



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Syrén

Omvänd diskriminering och dess
betydelse för den Europeiska
Unionens konstitutionella status

Examensarbete
20 poäng

Ola Zetterquist

EG-rätt, Allmän rättslära

HT 05

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
1 INTRODUKTION	4
1.1 Inledande presentation	4
1.2 Problemformulering	5
1.2.1 Medborgarskapet	5
1.2.2 Problemet omvänd diskriminering	6
1.3 Syfte	7
1.4 Metod	7
1.5 Avgränsningar	8
2 GEMENSKAPSRÄTTENS KARAKTÄR	9
2.1 Inledande presentation	9
2.2 Konstitutionens uppgifter och EG-rättens natur	9
2.3 Suveränitetsteorin- EGF är ett fördrag mellan stater som ingåtts under folkrätten	11
2.4 Den konstitutionella teorin-EGF har transformerats från folkrätt till konstitution	12
2.5 Sammanfattande kommentar	13
3 FÖRDRAGENS MÅLSÄTTNINGAR	14
3.1 Inledande presentation	14
3.1.1 Den Europeiska Unionens mål och uppgifter enligt gällande gemenskapsrätt	14
3.1.2 EG – domstolens tolkning av den Europeiska Unionens mål och uppgifter	15
3.2 EG-domstolens tolkning av gemenskapsrättens mål och uppgifter enligt doktrinen	17
3.3 Sammanfattande Kommentar	19

4	OMVÄND DISKRIMINERING ENLIGT GÄLLANDE GEMENSKAPSRÄTT	20
4.1	Inledande presentation	20
4.2	De gemenskapsrättsliga rättigheterna	20
4.2.1	Ekonomiska aktörer	20
4.2.2	Unionsmedborgarskapets rättigheter	21
4.2.3	Familjemedlemmar till unionsmedborgare och ekonomiska aktörer	22
4.3	EG-domstolens rättspraxis- exempel på omvänd diskriminering	23
4.3.1	Ekonomiska aktörer	23
4.3.2	Unionsmedborgare	26
4.3.3	Familjemedlemmar till ekonomiska aktörer och unionsmedborgare	26
4.4	Sammanfattande Kommentarer	28
5	ANALYS	29
5.1	Inledande Presentation	29
5.2	Omvänd diskriminering och frågan om EU:s konstitutionella status	29
5.2.1	EG- domstolen - konstitutionell EG men imperfekt	29
5.2.2	Mellanstatlig EG – individers rättigheter är accessoriska till staternas	30
5.2.3	En ”equal protection” klausul för EU?	31
5.2.4	Kommentar	31
5.3	Vad innebär det, från ett medborgarperspektiv, att det finns en auktoritet som sätter statens lagar i gungning och som direkt påverkar den enskilda individen?	32
5.3.1	EG-domstolen- gemenskapsrätten är en rättsordning av sitt eget slag som riktar sig både till medlemsstaterna och till deras medborgare	32
5.3.2	Wyatt- gemenskapsrättens individuella rättigheter skall ses som en normal företeelse för ett internationellt fördrag	33
5.3.3	Mancini- de gemenskapsrättsliga rättigheterna är ett tecken på att EU är en konstitutionell företeelse	33
5.3.3.1	Betydelsen av Mancinis europeiska medborgarskap	34
5.3.4	Kommentar	34
5.4	Borde den omvända diskrimineringen stävas och i så fall av vem?	36
5.4.1	Borde den omvända diskrimineringen stävas?	36
5.4.2	Vem skall stäva omvänd diskriminering?	36
5.4.2.1	EG-domstolen-omvänd diskriminering är ett inomstatligt problem	37
5.4.2.2	Doktrinen	37
5.4.3	Kommentar	38
6	SLUTKOMMENTAR	40
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	42
	Litteratur	42

Lagstiftning	44
Gemenskapsrätt	44
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	45

Sammanfattning

Gemenskapsrätten är svårdefinierbar och svårplacerbar. Detta bland annat på grund av att EG-domstolen har tillskrivit rättssystemet nya karaktärsdrag. EG-rätten beskrivs av vissa som en konstitutionell företeelse medan andra menar att rättssystemet fortfarande är av folkrättslig karaktär. Vilken av dessa två olika beskrivningar ligger närmast sanningen?

Den amerikanska konstitutionen innehåller en regel som stipulerar att staterna inte tillåts begränsa de individuella fri och rättigheterna så som de formulerats i rättighetskatalogen. En regel som begränsar de folkvaldas lagstiftningsmakt för att skydda den enskilda individen är ett vanligt inslag i klassiska konstitutioner. Enligt konstitutionell teori kan en dylik reglering anses vara ett krav för att en rättsordning skall kunna betraktas som konstitutionell. Det gemenskapsrättsliga systemet saknar en sådan bestämmelse. En konsekvens av detta är att EUs medlemsstater tillåts diskriminera sina egna medborgare.

Omvänd diskriminering uppkommer i situationer där EG-rätten, bland annat på området fri rörlighet för personer, tillskriver den enskilda individen mer fördelaktiga rättigheter än vad de nationella rättssystemen gör. Fenomenet uppstår emellertid endast i de situationer där EG-rätten inte är tillämplig. Omvänd diskriminering kan därför användas som en indikator på att EG-rätten fortfarande är av mellanstatlig karaktär. Detta trots att det inom rättsordningen finns en mängd regleringar som vid en första anblick kan betraktas som konstitutionellt förankrade.

Existensen av omvänd diskriminering innebär emellertid inte att gemenskapsrätten automatisk är att hänföra till folkrätten. EG-rättens konstitutionella karaktärsdrag är av betydande art och dessa bör därför inte avfärdas som rent folkrättsliga utan en mer ingående analys. De konstitutionella karaktärsdragen kan, i vissa situationer, begränsas av medlemsstaternas interna rättsordningar. Omvänd diskriminering skall därför endast anses vara ett belegg för att EU inte ännu vilar på någon fullfjädrad konstitutionell grund. Det europeiska systemet är, i dagens läge, att beskriva som en konstitution under arbete. Med andra ord, rättsordningen har passerat det folkrättsliga stadiet i och med att denna tillskrivits konstitutionella karaktärsdrag. Dessa är likväl inte ännu av sådan art att gemenskapsrätten är att likställa med en konstitution för Europa. Det europeiska medborgarskapet eller unionsmedborgarskapet är ett exempel på en gemenskapsrättslig rättighet som är av konstitutionell karaktär. Förekomsten av omvänd diskriminering visar dock att detta innehavaren av detta medborgarskap inte är garanterad att i alla situationer kunna förlita sig på de gemenskapsrättsliga rättigheterna.

Gemenskapsrätten har som sin huvudsakliga uppgift att säkerställa den inre marknadens funktion. Den inre marknaden karakteriseras av avskaffandet av

nationella gränser bland annat genom att stipulera att medborgare i något av unionens medlemsländer skall ha rätt att röra sig fritt inom medlemsstaternas territorier och att ingen diskriminering härvid får förekomma. Det ter sig därför aningen motsägelsefullt att omvänd diskriminering tillåts på grundval av individens ursprungliga nationella tillhörighet. Med beaktande av detta ligger det nära till hands att argumentera för ett förbud av omvänd diskriminering. Ett förbud av denna typ kan genomföras antingen av de enskilda medlemsstaterna för sig eller av Gemenskapens institutioner. En dylik reglering på gemenskapsnivå skulle innebära att EG-rättens konstitutionella förankring förstärks väsentligt. Kanske är det senare oundvikligt med hänsyn till bland annat EG-domstolens tolkning av gemenskapsrätten.

Förord

Denna uppsats är ett resultat av mitt intresse för dagens Europa och gemenskapsrättens uppbyggnad. Detta intresse väcktes under specialkursen ”*Fundamental Questions of Sovereignty and Legitimacy in the Constitution of the EU*”. Den kunskap som jag erhöll genom kursen motiverade mig till att fortsätta gräva i gemenskapsrättens konstruktion. Fenomenet omvänd diskriminering kom senare att förbrylla mig, varför jag bestämde mig för att titta lite närmare på dess innebörd.

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare *Ola Zetterquist* för all ovärderlig vägledning i arbetet och för vänligt och inspirerande bemötande.

Denna uppsats symboliserar slutet på min studietid och jag önskar därför ta tillfället i akt att tacka alla dem som förgyllt min tillvaro. *Mina föräldrar* och *mina bröder* har varit ett stort stöd under studierna genom att alltid visa stor omtanke och förståelse. En speciell tanke vill jag även ägna *Annelie*, som har varit en klippa, en riktigt god vän, under hela studietiden. Ett stort tack riktar jag ytterligare till *Pontus*, som alltid funnits tillhands då jag behövt goda råd. Mina fina vänner *Annika*, *Jennika*, *Marika* och *Tomi*, som har bidragit med det där lilla extra under hela min vistelse i Lund, är värda en eloge i detta sammanhang. *Jennikas* outgrundliga engagemang hjälpte mig att finna rutin i arbetet under uppsatsskrivningen och förtjänar därför att omnämnas särskilt. Slutligen vill jag tacka *Malin*, som med lockande ordalag propagerade för att studera juridik och som därigenom lyckades övertala mig att pröva på detta ämne ”en termin eller så”. Tack!

Johanna Syrén
Lund den 23 september 2005

1 Introduktion

1.1 Inledande presentation

Då jag tänker på dagens Europa ser jag rent instinktivt de europeiska staterna som suveräna i bemärkelsen att det är staterna som stipulerar de individuella rättigheterna. Detta kan dock tyckas vara en grov missuppfattning. De länder som har gått med i den Europeiska unionen har givit upp en del av sin självbestämmande rätt. Detta fenomen har blivit tydligare allteftersom EG-domstolen har avkunnat till synes djärva domslut exempelvis genom att stipulera gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt och tillskriva delar av gemenskapsrätten direkt effekt.

Denna uppsats kommer att behandla ämnet omvänd diskriminering inom EU. Diskriminering kan sägas innebära att en person eller en grupp olikbehandlas på dubiösa, ofta illegala grunder. Omvänd diskriminering kan i generella termer beskrivas som att man som person/grupp blir diskriminerad för att en annan person/grupp lagligen ges företräde. Detta sker vanligtvis för att ett visst resultat skall kunna uppnås. Man kan tala om omvänd diskriminering då arbetsgivaren väljer att anställa kvinnor istället för män, i de yrken där män är överrepresenterade, för att på så sätt uppnå en jämnare könsfördelning.

Jag tänker behandla ämnet omvänd diskriminering ur ett specifikt EG-rättsligt perspektiv. Omvänd diskriminering innebär i det fallet att man som medborgare i en av den Europeiska Unionens medlemsstater i vissa fall inte har samma rättigheter i sitt eget hemland som de som invandrat från annat medlemsland. Denna situation träffas normalt inte av EG-rättens diskrimineringsförbud i EG-fördragets artikel 12. Detta allmänna diskrimineringsförbud är en av EG-rättens viktigaste grundprinciper. Den, för detta arbete relevanta, typen av omvänd diskriminering har inte ansetts utgöra något hinder för den fria rörligheten mellan medlemsstaterna, varför ingen egentlig laglig grund har funnits för EG-domstolen att stävja detta fenomen.

Fördraget tog, *prima facie*, inte sikte på interna situationer. Dessa var tänkta att regleras av nationalstaterna. Omvänd diskriminering kan därför sägas vara ett resultat av detta perspektiv. Man kan således säga att den fria rörligheten av personer är inskränkt till att huvudsakligen omfatta personer som flyttar mellan stater i Europa. Den viktigaste gemenskapsrättsliga rättigheten för den enskilda individen är det allmänna diskrimineringsförbudet i Romfördragets artikel 12. Denna artikel stadgar att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden inom fördragets tillämpningsområde. På grund av att omvänd diskriminering inte utgör något hinder för handelsutbytet mellan medlemsstaterna, så faller fenomenet

utanför den EG-rättsliga tillämpningen. Det finns dock viktiga undantag där interna situationer omfattas av gemenskapsrätten. Ett exempel på ett sådant undantag är Europarättens likalöneprincip som dock har koppling till samhandeln (lönedumpning). Denna genomsyrar emellertid även de interna förhållandena och påverkar således inomstatliga skeenden. Det är i dessa fall inte tillåtet att behandla nationella medborgare mindre fördelaktigt än migrerande gemenskapsrättsliga subjekt.

1.2 Problemformulering

1.2.1 Medborgarskapet

Det är en form av privilegium att vara medborgare i en stat. Medborgarskapet innebär, i dess mest generella betydelse, att man tillhör en grupp. Begreppet medborgare har sina rötter i den grekiska filosofin och användes senare även av romarna. Termen medborgare var emellertid länge begränsad till att omfatta endast de personer som tillhörde politiska grupperingar eller på annat sätt ägnade sig åt politisk verksamhet. Konceptets betydelse förändrades först i och med franska revolutionen, då de medborgerliga fri- och rättigheterna aktualiserades. Grunden för dagens innebörd av konceptet kan sägas ha formulerats första gången av Rousseau i dennas "Om samhällsfördraget".¹ Rousseau gör där kopplingen mellan statens suveränitet och medborgarskapet. Han stipulerade att de medborgerliga fri- och rättigheterna endast kan utvecklas om samhällets styre grundas på allmänviljan.

Det är viktigt att, i detta sammanhang, observera att det finns en skillnad mellan medborgarskap och nationalitet. Medborgarskap kan sägas vara ett rätt så renodlat rättsligt begrepp, som ofta framträder i internationell rätt. Konceptet nationalitet kan även sägas omfatta exempelvis kulturella aspekter.² Jag vill ytterligare hävda att medborgarskapet, till skillnad från nationaliteten, har en tämligen stark konstitutionell förankring. Detta eftersom att de konstitutionella rättigheterna ofta är beroende av medborgarskap.

¹ Rousseau, Jean-Jacques, *Du Contrat social (Om samhällsfördraget eller Statsrättens grunder)*. Publicerad första gången år 1762.

² Jämför Tuori, Kaarlo, *The Many Senses of European Citizenship* (artikel baserad på föreläsning given på IVR:s världskongress i Lund 2003), i: Nuotio, Kimmo (ed.), *Europe in Search of "Meaning and Purpose"* (Helsingfors, 2004), s. 53.

