rättvisa samhället? Anses de nu rådande grundläggande reglerna vara de som bäst tjänar syftet att uppnå samhällets uppgifter? Perspektivet blir dynamiskt och EU:s konstitutionella utveckling och förhållande till medlemsstaternas konstitutioner analyseras också i sin sociala, politiska, ekonomiska och kulturella kontext. I centrum ställs sociala processer som tenderar att ge konstitutionellt status åt EU:s

<sup>59</sup> Frågan om att inskriva möjligheten till fördragsändringar med majoritet behandlas av det pågående konventet.

rättsliga ramverk.<sup>60</sup> I dessa processer är utgör grundrättsstadgan en viktig referens.

Med stöd hos Snyder kan fem processer urskiljas.<sup>61</sup> 1) Framväxt av gemensamma grundläggande rättsprinciper som skyddas av domstolar inbegripet EG-domstolen, 2) uppkomst av legitimitet, 3) uppkomst av social eller organisk solidaritet dvs. politisk, kulturell och ekonomiskt grundad gemenskap (*demos*), 4) upprättande och hävdande av gränser (värderingar) i förhållande till omvärlden, 5) inkorporering i unionens, innefattande EG:s rättssystem, av nationella konstitutionella principer och principer om rättvisa.

Likaledes med inspiration av Snyder<sup>62</sup> kan dessa processer sättas i samband med uppkomst och utveckling av en EU:s rättskultur som innefattar både det samarbete som bygger på EG och det konfederala som bygger på EU. I denna rättskultur betonas förhandling mellan självständiga nationer lika mycket som central makt och föreställning av den Europeiska unionen som ett självständigt och slutet rättssystem. Denna rättskultur är påverkat av unionens ursprung. Det betyder tonvikt på ekonomi, neofunktionalistisk ideologi dvs. successiv centralisering av uppgifter till unionen med utgångspunkt i aktuella behov på olika områden, instrumentell uppfattning av rätten, mer tonvikt på förhandling mellan byråkratier än på parlamentarism och demokrati och samverkan mellan överstatlighet eller federalism och mellanstatlighet eller konfederalism.

EU:s stadga om grundläggande rättigheter är ett uttryck för att tonvikten i unionens rättskultur har förskjutits från ekonomi mot de grundvärden som är gemensamma för medlemsstaterna. Denna medför att unionens rättskultur lättare kan sammansmälta med medlemsstaternas. Detta framgår inte minst av en jämförelse mellan stadgan och de grundläggande värdena i den tyska författningen, EU:s viktigaste medlemsstat. I den s.k. evighetsklausulen, Artikel 79.3, fastställs vad som utgör grundbultarna i Tysklands författning och som aldrig får ändras. Det är Tysklands federala natur, grundläggande mänskliga rättigheter, demokrati och rättsstatlighet. Tyskland betecknas som en demokratisk och social förbundsstat, Artikel 20.

Författningsprinciperna för den demokratiska rätts- och socialstaten innehåller beståndsdelar från de europeiska staternas politiska historia och med grundrättsstadgan betonas befintlig EU och EG rätt på så sätt att likheten med denna blir tydlig. Ovan har redan pekats på den liberala och naturrättsliga traditionen i stadgan: människans vär-

<sup>60</sup> Francis Snyder, *Constitutional Law in the European Union: First Steps towards an Analytical Framework*, i *Principles of Justice and the European Union*, Esa Paasivirta and Kirsti Rissanen eds. Helsinki, 1995.

<sup>61</sup> *Ibidem*, jfr även 60- och 70-talens integrationsteoretiker såsom David Mitrany, *The Functional theory of politics*, London 1975; Ernst Haas, *Beyond the Nation State*, Stanford 1964; Leon N. Lindberg, *The Political Dynamics of European Economic Integration*, Stanford & London 1963.

<sup>62</sup> *Ibidem* s. 98.

dighet, rätt till frihet och säkerhet, till privat- och familjeliv, till tankefrihet, yttrandefrihet, mötesfrihet, akademisk frihet, fritt yrkesval, näringsfrihet och frihet till egendom, till effektivt rättsmedel och opartisk domstol. De kristligt demokratiska värderingarna reflekteras t.ex. i ingressens hänsyftning på andliga och etiska/religiösa arv, i människans rätt till integritet, respekt för privatlivet och skydd för personuppgifter, rätt att ingå äktenskap, frihet att utöva sin religion, rätt till hälso- och sjukvård och till god förvaltning. De socialistiska värderingarna återfinns i bl.a. rätt till utbildning, integrering genom jämlikhet av kvinnor, barn, äldre och handikappade, i arbetstagarnas rätt till information och samråd inom företaget, förhandlingsrätt och rätt till kollektiva åtgärder, arbetsförmedlingar, rättvisa arbetsförhållanden, rätt till social trygghet och socialbidrag. Det faktum att dessa socialistiska värderingar innefattats i rättighetskatalogen är det som mest skiljer den från den amerikanska Bill of Rights.

Dessa rätts- och framför allt socialstatliga principer ger staten, och i förekommande fall EU, ett omfattande ansvar för samhällets utveckling och medborgarnas sociala välbefinnande. I principerna ligger tankar om att medborgarnas frihet, privategendom och marknadsökonomi i viss grad underordnas och i vart fall likställs med statliga lösningar i fråga om arbete, välfärd och social trygghet. Rätten ses inte som samhällsbevarande utan används som instrument för att omdana samhället i riktning som bestämts parlamentariskt. Lagstiftningen tolkas teleologiskt med sikte på de rättvisemål som denna omdaning syftar till.

Förvaltningen av välfärdsstaten har ur konstitutionell synvinkel påverkat rättskulturerna genom att regeringsmaktens och myndigheternas betydelse har ökat mer än parlamentets. Denna förskjutning har både underlättat och påverkats av att besluten av EU förbereds i ett otal kommittéer bestående av tjänstemän från medlemsstaternas myndigheter. I det nuvarande EU har alltså byråkratiseringen på nationell och EU-nivå samt sammansmältningen av EU:s och medlemsstaternas rättskulturer och rätts- och socialstatliga målsättningar gått hand i hand. Detta underlättar överföringen av kompetens från medlemsstaterna till EU när de välfärdsstatliga uppgifterna kan bättre uppnås på EU än på nationell nivå. EU:s institutioner och medlemsstaterna kan tolka artiklarna i EG-fördraget så att de kan grunda EG-kompetens. Liksom förvaltningen av välfärdsstaten verkat centraliserande i Tyskland och USA, kan samma process skönjas i EU.

##### **5. Rättighetsstadgans påverkan på kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och EU**

De grundläggande principerna om frihet, demokrati och respekt för grundläggande rättigheter som uttrycks i EU-fördraget och medlemsstaternas skydd för dessa principer infogades i ett enhetligt konstitutionellt sammanhang genom Amsterdamfördragets artiklar 6 och 7.

Dessa artiklar bildar ett valv över EU och dess medlemsstaters konstitutioner och får dem att bli delar av ett enhetligt system.<sup>63</sup> EU-fördragets bestämmelse om skydd binder EU:s institutioner och bygger på för medlemsstaterna gemensamma principer (artikel 6), och också medlemsstaternas offentliga organ är genom artikel 7 bundna att följa dessa EU:s principer. Dessa EU-rättsliga principer kan anses överordnade medlemsstaternas, eftersom artikel 7 stadgar om sanktioner för att tvinga den medlemsstat till åtlydnad som allvarligt åsidosätter dem.

EU:s stadga om grundläggande rättigheter uttrycker consensus mellan medlemsländerna och EU:s institutioner om vad som numera huvudsakligen kan anses ingå bland de rättigheter som skall skyddas av Unionen. Bland rättigheterna ingår både sådana som är av så grundläggande natur att åtgärder enligt artikel 7 kan komma ifråga om de åsidosätts och mindre tvingande grundläggande rättigheter.<sup>64</sup> Över huvud taget kan frågan ställas i vad mån stadgan begränsar EU:s och medlemsstaternas maktbefogenheter eller ger EU/EG kompetens på rättighetsområdet eller om rättigheterna skall tillämpas av domstolarna.

Vid första anblicken tycks stadgans betydelse för medlemsländerna vara ringa. Den är inte formellt bindande och riktar sig i första hand till EU:s institutioner. Dess ingress betonar att stadgans värden skall utvecklas med respekt för mångfalden i Europas folks kultur och traditioner samt för medlemsstaternas nationella identitet och organisering av sina myndigheter på nationell, regional och lokal nivå,<sup>65</sup> och att subsidiaritetsprincipen skall beaktas.<sup>66</sup> Stadgan medför inte heller någon ny befogenhet eller någon ny uppgift för gemenskapen och unionen och ändrar heller inte de befogenheter och uppgifter som fastställs i fördragen (stadgans artikel 51.2). Stadgan bekräftar rådande kompetensordning och synliggör det rättighetsskydd som redan utvecklats av framför allt EG-domstolen inom ramen för EG. Enligt artikel 52.2 skall de rättigheter som erkänns i denna stadga och grundar sig på gemenskapsfördragen eller på Fördraget om Europeiska unionen utövas på de villkor och inom de gränser som fastställs i dessa.

Stadgan kan också ses i ett mer dynamiskt centraliserande och federativt perspektiv. Den kan ses som en uppmaning för unionens institutioner att övervaka och förverkliga rättigheterna inom ramen för befintliga kompetenser inom unionens verksamhetsområden.<sup>67</sup> Dessa kompetenser och uppgifter avser alltså hela unionens verksamhet och inbegriper både EG, den gemensamma utrikes- och säkerhetspoliti-

<sup>63</sup> Jfr Armin von Bogdandy, *The European Union as a human rights organization? Human Rights and the Core of the European Union*. CMLRev, 2000, p. 1318.

<sup>64</sup> De "tre vise männen" använde Grundrättstadgan som referens i Haidersaken.

<sup>65</sup> Stycke 3.

<sup>66</sup> Stycke 4, även artikel 51.1

<sup>67</sup> I länder vars politiska system hindrar reform av social- och arbetsrätten kan unionsrätten ersätta nationell lag.

ken och polis- och straffrättsligt samarbete.<sup>68</sup> Stadgan kan också utvecklas och få genomslag i medlemsstaternas rättsordningar genom att domstolarna i medlemsstaterna och EG-domstolen uppfattar rättigheterna i perspektivet europeiskt medborgarskap. Det europeiska medborgarskapet når sin fulla mening först då alla medlemsstater respekterar dessa gemensamma grundläggande rättigheter och de garanteras av gemenskapens rättsordning och rättigheterna kan tillförsäkras av domstolarna och medborgarna kan stödja sig på dem.<sup>69</sup>

Skulle rättigheterna kunna åberopas av enskilda beträffande alla frågor på alla politikområden skulle unionens rättighetsskydd emellertid kunna jämföras med federationens Bill of Rights. Medlemsstaterna har dock inte överfört generell kompetens på området för grundläggande rättigheter till unionen, och rättighetsskyddet är enligt stadgan begränsad till de områden där unionen har kompetens enligt fördragen.<sup>70</sup>

För att besvara frågan om den nuvarande kompetensfördelningen mellan unionen och medlemsstaterna medger att stadgan utvecklas mot en Bill of Rights eller om medlemsstaterna garanteras självständighet på rättighetsområdet, måste man i första hand undersöka den nuvarande maktfördelningen. Eftersom stadgan, i motsats till USA:s Bill of Rights, innehåller ett bredare rättighetsskydd, på grund av att den också innehåller den andra och tredje generationens rättigheter, skulle en undersökning behöva bli omfattande.