1.2.2 Problemet omvänd diskriminering

För den enskilda individen innebär medborgarskapet en särskild status. Olika behandling på grund av medborgarskap i en likartad situation indikerar förekomst av någon typ av diskriminering på grund av nationalitet. Konsekvenserna av omvänd diskriminering kan medföra att medborgare från andra stater, på EG-rättens tillämpningsområde, har mer utvecklade rättigheter än vad du har i din medlemsstat. Detta ter sig en aning underligt då man sålunda blir diskriminerad på grund av att man är medborgare i det land vars lag står som upphovsman till statens medborgare. Att staten inte ensam reglerar de inre förhållandena rimmar illa med suveränitetsprincipen. Rättigheterna kommer då, i vart fall *prima facie*, från ett helt annat håll. I detta fall kommer de från den Europeiska Unionens beslutande organ. Gemenskapsrätten reglerar således indirekt vissa av medlemsstaternas interna förhållanden. Detta genererar ett antal frågeställningar: Vad innebär det, från ett medborgarperspektiv, att det finns en auktoritet som sätter nationens lagar i gungning och som direkt påverkar den enskilda individen? Borde den omvända diskrimineringen stävjas och i så fall av vem? Den mest relevanta frågeställningen torde emellertid vara vad detta innebär för medlemsstaterna och dess medborgare; Är den Europeiska Unionen en konstitutionell företeelse som är självständig i förhållande till medlemsstaterna och som har ett direkt förhållande till de europeiska individerna på samma sätt som den federala nivån har ett direkt förhållande till medborgarna i en federal stat?

Demokratisk teori baserar sig i vissa fall på tanken människovärdet.³ Människan har rätt att bli respekterad och hon är därför förunnad en viss självbestämmanderätt. Anhängare av konstitutionalismen tror också på ett människovärde. Dessa anser att detta måste skyddas genom att begränsa folkstyrets kompetens. En konstitution bör därför innehålla ett skydd för de individuella rättigheterna, som inte kan begränsas av folkets representanter.⁴

Amerikas Förenta Stater är en klassisk federation. För att undersöka Europas federala status kan det därför vara av intresse att titta lite närmare på den amerikanska konstitutionens förhållande till de individuella rättigheterna och omvänd diskriminering. I den första klausulen i det fjortonde tillägget i den amerikanska konstitutionen stadgas bland annat att alla de rättigheter som det federala styret bidrar med, skall vara applicerbara på inomstatliga förhållanden. Konstitutionen måste följas av alla stater i deras enskilda lagstiftning. De individuella rättigheterna får inte begränsas av delstatlig lagstiftning. Detta medför att staterna inte tillåts diskriminera sina egna, alla skall behandlas i enlighet med de federala lagarna. Detta är ett exempel på en sådan bestämmelse, som enligt konstitutionell teori, bör ingå i en auktorativ konstitution. Det fjortonde tillägget i den amerikanska

³ Murphy, Walter F., *Constitutions, Constitutionalism and Democracy*, i: Douglas Greenberg et al., *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* (New York, 1993), s. 3.

⁴ *Ibid.*, s. 9.

konstitutionen skyddar de individuella rättigheterna genom att begränsa de enskilda staternas handlingsfrihet. Denna bestämmelse utesluter omvänd diskriminering. Individen är skyddad av de konstitutionella rättigheterna både på det federala och det delstatliga planet. I EG-rätten finns det ingen regel som motsvarar det fjortonde tillägget. Omvänd diskriminering uppstår då som en konsekvens av de luckor som finns mellan de enskilda medlemsstaternas rättsystem och EG-rätten. Medlemsstaterna tillåts diskriminera sina egna medborgare. Omvänd diskriminering är därför ett av de starkaste argumenten mot att gemenskapsrätten skulle vara att betrakta som en konstitutionell ordning. Med andra ord; omvänd diskriminering är ett av de tydligaste dragen som talar för att den Europeiska Unionen är mellanstatlig. De gemenskapsrättsliga rättigheternas omfattning är, enligt detta synsätt, ett resultat av medlemsstaternas fördragsskyldigheter.

1.3 Syfte

Arbetet syftar till att placera den Europeiska Unionen på en konstitutionell skala genom att studera fenomenet omvänd diskriminering. Skalans ena pol är de suveräna medlemsstaternas union medan motpolen representeras av en fullfjädrad federation med en egen konstitution.

1.4 Metod

Man kan studera fenomenet omvänd diskriminering ur flera olika perspektiv. Begreppet kan vara aktuellt i flera olika sammanhang. Beroende på vilket perspektiv som man väljer får konceptet dessutom skiftande betydelse.

Jag har valt att skriva om omvänd diskriminering ur ett EG-rättsligt perspektiv. Jag koncentrerar mig på de skillnader i rättigheter, som uppstår till följd av den omvända diskrimineringen, mellan medlemsstatens medborgare och de som omfattas av gemenskapsrätten. Jag kommer även att studera när och hur omvänd diskriminering inträder. Detta betyder att det är förhållandet mellan dessa två olika typer av 'medborgare' som kommer att studeras och följaktligen ligga till grund för analysen av uppsatsens frågeställning.

För att undersöka frågeställningen kommer jag att använda mig av, för området relevant, gällande rätt. Särskilt kommer jag att redogöra för aktuella rättsfall för att enklare kunna förklara problemet med den omvända diskrimineringen och konsekvenserna på medlemsstaternas interna förhållanden.

Betydelsen av ett eventuellt europeiskt medborgarskap kommer att granskas ur ett konstitutionellt perspektiv, då detta kan sägas utgöra en viktig aspekt för förtydligandet av arbetets syfte. Innebörden av detta kan även påverkas av den omvända diskrimineringen. Unionens placering på den omtalade skalan kan variera beroende på vilken betydelse man tillerkänner detta medborgarskap.

I uppsatsen kommer även frågan om unionens legitimitet att tas upp. Legitimitet rör den fundamentala frågan om huruvida samhällets medborgare bör respektera den rådande samhällsordningen eller inte. Det finns olika skolor om hur ett samhälles legitimitet egentligen uppkommer. Liberal tradition menar att legitimiteten har sitt ursprung i ett samhällskontrakt som ingås mellan statens medborgare. På detta sätt erkänns den politiska makten som lagenlig. Frågan om EU:s legitimitet kan förklaras genom användandet av ett samhällskontrakt kommer att diskuteras i mitt arbete eftersom det är ett ytterligare medel för att kunna avgöra hur man skall definiera den Europeiska Unionen. Det är också ett sätt att kunna förklara och undersöka konsekvenserna av omvänd diskriminering.

För att besvara frågan om EU:s legitimitet använder jag mig utav två olika teori riktningar. Den ena har jag vakt att kalla för suveränitetsteori: Förespråkarna för denna anser att unionen åtnjuter legitimitet utifrån medlemsstaternas fördragsskyldigheter. Den andra teori inriktningen som jag behandlar argumenterar för EG-rättens konstitutionella karaktär.

1.5 Avgränsningar

I arbetet kommer inte det förslag till ny grundlag för den Europeiska Unionen, som i dessa dagar är aktuellt, att behandlas. Detta eftersom jag inte anser förslaget vara relevant för uppsatsens frågeställning. Det nuvarande förslaget till ny grundlag förändrar inte rättsläget på det område som jag har valt att utgå ifrån.

Uppsatsen koncentrerar sig, som tidigare nämnts, på att undersöka betydelsen av omvänd diskriminering. Det bör påpekas att jag endast kommer att behandla omvänd diskriminering av personer. Omvänd diskriminering som härrör från fri rörlighet av kapital, varor och tjänster diskuteras inte i detta arbete.

Det kan tänkas att särbehandling av det egna landets medborgare kommer i konflikt med diskrimineringsförbudet i nationell rätt. Detta kommer dock inte att diskuteras i denna uppsats. Det är främst gemenskapsrätten som är aktuell i denna essä.

2 Gemenskapsrättens karaktär

2.1 Inledande presentation

I ett demokratiskt samhälle har konstitutionen viktiga uppgifter. Dworkin menar att demokrati innebär folkstyre där alla individer har samma rättigheter.⁵ Det faktum att makten ligger hos folket är således inte att förväxla med enkelt majoritetsstyre. Ett demokratiskt styrelseskick går snarare ut på ett legitimt majoritetsstyre. Denna tolkning innebär att majoritetens vilja borde vara föremål för någon form av konstitutionell, beständig ordning för att det demokratiska styrelseskicket skall fungera fullt ut. Det demokratiska styrelseskickets främsta uppgift är inte att stifta lagar enligt vissa bestämda processuella ordningar, utan att behandla alla samhällsmedlemmar som individer med lika rätt.⁶ Enligt detta resonemang är då konstitutionens främsta uppgift, dess viktigaste karaktärsdrag att stödja demokratins grundpelare genom att skydda och tillvarata den enskilda individens intressen.

Ett flertal författare har gett sig i kast med att försöka identifiera EG-rättens konstitutionella status. Det har blivit betydligt svårare att direkt definiera EG-rättens karaktär. Detta kan bland annat tänkas bero på att gemenskapsrättens individuella rättigheter ifråga om fri rörlighet för personer har utvidgats kraftigt under de senare åren. Kanske kan man säga att EG-fördragets text inte längre överensstämmer med gemenskapsrättens fulla omfattning.

2.2 Konstitutionens uppgifter och EG-rättens natur

Poiare Maduro beskriver EG-domstolens tolkning av fördragen som bland annat konstitutionaliserande.⁷ Grunden till varför denne hävdar detta är ”*the Münchhausen trick*”⁸, genom vilket EG-domstolen stipulerade att gemenskapsrätten är ett självständigt rättssystem. Maduro menar att EG-domstolens tolkning av fördragen talar för att gemenskapsrätten blir alltmer

⁵ Dworkin, R., *Freedom's Law* (Cambridge, 1996), s. 337.

⁶ *Ibid.*, s. 17.

⁷ Maduro, Miguel Poiare, *Where to Look for Legitimacy*, i: Eriksen, Erik Oddvar, Fossum, John Erik och Menéndez, Augustin José (eds.), *Constitution Making and Democratic Legitimacy* (Oslo, 2002), ss. 82-101.

⁸ ”The Münchhausen trick” är ett uttryck för EG-domstolens argumentation för att gemenskapsrätten är en självständig rättsordning som används av Joerges, Christian i artikeln *The Law in the Process of Constitutionalising Europe*, i: Eriksen, Fossum, och Menéndez (eds.) (Oslo, 2002), s. 18.

likt en konstitution i sin karaktär. Det faktum att EG- domstolen beskriver EG- rätten som en självständig ordning och med detta som grund argumenterar för att rättssystemet bör betraktas som en rättsordning *sui generis* kan sägas vara aningen motsägelsefullt. *The Münchhausen trick* är en benämning för att beskriva det aningen kontroversiella i att kalla gemenskapsrätten för en självständig rättsordning utan att i sammanhanget redogöra för någon konstitutionell betydelse. Några exempel på konstitutionella karaktärsdrag som tillskrivits gemenskapsrätten genom EG-domstolens tolkning är doktrinen om EG-rättens företräde framför nationell rätt och utvecklingen av de individuella rättigheterna.⁹ Dessa gemenskapsrättsliga karaktärsdrag är starka argument för att EU redan i dag vilar på en konstitutionell grund. MacCormicks, Kelsens och Harts definitioner av begreppet konstitution är ytterligare en anledning att hävda att EG-rätten redan är någon form av konstitutionell ordning. Dessa menar alla, enkelt uttryckt, att konstitutionens främsta uppgift är att reglera normgivningsmakt samt att dra upp riktlinjerna för hur normer skall tillämpas.¹⁰ Inslag av denna karaktär av rättsregler återfinns i gemenskapsrätten.¹¹ Joseph Weiler refererar till EG-rätten som ”*a constitution without constitutionalism*”¹². Weiler menar att gemenskapsrättens konstitutionella karaktärsdrag har uppstått utan närvaron av den traditionella tanken om att en konstitution skall skapas utifrån en specifik rättskultur baserad på statlig politisk struktur.¹³

EG-domstolen har stipulerat att den gemenskapsrättsliga ordningen konstituerar ett system av sitt eget slag - *sui generis*.¹⁴ På detta sätt kan EG-rätten, legitimt, tilldela individer rättigheter utan att varken vara att jämföra med ett internationellt fördrag eller med en statlig rättsordning. Det finns dock, som kanske ter sig förståeligt, andra synpunkter på i vilken form den Europeiska Unionen åtnjuter legitimitet. Man kan urskilja två huvudsakliga riktlinjer i doktrinen åsiktsflöde. Den ena linjen kan man kalla för en sorts suveränitetsteori. Företrädare för denna menar att unionen fortfarande erhåller sin legitimitet ur internationella fördrag och därigenom också ur medlemsstaternas nationella rättssystem. Den andra linjen representeras av dem, som anser att unionen har legitimitet i form av gemenskapsrättens konstitutionella karaktär. Suveränitetsteorin innebär kortfattat att gemenskapsrätten baserar sig på ett internationellt fördrag och att medlemsstaterna, helt förenligt med folkrätten, behåller sin suveränitet. Det är medlemsstaterna som är gemenskapsrättens herrar. Enligt denna teori utgör inte omvänd diskriminering något problem. Medlemsstaterna är fortfarande suveräna. De har fortfarande befogenhet att begränsa de individuella rättigheterna. Den konstitutionella teorin bygger på att den gemenskapsrätten utgör en konstitution. I detta fall åtnjuter unionen

⁹ Dessa konstitutionella karaktärsdrag diskuteras närmare i kapitel 3.

¹⁰ Se MacCormicks definition av konstitution (baserad på framförallt Harts definition) i MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty* (Oxford, 1999), ss. 102-103.

¹¹ Se exempelvis principen om gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt såsom denna utformats i Mål 6/64, *Costa mot ENEL*, ECR[1964], s. 614, p. 3.

¹² Weiler, Joseph, *The Constitution of Europe* (Cambridge, 1999), s. 298

¹³ Ibid.

¹⁴ Mål C-26/62, *Van Gend en Loos*, ECR[1963], s.333, p. 3.

legitimitet ur fördragets konstitutionella status. Omvänd diskriminering är då att betrakta som ett problem eftersom de enskilda individerna får olika rättsliga ställningar. Förekomsten av denna typ av diskriminering betyder att medlemsstaterna fortfarande kan begränsa de individuella rättigheterna. Detta är inte förenligt med tanken i konstitutionell teori om att en konstitution bör innehålla ett skydd för de individuella rättigheterna, som inte kan begränsas av medlemsstaterna.