Kompetensfördelningen beträffande de frågor som stadgan omfattar är komplext, och som en första kategorisering är det lämpligt att använda de Búrcas pedagogiska termer negativ och positiv kompetens.<sup>71</sup> "Negativ kompetens" betyder att unionen eller medlemsstaterna är förpliktade att iaktta regler på ett område och att dessa regler kan tillvaratas av domstolar utan ytterligare lagstiftning i frågan. "Positiv kompetens" betyder att unionen eller medlemsstat har kompetens att besluta om att utfärda regler på området. En andra kategorisering är att uppdelat rättigheterna i första, andra och tredje generationens mänskliga rättigheter samt i grundläggande rättigheter som grundas på den gemensamma marknaden. För att förklara stadgans genom-

<sup>68</sup> Exempelvis skyddet mot olaga frihetsberövande i artikel 6, som inte är aktuellt inom EG:s kompetensområde, kan däremot komma till användning beträffande polis- och straffrättsligt samarbete.

<sup>69</sup> Jfr Koen Lenaerts, *Fundamental rights in the European union*, E.L.Rev. 2000, s. 593.

<sup>70</sup> Jfr Alston och Weiler, *An 'ever closer union' in need for a human rights policy*, i Alston (Ed.) *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, vilka föreslår att EU upprättar grundläggande rättigheter som ett politikområde för EG med ansvarig kommissionär och generaldirektorat. Von Bogdandy, *The European union as a human rights organization?* Op.cit. s. 1316, menar att en sådan skulle riskera att sätta själva rättighetsbegreppet i fara, eftersom det skulle komma att omfatta t.ex. konsument-, social- och arbetsrätt som utvecklas genom lagstiftning som kan villkora rättigheterna och som inte alltid skyddas omedelbart av domstolar.

<sup>71</sup> Gráinne de Búrca, *The drafting of the European Union Charter of fundamental rights*, E.L.Rev. 2001, s. 135.

slag bör slutligen denna kategorisering jämföras med gränserna för unionens handlande inom de tre pelarna beträffande rättsinstrument och områden i förhållande till medlemsstaterna.

”Negativ kompetens” föreligger ofta för unionens institutioner då de är förpliktade att iakta internationella konventioner som samtliga medlemsstater ingått. Det gäller t.ex. rättigheter i the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), the European Social Charter (1961), men framför allt gäller det den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (1950), eftersom den innehåller absoluta rättigheter som kan tillvaratas direkt av domstolar och inte får omintetgöras genom lagstiftning. Huvuddelen av första generationens rättigheter i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna bygger på den Europeiska människorättskonventionen (EKMR).

Unionen får alltså inte handla i strid med EKMR:s bestämmelser. Innehållet i EKMR preciseras och utvecklas av Strasbourgdomstolen och EG-domstolen har anpassat sin egen tolkning till Strasbourgdomstolens. I början förbehöll sig EG-domstolen rätten att tolka EKMR med hänsyn till den gemenskapsrättsliga kontexten,<sup>72</sup> men från och med 1991, då domstolen också erkände att grundläggande rättsprinciper kan åberopas av enskilda för att attackera nationell rätt, har den ansett att unionsrätt skall respektera och följa Strasbourgdomstolens praxis.<sup>73</sup> EKMR utgör dock bara ett minimiskydd. Enligt unionsfördragets artikel 6.2 utgör också skydd för grundläggande rättigheter såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner allmänna principer för gemenskapsrätten. Detta skall respekteras av unionen, och skulle dessa ge ett högre skydd skall detta tillvaratas.<sup>74</sup>

Även EU:s rättighetsstadga skall enligt dess artikel 53 utgöra en miniminorm och vara öppen för utveckling. Den skall inte begränsa rättigheter med ursprung i unionsrätten, internationell rätt, EKMR eller medlemsstaternas konstitutioner.

De flesta första generationens mänskliga rättigheter i stadgan sammanfaller dock med EKMR. Det gäller sådana som rätten till liv, förbud mot tortyr och omänsklig eller förnedrande bestraffning och behandling, mot slaveri och tvångsarbete, rätten till frihet och säkerhet, respekt för privat- och familjeliv, frihet till tanke samvete och religion, yttrande och information, rätt till egendom och skydd vid avlägsnande, utvisning och utlämning, presumtion för oskuld och rätten till försvar och principerna om laglighet och proportionalitet i fråga om brott och straff.

<sup>72</sup> Case 4/73, *Nold* [1974] ECR 491; 44/79, *Hauer* [1979] ECR 3727; 5/88, *Wachauf* [1989] ECR 2633.

<sup>73</sup> Case 260/89, *ERT*, [1991] ECR I-2925; 299/95 *Kremzow*, REG 1997 s. I-2639; C-185/95 *Baustahlgewerbe*, REG 1998 s. I-8417; C-17/98 *Emesa* REG 2000 s. I-665; C-274/99 *Conolly* REG 2001 s. I-1611.

<sup>74</sup> Koen Lenaerts, op.cit. s. 578.

Stadgan har i andra fall utvidgat rättighetsskyddet i förhållande till EKMR. Av rådets sekretariats förklaringar<sup>75</sup> framgår att unionen och medlemsstaterna redan varit bundna i denna omfattning på grund av olika internationella instrument, men stadgan synliggör detta. Det gäller rätten att ingå äktenskap och bilda familj, där andra sammanlevnadsformer också skyddas; mötes- och föreningsfrihet där skyddet utsträcks till sammanslutningar på unionsnivå; rätten till utbildning, som utsträcks till yrkesutbildning och, i enlighet med tilläggsprotokollet till EKMR, till föräldrars rätt att bestämma om typ av undervisning; rätten till effektivt rättsmedel och opartisk domstol utsträcks till alla typer av tvister; rätten att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott utsträcks till rättsförfaranden inom EU:s territorium. Slutligen skall unionsmedborgare inte ses som utlänningar vid tillämpningen av EKMR:s artikel 16.

Också några rättigheter som inte bygger på EKMR kan ses som "negativ kompetens", som direkt kan tillvaratas av domstolar och tillämpas i stället för motstridande lagstiftning. Det gäller t.ex. förbudet i artikeln om rätt till integritet mot rashygieniska metoder och kloning;<sup>76</sup> möjligen kan rätten för berörd person att få tillgång till personuppgifter i artikeln om skydd av personuppgifter ge både negativ och positiv kompetens;<sup>77</sup> rätten till fritt yrkesval<sup>78</sup> och för medborgare från tredje land att inte diskrimineras i arbetslivet; näringsfrihet;<sup>79</sup> principen om likhet inför lagen;<sup>80</sup> principen om icke-diskriminering; jämställdhet mellan män och kvinnor;<sup>81</sup> och rätten till god förvaltning.<sup>82</sup>

Dessa rättigheter utgör alltså redan rättsprinciper som ligger över sekundär EG-rätt, och EG-domstolen kan upphäva sekundärrätt som strider mot dem i en ogiltighetstalan. Rättigheterna utvecklas bara indirekt genom lagstiftning av EG eller medlemsstaterna och genom konventioner men direkt genom en dialog mellan Strasbourgdomstolen och EG-domstolen. I detta hänseende kan observeras att rättigheter i stadgan som vid första påseende ligger utanför unionens kompetensområde, som familjerätt och straffrätt, kan bli aktuella för EG-domstolen då den tolkar rambeslut inom den tredje pelaren.

<sup>75</sup> Europeiska unionens råd, Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Förklaringar till stadgans fullständiga text.

<sup>76</sup> Denna bygger på Europarådets konvention om biomedecin och statutet för la Cour pénale internationale, den internationella brottmålsdomstolen.

<sup>77</sup> Denna bygger på en konvention om dataskydd av Europarådet och ett EG-direktiv grundad på artikel 286 EG.

<sup>78</sup> Denna finns i den europeiska sociala stadgan och av EG-domstolen förklarats vara en allmän rättsprincip för EG-rätten.

<sup>79</sup> Denna har av EG-domstolen erkännts som en allmän rättsprincip för EG-rätten.

<sup>80</sup> Denna har av EG-domstolen erkännts som en allmän rättsprincip för EG-rätten, eftersom den finns i medlemsländernas konstitutioner.

<sup>81</sup> Denna grundar sig på artiklarna 2, 3 och 141 EG.

<sup>82</sup> De olika delarna av denna rättighet har EG-domstolen utvecklat med grund i allmänna rättsprinciper.

Vissa av dessa förstagenerationsrättigheter kan och skall dock kompletteras genom lagstiftning, och i dessa fall kan unionen genom EG anses ha "positiv kompetens" på området mänskliga rättigheter. Stadgans artikel 21.1 om icke-diskriminering av nationalitetsskäl kan direkt tillämpas av domstolar medan 21.2 om icke diskriminering av en rad andra skäl kräver viss precisering av EG. Artikeln bygger på artikel 13 EG som ger EG befogenhet att lagstifta. Diskriminerings-skälen i artikel 13 är något mindre omfattande än stadgans.<sup>83</sup> Detta medför att artikel 21.2 inte kan tillämpas i de delarna, eftersom artikel 52.2 i stadgan bestämmer att rättigheter som erkänns i stadgan och grundar sig på gemenskapsfördragen skall utövas på de villkor och inom de gränser som fastställs i dessa. Tillämpningen av artikel 13 visar dessutom att denna EG:s positiva kompetens på området mänskliga rättigheter medfört att EG reglerat på områden inom medlemsstaternas kompetensområden. Det direktiv som utfärdats för att garantera icke-diskriminering av ras eller etniska skäl omfattar nämligen också offentlig hälsovård och bostadspolitik.<sup>84</sup> Även artikel 141 EG ger EG kompetens att lagstifta på området för mänskliga rättigheter, nämligen för att genomföra principen om jämställdhet mellan kvinnor och män på arbetslivets område.<sup>85</sup>

Unionen har däremot som regel lagstiftningskompetens vad beträffar den andra generationens rättigheter i EU:s grundrättsstadga. Flera av de sociala rättigheterna är redan uttryckta i EG-direktiv eller artiklar i EG-fördraget som ger EG "positiv kompetens" på området.<sup>86</sup> Ett fåtal gånger är de enbart hämtade från bestämmelser i den europeiska sociala stadgan eller den europeiska stadgan om arbetares grundläggande sociala rättigheter.<sup>87</sup> Dessa grunder ger ej unionen "positiv kompetens".<sup>88</sup> Ytterligare andra gånger är rättigheten hämtad från grunder i EG-fördraget som ger EG till uppgift att samordna medlemsstaternas politik men ej "positiv kompetens" att lagstifta.<sup>89</sup>

Genom att de sociala rättigheterna har införts i EU:s grundrättsstadga har de höjts upp till en om ännu icke formellt men dock informellt konstitutionell rang. Frågan är om stadgan har medfört legi-

<sup>83</sup> EG-domstolen visade i målet C-249/96, *Grant*, REG 1998 s.I-621, att den inte var beredd att självständigt tolka diskrimineringsgrunder som medlemsstaterna inte uttryckligen preciserat i EG-lagstiftningen.