2.3 Suveränitetsteorin- EGF är ett fördrag mellan stater som ingåtts under folkrätten

Derrick Wyatt, *Professor vid Oxford University*, har publicerat en mängd olika skrifter på det EG-rättsliga området. Wyatt tillhör dem som anser att EG-fördraget är ett internationellt fördrag.¹⁵ Han menar att det inte finns något anmärkningsvärt med att EG-domstolen har tolkat fördraget så att det genererar individuella rättigheter.¹⁶ De flesta internationella fördrag påverkar den enskildas rättigheter, hävdar Wyatt. Han exemplifierar detta med att påpeka att Warszawa konventionen reglerar individers rättigheter i fråga om rese gods. Wyatt menar således att EG-fördraget har legitimitet i form av ett internationellt fördrag. Det kan och skall därför tolkas enligt de folkrättsliga grunder som gäller för dessa.

Dashwood är en av dem som, i likhet med Wyatt, argumenterar för EG-rättens folkrättsliga status.¹⁷ Han anser att medlemsstaterna behållit sin suveräna karaktär både vad beträffar deras interna politiska struktur och i relation till andra förhållanden i internationell rätt.¹⁸ Dashwood och Wyatt kan sägas vara benägna om att lyfta fram medlemsstaternas förhållande till gemenskapsrätten. De individuella rättigheterna som, enligt gemenskapsrättsliga regler, tillfaller medlemsstaternas medborgare är endast en konsekvens av staternas fördragsskyldighet. Gemenskapsrätten är att betrakta som ett internationellt fördrag. Det är därför, i enlighet med folkrättsliga regler, medlemsstaterna som är gemenskapsrättens herrar och inte tvärtom.

¹⁵ Wyatt, Derrick, *New Legal Order or Old* (European Law Review, 1982), s. 147.

¹⁶ Wyatt(1982), s. 148.

¹⁷ Dashwood, Alan, *States in the European Union*(European Law Review, 1998), ss. 201-205.

¹⁸ *Ibid.*, s. 202.

2.4 Den konstitutionella teorin-EGF har transformerats från folkrätt till konstitution

Genom att innefatta grundläggande rättigheter i gemenskapsrätten och genom att vidga personkretsen för dem som omfattas av de gemenskapsrättsliga reglerna för fri rörlighet, har EG-domstolen givit gemenskapsrätten en konstitutionell innebörd. Detta anser Federico Mancini, tidigare domare i EG-domstolen.¹⁹ EG-fördraget har transformerats från folkrätt till konstitution.

Mancini hävdar att domstolen i sin rättspraxis utformat ett sorts europeiskt medborgarskap, redan innan detta infördes i unionsfördraget.²⁰ Detta har skett då domstolen har utvidgat den gemenskapsrättsliga personkretsen till att innefatta subjekt som inte kan sägas härröra från EG-fördragets lydelse. Han exemplifierar detta med att påpeka att det från början i stort sett endast var ekonomiska aktörer som kunde förlita sig på fördragsreglerna. Idag innefattas även turister i den gemenskapsrättsliga personkretsen.

Mancini anser att gemenskapsrätten är legitim som en form av konstitutionell rättsordning. De konstitutionella karaktärsdrag som han hävdar att EG-domstolen har inkorporerat i gemenskapsrätten är emellertid ännu väldigt begränsade. Omvänd diskriminering är som bekant ett tecken på att de individuella rättigheterna, som gemenskapsrätten i dagens läge genererar, kan begränsas av nationell lagstiftning i inomstatliga skeenden. Mancinis resonemang verkar emellertid inte utesluta att interna situationer i framtiden skulle kunna omfattas av gemenskapsrätten. Detta skulle innebära ett stort steg för den konstitutionaliseringsprocess som EG-domstolen, enligt Mancini, ser som sitt uppdrag. Mancini anser att EG-domstolen genom denna fråga har den Europeiska Unionens öde i sin hand.²¹

De som väljer att argumentera för gemenskapsrätten som en konstitutionell företeelse tar fasta på det direkta förhållandet mellan EU och individen. Medlemsstaterna har inte någon särskild ställning. Mancini beskriver gemenskapsrätten som en konstitutionell rättsordning på grund av de europeiska individernas gemenskapsrättsliga rättigheter. EU reglerar, enligt denna tolkningsmodell, individernas samhällsliga rättigheter utan hänsyn till medlemsstaternas suveränitet.

¹⁹ Mancini, G. Federico, *The Making of a Constitution for Europe*(Common Market Law Review 26: 595-614, Nederländerna, 1989), s. 595.

²⁰ Ibid., s. 596.

²¹ Ibid., s. 598.

2.5 Sammanfattande kommentar

Gemenskapsrätten genererar individuella rättigheter. Det finns olika åsikter om vilken innebörd detta har. De som förespråkar den teori, som jag har valt att kalla för suveränitetsteori, lyfter i sin analys främst fram förhållandet mellan medlemsstaterna och den Europeiska Unionen. De som argumenterar för EG-rättens konstitutionella karaktär lyfter fram förhållandet mellan union och medlemsstaternas medborgare.

Det finns olika åsikter om hur den Europeiska Unionen åtnjuter formell giltighet eller legitimitet. EG-domstolen anser att gemenskapsrätten är ett system av sitt eget slag. EG-domstolens tolkning kan kritiseras om man beaktar det faktum att deras argument grundar sig i en relativt drastisk förändring av det traditionella synsättet som innebär att medlemsstaternas konstitutioner har full suveränitet i förhållande till internationella rättsordningar.²²

Wyatt anser att gemenskapsrätten är att likställa med ett internationellt fördrag. Internationella fördrag kan tillskriva individer rättigheter, menar Wyatt. Gemenskapsrätten borde i så fall tolkas utifrån de folkrättsliga regler som gäller för internationella fördrag. Detta betyder att omvänd diskriminering, enligt detta synsätt, är att betrakta som en helt normal företeelse som inte på något sätt står i strid med gemenskapsrättens utformning.

Mancini hävdar att EG-domstolen i sin rättspraxis har tillskrivit gemenskapsrätten en konstitutionell karaktär. Han menar att den Europeiska Unionen på det sättet åtnjuter legitimitet att reglera medlemsstaternas och dess medborgares rättigheter. Rättigheterna kan emellertid fortfarande begränsas av medlemsstaternas nationella lagstiftning. Det är omvänd diskriminering ett bevis på. Omvänd diskriminering är inte förenlig med Mancinis teori. Omvänd diskriminering indikerar att medlemsstaterna fortfarande kan begränsa de individuella rättigheterna. Detta kan inte anses vara kompatibelt med en europeisk konstitution.

²² Se till exempel Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union* (Harlow, 2002), s. 283.

3 Fördragens målsättningar

3.1 Inledande presentation

Fenomenet omvänd diskriminering har sitt ursprung i den gällande gemenskapsrättens konstruktion och måste ses mot bakgrund av fördragens målsättningar. Detta eftersom att de gemenskapsrättsliga rättigheterna, enligt EG-domstolen, har ett begränsat tillämpningsområde. 1978 tog EG-domstolen upp ett av de första rättsfallen, som behandlade medlemsstaternas diskriminering av sina egna medborgare/omvänd diskriminering.²³ Rättsfallet behandlade en arbetstagers rätt till att återvända till sitt hemland enligt EG-rättsliga normer. I detta fall stipulerades att omvänd diskriminering inte kan stävjas på gemenskapsnivå eftersom omständigheterna kring vilka diskrimineringen uppkommer är att betrakta som inomstatliga. Om en situation bedöms vara intern faller det sig nämligen så att de personer som befinner sig däri, inte kommer att kunna använda sig av EG-rätten. De kan då komma att hamna i en sämre situation än de som kan utnyttja sina gemenskapsrättsliga rättigheter som gäller en liknande situation. Omvänd diskriminering kan därför främst sägas uppstå som en konsekvens av EG-domstolens tolkning beträffande direkt effekt och gemenskapsrättens företräde.

3.1.1 Den Europeiska Unionens mål och uppgifter enligt gällande gemenskapsrätt

Av EU:s två grundläggande fördrag; Unionsfördraget Maastrichtfördraget) samt EG-fördraget (Romfördraget), framgår att det finns ett grundläggande integrationssyfte inom den Europeiska Unionen. Samtidigt betonas vikten av att bevara fred, säkerhet och frihet i Europa. I de båda fördragen sägs målet för EU vara att skapa en allt fastare sammanhållning mellan de Europeiska folken:

[Statscheferna] ”är fast beslutna att lägga grunden till en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken.”²⁴

[Statscheferna] ”har föresatt sig att fortsätta processen för att skapa en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken, där besluten fattas så nära medborgarna som möjligt i enlighet med subsidiaritetsprincipen.”²⁵

²³ Mål 175/78, *R. mot. Saunders*, ECR[1979], s.1129.

²⁴ Ingressen till *Romfördraget*, mom. 2.

²⁵ Ingressen till *Maastrichtfördraget*, mom. 14.

För att kunna genomföra detta skall den ekonomiska gemenskapen garantera ekonomiska och sociala framsteg. Dessa skall i sin tur leda till förbättrade levnadsvillkor för Europas folk.

Artikel 2, EG, definierar gemenskapens mål. En ekonomisk och monetär union skall upprättas. Den gemensamma politiken skall bland annat medverka till att ekonomisk och social sammanhållning uppnås mellan medlemsstaterna. Där nämns också att solidariteten mellan medlemsländerna är något som fördraget strävar efter att etablera. I fördragets artikel 3 stadgas vilka aktiviteter eller uppgifter som skall företas för att de mål, som nämns i föregående artikel, skall kunna bli verklighet. Den gemensamma marknaden anses där utgöra den grundläggande metoden anges som viktiga medel för att nå målen. Riktlinjerna för upprättandet av en inre marknad dras upp i artikeln. Fri rörlighet för personer, tjänster, varor och kapital instiftas i artikel 3, § 1c i EGF.

Genom EG-domstolens rättspraxis har ett antal olika konstitutionella principer och regler kommit att känneteckna Europarätten. Bland dessa kan särskilt nämnas principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt.²⁶ Denna innebär alltså att Europarätten går före den nationella rätten, vilket naturligtvis har fått till följd att en del av den nationella regleringen har satts ur spel. Principen kan anses vara en given förutsättning för att fördragen överhuvudtaget skall ha någon genomslagskraft. De syften som uppställs i fördragen skulle inte kunna uppfyllas om medlemsstaterna var fria att stifta motstridiga lagar.

Det allmänna diskrimineringsförbudet i Romfördragets artikel 12 är en av de mest fundamentala grundstenarna för EG-rätten. Denna artikel är ett uttryck för den så kallade likabehandlingsprincipen, som på flera olika sätt genomsyrar gemenskapsrätten. Artikeln anger att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden på fördragets tillämpningsområde. Detta förbud är en förutsättning för att den gemensamma marknadens funktion.

3.1.2 EG – domstolens tolkning av den Europeiska Unionens mål och uppgifter

EG-domstolen har slagit fast att etablerandet av den inre marknaden, som en av den Europeiska Unionens uppgifter, direkt berör och riktar sig till den enskilda individen.²⁷ Ingresserna till de båda fördragen riktar sig således inte bara till medlemsstaterna utan även i viss mån till individerna.²⁸ Domstolen argumenterar vidare för att de institutioner som i EG-fördraget har vissa suveräna rättigheter, deras handlingar påverkar medlemsstaternas medborgare. Medlemsstaternas medborgare bidrar ytterligare till att det

²⁶ Mål 6/64, *Costa mot ENEL*, ECR[1964], s. 614, p. 3.

²⁷ Mål C-26/62, *Van Gend en Loos*, ECR[1963], s. 333, p. 3.

²⁸ *Ibid.*

europiska samarbetet fungerar, både som aktörer i Europaparlamentet och i den Ekonomiska och Sociala Kommittén. EG-domstolen hävdar slutligen att förhandsavgörandena skulle vara utan verkan om de inte kunde användas av medlemsstaternas medborgare i de nationella domstolarna.

EG-domstolen har uttalat att den fria rörligheten för personer, som en av den inre marknadens grundpelare, inte endast är en av gemenskapsrättens fundamentala principer, den är också en grundläggande rättighet för den enskilda individen.²⁹ Ett tecken på EG-domstolens ihärdighet på denna punkt är att begränsningarna som gäller för personers fria rörlighet har tolkats restriktivt, medan den fria rörligheten ofta tolkas extensivt. Ett exempel på detta är att den fria rörligheten för personer i början endast omfattade de personer som ägnade sig åt någon form av ekonomisk aktivitet, under det att EG-domstolen senare, genom praxis, har utvidgat begreppet till att även omfatta exempelvis turister samt andra personer som på något sätt kan tänkas bidra till den ekonomiska gemenskapen i värdlandet.³⁰ EG-domstolen har dock i rättspraxis angivit att gemenskapsrättens regler endast är tillämpliga på sådana förhållanden som innehåller någon form av gemenskapsrättsligt element.³¹ Detta innebär att EG-domstolen begränsar gemenskapsrättens omfattning, rent interna situationer omfattas inte. Detta är också en orsak till varför medlemsstaterna tillåts diskriminera sina egna medborgare.

Ett problem med principen om gemenskapsrättens företräda framför nationell rätt har varit avsaknaden av en rättighetskatalog i fördragen. Principen innebär inte att enskilda individer helt berövas det rättsskydd som finns i medlemsstaternas konstitutioner. EG-domstolen påpekade i målet *Internationale Handelsgesellschaft* att iakttagandet av de grundläggande rättigheterna är en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som EG-domstolen skall upprätthålla.³² Respekten för de grundläggande rättigheterna garanteras inom ramen för gemenskapens uppgifter och mål. Detta bidrar till att bestämmelser i den interna rättsordningen inte kan göras gällande för att begränsa gemenskapsrättens tillämpningsområde nät undantag är tillåtna. Det skulle innebära skadliga följder för EG-rättens enhetlighet. Medlemsstaterna är skyldiga att tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna på ett sätt som är förenligt med skyddet för de grundläggande rättigheterna³³ när de agerar inom

²⁹ Se exempelvis Mål 139/85, *Kempf mot Staatssecretaris van Justitie*, ECR[1986], s. 1741, p. 13.