<sup>84</sup> Dir.2000/43/EG; se även förordning 1035/97 som grundar sig på art. 284 och 308.

<sup>85</sup> Jämställdhet mellan könen på alla områden uppfattades inte av EG-domstolen förrän art. 141 kompletterats med direktiv som gällde annat än lönefrågor.

<sup>86</sup> Jämställdhet mellan män och kvinnor, arbetstagares rätt till information och samråd inom företaget, skydd mot uppsägning utan saklig grund, rättvisa arbetsförhållanden, förbud mot barnarbete och skydd av ungdomar i arbetslivet, skydd för familjeliv och yrkesliv, social trygghet och socialbidrag och konsumentskydd.

<sup>87</sup> Äldres rättigheter, integrering av personer med funktionshinder, förhandlingsrätt och rätt till kollektiva åtgärder, rätt till tillgång till arbetsförmedlingar.

<sup>88</sup> Detta gäller i synnerhet för barnets rättigheter, som bygger på New York konventionen.

<sup>89</sup> Kulturell, religiös och språklig mångfald, hälsoskydd, tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

timering av unionsmakt och centralisering till unionen av socialpolitiken — en europeisk välfärdspolitik — eller om medlemsstaternas kompetens och rätt till särlösningar fortfarande endast är att bedöma utifrån EG-fördragets enskilda bestämmelser om varje fråga.

En åsikt är att stadgan inte genom grundläggande rättigheter skapat enhetliga sociala standarder giltiga över hela unionen.<sup>90</sup> Von Bogdandy skiljer på tre tolkningsmöjligheter.<sup>91</sup> Enligt en första har stadgan fått visst författningsstatus och t.o.m. lydelsen i vissa av dess artiklar uppfordrar unionen att förverkliga detta status och dess rättigheter, inklusive dem som endast grundar sig på den europeiska sociala stadgan, som unionsrätt för hela unionen. Enligt en andra tolkning innebär stadgan endast en rätt mot handlingar av unionen som skulle kunna begränsa skydd som finns i nationell lagstiftning. Och enligt en tredje tolkning innehåller inte stadgan rättigheter som kan åberopas av enskilda utan uppgifter för unionen som bara blir möjliga att åberopa efter det att gemenskapen utfärdat lagstiftning.

Bland den tredje generationens rättigheter innehåller stadgan endast en artikel om miljöskydd. På detta område har EG kompetens att anta minimidirektiv. Trots att EG-fördraget innehåller en avdelning om utvecklingssamarbete tiger stadgan om utvecklingsrätt.

Bestämmelserna i stadgan riktar sig enligt artikel 51 till unionens institutioner, men, enligt samma artikel, riktar den sig även till medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten. Stadgan har alltså konsekvenser även för medlemsstaterna. Man kan i detta avseende skilja på tre situationer. För det första uppstår en indirekt bundenhet för medlemsstaterna, eftersom stadgan har betydelse för att tolka principerna om frihet, demokrati och mänskliga rättigheter i artikel 6 EU, vilka är bindande för medlemsstaterna enligt artikel 7.

För det andra har stadgan betydelse, eftersom den synliggör grundläggande rättigheter som ingår som allmänna rättsprinciper i EG-rätten, och medlemsstaterna är direkt bundna av dessa principer när de handlar inom ramen för EG-rätten, vilket påpekas i artikel 51. Av rådets sekretariats förklaringar framgår att EG-domstolens praxis är tillämplig på förhållandet. När medlemsstaterna genomför EG-rätten, t.ex. direktiv, handlar de som ett slags representant för gemenskapen, och om inte medlemsstaternas handlingar kontrolleras på grundval av EG-rätten, utan de kontrollerar sina verkställandeåtgärder mot nationell rätt, skulle gemenskapsrättens enhetlighet hotas.<sup>92</sup> EG-domstolen har förklarat att allmänna rättsprinciper är bindande för medlemsstaterna när de verkställer gemenskapsregler, och att de måste tillämpa EG-regler i enlighet med gemenskapens principer om mänskliga rät-

<sup>90</sup> Eckhart Pache, *Die Europäische Grundrechtscharta — ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?* *Europarecht*, 2001, nr 4 s. 482.

<sup>91</sup> Armin von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, *CML Rev.* 2000 s. 1313 f.

<sup>92</sup> Francis G. Jacobs, *Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice*, *E.L.Rev.* 2001 s. 333.

tigheter.<sup>93</sup> Dessa rättigheter är också absoluta, såtillvida att de skall direkt tillvaratas av nationella domstolar.<sup>94</sup>

Domstolen har också förklarat att medlemsstaterna fortfarande är bundna vid EG:s principer om grundläggande rättigheter även om de tillämpar ett undantag från att tillämpa materiell EG-rätt på grund av allmän ordning, säkerhet eller hälsa,<sup>95</sup> enligt artiklarna 30, 46 och 55. Också i det fallet att medlemsstaterna gör undantag av tvingande hänsyn enligt Cassis de Dijonprincipen, skall de respektera gemenskapens principer om grundläggande rättigheter,<sup>96</sup> eftersom de, trots att de tillämpar ett undantag, befinner sig inom områden där de har allmänna förpliktelser att respektera gemenskapsrätten.