³⁰ Ett exempel där de gemenskapsrättsliga reglerna om fri rörlighet för personer tolkats mycket extensivt är Mål 186/87, *Ian William Cowan mot Trésor Public*, ECR[1989], s. 195, p. 20.

³¹ Se exempelvis Mål 175/78, *R. mot Saunders*, ECR[1979], s. 1129, p. 11.

³² Mål 11/70, *Inernationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratststelle für Getreide und Futtermittel*, ECR[1970], s. 1125, p. 4.

³³ Mål 5/88, *Wachauf mot Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, ECR[1989], s. 2609, p. 2.

gemenskapsrättens tillämpningsområde³⁴ eller i en situation i en medlemsstat som omfattas av gemenskapen³⁵. *Ergo*: Enskilda individers moraliska rättigheter har en central position i EG-rätten. Trots att detta skydd för de grundläggande rättigheterna existerar som en uttalad del av gemenskapsrättens grundprinciper, så finns det situationer där medlemsstaterna inte är bundna att följa dessa. Enligt EG-domstolens fasta rättspraxis medför EG-fördraget, som tidigare nämnts, endast rättigheter om det finns ett tillräckligt samband med gemenskapsrätten för att motivera att dess bestämmelser tillämpas. Det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12, EG, kan därav endast appliceras på sådana situationer där det finns ett tillräckligt samband med den inre marknadens funktion. I en rent intern situation finns det därför inget uttalat gemenskapsrättsligt skydd för grundläggande rättigheter. Detta bidrar till uppkomsten av omvänd diskriminering.

3.2 EG-domstolens tolkning av gemenskapsrättens mål och uppgifter enligt doktrinen

*' Any discrimination which nationals of a Member State may suffer under the law of that state falls within the scope of that law and must therefore be dealt with within the framework of the internal legal system of that state.'*³⁶

EG-domstolen anser att det inte är gemenskapens uppgift att stävja den omvända diskrimineringen. Domstolen försvarar detta genom att hävda att omvänd diskriminering inte strider emot likabehandlingsprincipen.³⁷ Omvänd diskriminering är inte diskriminering i den gemenskapsrättsliga meningen, hävdar domstolen. Denna är endast en konsekvens av att gemenskapsrätten har ett begränsat tillämpningsområde. Detta skall inte betraktas som diskriminering, det är endast EG-fördragets omfattning som gör sig gällande. Omvänd diskriminering inträffar väldigt sällan. Man skulle därför kunna argumentera för att det är en ologisk åtgärd att komplettera den gemenskapsrättsliga tillämpningen så att den omfattar interna situationer.³⁸ De problem som omvänd diskriminering medför, exempelvis gällande familjemedlemmars rätt att bosätta sig i en av unionens medlemsstater, uppkommer på medlemsstatsnivå. Fenomenet omvänd diskriminering skall kanske inte förstås som ett gemenskapsrättsligt problem eftersom EG-

³⁴ Mål C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE och Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou mot Dimotiki Etairia Pliroforissis och Sotirios Kouvelas och Nicolaos Avdellas och andra*, ECR[1991], ss. I-2925, p. 43.

³⁵ Mål C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge mot Republik Österreich*, ECR[2003], ss. I-5659, p. 82.

³⁶ Mål C-64/96 och C-65/96, *Uecker mot Jacquet*, ECR[1997], s. I-3171, p. 23.

³⁷ Mål C-249/96, *Grant mot South West Trains Ltd*, ECR[1998], s. I-621, p. 45.

³⁸ Se Davies(2003)., ss. 130- 137.

rättens regler om fri rörlighet endast har till syfte att bekämpa diskriminering som hämmar den inre marknadens funktion.³⁹

EG-domstolens förhållningssätt till rent interna situationer har kritiserats. Det faktum att gemenskapsrätten inte omfattar rent interna situationer beskrivs ofta som en av dess stora brister.⁴⁰ Frågan huruvida det allmänna diskrimineringsförbudet i Romfördragets artikel 12 endast är tillämplbart på mellanstatliga förhållanden eller om den även förbjuder diskriminering mot en medlemsstats egna medborgare har varit föremål för diskussion i doktrinen.⁴¹ Det finns de som anser att det inte är förenligt med en union, som bygger på principen om icke diskriminering på grund av nationalitet, att utesluta en personkrets från rättstillämpningen just på basen av deras nationalitet.⁴²

Enligt Cannizzaro är det svårt att argumentera för att de gemenskapsrättsliga rättigheterna gällande fri rörlighet för personer är beroende av att medlemsstaternas egna medborgare lämnas utanför tillämpningsområdet.⁴³ Han påpekar att varken den gemenskapsrättsliga regleringen eller den nationella regleringen på områden där omvänd diskriminering kan tänkas uppkomma har som syfte att generera diskriminering. Omvänd diskriminering är endast ett resultat av att det finns två konkurrerande rättssystem som har liknande kompetens.

Poiare's Maduro menar att omvänd diskriminering uppkommer som en konsekvens av att gemenskapsrätten tillskriver individen positiva rättigheter.⁴⁴ Omvänd diskriminering är därför ett gemenskapsrättsligt problem. Han frågar sig ändå om omvänd diskriminering skulle vara att betrakta som ett EG-rättsligt problem i det fall interna situationer omfattades av det gemenskapsrättsliga tillämpningsområdet. Med andra ord undrar Maduro om fenomenet omvänd diskriminering kan tänkas ha så nära samröre med gemenskapsrätten så att det kvarstod om interna situationer kom att bli föremål för gemenskapsrättsliga avgöranden. Om detta inte är fallet, så torde alla organ som genererade individuella rättigheter vara tvungna att ta hänsyn till icke medlemmar i sina beslut, anser Maduro. Han föreslår att EG-domstolen skall befullmäktiga de nationella domstolarna att, med hjälp av gemenskapsrätt, avgöra huruvida omvänd diskriminering i det enskilda fallet skall vara att betrakta som förenlig med EG-rätten.

Davies anser det inte vara att betrakta som omöjligt för EG-domstolen att tolka sin egen jurisdiktion så att interna situationer omfattas av

³⁹ Davies(2003), s. 137.

⁴⁰ Ibid., s. 117.

⁴¹ Sundberg-Weitman, Brita, *Discrimination on Grounds of Nationality- Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty* (Nederländerna, 1977), s. 113.

⁴² Davies(2002, s. 127, not 48) refererar Gaja.

⁴³ Shibune, Niamh Nic, *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move on*, refererar Cannizzaro, s. 12.

⁴⁴ Davies (2002, s. 127, not 48) refererar Maduro.

gemenskapsrätt.⁴⁵ O’Keeffe och Bavasso anser emellertid att artikel 12, EG, syftar till att skydda mellanstatliga värden.⁴⁶ Med mellanstatliga värden skall främst förstås sådana som syftar till att upprätthålla den inre marknaden. Frågan om huruvida gemenskapsrätten är tillämplig på interna skeenden är därför ingen jurisdiktionsfråga, enligt O’Keeffe och Bavasso.

Vignes, Huth och Hochbaum anser det inte vara nödvändigt att innefatta interna situationer i det gemenskapsrättsliga tillämpningsområdet.⁴⁷ EG-fördragets mål och uppgifter är inte beroende av att omvänd diskriminering förbjuds. Det kan inte anses som förenligt med fördragets objektiva att ge alla medlemsstaters medborgare samma gemenskapsrättsliga rättigheter, anser Hochbaum.⁴⁸ Detta eftersom fördraget syftar till att reglera mellanstatliga förhållanden.

3.3 Sammanfattande Kommentar

Gemenskapens uppgifter och mål är utformade för att främja det europeiska samarbetet. En av gemenskapens viktigaste uppgifter är att upprätta den inre marknaden. Reglerna om fri rörlighet för personer är utformade för att uppfylla gemenskapens målsättningar.

EG-domstolen har tolkat att unionsfördraget som att gemenskapsrätten endast är tillämplig där det finns någon form av gränsöverskridande element som främjar den inre marknads funktion. Detta är det främsta skälet till varför medlemsstaterna tillåts diskriminera sina egna medborgare. EG-domstolens tolkning av fördragets mål och uppgifter har kritiserats i doktrinens åsiktsflöde. Cannizzaro och Poires Maduro konstaterar att omvänd diskriminering uppkommer som en konsekvens av att gemenskapsrätten förpliktigar medlemsstaterna att behandla andra medlemsländers medborgare på ett visst sätt. Gaja anser det vara oförenligt med en union som bygger på likabehandlingsprincipen att tillåta omvänd diskriminering. Hochbaum är en av dem som anser att inomstatliga situationer inte bör omfattas av gemenskapsrätten. Davies menar att det skulle vara möjligt för domstolen att tillämpa EG-rätten på interna situationer medan O’Keeffe och Bavasso argumenterar för att det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12 i sig själv innehåller mellanstatliga element. Frågan om gemenskapsrättens omfattning är därför ingen jurisdiktionsfråga, hävdar de.

⁴⁵ Davies (2002), s. 126.

⁴⁶ Ibid., s.127, not 48) refererar O’Keeffe & Bavasso.

⁴⁷ Sundberg-Weitman, Brita (1977, s. 113) refererar Vignes, Huth och Hochbaum.

⁴⁸ Ibid., s 114.

4 Omvänd Diskriminering enligt Gällande Gemenskapsrätt

4.1 Inledande presentation

EG-domstolens förhållningssätt till interna situationer, som är ett resultat av dess tolkning av den Europeiska Unionens mål och uppgifter, är tillsammans med fördragets lydelse den främsta orsaken till varför omvänd diskriminering uppkommer. Omvänd diskriminering ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv kan endast uppkomma i de fall som EG-rätten genererar mer fördelaktiga individuella rättigheter än nationell rätt. Gemenskapsrätten genererar individuella rättigheter, på området fri rörlighet för personer, för ekonomiska aktörer, unionsmedborgare samt deras familjemedlemmar. Personer som inte omfattas av den reglering som gäller för dessa subjekt, riskerar således att bli diskriminerade på grund av sin egen nationalitet.

4.2 De gemenskapsrättsliga rättigheterna

Principen om den fria rörligheten för personer är av central betydelse för EG-rätten. Rättigheten stipuleras i artikel 2 C, EG-fördraget. Principen upprepas sedan i artikel 18, EG, om unionsmedborgarskapet. Dessa normer förstärks av det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12, EG. Alla dessa bestämmelser konkretiseras ytterligare i artikel 39, EG, som hänvisar till arbetstagare.

4.2.1 Ekonomiska aktörer

De ekonomiska aktörerna erhåller speciella rättigheter då de vistas i en annan medlemsstat. Rättigheterna är mer gynnsamma för dessa jämfört med de rättigheter som gäller för de personer som endast kommer att omfattas av de regler som gäller för unionsmedborgarskapet. Till de ekonomiska aktörerna hör framförallt arbetstagare och deras anhöriga såsom exempel make/maka och barn under 21 år, arbetssökande, tjänsteutövare samt tjänstemottagare.

Arbetstagare anses vara den mest gynnade gruppen av alla gemenskapsrättsliga subjekt i detta sammanhang. Artikel 39 i EG-fördraget

reglerar arbetstagarnas situation. Där åskådliggörs likabehandlingsprincipen och all diskriminering på grund av nationalitet förbjuds. Artikeln behandlar anställning, lön och andra anställningsvillkor. Denna bestämmelse kan ses som en specialbestämmelse utöver den som stadgas i fördragets art 12, det generella förbudet mot diskriminering. Bestämmelsen är jämförbar med det kvantitativa restriktionsförbud som stadgas i EG-fördragets artikel 28, som hänvisar till fri rörlighet för varor.

I Romfördragets artikel 40 stadgas att direktiv och förordningar kan utfärdas av rådet för att kunna säkerställa att den fria rörligheten av arbetstagare genomförs. Arbetstagarens rättigheter i värdlandet definieras av förordning 1612/68. Exempelvis skall, enligt artikel 5, värdlandets arbetsförmedling ge lika god service åt en EG-medborgare som åt sina egna medborgare. Den viktigaste rättigheten finns i artikel 7(2), där det fastslås att arbetstagaren skall ha likartade sociala och skattemässiga förmåner som landets egna invånare. I denna förordning regleras även de bestämmelser som gäller för arbetstagarnas familjemedlemmar.

4.2.2 Unionsmedborgarskapets rättigheter

Genom Unionsfördraget instiftades ett så kallat europeiskt unionsmedborgarskap. Unionsmedborgarskapet är beroende av det nationella medborgarskapet.⁴⁹ För att vara unionsmedborgare måste man alltså vara medborgare i ett av unionens medlemsländer.

I EG-fördraget finns bestämmelserna som rör det europeiska medborgarskapet i artiklarna 18-22. Artikel 18 stadgar att alla unionsmedborgare har rätt att röra sig fritt i alla medlemsstater, om inte annat föreskrivs i fördraget.

Då reglerna om den Europeiska Unionens medborgarskap infördes i Unionsfördraget tedde det sig som om detta inte hade någon större betydelse för den enskilda individen.⁵⁰ På senare tid har dock EG-domstolen visat att de använder sig av de bestämmelser som rör denna typ av medborgarskap i större utsträckning. I rättsfallet Martinez⁵¹ har unionsmedborgarskapet exempelvis ansetts medföra att man omfattas av det allmänna diskrimineringsförbudet i nuvarande artikel 12 i EG-fördraget även om man inte är ekonomisk aktör. Artikel 12 i EG-fördraget är en av gemenskapsrättens viktigaste grundprinciper. Flera av de individuella rättigheter som EG-rätten stipulerar är baserade på detta allmänna diskrimineringsförbud. Det faktum att unionsmedborgare anses omfattas av artikeln kan betraktas som ett tecken på att gemenskapsrätten har ändrat

⁴⁹ Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen, art 17, § 1.

⁵⁰ Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU Law; Text, Cases and Material* (New York, 2003), s. 762.

⁵¹ Mål C- 85/96, *Martinez, Sala (Maria) mot Freistaat Bayern*, ECR[1998], ss. I-2691, p. 62.

karaktär. Rättigheterna var från början främst utformade för dem som ekonomiskt bidrog till den inre marknadens funktion. Det faktum att unionsmedborgarskapet medför klart uttalade rättigheter talar för att gemenskapsrätten fått starkare uttalade inslag av social egenart.

4.2.3 Familjemedlemmar till unionsmedborgare och ekonomiska aktörer

De gemenskapsrättsliga rättssubjektens familjemedlemmar kan komma att åtnjuta de EG-rättsliga rättigheterna till fri rörlighet i sin egenskap av familjemedlemmar. De härleder nämligen rättigheter från sina närstående EG-rättsliga subjekt. Detta innebär att familjemedlemmarna som personer inte i sig själva behöver vara ekonomiska aktörer för att omfattas av rättstillämpningen. De behöver inte ens vara medborgare i något av unionens medlemsländer. Den EG-rättsliga lagstiftningen för familjemedlemmar är generös. Detta eftersom att exempelvis en migrerande arbetstagare kan komma att avskräckas från att aktivt bidra till den inre marknaden om han inte tillåts ta med sig sin familj.

Familjemedlemmarnas rättigheter regleras av sekundärrätten. Det är också på detta område som vi finner de tydligaste fallen av omvänd diskriminering. De personer, som inte omfattas av gemenskapsrätten, har inte de gemenskapsrättsliga möjligheterna till att förenas med in familj. Medlemsstatens egna medborgare kan således komma att gå miste om dessa möjligheter i sitt eget medlemsland vid en motsvarande situation.

Artikel 10 i förordning 1612/68 stadgar att varje arbetstagare får ta med sig sin make eller maka samt barn under 21.⁵² Barn som är 21 år fyllda kan åtnjuta samma rättighet som de ovan nämnda om deras försörjning är beroende av föräldrarnas stöd. Arbetstagarens eller arbetstagarens makes/makas föräldrar kan även beviljas tillstånd att bosätta sig i värdlandet om de är beroende av arbetstagaren för sin försörjning.⁵³ Övriga familjemedlemmar, som är beroende av arbetstagaren eller som i hemlandet ingår i samma hushåll har också rätt att bosätta sig i det aktuella medlemslandet.⁵⁴

År 2004 antogs ett direktiv som gällde unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt till fri rörlighet inom den Europeiska Unionens medlemsstaters territorier.⁵⁵ Direktivet stadgar bland annat att unionsmedborgarna skall ha rätt till att röra sig fritt inom unionen

⁵² Rådets förordning(EEG) nr 1612/68, art 10, § 1a.

⁵³ Ibid, art 10, § 1b.

⁵⁴ Ibid, art 10, § 2.

⁵⁵ Europaparlamentets och Rådets Direktiv, Direktiv 2004/58/EG; *Om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.*

tillsammans med eventuella familjemedlemmar.⁵⁶ Denna regel gäller, även den, oavsett vilken nationalitet familjemedlemmen har. Definition av familjemedlem ges en vidare definition i detta direktiv, där även registrerade partners innefattas, förutsatt att den mottagande medlemsstaten behandlar sådana som likställda med äktenskap.⁵⁷

Familjemedlemmarna till gemenskapsrättsliga subjekt har i princip samma rättigheter som de huvudsakliga rättssubjekten. Arbetstagarens make/maka och samt dennas barn har exempelvis rätt att söka anställning och utnyttja landets utbildningsväsen, vilket även innefattar rätten till studiebidrag och studielån.⁵⁸ Deras rättigheter innefattar även rätt till samma sociala och skattemässiga förmåner som de nationella arbetstagarna. Familjemedlemmarnas rättigheter är dock helt beroende av arbetstagarens.⁵⁹ Om det inte finns någon ursprunglig innehavare av rättigheter, så finns det heller ingen möjlighet för familjemedlemmarna att åtnjuta gemenskapsrättsliga rättigheter.

4.3 EG-domstolens rättspraxis- exempel på omvänd diskriminering

4.3.1 Ekonomiska aktörer

Ekonomiska aktörer kan falla offer för omvänd diskriminering om de befinner sig i en intern situation och därför inte kan åtnjuta de individuella rättigheter som gemenskapsrätten tillskriver sina rättssubjekt. Omvänd diskriminering uppstår emellertid endast om de motsvarande nationella reglerna inte tillskriver individen samma rättigheter.

Rättsfallet *R. mot Saunders*,⁶⁰ behandlade EG-rättens tillämpning på interna förhållanden. Fallet handlade om en brittisk medborgare, Saunders, som i ett tidigare skede hade förklarats skyldig till stöld. Hon hade då accepterat en förpliktelse att vistas i Nordirland och inte återvända till Wales under en tidsperiod om tre år. Denna skyldighet bröt hon mot. Court Crown i Bristol begärde därför ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Den nationella domstolen hade bla frågor om tolkningen av nuvarande artikel 39 i EG-fördraget. Den brittiska domstolen undrade om Saunders kunde komma att omfattas av EG-rättens tillämpningsområde som gäller fri rörlighet av personer, så som den är uttalad i nuvarande artikel 39. EG-domstolen ansåg att detta straffrättsliga förfarande, som hade företagits av den nationella domstolen och som baserade sig på nationell rätt, var att betrakta som en ren

⁵⁶ Ibid. § 1 och 5.

⁵⁷ Direktiv 2004/38/EG, § 5.

⁵⁸ Förordning 1612/68, art 11-12.

⁵⁹ Mål 267/83, *Aissatou Diatta mot Land Berlin*, ECR[1985], s. 567, p. 19.

⁶⁰ Mål 175/78, *R. mot Saunders*, ECR[1979], s. 1129.

intern åtgärd. EG-rätten var därför inte tillämplig. Saunders kunde alltså inte använda sig av de rättigheter som stipulerats i Romfördragets artikel 39. EG-domstolen påpekade, i samma rättsfall, att den gemenskapsrättsliga rättigheten i artikel 39 kan leda till att medlemsstaternas nationella lagstiftningar kompletteras.⁶¹ På så sätt kan de nationella medborgarna komma att åtnjuta samma rättigheter som de, som omfattas av artikeln.

I rättsfallet Saunders finner man, enligt mig, den mest klassiska av EG-domstolens tolkningar av artikel 39, EG-fördraget. Det anses inte vara upp till Gemenskapen, eller i varje fall inte upp till EG-domstolen, att stävja diskriminering, som uppkommer på det nationella planet och som saknar anknytning till EG-rätten. Detta är en nationell angelägenhet, anser EG-domstolen.

EG-domstolens tolkning av begreppet intern situation är av avgörande betydelse för när omvänd diskriminering kan tänkas uppstå. Det finns fall, där medlemsstaternas egna medborgare, som befinner sig i till synes helt interna situationer, har ansetts omfattas av de gemenskapsrättsliga reglerna om fri rörlighet för personer. I dessa fall finns det dock alltid någon form av gränsöverskridande faktor som genererar den EG-rättsliga tillämpningen. Detta synsätt exemplifieras i rättsfallet Terhoeve⁶², där en arbetstagare ansågs omfattas av artikel 39 gentemot sin egen medlemsstat. I domen stadgades följande: ”Bestämmelser genom vilka en medborgare i sin egen medlemsstat hindras eller avskräcks från att lämna sitt hemland för att utöva sin rätt till fri rörlighet utgör således hinder för denna frihet, även om de tillämpas oberoende av den berörda arbetstagarens nationalitet”⁶³. Terhoeve hade varit anställd i en annan medlemsstat innan han återvände till den, i vilken han var medborgare. Därför ansåg EG-domstolen att Terhoeve omfattades av gemenskapsrätten och att diskriminering inte var tillåten.

I rättsfallet Knoors⁶⁴ utvecklar EG-domstolen resonemanget. Rättsfallet behandlade den etableringsfrihet som stadgas i EG-fördragets artikel 43 och som säger att inskränkningar i rätten för medborgare i en medlemsstat att etablera sig på annan medlemsstats territorium skall förbjudas. Knoors var en nederländsk medborgare som hade bott och skaffat sig ett yrke som rörmokare i Belgien. Han hade arbetat som rörmokare i Belgien under en längre tidsperiod. Han ansökte nu om att få arbeta som rörmokare i Nederländerna. Den nederländska regeringen ansåg att Knoors inte kunde förlita sig på det speciella direktiv, direktiv 64/427, som rörde den fria etableringsrätten. Knoors uppfyllde i princip alla de villkor som direktivet uppställde. De nederländska myndigheterna ansåg likväl att Knoors som medborgare i Nederländerna inte kunde förlita sig på direktivet eftersom han då kunde kringgå de legitima nationella föreskrifterna. EG-domstolen svarade dock, i en begäran om ett förhandsavgörande, att artikel 43 i

⁶¹ Mål 175/78, *R. mot Saunders*, ECR [1979], s. 1129, punkt 10.

⁶² Mål C-18/95, *F.C Terhoeve mot Inspecteur der Belastingdienst/Onderneming Amsterdam*, REG[1999], s. I-345.

⁶³ Mål C-18/95, *Terhoeve*, REG[1999] s. I-345, punkt 39.

⁶⁴ Mål 115/78, *J. Knoors mot Statssekreteraren vid ekonomiministeriet*, ECR[1979], s. 399.

Romfördraget inte kunde tolkas så att en medborgare från ett av unionens medlemsländer inte omfattas av den fria etableringsrätten, då han återvänder till sitt ursprungsland efter att ha varit bosatt i ett annat medlemsland. Hans situation liknade ju mycket en belgares rätt att etablera sig och utöva sitt yrke i Nederländerna. Knoors omfattades således av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Domstolen menade emellertid på att det ibland kan vara befogat för medlemsstaterna att hindra vissa av sina medborgare från att missbruka de möjligheter som fördraget skapat. Meningen med fördraget är inte att medborgarna skall kunna undandra sig tillämpningen av de nationella bestämmelserna om exempelvis yrkesutbildning.

Knoors hade aktiverat sin EG-rättsliga status på så sätt att han kunde jämföras med de rättssubjekt som normalt faller inom fördragets tillämpningsområde. Fallets omständigheter involverade ett gränsöverskridande element. Medlemsstaterna tillåts alltså inte diskriminera sina egna medborgare i de situationer där det finns ett tillräckligt gemenskapsrättsligt samband. En gränsöverskridande aktivitet är dock inte alltid tillräcklig för att generera EG-rättslig tillämpning.

Fallet Auer⁶⁵ gällde en fransk medborgare, som erhållit sin veterinärexamen i Italien. Han nekades tillstånd till att utöva veterinäryrket i Frankrike. Här saknades, vid tidpunkten för EG-domstolens avgörande i frågan, något direktiv som påvisade att en Italiensk examen var att likställa med en fransk. EG-domstolen ansåg därför att detta var ett internt förhållande som skulle avgöras av den nationella rätten. Artikel 43 var inte tillämplig på Auer.

Ett gällande direktiv verkar påverka EG-domstolens bedömning av vad som karakteriserar en intern situation. Auer hade som fransk medborgare studerat i Italien. Han hade således företagit en sorts gränsöverskridande aktivitet. Det fanns dock inget gemenskapsrättsligt direktiv, vari hans situation behandlades. Därför ansåg EG-domstolen att Auer inte omfattades av EG-rätten. Det gemenskapsrättsliga sambandet var inte tillräckligt för att Auer skulle omfattas av Gemenskapsrätten. I en dylik situation är omvänd diskriminering således tillåten. I rättsfallet Knoors fanns den aktuella situationen reglerad i ett direktiv. Det kan vara av intresse att fundera över huruvida det var direktiv 64/427 eller artikel 43 som var avgörande för att Knoors skulle omfattas av gemenskapsrätten. Det resonemang som domstolen förde i Auer tyder på att ett gällande direktiv påverkar tolkningen av fördragets artiklar, som, i sin tur, bestämmer gemenskapsrättens tillämpningsområde.

⁶⁵ Mål 136/78, *Vincent Rodolphe Auer mot Åklagarmyndigheten*, ECR[1979], s. 437.

4.3.2 Unionsmedborgare

I rättsfallet Uecker och Jacquet stipulerade EG-domstolen att unionsmedborgarskapet inte har till syfte att utvidga fördragets tillämpningsområde till att avse interna förhållanden utan någon anknytning till gemenskapsrätten.⁶⁶ Den diskriminering som medborgarna i en medlemsstat kan bli föremål för skall lösas inom ramen för det inhemska rättssystemet. Unionsmedborgarskapet ställer således inte upp några hinder för medlemsstaternas diskriminering av sina egna medborgare.

4.3.3 Familjemedlemmar till ekonomiska aktörer och unionsmedborgare

Rättsfallet Morson och Jhanjan⁶⁷ behandlade frågan om gemenskapsrättens omfattning i förhållande till familjemedlemmar. Morson och Jhanjan ville bosätta sig i Nederländerna med sin dotter respektive sina söner. De var medborgare i Surinam och beroende av sina barn för sin försörjning. Deras barn var anställda i Nederländerna och hade aldrig utnyttjat sin rätt till fri rörlighet. EG-domstolen anförde att detta var att betrakta som en intern situation som inte omfattades av gemenskapsrätten. I domskälen påpekades att de gemenskapsrättsliga reglerna, som gäller den fria rörligheten för personer, har som syfte att underlätta genomförandet av den gemensamma marknaden. Morson och Jhanjan ansågs inte bidra till detta.

Fenomenet omvänd diskriminering får de mest betydande konsekvenserna för familjemedlemmarna till de arbetstagare och unionsmedborgare som inte betraktas som gemenskapsrättsliga subjekt. Dessa familjemedlemmar har ingen möjlighet att bosätta sig i den aktuella medlemsstaten om inte nationella regler tillåter det. Detta ter sig paradoxalt på grund av att det är familjemedlemmarna till medlemsstatens egna medborgare som blir lidande. Morson och Jhanjan kunde inte förlita sig på Europarätten, eftersom deras barn inte omfattades av rättssystemet. Om barnen skulle ha varit bosatta i en annan av unionens medlemsstater, så skulle Morson och Jhanjan med största sannolikhet haft rätt att migrera. EG-domstolen följde här sitt resonemang i rättsfallet Saunders och vidhöll att varken artikel 12 eller artikel 39 kan tillämpas i dylika fall.

EG-domstolen har poängterat att personer som använt sig av sin rätt till fri rörlighet, genom att migrera till ett annat medlemsland, bibehåller sin status som gemenskapsrättsligt subjekt, när de kommer tillbaka till sitt hemland. Deras familjemedlemmar åtnjuter i dessa fall de deriverade rättigheterna. I dessa situationer är omvänd diskriminering inte tillåtet. Detta är att jämföra

⁶⁶ Mål C-64/96 och C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen mot Kari Uecker och Vera Jacquet mot Land Nordrhein-Westfalen*, ECR[1997], ss. I-3171, p. 23.