Enligt EKMR finns viss möjlighet för medlemsländerna att göra undantag från att tillämpa rättighetsskyddet i full utsträckning. Det gäller skydd för privat- och familjeliv, hem och korrespondens, tanke-, samvets- och religionsfrihet, yttrande- och föreningsfrihet. Inskränkningar i rättigheterna får dock endast göras i den mån de är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till den allmänna säkerheten, upprätthållandet av allmän ordning, skyddandet av hälsa och moral eller av andra personers fri- och rättigheter. När Strasbourg-domstolen bedömer tillåtligheten av undantagen bedömer den om inskränkningarna är "reasonable" dvs. proportionerliga i förhållande till de skäl som föranlett åtgärderna. Eftersom förhållandena kan variera från land till land, tillämpar Strasbourg-domstolen en "margin of appreciation", som medför att länderna lämnas stort utrymme att själva bedöma nödvändigheten såvida det förefaller "reasonable".<sup>97</sup>

Det är sannolikt att EU:s rättighetsstadga medför att EG-domstolen kommer att tillämpa en trängre "margin of appreciation" för medlemsländerna än Strasbourg-domstolen. Redan nu gör EG-domstolen en sträng bedömning av att medlemsstaternas undantag från EG-förpliktelser är proportionerliga och bevarar det väsentliga av EG-regeln, och med stadgan har medlemsländerna kommit överens om gemensamma värderingar för unionen.

Vänder vi oss däremot mot de sociala rättigheterna i stadgan tycks det enligt Laenerts och Foubert uppenbart att de inte kan åberopas direkt av enskilda i domstol i en talan riktad mot Gemenskapen eller en medlemsstat.<sup>98</sup> De menar samtidigt att gemenskapens sociala rättigheter inte i främsta rummet har utvecklats genom EG-lagstiftning

<sup>93</sup> Case 5/88 *Wachauf* [1989] E.C.R. 2609; C-84/95 *Bosphorus*, REG 1996, s. I-3953; C-177/95, REG 1997, s. I-1111; 292/97 *Kjell Karlsson* REG s. I-2761.

<sup>94</sup> De flesta rättigheter utom den att inte behöva utsättas för tortyr och omänsklig eller förnedrande bestraffning och behandling kan dock inskränkas genom lagstiftning.

<sup>95</sup> Case C-260/89 *ERT* [1991] E.C.R. I-2925.

<sup>96</sup> C-368/95 *Familiapress*, REG 1997 s. I-3689.

<sup>97</sup> Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Stockholm, 1999 s. 59 f.

<sup>98</sup> Koen Lenaerts and Petra Foubert, *Social Rights in the Case Law of the European Court of Justice, The impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Standing Case Law*, LIEI, 2001 s. 271.

utan genom EG-domstolens praxis. Jag vill dock samtidigt peka på hur en rättighet som från början varit för vag för att kunna åberopas, som jämställdhet, genom kompletterande EG-lagstiftning fått sådan fasthet att den av domstolen nu ses som en direkt tillämplig gemenskapsrättslig princip.

Betydelsen av domstolens praxis belyser däremot att reglerna på området i stor omfattning består av direkt tillämpliga bestämmelser i EG-fördraget och i förordningar och direktiv. Denna EG-rätt bestämmer kompetensfördelningen. De principer för kompetensfördelning som framgår ur fördraget och EG-domstolens rättspraxis i allmänhet gäller för det sociala området.<sup>99</sup> Kompetensen har direkt helt överförs till EG då fördraget innehåller bestämmelser som har direkt effekt och alltså kan åberopas av enskilda inför nationella domstolar och i förekommande fall inför EG-domstolen. Dessa bestämmelser har dessutom horisontell effekt och är alltså tvingande också för andra enskilda. På vissa områden tilldelades EG en potentiell kompetens, som inte inskränkte medlemsstaternas kompetenser förrän EG utnyttjade sin kompetens och utfärdade sekundärrätt på områdena.<sup>100</sup> Dessa består som regel av direktiv, och vissa av dessa har direkt effekt, och då har medlemsstaterna inget utrymme för särlösningar. Direktiv är däremot inte tvingande för enskilda, men får i praktiken en tvingande verkan även för dem.<sup>101</sup> Utrymmet för medlemsstaternas kompetens framgår av hur detaljerat direktivet reglerar en fråga. Ofta består dock EG:s kompetens på det sociala området endast i att utfärda minimidirektiv, och medlemsstaterna får ha lagstiftning som ger ett mer omfattande skydd, t.ex. artikel 141.4 om jämställdhet i arbetslivet. I sådana fall kan dock rättighetsstadgan ses som en uppmaning för EG att lägga miniminivån högt på ribban.

Samtidigt som stadgan pekar mot centralisering till unionsnivå pekar de garantier för medlemsstaternas kompetenser som infördes med Maastrichtfördraget mot *status quo*.<sup>102</sup> Maastrichtfördraget klargjorde att EG inte kan utfärda direktiv på områden som utbildning och yrkesutbildning, kultur och hälsovård, utan dessa kan endast samordnas genom icke tvingande mekanismer. Ditintills hade EG gradvis kunnat öka sitt handlingsområde också till dem genom att grunda sig på artikel 308, som ger allmän kompetens att handla inom gemenskapens verksamhetsområde. Också EG-domstolen gjorde halt för EG genom att begränsa den allmänna kompetensen i artikel 95 till

<sup>99</sup> Se Pär Hallström, EG-rätt, Norstedts juridiska handbok, 17 u., 2001 s. 43 f.