⁶⁷ Mål 35 & 36/82, *Morson & Jhanjan mot Nederländerna*, ECR[1982], s. 3723.

med EG-domstolens domslut i rättsfallet Knoors; ett tillräckligt gemenskapsrättsligt samband kan generera EG-rättslig tillämpning.

EG-domstolens avgörande i rättsfallet Singh⁶⁸ behandlade frågan huruvida en brittisk medborgare som varit gift med en Indisk medborgare, Surinder Singh, och som hade arbetat i Tyskland, hade rätt att återvända med sin make till Storbritannien. Den huvudsakliga rättsfrågan som EG-domstolen hade att avgöra var således om den brittiska medborgaren omfattades av de gemenskapsrättsliga reglerna om fri rörlighet för personer när denna återvände till sitt hemland. Om detta var fallet skulle ju Singh också omfattas av Europa rättens tillämpningsområde i sin egenskap av make. Domstolen ansåg att en person skulle kunna avskräckas från att utnyttja sin rätt till fri rörlighet om denna inte åtnjöt åtminstone liknande rättigheter som en ekonomisk aktör gör i värdlandet, då han/hon återvände till sitt ursprungsland. Om inte personen ifråga kunde räkna med att hans familjemedlemmar hade vissa rättigheter vid återvändandet, skulle denna aspekt kunna utgöra ytterligare hinder för personen att arbeta i ett annat medlemsland. Därför måste Singh omfattas av den EG-rättsliga regleringen.

Målet Akrich⁶⁹ gällde en marockansk medborgare som utvisats från brittiskt territorium vid ett flertal tillfällen. Han hade gift sig med en brittisk medborgare, Helene Akrich. Då han olagligen uppehållit sig i Förenade kungariket begärde han i augusti 1997 att få bli utvisad till Irland, eftersom hans hustru numera arbetade och bodde där. Detta skedde också. I januari 1998 begärde Hacene Akrich att hans utvisningsbeslut skulle upphävas, varpå han månaden efter ansökte om inresetillstånd till Förenade kungariket i sin egenskap av make till Helene Akrich enligt gemenskapsrättens regler. De nationella myndigheterna avvisade dock ansökan på basen av att dessa ansåg att makarna Akrich hade utnyttjat vetskapen om utgången i Singh domen för att kunna återvända lagligt till det Förenade kungariket och på detta sätt kunna kringgå den nationella lagstiftningen. Helene Akrich hade erkänt att hon upplysts om denna möjlighet av solicitors samt andra personer i liknande situationer. Frågan hänsköts till EG-domstolen genom begäran om förhandsavgörande. I EG-domstolens dom stadgades att personer måste uppehålla sig lagligt i det medlemsland, som de reser ut från för att kunna förlita sig på reglerna om fri rörlighet när de återvänder. Domen fastställer dock ytterligare att det inte spelar någon roll att man utnyttjar sin rätt till fri rörlighet för att generera den gemenskapsrättslig tillämpning, så länge som det rör sig om, som i detta fall, ett genuint äktenskap.

⁶⁸ Mål C-370/90, *R. mot Immigration Appeal Tribunal och Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department*, ECR[1992], ss. I-4265.

⁶⁹ Mål C-109/01, *Secretary of State for the Home Department mot Hacene F Akrich*, ECR[2003], ss. I-5659.

4.4 Sammanfattande Kommentar

Omvänd diskriminering uppkommer som en konsekvens av att EG-domstolen har tolkat fördragets mål och uppgifter som att dessa inte syftar till att reglera inomstatliga skeenden.

Fenomenet uppstår i rent interna situationer där de gemenskapsrättsliga rättigheterna är mer fördelaktiga för individen än de nationella reglerna. I dessa situationer är inte EG-rättens grundprincip om förbud mot diskriminering på nationell grund tillämplig. Gemenskapsrätten reglerar rättigheter för ekonomiska aktörer, unionsmedborgare samt för familjemedlemmar. Dessa får inte diskrimineras i de värdland som de valt att uppehålla sig i.

EG-domstolens rättspraxis har klargjort de situationer där omvänt diskriminering är tillåten. Medlemsstaterna tillåts inte diskriminera sina egna medborgare där det finns ett tillräckligt gemenskapsrättsligt samband. Ett tillräckligt gemenskapsrättsligt samband har ansetts föreligga om rättssubjektet har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet och det dessutom finns ett direktiv som reglerar situationen. Det spelar, i dessa fall, ingen roll att man utnyttjat sin rätt till fri rörlighet med motivet att generera den EG-rättsliga tillämpningen. Detta gäller så länge som omständigheterna i sig är genuina.

5 Analys

5.1 Inledande Presentation

Detta kapitel kommer att behandla min syn på hur det gemenskapsrättsliga fenomenet påverkar den Europeiska Unionens konstruktion. Uppsatsens huvudsakliga frågeställningar kommer att diskuteras. Vad innebär det, från ett medborgarperspektiv, att det finns en auktoritet som sätter nationens lagar i gungning och som direkt påverkar den enskilda individen? Borde den omvända diskrimineringen stävjas och i så fall av vem? Är den Europeiska Unionen en konstitutionell företeelse som är självständig i förhållande till medlemsstaterna och som har ett direkt förhållande till de europeiska individerna?

5.2 Omvänd diskriminering och frågan om EU:s konstitutionella status

5.2.1 EG- domstolen - konstitutionell EG men imperfekt

EG-domstolen anser att gemenskapsrätten är att betrakta som en rättsordning *sui generis*, dvs av sitt eget slag. Denna nya rättsordning genererar individuella rättigheter.

EG-domstolen har emellertid stipulerat att omvänd diskriminering inte faller under fördragets tillämpningsområde. I rättsfallet *Uecker och Jacquet* sade EG-domstolen exempelvis att reglerna om unionsmedborgarskapet inte har som syfte att utvidga gemenskapsrätten till att innefatta inomstatliga skeenden. I rättsfallet *Saunders* hävdade samma domstol att omvänd diskriminering inte är ett gemenskapsrättsligt problem, fenomenet skall hanteras på statlig nivå. I rättspraxis har framkommit att EG-domstolen anser det vara nödvändigt för medlemsstaterna att, i vissa fall, komplettera den nationella lagstiftningen så att denna överrensstämmer med den gemenskapsrättsliga regleringen. *Ergo*; EG- domstolen anser att medlemsstaterna skall komplettera de nationella rättssystemen så att individer i samma situation skall lyda under samma regler.

Jag anser att den argumentation som EG-domstolen för att rättfärdiga sitt förhållningssätt till interna situationer och omvänd diskriminering är ett

argument för att den gemenskapsrättsliga rättsordningen inte är att betrakta som en konstitutionell företeelse. Detta oaktat så menar jag likväl att EG-domstolen har jurisdiktion att tolka fördraget konstitutionellt, men denna har valt att inte göra det. Mitt ställningstagande grundar sig i att domstolen i sin rättspraxis har tolkat fördraget så att gemenskapsrättens karaktär förändrats. Rättsfallen *Knors*, *Singh* och *Akrich* visar ytterligare på att domstolen har närmat sig de tillsynes interna situationerna. Detta genom att applicera gemenskapsrätten på interna omständigheter som kännetecknas av någon form av mellanstatligt element. I rättsfallet *Singh* hade exempelvis huvudpersonen aktiverat sin rätt till fri rörlighet genom att arbeta i annat medlemsland än sitt eget. Då hon sedan återvände till sitt hemland ansågs hon omfattas av gemenskapsrätten. Det är på grund av detta inte omöjligt att tänka sig att EG-domstolen skulle kunna innefatta rent interna situationer i sin tillämpning.

5.2.2 Mellanstatlig EG – individers rättigheter är accessoriska till staternas

Wyatt anser att den Europeiska Unionens rättsordning är att betrakta som ett internationellt fördrag. Han argumenterar för att internationella fördrag kan tillskriva individer rättigheter. Omvänd diskriminering kan i ljuset av detta anses vara ett helt normalt fenomen, det är en konsekvens av ett folkrättsligt förhållande. Wyatt avvisar tanken om att den Europeiska Unionen skulle vara att betrakta som en konstitutionell företeelse. Han håller inte heller med om att gemenskapsrätten är att betrakta som en rättsordning av sitt eget slag – som EG-domstolen argumenterar för.

Min personliga uppfattning har alltid varit att den europeiska rättsordningen är av mer ingripande karaktär än vad som är brukligt för ett internationellt fördrag. Wyatt jämför de individuella rättigheterna som EG-fördraget genererar med de rättigheter som Warszawa konventionen bidrar med. Warszawa konventionen reglerar individuella rättigheter beträffande rese gods. EG har en betydligt mer utvecklad institutionell struktur med egen normgivningsmakt. De gemenskapsrättsliga rättigheterna reglerar bland annat familjelivet. Om en person inte omfattas av gemenskapsrätten kan hans möjlighet till att återförenas med sin familj uteslutas. Familjemedlemmarnas möjlighet till att, i en av unionens medlemsstater, lyfta socialt understöd kan också vara beroende av huruvida gemenskapsrätten är tillämplig på dessa. Min åsikt är därför att de individuella rättigheterna som EG-fördraget konstruerar är av en mer ingripande karaktär än vad som är brukligt för internationella fördrag.

Det faktum att medlemsstaterna tillåts diskriminera sina egna medborgare passar likväl bäst ihop med det synsätt som Wyatt företräder. Omvänd diskriminering är ett mellanstatligt karaktärsdrag. Detta underminerar den

konstitutionella innebörden av de individuella rättigheter som gemenskapsrätten genererar.

5.2.3 En "equal protection" klausul för EU?

Mancini menar att EG-domstolen ser det som sin uppgift att skapa en konstitution för Europa. Han påstår att de grundläggande förutsättningarna för en europeisk konstitution redan existerar. Detta är jag benägen till att hålla med om. Jag anser emellertid att en regel liknande det fjortonde tillägget i den amerikanska konstitutionen är nödvändig för att kalla en rättsordning för en konstitution. Den Europeiska Unionen befinner sig nu ungefär i samma tillstånd som Förenta Staterna gjorde innan det fjortonde tillägget infördes i dess konstitution. Innan regeln fanns i den amerikanska konstitutionen, så var det möjligt för de enskilda staterna att ignorera konstitutionens rättighetskatalog då de lagstiftade. Detta innebar i princip att de individuella rättigheterna inte hade någon riktig genomslagskraft. Min åsikt är att en av konstitutionens främsta uppgifter är att skydda individuella rättigheter genom att begränsa representanternas makt. Jag anser därför att den Europeiska Unionen karakteriseras av konstitutionella drag. Den är emellertid inte ännu att betrakta som en konstitutionell företeelse eftersom de individuella rättigheterna fortfarande kan begränsas på medlemsstatsnivå.

5.2.4 Kommentar

Min uppfattning är att EG-rätten ännu inte är någon fullt utvecklad konstitution. För att detta skulle vara ett faktum, så skulle en regel liknande det fjortonde tillägget i den amerikanska konstitutionen behöva tillkomma. Jag anser emellertid inte heller att gemenskapsrätten är ett internationellt fördrag. De mål och uppgifter som uppställs i den gemenskrättsliga lagstiftningen är av alltför ingripande karaktär för att detta skall vara fallet. Det ter sig som om utvecklingen går mot att skapa en konstitution för Europa. Detta sker främst genom EG-domstolens rättspraxis. Omvänd diskriminering är emellertid beviset för att Europa ännu inte har någon fullfjädrad konstitution. EU är ingen konstitutionell företeelse som är helt självständig i förhållande till medlemsstaterna så länge som dessa tillåts utöva omvänd diskriminering. Medlemsstaterna har fortfarande makt i de interna situationerna. Gemenskapsrätten reglerar inte rättigheter i dylika situationer.

5.3 Vad innebär det, från ett medborgarperspektiv, att det finns en auktoritet som sätter statens lagar i gungning och som direkt påverkar den enskilda individen?

Den omvända diskrimineringen kan få betydande konsekvenser för den enskilda. Familjemedlemmar till rättssubjekt som befinner sig i en intern situation kan exempelvis inte förlita sig på att alla de nationella rättigheterna avseende sociala understöd tillfaller dem, som i princip skulle ha varit fallet om gemenskapsrätten var tillämplig på interna förhållanden. Familjemedlemmar till migrerade unionsmedborgare, samt till migrerade ekonomiska aktörer, kan däremot räkna med att de har rätt till, i princip, samma sociala understöd som de nationella medborgarna. Från ett medborgarperspektiv kan detta tyckas underligt. Detta kan nämligen tolkas som att det nationella medborgarskapet i den egna staten medför färre rättigheter än vad som är förunnat dem som betraktas som gemenskapsrättsliga subjekt.

Medborgare har historiskt sett varit privilegierade jämfört med icke medborgare. Dagens Europa visar dock på att det finns en auktoritet, annan än den statliga, som påverkar den enskilda individen. Medborgarna i den Europeiska Unionens Medlemsstater åtnjuter inte rättigheter i samma utsträckning. Deras rättigheter är beroende av det rättssystem som de omfattas av. Omvänd diskriminering är ett tecken på denna ojämna rättighetsfördelning. Medlemsstaternas egna medborgare kan inte längre förlita sig på att deras respektive stater tillhandahåller de generösaste rättigheterna. Vad innebär det då, för den enskilda individen, att det finns en auktoritet, annan än den statliga, som påverkar rättighetsfördelningen?

5.3.1 EG-domstolen- gemenskapsrätten är en rättsordning av sitt eget slag som riktar sig både till medlemsstaterna och till deras medborgare

EG-domstolen hävdar att gemenskapsrätten är en rättsordning *sui generis*. Domstolen argumenterar att denna riktar sig både till medlemsstaterna och till de enskilda individerna. Medborgarna står i en direkt förbindelse med gemenskapsrätten. Detta eftersom att den Europeiska Unionens mål och uppgifter, direkt berör den enskilda individen. Individen spelar en central roll för den inre marknadens funktion.

Den gemenskapsrättsliga påverkan på medlemsstaternas medborgare kan sägas vara ett resultat av gemenskapsrättens utformning som en rättsordning av sitt eget slag. Man torde kunna tolka EG-domstolen som att de rättigheter som gemenskapsrätten genererar är självständiga på grund av att de inte kunnat skapas av medlemsstaterna var för sig. Medlemsstaterna har nämligen skapat ett Europa med egna institutioner som innehar normgivningsmakt. Medborgarna i EG-domstolens Europa åtnjuter därför rättigheter från två olika håll. De gemenskapsrättsliga rättigheterna är emellertid varken att betrakta som folkrättsliga eller som konstitutionella i traditionell bemärkelse eftersom EU inte är en stat. De individuella rättigheterna är nödvändiga för att unionens mål skall kunna uppfyllas.

5.3.2 Wyatt- gemenskapsrättens individuella rättigheter skall ses som en normal företeelse för ett internationellt fördrag

Wyatts suveränitetsteori behandlar främst förhållandet mellan den Europeiska Unionen och dess medlemsstater. De individuella rättigheterna uppstår till följd av medlemsstaternas fördragsskyldigheter. Jag skulle därför vilja påstå att Wyatt anser att det fortfarande är medlemsstaternas union. Det faktum att Europarätten tillskriver individerna vissa rättigheter på ett sådant sätt att omvänd diskriminering kan uppkomma är ingenting anmärkningsvärt. Det är medlemsstaterna som står i samröre med varandra genom EU:s institutioner. Det är igenom medlemsstaterna som de gemenskapsrättsliga rättigheterna på området fri rörlighet för personer uppkommer.

Det är medlemsstaterna som har den egentliga makten över gemenskapsrätten, menar Wyatt. Europarätten bygger på ett internationellt avtal. Internationella fördrag interfererar inte med de avtalslutande staternas suveränitet. Den gemenskapsrättsliga auktoriteten måste därför indirekt innehas av medlemsstaterna. Detta kan inte anses ha någon direkt betydelse för de enskilda medborgarna. Den gemenskapsrättsliga auktoriteten är att likställa med den statliga. Enligt Wyatts teori kommer följaktligen de gemenskapsrättsliga rättigheterna egentligen från de enskilda staterna.

5.3.3 Mancini- de gemenskapsrättsliga rättigheterna är ett tecken på att EU är en konstitutionell företeelse

Den teori som menar att EU är konstitutionellt och som i denna uppsats företräds av Mancini, tar direkt fasta på förhållandet mellan den Europeiska Unionen och de enskilda individerna. Mancini menar bland annat på att EG-

domstolen i sin rättspraxis har skapat en typ av europeiskt medborgarskap. Detta tillsammans med det skydd för de grundläggande rättigheterna, som utvecklats i gemenskapsrättslig rättspraxis, talar för att EG-domstolen har givit de europeiska fördragen en konstitutionell karaktär, anser Mancini. Jag anser därför att man kan tolka Mancinis teori som att det är medlemsstaternas medborgare som har den närmaste relationen till den Europeiska Unionen, inte medlemsstaterna, som Wyatt hävdar. Det faktum att gemenskapsrätten tillskriver individerna rättigheter medför att gemenskapsrätten är att betrakta som en konstitutionell ordning för medlemsstaternas medborgare.

5.3.3.1 Betydelsen av Mancinis europeiska medborgarskap

De för gemenskapsrätten relevanta karaktärsdrag, som Mancini tar fasta på, är att betrakta som konstitutionella. Det europeiska medborgarskap, som han hävdar att EG-domstolen har instiftat, spelar en väsentlig roll för den slutsats som han kommer fram till. Om den Europeiska Unionen är att betrakta som en konstitutionell företeelse, som Mancini hävdar, torde de enskilda individernas europeiska medborgarskap vara att betrakta som en mycket viktig rättighet.

Att vara medborgare i en sammanslutning konstituerar trygghet i form av rättighetsskydd. Medborgarskapet tyder dessutom på att sammanslutningen är att betrakta som självständig, anser jag. Man torde inte kunna vara medborgare i en folkrättslig sammanslutning. Det skulle interferera med den statliga suveräniteten eftersom individer saknar traktatbehörighet. Dagens unionsmedborgarskap är av en ovanlig konstruktion, anser jag. Mancini ser detta som ett bevis för att EU vilar på någon form av konstitutionell grund, emedan jag skulle vilja framhålla det europeiska medborgarskapets begränsningar. Omvänd diskriminering är en indikation på att dagens unions medborgarskap inte garanterar individen de gemenskapsrättsliga rättigheterna. Min åsikt är därför att dagens europeiska medborgarskap inte medför att gemenskapsrätten är en fullfjädrad konstitution.

5.3.4 Kommentar

Det faktum att EG-rätten konstituerar individuella rättigheter tyder, enligt mig, på att rättsordningen innehåller konstitutionella karaktärsdrag. Min åsikt är att konstitutionens viktigaste uppgift är att skydda och tillvarata individernas intressen. Omvänd diskriminering är emellertid ett bevis på att de konstitutionella karaktärsdragen inte är genomslående. Rättigheterna kan begränsas av medlemsstaterna.

Jag anser att det finns en gemenskapsrättslig auktoritet. Med detta vill jag säga att det finns rättigheter som uppstår på det gemenskapsrättsliga planet. Detta är, enligt mig en konsekvens av EG-domstolens tolkning av fördraget. Medlemsstaterna har inte sådan makt över Europarätten att de indirekt producerar de individuella rättigheterna. Jag hävdar att de gemenskapsrättsliga rättigheterna, i sitt begränsade omfång är självständiga. Wyatts teori baserar sig, enligt min uppfattning, på att medlemsstaterna fortfarande är att betrakta som suveräna. De har den huvudsakliga makten över EG-rättens utformning. Detta håller inte jag med om. Min ståndpunkt ligger närmare den teori som Mancini utformat. De individuella rättigheterna är till en viss grad självständiga eftersom att det finns ett lodrätt rättighetsförhållande mellan EU och de enskilda individerna. De europeiska medborgarna påverkas huvudsakligen av hur EG-domstolen tolkar gemenskapsrätten, inte av medlemsstaternas ursprungliga fördragsskyldigheter.

Omvänd diskriminering är ett bevis för att de individuella rättigheterna, i vissa fall, kan begränsas av medlemsstaternas nationella lagstiftning. De gemenskapsrättsliga rättigheterna kan därför inte anses vara självständiga i alla situationer. Interna situationer utesluts från den gemenskapsrättsliga tillämpningen. I dessa fall påverkar inte gemenskapsrätten den nationella medborgaren. Detta visas i rättsfall såsom Morson och Jhanjan. Jag hävdar därför att Mancinis teori inte är fullt övertygande. Jag håller visserligen med honom att EG-rätten har vissa självständiga, konstitutionella karaktärsdrag. Dessa är emellertid inte heltäckande. I interna situationer har medlemsstaterna fortfarande suveränitet. EG-rätten saknar en regler liknande det fjortonde tillägget i den amerikanska konstitutionen. Om sådan skulle finnas så skulle de gemenskapsrättsliga rättigheterna, enligt mitt tycke, vara att betrakta som renodlat konstitutionella. Individerna skulle då snarare vara medborgare i Europa än i sina medlemsstater. Mancinis europeiska medborgarskap skulle vara applicerbart i alla situationer.

Medborgarna står, på grund av de i EG-rätten givna rättigheterna, i direkt förbindelse med unionen, menar EG-domstolen. Det är därför som gemenskapsrätten genererar individuella rättigheter i EG-rättsliga situationer. Jag är fullt enig med Mancini då denna hävdar att EG-domstolen har unionens öde i sin hand. Domstolen kan forma EG-rätten på medlemsstaternas bekostnad så länge detta sker för att tillvarata individers rättigheter. Det är därför, enligt min uppfattning, EG-domstolen som bestämmer vad det innebär, från ett medborgarperspektiv, att det finns en auktoritet som sätter de nationella lagarna i gungning och som direkt påverkar den enskilda individen. I dagens läge skall detta varken ges en konstitutionell eller en folkrättslig innebörd, enligt EG-domstolens synsätt. Framtiden kan se annorlunda ut. Jag gissar på att de individuella rättigheterna som gemenskapsrätten reglerar, med tiden, kommer att få en mer renodlad konstitutionell innebörd. Detta skulle innebära att en gemenskapsrättslig regel liknande det fjortonde tillägget i den amerikanska konstitutionen utvecklades.

5.4 Borde den omvända diskrimineringen stävjas och i så fall av vem?

5.4.1 Borde den omvända diskrimineringen stävjas?

Jag anser att diskriminering inte endast utgör ett hot mot den individ som utsatts för diskrimineringen utan även mot samhället i stort. Att tillåta diskriminering är att förneka individens lika värde gentemot andra individer. Detta resulterar i en dubbel negativ effekt; individen förnekas dels en rättighet, dels ett lika värde, vilket är att betrakta som en direkt kränkning av personens identitet. Diskriminering kan få allvarliga konsekvenser då det att det finns ett orsakssamband mellan diskriminering och t ex utanförskap, uteslutning och radikalisering.

Nuvarande artikel 12, EG, det allmänna diskrimineringsförbudet, har inte ansetts utgöra något hinder mot att medlemsstaterna diskriminerar sina egna medborgare. Familjemedlemmar till medlemsstaternas egna medborgare har inte ansetts kunna använda sig av de gemenskapsrättsliga rättigheterna i interna situationer. EG-domstolens rättspraxis visar på detta. Ett system som tillåter omvänd diskriminering riskerar att konstituera ett samhälle bestående av A och B medborgare. Medlemsstaternas egna medborgare är då dem som åtnjuter färre rättigheter. Detta rimmar illa med suveränitetsprincipen.

En gemenskapsrätt som innefattade även interna situationer skulle innebära att alla lagliga rättssubjekt inom medlemsstaternas territorier åtnjöt samma rättigheter. Alla skulle exempelvis ha rätt att återförenas med sin familj enligt de gemenskapsrättsliga reglerna. Alla familjemedlemmar, även de från tredje land, skulle beviljas rätt till samma sociala understöd som de nationella medborgarna. Tänkbart är då att ett tryck för att reglera socialpolitik på Europa nivå skulle uppstå. Detta skulle också tänkas innebära ökad belastning av medlemsländernas respektive ekonomier. Det skulle kunna medverka till att den europeiska levnadsstandarden sänktes. De sociala förmånerna som medlemsländerna idag erbjuder skulle kunna komma att avskaffas eller åtminstone förminska. Detta kan vara att betrakta som ett argument som talar för att den omvända diskrimineringen inte skall stävjas. Den inre marknaden skulle definitivt hämmas om medlemsstaternas privata ekonomi försämrades.

5.4.2 Vem skall stävja omvänd diskriminering?

Jag anser att den omvända diskrimineringen kan stävjas på två olika sätt. Medlemsstaterna kan utöka det nationella omfånget av de individuella rättigheterna så att dessa överensstämmer med de gemenskapsrättsliga

rättigheterna, vilket representerar Wyatt's metod. Detta skulle innebära att alla medlemsstaters medborgare hade samma rättigheter. Det skulle då inte uppkomma någon skillnad i behandling av exempelvis familjemedlemmar. En annan möjlighet är att EG-domstolen börjar tillämpa gemenskapsrätten även på helt interna situationer på området fri rörlighet för personer. Om man väljer att, liksom Wyatt, likställa gemenskapsrätten med ett internationellt fördrag, så torde det vara medlemsstaternas uppgift att stävja problemet omvänd diskriminering. Medlemsstaterna har den huvudsakliga makten över EG-rättens utformning. Om man däremot, liksom Mancini, betraktar gemenskapsrätten som en konstitutionell företeelse, så torde fenomenet omvänd diskriminering lättast stävjas på gemenskapsnivå.

I denna diskussion måste man ställa sig frågan om det är möjligt för EG-domstolen att stävja fenomenet. Har EG-domstolen jurisdiktion att reglera interna förhållanden? Är det ett gemenskapsrättsligt problem?

5.4.2.1 EG-domstolen-omvänd diskriminering är ett inomstatligt problem

EG-domstolen argumenterar för att det finns ett rättighetsförhållande mellan Gemenskapen och medlemsstaternas medborgare. Fördraget syftar till att reglera såväl mellanstatliga som individuella förhållanden. EG-domstolen anser sig dock inte vara rätt instans för att stävja den omvända diskrimineringen. Domstolen hävdar att omvänd diskriminering inte är att betrakta som diskriminering i den gemenskapsrättsliga betydelsen. Fenomenet träffas inte av det gemenskapsrättens allmänna förbud mot diskriminering på nationell grund eftersom omvänd diskriminering saknar betydelse för den inre marknadens funktion. EG-domstolen kan därför inte förbjuda medlemsstaterna att diskriminera sina egna medborgare. Detta skulle vara utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. EG-domstolen anser att ett annat förhållningssätt skulle påverka den inre marknadens funktion.

Det är inte alltför lätt att veta var gränsen för vad som utgör en intern situation går, anser jag. Det står klart, efter rättsfall som Singh och Akrich, att EG-domstolen har närmat sig till synes helt interna situationer genom att ta fasta på relevanta gemenskapsrättsliga egenskaper. Det är EG-domstolen som definierar dessa. Detta betyder att det är EG-domstolen som bestämmer i vilka situationer omvänd diskriminering tillåts uppkomma.

5.4.2.2 Doktrinen

Gaja anser att det är oförenligt med en union, som bygger på principen om icke diskriminering på nationell grund, att tillåta medlemsstaterna

diskriminera sina egna medborgare.⁷⁰ Vignes, Huth och Hochbaum menar, å andra sidan, att interna situationer inte skall omfattas av gemenskapsrätten.⁷¹ Hochbaum anser att det inte skulle vara förenligt med fördragets mål och uppgifter. Fördraget reglerar, enligt denna uppfattning, endast mellanstatliga förhållanden

Davies anser det inte vara helt omöjligt för EG-domstolen att, genom tolkning av sin egen jurisdiktion, utvidga fördragets tillämpningsområde till att innefatta interna situationer. O’Keeffe och Bavasso hävdar att artikel 12 är avsedd att skydda värden av mellanstatlig karaktär.⁷² Dessa anser därför att det inte rör sig om någon jurisdiktionsfråga.