<sup>100</sup> T.ex. Arbetstagarers rätt till information och samråd inom företaget, skydd mot uppsägning utan grund, rättvisa arbetsförhållanden, förbud mot barnarbete och skydd av ungdomar i arbetslivet och social trygghet och socialbidrag.

<sup>101</sup> Detta enligt förpliktelsen för nationella domstolar att tolka nationell rätt så långt det är möjligt så att direktivets syften uppnås enligt den s.k. Colsonprincipen, Case 14/83 *von Colson* [1984] E.C.R. 1891.

<sup>102</sup> Jean-Claude Piris, Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine? *Europarecht*, 2000, s. 330.

att inte gälla miljöområdet,<sup>103</sup> och i artikel 308 på området för extern kompetens,<sup>104</sup> samt begränsa tillämpligheten av implicit makt.<sup>105</sup>

## 6. EU:s Stadga om grundläggande rättigheter och författningskontroll

Stadgans ställning i unionens konstitutionella system kommer med all säkerhet att avgöras av EG-domstolen och nationella domstolar inom ramen för talan om förhandsbesked. Den författningskontroll som EG-domstolen då utövar är i överensstämmelse med den konstitutionella utvecklingen inom unionens medlemsländer och idén om den demokratiska konstitutionella staten. Denna har i Europa lett till en i stort gemensam författningsteori och författningspraxis. Domstolarnas författningskontroll har varit särskilt viktig för denna teori och praxis, och den tyska författningsdomstolens verksamhet och tysk rättsvetenskap har spelat en viktig roll.<sup>106</sup> Det var dock i USA som det först var uppenbart vilken roll the US Supreme Court spelade för författningsutvecklingen och där myntades uttrycket "the constitution is what the judges say it is". Och, som Alexy påpekar för tyska förhållanden: det är inte grundlagens karga text som säger vad grundlagen är utan författningsdomstolens 94 band med rättspraxis.<sup>107</sup> Detta gäller också för förhållandet mellan de fördrag som den Europeiska unionen vilar på och volymerna med EG-domstolens rättspraxis.

I en federal kontext, som EG befinner sig i, är behovet av den dömande makten i relationen mellan den lagstiftande och den verkställande särskilt uppenbar, eftersom maktindelningen är dubbel. Domstolen behövs inte endast för att garantera maktfördelningen mellan federationens institutioner utan även för att garantera den konstitutionella maktfördelningen mellan federationen och delstaterna och tillförsäkra att den federala konstitutionen ges företräde på de områden federationen är behörig.<sup>108</sup> Eftersom enskilda kan grunda sig på sina federala konstitutionella grundläggande rättigheter inför domstolar i USA och inför författningsdomstolen i Tyskland, har domstolarna särskild betydelse för att garantera federala medborgerliga rättigheter. EG-domstolen har en liknande roll för unionen, och stadgan om grundläggande rättigheter kan antas förstärka denna roll.

Utvecklingen av författningsdomstolarnas praxis sker i ett lika politiskt som juridiskt sammanhang. När de, och EG-domstolen, tillförsäkrar grundläggande rättigheter, måste de ofta balansera intressen med utgångspunkt i värderingar som inte har klar grund i juridiska

<sup>103</sup> Case C-187/93 *European Parliament v. Council* [1994] E.C.R. I-2857.

<sup>104</sup> Opinion 1/94 *WTO* [1994] E.C.R. I-5267.

<sup>105</sup> Opinion 1/94 *WTO* [1994] E.C.R. I-5267.

<sup>106</sup> Robert Alexy, *Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, i *Justice, Morality and Society — a Tribute to Alexander Peczenik*, Lund, 1997 s. 27.

<sup>107</sup> Robert Alexy, *op.cit.* s. 30.

<sup>108</sup> S E Finer, Vernon Bogdanor, Bernard Rudden, *Comparing Constitutions*, Oxford, 1996, p. 29.

normer.<sup>109</sup> Detta ger dem en viss politisk roll.<sup>110</sup> Ofta handlar det om avvägningar mellan grundläggande rättigheter för individer och offentliga intressen. I dessa fall har EG-domstolen nått regelbundenhet i sin rättspraxis genom att tillämpa proportionalitetsprincipen,<sup>111</sup> men hittills har domstolen mest haft att ta ställning i fall där grundläggande rättigheter ställts mot gemenskapens åtgärder inom den ekonomiska sfären. Eftersom stadgan höjer upp också andra rättigheter än första generationens mänskliga rättigheter till kvasikonstitutionell status, kan domstolen komma att få ta ställning i mer komplicerade avvägningar. Den första generationens rättigheter skall avvägas mot miljöskydd, konsumentskydd eller social trygghet och sannolikt ytterligare något offentligt intresse som inte har grundrättsstatus. Med ledning av tysk författningstradition kommer sannolikt domstolen att låta första generationsrättigheter väga tyngre, eftersom lagstiftaren kan ändra den rättsliga situationen när gäller andra och tredje generationens rättigheter.<sup>112</sup>

Dessutom måste EG-domstolen ta ställning till om den skall främja centralisering eller nationella lösningar. Artikel 53 i stadgan kan ses som en uppmaning för domstolen att betrakta stadgan och dess rättigheter, unionens normer och sin egen rättspraxis som miniminormer och att underkänna nationell rätt som inte är på samma nivå.<sup>113</sup>