Poiares Maduro tycker att tillämpningen av gemenskapsrätten är motsägelsefull.⁷³ Han menar att det inte går ihop att tillämpa ett rättssystem som är uppbyggt kring en inre, gränslös marknad på det sättet att rättigheterna görs beroende av nationella gränsöverskridningar. Omvänd diskriminering är ett gemenskapsrättsligt problem, anser vidare Poires Maduro. Han anser att EG-domstolen borde ålägga den nationella domstolen att pröva interna situationer med hjälp av gemenskapsrätten. På detta sätt kunde man komma till rätta med problemet omvänd diskriminering.

5.4.3 Kommentar

Det är ingen nyhet att EG-domstolen genom tolkning av sin egen jurisdiktion skapar ojämlikhet. Jag hävdar emellertid att det är lättare för domstolen att ignorera orättvisor som uppkommer på grund av att jurisdiktionen anses vara begränsad av medlemsstaterna. Detta är fallet med omvänd diskriminering. Problemet ligger inte utanför EG- domstolens jurisdiktion, det ligger på ett bekvämt avstånd för en redan arbetstyngd gemenskapsrättslig instans. Ett argument för att EG-domstolen skulle kunna innefatta interna situationer i sin tillämpning av gemenskapsrätten är att domstolen redan, till en viss gräns, gör det. Rättsfallen Knoors, Singh och Acrich är tydliga exempel på detta. Alla dessa fall rörde medborgares möjligheter att tillämpa EG-rätten mot sitt eget hemland. Dessa är, åtminstone i snäv bemärkelse, att betrakta som interna förhållanden. EG-domstolen konstaterar, i dessa fall, att det rör sig om interna förhållanden med mellanstatliga element och att det i sådana situationer är befogat att tillämpa gemenskapsrätten för att kunna upprätthålla den inre marknadens funktion. Det är likväl svårt att förstå vad som är ett tillräckligt gränsöverskridande element. Med andra ord, gränsen mellan vad som utgör en rent internt situation och en intern situation med tillräckliga

⁷⁰ Ibid. not 39.

⁷¹ Ibid. not 44.

⁷² Ibid. not 43.

⁷³ Maduro, Poiares, *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination* (Oxford, 2000), s. 126.

mellanstatliga element är tämligen oklar. Detta resonemang gör att jag anser EG-domstolen vara behörig att pröva frågor som rör även rent interna förhållanden. Det är ju EG-domstolen som avgör när en rent intern situation är för handen. EG-domstolen bestämmer vilka situationer som skall omfattas av gemenskapsrätten då de definierar situationerna som antingen rent interna eller gemenskapsrättsliga.

Medlemsstaterna kan, på grund av dagens rådande rättsläge, bli tvungna att komplettera det nationella rättighetssystemet så att det stämmer överens med det gemenskapsrättsliga. Detta eftersom deras nationella regler kanske inte tillåter diskriminering av medborgarna. Medlemsstaternas nationella rättssystem kan alltså tvinga bort omvänd diskriminering. Fenomenet stävjas då på nationell nivå, som en följd av att gemenskapsrätten tillskriver individen särskilda rättigheter. Jag hävdar att EG-domstolen på detta sätt, indirekt, manipulerar fram en harmonisering av medlemsstaternas nationella lagar. Medlemsstatens legitimitet kan vara beroende av det faktum att det nationella regelsystemet kompletteras. Man kan också säga att den konstitutionella karaktären på gemenskapsrätten indirekt förstärks.

Det kan tyckas underligt att en union som bygger på principen om icke diskriminering på nationell grund tillåter att medlemsstaterna diskriminerar sina egna medborgare. Ett ytterligare argument för att innefatta rent interna situationer i den EG-rättsliga tillämpningen är att omvänd diskriminering kan tänkas bli en allt vanligare företeelse i takt med att gemenskapsrättens utveckling och den Europeiska Unionens utvidgning.

Min åsikt är att EG-domstolen har jurisdiktion att stävja omvänd diskriminering men den väljer att låta bli. Om fenomenet stävjades på gemenskapsnivå, så skulle den konstitutionella statusen synbart förstärkas. Detta skulle kunna väcka medlemsstaternas protester. EU är inte i grund och botten tänkt att vara någon konstitutionell ordning. Jag hävdar dock att EG-domstolen har rätt att fullt ut omforma gemenskapsrätten till en sådan.

En gemenskapsrättslig stävning av fenomenet omvänd diskriminering skulle innebära att den gemenskapsrättsliga makten blev synbart kraftig. Även om medlemsstaterna idag kan tvingas att komplettera sin egen lagstiftning så att denna stämmer överens med den gemenskapsrättsliga, så är steget längre till ett gemenskapsrättsligt förbud av omvänd diskriminering. Ett förbud på gemenskapsnivå torde vara att jämföra med det fjortonde tillägget i den amerikanska konstitutionen. En dylik regel skulle innebära att EU vilade på en tämligen stark konstitutionell grund.

6 Slutkommentar

I denna uppsats har jag valt att undersöka var på den konstitutionella skalan EU hamnar om man använder omvänd diskriminering som den huvudsakliga indikatorn.

Omvänd diskriminering är att bedöma som en tämligen normal företeelse enligt den teori som Wyatt förespråkar. Om fördragen är av folkrättslig karaktär så kan det inte betraktas som motstridigt att medlemsstaterna tillåts begränsa de gemenskapsrättsliga individuella rättigheterna. Enligt denna teori så är det medlemsstaterna som är fördragets herrar. De gemenskapsrättsliga rättigheterna har sin grund i medlemsstaternas fördragsskyldigheter och är därför inte några självständiga rättigheter. Man kan därför sluta sig till att förekomsten av omvänd diskriminering stöder teorin om att EU är att betrakta som folkrättsligt förankrat.

Fenomenet omvänd diskriminering är ett bevis för att EU fortfarande besitter mellanstatliga karaktärsdrag. Mancini påpekar att fördragen genom EG-domstolens tolkning erhållit konstitutionell innebörd. Han argumenterar för att individuella rättigheter, i form av exempelvis det europeiska medborgarskapet, är självständiga i förhållande till medlemsstaternas rättssystem. Förekomsten av omvänd diskriminering är inte förenbar med Mancinis teori eftersom denna visar att vissa rättigheter fortfarande kan begränsas av medlemsstaternas egna system.

Min slutsats är att Europa rätten är ett system som i allra högsta grad är under utveckling, ett dynamiskt system. Jag anser inte att gemenskapsrätten är fullt folkrättslig, jag anser emellertid inte heller att den utgör någon konstitution. En enkel slutsats skulle naturligtvis vara att fördragen fortfarande är att betrakta som folkrättsliga eftersom omvänd diskriminering existerar. Det är emellertid mer komplicerat än så, menar jag. EG-domstolen har uteslutit interna situationer ur sitt tillämpningsområde. Jag argumenterar för att rättspraxis visar att EG-domstolens tolkning av var gränsen mellan en rent intern situation och en situation där det finns tillräckliga mellanstatliga element för att gemenskapsrätten skall vara tillämplig är oklar.

Enligt min uppfattning är EG-domstolens argumentation till varför rent interna situationer inte skall innefattas i gemenskapsrätten inte helt övertygande. Det är emellertid självklart ett relativt stort steg att, från gemenskapsrättsligt håll, förbjuda omvänd diskriminering. Detta skulle innebära att EU införde en regel liknande det fjortonde tillägget i den amerikanska konstitutionen. En sådan regel skulle betyda att EU vilade på stark konstitutionell grund. Detta skulle ha stor betydelse både för medlemsstaterna och för de enskilda individerna. Wyatts teori skulle, i detta fall, vara att betrakta som ohållbar eftersom att man inte längre skulle kunna urskilja gemenskapsrättens folkrättsliga karaktärsdrag.

Jag anser det vara troligt att framtida utveckling går mot att EG-domstolens nuvarande tolkning av EG-rätten i förhållande till rent interna situationer, i takt med gemenskapsrättens utvidgning, blir att betrakta som omotiverad i allt större grad. Kanske kommer denna utveckling att ske gradvis, långsamt genom att gränsen mellan gemenskapsrättsliga situationer och rent interna situationer förskjuts så att fler tillsynes rent interna situationer omfattas av EG-rättsliga regler.

EU vilar redan idag vilar på en grund som karakteriseras av många konstitutionella karaktärsdrag. Min mening är också att utvecklingen av EG-domstolens tolkning i mångt och mycket går ut på att förstärka den konstitutionella grunden. Dagens gemenskapsrätt utgör emellertid ännu inte någon fullfjädrad konstitution. Vi befinner oss i gränslandet mellan Wyatts och Mancinis teorier. Det faktum att medlemsstaterna tillåts diskriminera sina egna medborgare talar för att staterna ännu har en viss makt om fördragets tolkning. Detta arbete har emellertid visat att det bland de existerande uppfattningarna finns den som hävdar att EU kan åtnjuta legalitet även som en konstitutionell ordning.

"Is it time to move on?" frågar sig Niamh Nic Shibune i en essä som behandlar EG-domstolens tolkning av gemenskapsrätten beträffande de rent interna situationerna.⁷⁴ Han undrar om inte gemenskapsrätten börjar vara redo för att handskas med rent interna situationer och hävdar att EG-domstolens tolkning i takt med gemenskapsrättens utvidgning ter sig alltmer omotiverad. Idag står emellertid EG-rätten med en fot i folkrätten och en fot i den konstitutionella sfären. Mycket talar för att det blir EG-domstolen som skall ta det avgörande steget. Detta ter sig aningen underligt. Mig veterligen är det likväl EG-domstolen som har gett gemenskapsrätten dess nuvarande form; en rättsordning av sitt eget slag. Kanske är det helt enkelt så att vi får nöja oss med att placera EG-rätten i ett alldeles eget fack tills EG-domstolen har bestämt sig för att gemenskapsrätten omfattar rent interna situationer. Då kan vi, med gott samvete, hävda att den Europeiska Unionen vilar på konstitutionell grund.

⁷⁴Shibune, Niamh Nic, *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to move on?*, s. 1.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Paul Craig & Graínne de Burca** *EU-Law- Text, Cases and Materiels*
Oxford University Press
New York, 2003
- Gareth Davies** *Nationality Discrimination in the
European Internal Market*
Kluwer Law International
Nederländerna 2003
- S.Douglas-Scott** *Constitutional Law of the European Union*
Longman/Pearson Education
Harlow, 2002
- Ronald Dworkin** *Freedom's Law*
Harvard University Press
Cambridge, Massachusetts, 1996
- Neil MacCormick** *Questioning Sovereignty*
Oxford University Press
Oxford, 1999
- Poiares Maduro** *The Scope of European Remedies: The Case of
Purely Internal Situations
and Reverse Discrimination*
Hart Publishing
Oxford, 2000
- Jean-Jacques Rousseau** *Du Contrat Social*
- Brita Sundberg-Weitman** *Discrimination on Grounds of Nationality-
Free Movement of Workers and Freedom
of Establishment under the EEC Treaty*
North-Holland Publishing Company
Nederländerna, 1977

Joseph **Weiler**

The Constitution of Europe
Cambridge University Press
Cambridge, 1999

Artiklar

Alan **Dashwood**

States in the European Union
European Law Review, 1998

Christian **Joerges**

The Law in the Process of Constitutionalising Europe
Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, Augustin
José Menéndez(eds.); *Constitution Making and
Democratic Legitimacy*

Arena Report 5/2002
Oslo, 2002

Tuori **Kaarlo**

The Many Senses of European Citizenship
Kimmo Nuotio(ed.); *Europe in search of
'Meaning and Purpose'*
Faculty of Law, University of Helsinki(Forum Iurus)
Helsinki, 2004

Federico **Mancini**

The Making of a Constitution for Europe
Common Market Law Review, volym 26
Nederländerna 1989

F. Walter **Murphy**

Constitutions, Constitutionalism and Democracy
Douglas Greenberg et al.(eds.); *Constitutionalism and
Democracy: Transitions in the Contemporary World*
Oxford University Press
New York,1993

Niamh Nic **Shibune**

*Free Movement of Persons and the Wholly
Internal Rule: Time to move on?*

Derrick **Wyatt**

*New Legal Order or Old
European Law Review, 1982*

Lagstiftning

Constitution for the United States of America

Gemenskapsrätt

Primärrätt

Romfördraget, Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen
Maastrichtfördraget, Fördraget om Europeiska Unionen

Sekundärrätt

Rådets förordning(EEG) nr 1612/68

Direktiv 2004/58/EG

Direktiv 2004/38/EG

Rättsfallsförteckning

Mål C-26/62, *Van Gend en Loos*, ECR[1963], s. 333

Mål 6/64, *Costa mot ENEL*, ECR[1964], s.614

Mål 11/70, *Inernationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratststelle für Getreide und Futtermittel*, ECR[1970], s. 1125

Mål 115/78, *J. Knoors mot Statssekreteraren vid ekonomiministeriet*, ECR[1979], s.399

Mål 136/78, *Vincent Rodolphe Auer mot Åklagarmyndigheten*, ECR[1979], s.437

Mål 175/78, *R. mot Saunders*, ECR[1979], s. 1129

Mål 35 & 36/82, *Morson & Jhanjan mot Nederländerna*, ECR[1982], s. 3723

Mål 267/83, *Aissatou Diatta mot Land Berlin*, ECR[1985], s. 567

Mål 139/85, *Kempf mot Staatssecretaris van Justitie*, ECR[1986], s. 1741

Mål 186/87, *Ian William Cowan mot Trésor Public*, ECR[1989], s. 195

Mål 5/88, *Wachauf mot Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, ECR[1989], s. 2609-

Mål C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE och Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou mot Dimotiki Etairia Pliroforissis och Sotirios Kouvelas och Nicolaos Avdellas och andra*, ECR[1991], ss. 1-2925

Mål C-370/90, *R. mot Immigration Appeal Tribunal och Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department*, ECR[1992], ss. I-4265

Mål C-18/95, *F.C Terhoeve mot Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*, REG[1999], ss. I-345

Mål C-64/96 och C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen mot Kari Uecker och Vera Jacquet mot Land Nordrhein-Westfalen*, ECR[1997], ss. I-3171

Mål C- 85/96, *Martinez, Sala (Maria) mot Freistaat Bayern*, ECR[1998], ss. I-2691

Mål C-249/96, *Grant mot South West Trains Ltd*, ECR[1998], ss. I-621

Mål C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge mot Republik Österreich*, ECR[2003], ss. I-5659

Mål C-109/01, *Secretary of State for the Home Department mot Hacene F Akrich*, ECR[2003], ss. I-9607