Avgörande för stadgans betydelse för EG-domstolens författningskontroll, och för att den skulle utvecklas till ett slags federal Bill of Rights i europeisk tappning är dock att den åberopas av enskilda,<sup>114</sup> och att domstolen betonar stadgans betydelse i perspektivet europeiskt medborgarskap.<sup>115</sup> I och med att domstolen inte bara hänvisade till allmänna rättsprinciper, EG:s fördrag, lagstiftning och sin egen praxis utan även satte in allmänna rättsprinciper och sin rättspraxis i stadgans sammanhang<sup>116</sup> skulle rättigheterna bli "entrenched" i Dworkins mening.<sup>117</sup>

Avslutningsvis vill jag dock understryka att författningskontroll i unionen inte bara är en fråga för nationella domstolar och EG-

<sup>109</sup> Armin von Bogdandy, op.cit. s. 1324; Hans Joachim Koch, Helmut Rüssmann, Juristische Begründungslehre, München, 1982.

<sup>110</sup> Hjalte Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice, Dordrecht, 1986; Ola Wiklund, EG-domstolens tolkningsutrymme, Stockholm, 1997.

<sup>111</sup> Eckhard Pache, Die Europäische Grundrechtcharta — ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa? Europarecht, 2001, nr 4 s. 488.

<sup>112</sup> Jfr Armin von Bogdandy, op.cit. s. 1327.

<sup>113</sup> Jfr Armin von Bogdandy, op.cit. s. 1324 som också påpekar att det är svårt att jämföra nivå i ett val mellan rättigheter eller offentliga intressen av helt olika natur.

<sup>114</sup> Jean Claude Piris, Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine? Europarecht, 2000, s. 339.

<sup>115</sup> Jfr C-184/99 *Grzelczyk*, REG 2001 s. I-6193; Staffan Ingmanson, Likabehandling, unionsmedborgarskap och rätten till sociala förmåner, ERT 2002 nr 2 s. 219.

<sup>116</sup> Trots att domstolens generaladvokater och förstainstansdomstolen stött sina resonemang på stadgan har EG-domstolen ännu inte gjort detta, Olle Abrahamsson, EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, SvJT, 4/02 s. 374 f.

<sup>117</sup> Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, London, 1977.

domstolen. I fråga om mänskliga rättigheter utgör EKMR en supergrundlag för både unionen och dess medlemsstater, och innehållet i denna utvecklas genom Strasbourgdomstolens omfattande rättspraxis. Unionen har i själva verket inte något slutet rättssystem utan dess medborgare kan också rikta sig till Strasbourg för att få prövat om nationell rätt kränkt dess mänskliga rättigheter. Nu gäller detta dock inte i alla förhållanden. Europarådets kommission för mänskliga rättigheter uttalade i fallet *M. & Co* att "the transfer of powers to an international organisation is not incompatible with the Convention provided that within that organisation fundamental rights will receive an equivalent protection. The Commission notes that the legal system of the European Communities not only secures fundamental rights but also provides for control of their observance."<sup>118</sup> Kommissionen hade noterat att medlemsstaterna blott var instrument för gemenskapen då de genomförde gemenskapens lagstiftning och inte kunde hållas ansvariga för att denna lagstiftning eventuellt bröt mot EKMR.<sup>119</sup>

Villkoren för att Strasbourgdomstolen avstod från kontroll var alltså att gemenskapen erbjöd samma rättighetsskydd som EKMR och att detta kontrollerades effektivt. En första konsekvens av detta är att EG-domstolen inte kan ge sämre skydd än Strasbourgdomstolen, även om den skulle behöva göra avvägningar mellan EKMR:s förstagenerationsrättigheter och andra rättigheter i EU:s grundrättsstadga. Som vi noterat ovan skall EKMR vara en miniminorm enligt artikel 53 i stadgan, och EG-domstolen brukar redan idag hänvisa till Strasbourgdomstolens praxis i sina domar. En andra konsekvens är att effektiviteten i kontrollen av att EKMR:s rättigheter upprätthålls av medlemsstaterna beror på hur väl deras domstolar samarbetar med EG-domstolen vid talan om förhandsbesked.

Strasbourgdomstolen förtydligade i fallet *Matthews v. United Kingdom*<sup>120</sup> att den inte avstår från att kontrollera om medlemsstaterna gjort sig ansvariga till brott mot EKMR i fall där EG-domstolen inte har jurisdiktion. Strasbourgdomstolen skilde på EG:s sekundärrätt, som kan kontrolleras och ogiltigförklaras av EG-domstolen och sådan annan rätt som medlemsstaterna beslutat om frivilligt. Inte bara traditionella internationella konventioner, men också en hel del av unionens rättsakter, särskilt inom utrikes- och säkerhetspolitik men också på området för polis- och straffrättsligt samarbete, kan alltså kontrolleras av Strasbourgdomstolen. Strasbourgdomstolen, som inte bara representerar unionen utan också det större Europa, framträder därmed som en andra parallell författningsdomstol för unionen.

<sup>118</sup> Kommissionens beslut i *M. & Co*. Februari 9, 1990 (1990) 64 DR m. 138–157.

<sup>119</sup> Koen Lenaerts, *Fundamental rights in the European Union*, E.L.Rev. 2000 p. 583.

<sup>120</sup> Judgment of the European Court of Human Rights of 18 febr. 1999, *Matthews v. United Kingdom*, Case 24833/94.